

STJÓRNSÝSLULÖGIN 25 ÁRA

STJÓRNSÝSLULÖGIN 25 ÁRA

STJÓRNSÝSLULÖGIN 25 ÁRA

Ritstjóri:

Hafsteinn Dan Kristjánsson

Ritnefnd:

Ásgerður Snævarr

Elísabet Gísladóttir

Flóki Ásgeirsson

Gerður Guðmundsdóttir

Hafsteinn Dan Kristjánsson

© Höfundar greina 2019

Prentun: Háskólaprent

Forsætisráðuneytið – Reykjavík 2019

Bók þessa má ekki afrita með neinum hætti,
svo sem með ljósmyndun, prentun, hljóðritun
eða á annan sambærilegan hátt,
að hluta eða í heild, án skriflegs leyfis
höfunda og útgefanda.

ISBN 978-9935-482-21-1

EFNI

FORMÁLI RITSTJÓRA

STJÓRNSÝSLULÖGIN 25 ÁRA..... 9

A. STARFSSKILYRÐI STJÓRNVALDA

PÁLL HREINSSON

Tunga íslenskrar stjórnsýslu 25

B. GILDISSVIÐ STJÓRNSÝSLULAGA

HAFSTEINN DAN KRISTJÁNSSON

Grundvöllur stjórnvaldsákvarðana og stjórnsýslumála. Nokkrar hugleiðingar um undirstöður og aðferð 57

ELÍSABET GÍSLADÓTTIR

Aðild og fyrirvar barna í stjórnsýslumálum..... 117

KRISTÍN BENEDIKTSDÓTTIR

Aðstoðarmenn og umboðsmenn sjúklinga 157

FLÓKI ÁSGEIRSSON

Undantekningar frá gildissviði stjórnsýslulaga..... 179

C. SÉRSTAKT HÆFI

ÁSGERÐUR SNÆVARR OG ÁGÚST GEIR ÁGÚSTSSON

Setning staðgengils ráðherra 193

D. MEÐFERÐ MÁLA OG RÉTTINDI

HAFSTEINN DAN KRISTJÁNSSON

Framsendingarregla stjórnýslulaga 215

GERÐUR GUÐMUNSDÓTTIR

Rétturinn til að fella ekki á sig sök í stjórnýslunni. Almenni hlutinn:
70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu 245

GERÐUR GUÐMUNSDÓTTIR

Rétturinn til að fella ekki á sig sök í stjórnýslunni. Sérstaki hlutinn:
Gagna- og upplýsingaöflun stjórnvalda. Lagaákvæði. Réttaráhrif
brota 309

HEIÐA BJÖRG PÁLMAÐÓTTIR

Mikilvægi málsmeðferðarreglna við vistanir barna utan heimilis
með samþykki 379

HILDUR HJÖRVAR

Ne bis in idem og tvíþætt málsmeðferð..... 417

E. EFNISREGLUR

HAFSTEINN DAN KRISTJÁNSSON

Brottfall stjórnýsluviðurlaga..... 449

F. RÉTTINDI OG SKYLDUR OPINBERRA STARFSMANNA

PÁLL ÞÓRHALLSSON

Tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna - siðferðileg og lagaleg
sjónarmið..... 541

EIRÍKUR JÓNSSON OG ODDUR ÞORRI VIÐARSSON

Uppljóstraravernd opinberra starfsmanna..... 569

G. RÉTTARBROT OG EFTIRMÁLAR ÞEIRRA

VÍÐIR SMÁRI PETERSEN

Höfðun dómsmála vegna athafna og ákvarðana stjórnvalda..... 603

BJÖRG THORARENSEN

Um lagalega ábyrgð ráðherra og valkosti við endurskoðun reglna
um ráðherraábyrgð..... 669

UM HÖFUNDA 696

FORMÁLI RITSTJÓRA

Í riti þessu er að finna greinar á sviði stjórnáslulaga nr. 37/1993 og stjórnásluréttar. Ritgerðirnar snerta á fjölbreyttum álitafnum. Sumar þeirra lúta að einstökum ákvæðum stjórnáslulaga, aðrar fjalla um tiltekið álitafni í ljósi ákvæða laganna og enn aðrar gera grein fyrir álitamálum sem ekki kveðið á um í stjórnáslulögum en gæti verið ástæða til að taka af skarið um í þeim. Tilefni ritsins er að 25 ár eru nú liðin frá gildistöku stjórnáslulaga hinn 1. janúar 1994. Lögin fólu í sér þýðingarmikla réttarbót fyrir borgarana og einfölduðu starfsumhverfi stjórnvalda. Til að fagna þessum merka áfanga og leggja áherslu á mikilvægi stjórnáslulaga í starfsemi framkvæmdarvaldsins ákvað forsætisráðuneytið að kosta útgáfu ritsins. Stuðningur ráðuneytisins hefur leitt til þess að ritaðar hafa verið greinar um þörf málefni sem hefðu annars ef til vill aldrei litið dagsins ljós. Það er von ritstjóra að greinarnar verði framlag til fræðslu og umræðu um stjórnáslulögin á ýmsum vettvangi.

Ritstjóri og ritnefnd vilja færa höfundum greinanna miklar þakkir fyrir framlag þeirra. Enn fremur er ritrynum og þeim sem lásu yfir nokkrar greinar með tilliti til íslensku færðar þakkir. Þá er forsætisráðuneytinu þakkað fyrir að standa að útgáfu ritsins. Að lokum vill ritstjóri sérstaklega þakka ritnefndinni fyrir ómælda vinnu og stuðning, þ.e. Ásgerði Snævarr, Elísabetu Gísladóttur, Flóka Ásgeirssyni og Gerði Guðmundsdóttur.

Hafsteinn Dan Kristjánsson

STJÓRNSÝSLULÖGIN 25 ÁRA

Vatnaskil urðu í réttarvernd borgaranna og starfsumhverfi stjórnvalda hinn 1. janúar 1994 en þann dag tóku stjórnsýslulög nr. 37/1993 gildi. Fólu lögin í sér gríðarlega réttarbót en helsta markmið þeirra er að tryggja sem best réttaröryggi borgaranna í samskiptum þeirra við stjórnvöld. Í þeim er mælt fyrir um ýmis réttindi borgurinum til handa um bæði meðferð og efni máls. Þótt áður hafi verið byggt á óskráðum meginreglum stjórnsýsluréttar urðu ýmsar stjórnsýslureglur skýrari og aðgengilegri með lögnum; skerpt var á ýmsum réttindum og nýmæli færð í lög. Áður var borgarinn í þeirri stöðu að þurfa að benda til dæmis á óskráða andmælagrengu. Þó að ekki hafi verið deilt um tilvist hennar var margt á huldu um gildissvið og efni hennar. Með stjórnsýslulögnum gat aðili máls aftur á móti vísað til skráðrar réttarheimildar, þ.e. ákvæðis 13. gr. stjórnsýslulaga, um rétt sinn til að koma á framfæri athugasemdum við meðferð máls. Jafnframt voru tekin af öll tvímæli um að aðili ætti þann rétt í málum sem heyra undir gildissvið stjórnsýslulaga. Réttarstaðan varð ekki aðeins skýrari fyrir borgarana heldur einnig stjórnvöld. Með lögnum var enn fremur aukið við réttarvernd borgaranna.

Gera má því skóna að lögin hafi kallað á nýja hugsun og ný vinnubrögð af hálfu stjórnvalda. Skipuleggja hafi þurft málsferla með vísan til reglna laganna og fræða starfsmenn stjórnsýslunnar. Vegna þess að grundvallarhugtök á borð við stjórnvaldsákvörðun, aðili máls og stjórnsýsla ríkis og sveitarfélaga afmarka gildissvið laganna hafi reynt þó nokkuð á til dæmis hvaða athafnir og ákvarðanir væru stjórnvaldsákvörðanir og hverjir teldust aðilar máls; stjórnvöld og aðrir hafi þurft að „læra inn á“ nýju lögin. Svára hafi þurft því hvenær lögin ættu við með þeim afleiðingum að gæta bæri að þeim réttindum sem þau mæla fyrir um. Þá hafi einnig farið að reyna á nánara inntak lagaákvæðanna. Ekki aðeins hafi komið til skoðunar til að mynda hvort gefa bæri aðila færi á að tjá sig heldur einnig hvenær, hvernig og um hvað. Nú er svo komið að allmikil reynsla og þekking hefur myndast um gildissvið laganna og inntak réttindanna hjá stjórnvöldum, umboðsmanni Alþingis og dómstólum. Auk þess eru borgararnir betur í stakk búnir til að afla sér upplýsinga um réttarstöðu sína. Þekking og

reynsla á stjórnýslulögum er mikilvæg forsenda fyrir rétttri beitingu þeirra. Er það einnig til þess fallið að treysta vernd réttarríkisins hér á landi.

Meðal helstu fræði-, skýringa- og kennslurita, sem skrifuð hafa verið um stjórnýslulögin og stjórnýslurétt, má nefna *Málsmeðferð stjórnvalda* eftir Pál Hreinsson og *Stjórnýslukerfið* eftir Trausta Fannar Valsson. Bækurnar eru hluti af ritröð og munu fleiri rit fylgja í kjölfarið á næstu árum. Páll hefur einnig ritað *Stjórnýslulögin. Skýringarrit; Stjórnýsluréttur: Málsmeðferð; og Hæfisreglur stjórnýslulaga*, svo eitthvað sé nefnt. Þá er einnig til inngangsefni eftir Róbert R. Spanó og Hafstein Dan Kristjánsson: „Stjórnýsluréttur“. Segja má að Ólafur Jóhannesson hafi lagt grunn að fræðigreininni stjórnýslurétti hér á landi með riti sínu *Stjórnarfarsréttur. Almennur hluti* en Páll Hreinsson hafi byggt ofan á þeim grunni og mótað fræðigreininna í núverandi mynd. Hefur Páll skrifað mest um stjórnýslulögin og unnið brautryðjanda starf. Honum verður seint þakkað nægilega fyrir það.¹

Í athugasemdum við stjórnýslulögin sagði meðal annars:

„Þess er og að vænta að smátt og smátt myndist stjórnýsluvenjur til fyllingar ákvæðum laganna, þar á meðal fyrir tilstuðlan umboðsmanns Alþingis.“²

Hefur sú orðið raunin. Gríðarlegan fróðleik og visku er að finna í álitum og öðrum úrlausnum umboðsmanns Alþingis um fjölmörg álitaefni sem tengjast túlkun og beitingu stjórnýslulaga. Endurspeglast það meðal annars í því að fjallað er um framkvæmdina í ýmsum greinum þessa rits og þeim fræðiritum sem nefnd voru að ofan. Fyrir þá sem vilja kynna sér hvernig beri að skilja og nálgast stjórnýslulögin geta kynnt sér þá framkvæmd.

Hinn 1. janúar 2019 voru 25 ár liðin frá gildistöku stjórnýslulaga. Til að fagna þeim merka áfanga var afráðið að gefa út rit þetta þeim til heiðurs. Þegar staðið er á tímamótum er ástæða til að horfa bæði um öxl og fram á veginn. Í því samhengi má benda á orð umboðsmanns Alþingis í umsögn til Alþingis hinn 29. mars 1993 um frumvarpið til stjórnýslulaga en þar sagði meðal annars eftirfarandi:

¹ Ekki er kostur á því að geta allra annarra en þeirra sem greinir í meginmáli sem ritað hafa fræðigreinar um stjórnýslulögin eða stjórnýslurétt. Hér verður látið við það að sitja að minnast á Elínu Ósk Helgadóttur, Hafstein Þór Hauksson, Kjartan Bjarna Björgvinsson, Kristínu Benediktsdóttur, Margréti Völu Kristjánsdóttur, Ólaf Jóhannes Einarsson og Þorvald Heiðar Kristjánsson. Þá er sérstaklega vísað til höfunda þessa rits.

² Alpt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 505.

„Þann fyrirvara verður þó að gera, að við framkvæmd laganna kann að koma í ljós, að ýmis ákvæði þurfi að vera skýrari, en ég tel miklu varða að lög af þessu tagi séu sett. Í ljósi fenginnar reynslu er síðan hægt að taka þau til endurskoðunar að liðnum nokkrum reynslutíma.“

Í því ljósi var stungið upp á því við höfunda ritsins að þeir leiddu hugann að álitafnum sem mætti kryfja og svörum sem mætti dýpka á í ljósi þeirrar reynslu sem væri komin á framkvæmd laganna og þeirra álitafna sem stjórnvöld glíma við í störfum sínum. Jafnframt voru þeir hvattir til að íhuga hvort tilefni væri til að færa fleiri atriði í stjórnsýslulög, skýra eða breyta þeim ákvæðum sem þar eru fyrir. Enn fremur voru þeir beðnir um að huga að álitafnum sem byrjað er að reyna á í auknum mæli og geta jafnvel orðið áberandi í störfum stjórnvalda í náinni framtíð. Höfundum var gefinn nokkuð laus taumur; þeir voru ekki rígbundnir við stjórnsýslulögin eins og þau eru úr garði gerð í dag. Bókin hefur því ekki aðeins að geyma umfjöllun um einstök ákvæði stjórnsýslulaga þó í henni séu greinar sem fjalla um slíkt. Fyrir slíkt verk vísast til áður nefndra rita og bókakafla. Í sumum greinum rits þessa er fjallað um ákveðið álitafni og eitt eða fleiri ákvæði stjórnsýslulaga er dregið inn í umfjöllunina til að leysa úr því. Í öðrum greinum eru sum ákvæði stjórnsýslulaga og reglur stjórnsýsluréttar brotnar til mergjar frá ákveðnum sjónarhornum, svo sem hvernig þau horfa við börnum. Enn aðrar greinar standa fjær stjórnsýslulögunum í núverandi mynd en hafa þó þýðingu fyrir starfsemi stjórnvalda. Þegar dönsku stjórnsýslulögin urðu 25 ára árið 2012 var gefið út sambærilegt rit. Var þar að finna fjölbreytt efni, rétt eins og í þessari bók. Þá er einnig að finna grein í þessari bók sem fjallar um sömu álitafni og í danska ritinu, þ.e. um stjórnvaldsákvarðanir.

Á þeim 25 árum sem hafa liðið frá gildistöku stjórnsýslulaga hefur þeim verið breytt tíu sinnum. Þau eru nú í ellefu köflum: Í I. kafla er fjallað um gildissvið laganna; í II. kafla er að finna reglur um sérstakt hæfi; í III. kafla er kveðið á um almennar reglur; í IV. kafla er mælt fyrir um andmælarétt; í V. kafla er kveðið á um birtingu ákvörðunar, rökstuðning o.fl.; í VI. kafla er að finna reglur um afturköllun ákvörðunar o.fl.; í VII. kafla eru reglur um stjórnsýslukæru; í VIII. kafla er fjallað um stjórnsýslunefndir; í IX. kafla er kveðið á um rafræna meðferð stjórnsýslumála; og í X. kafla er að finna reglur, sem færðar voru í lögum árið 2019, um tjáningarfrelsi, þagnarskyldu o.fl. Loks er í XI. kafla að finna ákvæði um gildistöku o.fl. Eins og ráðið verður af kaflaheitum er fjallað um fjölbreytt viðfangsefni í stjórnsýslulögum.

Rit þetta skiptist í sjö hluta. Í því sem á eftir fer verður þeirri skiptingu fylgt.

Starfsskilyrði stjórnvalda

Fyrsta grein ritsins lýtur að einu starfsskilyrði stjórnvalda. Eins og fram kemur í 1. og 8. gr. laga nr. 61/2011, um stöðu íslenskrar tungu og íslensks tungumáls, er íslenska opinbert mál á Íslandi. Samkvæmt 10. gr. skal mál það sem notað er í starfsemi ríkis og sveitarfélaga eða á vegum þeirra vera vandað, einfalt og skýrt. Stundum hefur verið farin sú leið á hinum Norðurlöndunum að setja sambærileg ákvæði í stjórnsýslulög. Í því sambandi má benda á 9. gr. finnsku stjórnsýslulaganna og þá tillögu sem nú hefur verið gerð að nýjum norskum stjórnsýslulögum í 8. gr.³ Grein Páls Hreinssonar snertir á þessu starfsskilyrði. Hún ber heitið: „Tunga íslenskrar stjórnsýslu“.

Gildissvið stjórnsýslulaga

Stjórnsýslulögin gilda ekki um alla starfsemi stjórnsýslunnar. Þau eiga aðeins við í vissum tilvikum. Gildissvið laganna er afmarkað í I. kafla þeirra. Af þeim ákvæðum sem þar er að finna, sem og öðrum ákvæðum laganna, leiðir að taka verður afstöðu til þriggja atriða þegar því er svarað hvort lögin gildi. Eins og vikið verður að hér á eftir eru síðan undantekningar eða frávik frá þessu. Í fyrsta lagi verður að svara því hvort um sé að ræða aðila sem fari með stjórnsýslu ríkis eða sveitarfélaga. Yfirleitt reynir á hvort um stjórnvald sé að ræða. Í öðru lagi verður að taka afstöðu til þess hvort um svokallaða stjórnvaldsákvörðun sé að ræða. Stjórnsýslumál eru mál þar sem til greina kemur að taka stjórnvaldsákvörðun. Í þriðja lagi verður að kanna hver sé aðili máls.

Í grein Hafsteins Dan Kristjánssonar: „Grundvöllur stjórnvaldsákvæðana og stjórnsýslumála. Nokkrar hugleiðingar um undirstöður og aðferð“ er fjallað um annað skilyrðið. Í greininni er lögð áhersla á annars vegar túlkun 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga og að hugað sé að grundvelli ákvæðana og mála hverju sinni. Í grein Elísabetar Gísladóttur: „Aðild og fyrirvar barna í stjórnsýslumálum“ er vikið að þriðja skilyrðinu. Fjallað er um hvernig reglur um aðild, aðstoð, umboðsmenn og fyrirvar í stjórnsýslunni horfa við börnum, ekki síst í ljósi Barna-

³ NOU 2019:5. Ny forvaltningslov. Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven).

sáttmálans svokallaða (samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins), sbr. lög nr. 19/2013. Í greininni veltir hún því upp hvort tilefni sé til að gera breytingar á viðeigandi reglum og taka mið af stöðu barna. Þá minnir hún á mikilvægi þess að stjórnsýslan sé barnvæn. Í grein Kristínar Benediktsdóttur: „Aðstoðarmenn og umboðsmenn sjúklinga“ er síðan fjallað um hvernig reglur um aðstoðarmenn og umboðsmenn horfa við sjúklingum. Í greininni veltur hún því meðal annars upp hvort tilefni sé til að lögfesta reglur um aðstoðarmenn og umboðsmenn í stjórnsýslulög. Þá bendir hún á nokkur tilvik þar sem betur færi á því að sérlög væru skýrari um veigamikil atriði á þessu sviði.

Eins og áður sagði eru undantekningar eða frávik frá gildissviðinu eins og því var lýst hér að ofan. Í 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga er fyrst mælt fyrir um þá meginreglu að lögin gildi þegar stjórnvöld taka stjórnvaldsákvæðanir. Síðan er mælt fyrir um tvær undantekningar eða frávik. Annars vegar er áréttað að lögin gildi ekki um samningu reglugerða eða annarra stjórnvaldsfyrirmæla. Hins vegar er tekið fram að ákvæði X. kafla um tjáningarfrelsi, þagnarskyldu o.fl. gildi um alla stjórnsýslu sem fram fari á vegum ríkis og sveitarfélaga. Kaflanum var bætt við lögin árið 2019. Þá er í 3. mgr. 1. gr. kveðið á um það að ákvæði II. kafla um sérstakt hæfi gildi einnig um gerð samninga einkaréttar eðlis. Jafnframt er í 2. gr. fjallað um gildissvið stjórnsýslulaga gagnvart öðrum lögum. Í grein Flóka Ásgeirssonar: „Undantekningar frá gildissviði stjórnsýslulaga“ er fjallað um hvort rök standi til þess að afnema gildissvið laganna á tilteknum sviðum stjórnsýslunnar, einkum í þinglýsingarmálum.

Sú einfalda mynd sem var lýst að ofan, um þrjú gildisskilyrði, fangar þannig ekki gildissvið stjórnsýslulaga að fullu. Hinn lögfræðilegi veruleiki er flóknari. Verði þróunin sú að bæta við fleiri réttindum og skyldum, sem falla ekki að gildissviði laganna, er hætta á því að þau verði eins og bútasamsteppi. Af þeim sökum má spyrja hvort tilefni sé til að endurskipuleggja gildissvið laganna eða setja ný lög þar sem gildissviðið er afmarkað með öðrum hætti. Verður hugmyndinni fyrst lýst en síðan bent á nokkur atriði sem styðja hana.

Hugmyndin er í sjálfu sér einföld. Nú er gildissvið laganna að meginstefnu bundið við mál þar sem til greina kemur að taka stjórnvaldsákvæðun en vikið er frá því í ákveðnum tilfellum. Snúa má þessu á hvolf. Ímynda má sér að gildissvið stjórnsýslulaga verði afmarkað með almennum hætti, þ.e. við það sem er nú 1. mgr. 1. gr. laganna þar sem kveðið er á um stjórnsýslu ríkis og sveitarfélaga, en vikið verði frá því í ákveðnum tilfellum. Í þessu sambandi má rifja upp að lögð var til

önnur afmörkun á gildissviði frumvarps til stjórnýslulaga sem lagt var fram á 109. löggjafarþingi 1986-87, þskj. 522. Þannig má huga að æskilegu gildissviði reglnanna. Spyrja má hvaða reglur eigi að hafa almennt gildissvið, hverjar eiga aðeins við um mál þar sem taka á stjórnvaldsákvörðanir og hverjar eru takmarkaðar með öðrum hætti.

Pegar tekin er afstaða til þess hvaða reglur eigi að hafa almennt gildissvið er ástæða til að minnst þess að ýmsar reglur stjórnýslulaga eiga við fyrir utan gildissvið stjórnýslulaga á óskráðum grunni. Þetta eru svokallaðar óskráðar meginreglur stjórnýsluréttar. Nú á dögum hafa þær margar hverjar nokkuð almennt gildissvið. Staðan í dag er sú að leysa verður úr því hvort athöfn teljist stjórnvaldsákvörðun til að taka afstöðu til þess hvort til dæmis rannsóknarregla 10. gr. eða meðalhöfsregla 12. gr. eigi við. Teljist athöfn ekki vera stjórnvaldsákvörðun gilda sambærilegar reglur á óskráðum grunni. Efnislega breytir því ekki öllu hvort athöfn teljist stjórnvaldsákvörðun eða ekki hvað þessi atriði varðar. Stjórnvaldi ber engu að síður að upplýsa mál og gæta meðalhófs. Þó er hætt við að óskráðu reglurnar gleymist í meðförum hjá stjórnvöldum og jafnvel á vettvangi dómstóla. Þá getur verið erfiðleikum háð í markartilvikum að skera úr um hvort athöfn teljist stjórnvaldsákvörðun. Í þessu ljósi mætti ímynda sér að þær reglur stjórnýslulaga sem eiga efnislegar hliðstæður í óskráðum meginreglum, sem hafa víðtækt gildissvið, yrðu felldar í hóp þeirra reglna sem féllu undir almennt gildissvið stjórnýslulaga. Með því yrðu ekki stakkaskipti í efnislegri réttarvernd borgaranna en réttarstaðan yrði skýrari og regluumhverfið einfaldara, ekki aðeins fyrir borgarana heldur einnig starfsmenn stjórnýslunnar. Með því aukast jafnframt líkurnar á því að borgararnir njóti í reynd þeirra réttinda sem þeir eiga lögum samkvæmt. Dæmi um þessar reglur eru leiðbeiningarregla og framsendingarregla 7. gr., málshraðaregla 9. gr., rannsóknarregla 10. gr., jafnræðisregla 11. gr. og meðalhófsregla 12. gr. Þessar reglur er nú að finna í III. kafla stjórnýslulaga um almennar reglur. Aðrar óskráðar reglur hafa þrengra gildissvið eða eru efnislega takmarkaðri að einhverju leyti en hliðstæður þeirra í stjórnýslulögum. Svo dæmi séu nefnd má geta óskráðra vanhæfisreglna, óskráðrar andmælaareglu, óskráðs upplýsingaréttar og jafnvel óskráðs kæruréttar. Til viðbótar má síðan minnst á að sumar reglur kunna að hafa víðtæka skírskotun þótt þær séu nú bundnar við mál þar sem til greina kemur að taka stjórnvaldsákvörðun. Nefna má hér ákvæði 8. gr. um útreikning frests, ákvæði VIII. kafla um stjórnýslunefndir og IX. kafla um rafræna meðferð stjórnýslumála. Þessar reglur kunna að vera aðlagðar að almennara gildissviði. Þá er, sem fyrr greinir, að finna reglur um réttindi

og skyldur opinberra starfsmanna í X. kafla sem gilda um alla stjórn-sýslu ríkis og sveitarfélaga.⁴

Aðrar reglur stjórnsýslulaga eru takmarkaðar við mál þar sem til greina kemur að taka stjórnvaldsákvörðun og er það að mörgu leyti eðlilegt þótt hugsa megji sér aðra tilhögun. Má þar til dæmis nefna andmælairegluna, tilkynningarregluna og upplýsingarétt aðila máls í VI. kafla, reglur um birtingu ákvörðunar og rökstuðning í V. kafla og stjórnsýslukæru í VII. kafla. Sama á mögulega við um reglur um afturköllun og endurupptöku í VI. kafla.

Gildissvið íslensku stjórnsýslulaganna svipar til gildissviðs dönsku stjórnsýslulaganna. Þau lög gilda í málum þar sem taka á svonefnda ákvörðun, sbr. 1. mgr. 2. gr. þeirra, með ákveðnum undantekningum sem lýst er í 2.-4. mgr. Aftur á móti er gildissvið norsku stjórnsýslulaganna skilgreint með almennum hætti í 1. gr. þeirra. Síðan er í 3. gr. kveðið á um hvaða kaflar laganna gilda aðeins um svokallaðar einstaklingsbundnar ákvarðanir og hvaða kaflar gilda einvörðungu um almenn stjórnvaldsfyrirmæli. Aðrar hefðir eru í Aust-Norrænum rétti. Þó má benda á að bæði sænsku stjórnsýslulögin frá árinu 2017 og finnsku stjórnsýslulögin frá árinu 2003 gilda um svonefnd stjórnvalds-erindi, sbr. annars vegar 1. gr. sænsku laganna og 2. gr. finnsku laganna.

Að ofan var nefnt að fyrsta gildisskilyrðið lýtur að því að taka afstöðu til þess hvort um sé að ræða aðila sem fari með stjórnsýslu ríkis eða sveitarfélaga. Í langflestum tilvikum er verið að afmarka hvort aðili sé stjórnvald í skilningi stjórnsýslulaga (eða stjórnsýsluréttar). Eðlilega vaknar spurningin hvort stjórnsýslulögin gildi um einkaaðila þegar þeir taka stjórnvaldsákvörðun. Þeim kann enda að vera framselt vald til að taka stjórnvaldsákvæðanir í málum borgaranna. Athygli vekur að ekki er kveðið á um þetta atriði í ákvæðum stjórnsýslulaga. Þannig segir í 1. mgr. 1. gr., eins og áður er nefnt, að lögin taki til „stjórnsýslu ríkis og sveitarfélaga“. Í 2. mgr. 1. gr. er síðan aðeins minnst á það að lögin gildi þegar „stjórnvöld, þar á meðal stjórnsýslunefndir“, taka ákvarðanir um rétt eða skyldu manna. Þótt orðalag 1. mgr. sé opið eða órátt með tilliti til álitaefnisins virðist orðalag 2. mgr. afdráttarlaust um að lögin gildi aðeins um „stjórnvöld“. Er áréttað að þar undir falli einnig „stjórn-

⁴ Í því sambandi má velja því upp hvort tilefni sé til að færa fleiri reglur í þann kafla en nú er kveðið á um þetta atriði í stjórnsýslulögum og III. og IV. kafla laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, og kjarasamningum, sbr. 57. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011. Þá eru einnig sum réttindi og skyldur óskráð. Verður seint sagt að regluverkið um þetta atriði sé einfalt.

sýslunefndir“. Hefði verið full ástæða til að taka af skarið um að hið sama ætti við um „einkaaðila“ sem hefði verið framselt vald til að taka stjórnvaldsáskvarðanir.

Í athugasemdum við 1. gr. er að finna skýra afstöðu til álítaefnisins en þar segir:

„Við úrlausn á því atriði hvort einhver tiltekinn aðili falli undir gildissvið laganna ber að leggja til grundvallar hvort um sé að ræða eiginlega stjórnssýslu í þágu ríkis eða sveitarfélaga, en að því atriði verður vikið hér á eftir. Þannig getur einkaaðili, sem fengið hefur verið opinbert vald, lotið ákvæðum laganna meðan fyrirtæki í eigu hins opinbera, er einungis stundar almennan atvinnurekstur, fellur utan gildissviðs þeirra.“⁵

Af athugasemdunum verður ráðið að ætlunin hafi verið sú að einkaaðilar féllu undir gildissvið laganna. Vandinn er aftur á móti sá að það á sér ekki skýra stoð í 2. mgr. 1. gr. og er jafnvel í andstöðu við orðalag ákvæðisins. Almenn teltast einkaaðilar ekki vera „stjórnvöld“ samkvæmt almennti málvenju. Engum blöðum er um það að flétta að í besta falli er vafi um þetta atriði eftir lestur á lagaákvæðinu. Athugasemdin virðist eiga við um og geta átt stoð í 1. mgr. 1. gr. Ákvæði 2. mgr. 1. gr. þrengir aftur á móti gildissviðið frá 1. mgr. Ekki má heldur gleyma því að athugasemdir í lögskýringargögnum hafa takmarkaða sjálfstæða þýðingu. Þær eru ekki sjálfstæð stoð undir réttarreglu heldur hafa þýðingu fyrir túlkun lagaákvæðis. Rekist athugasemdir í lögskýringargögnum á við skýran texta lagaákvæðis víkja þær almennt séð. Þá má geta þess að fjallað er um þetta atriði í texta lagaákvæða í öðrum lögum, svo sem 3. gr. upplýsingalaga nr. 140/2012 og 2. mgr. 3. gr. laga nr. 85/1997, um umboðsmann Alþingis. Þegar tekin er afstaða til þessa álítaefnis og þá hvaða þýðingu tilvitnaðar athugasemdir hafa fyrir túlkun lagaákvæðisins má ekki aðeins horfa til réttarverndar aðila máls heldur verður einnig að líta til þess að slík túlkun leggur íþyngjandi skyldur á herðar einkaaðilans. Í því sambandi má minna á lögmatísreglu stjórnssýsluréttar. Slík sjónarmið hafa jafnframt þýðingu þegar tekin er afstaða til lögjöfnunar.

Með skírskotun til framanrakins fer betur á því að kveðið verði á um það með skýrum hætti í gildissviðskafla stjórnssýslulaga að lögin gildi einnig um einkaaðila þegar þeim hefur verið framselt vald til að taka stjórnvaldsáskvarðanir. Með því eru traustari stoðir færðar undir slíka túlkun á lögnum. Til hliðsjónar má geta þess að þetta er skýrlega tekið fram í 3. málsl. 1. gr. norsku stjórnssýslulaganna.

⁵ Alþt. 1992-93, 141. löggj.þ., þskj. 505.

Að síðustu í þessum kafla má kasta því fram hvort tilefni sé til að lögfesta markmiðsákvæði í stjórnsýslulög. Skýrlega er fjallað um markmið stjórnsýslulaga í I. kafla almennra athugasemda við lögin en þar segir:

„Helsta markmiðið með setningu stjórnsýslulaga er að tryggja sem best réttaröryggi manna í skiptum við hið opinbera, jafnt ríki sem sveitarfélög. Önnur markmið, sem einnig verður að hafa í huga við samningu frumvarps af þessu tagi, eru í fyrsta lagi að ákvæði laganna taki mið af aðstæðum hér á landi, en þær eru að sumu leyti frábrugðnar því sem gerist erlendis, í öðru lagi að lögin verði sem aðgengilegust fyrir almenning og starfsmenn stjórnsýslunnar og í þriðja lagi verður að gæta þess að lögin stuðli að því eða a.m.k. girði ekki fyrir að málsmeðferð í stjórnsýslunni verði í senn einföld, hraðvirk og ódýr.“⁶

Ekki fer á milli mála, þegar tilvitnaðar athugasemdir eru virtir, að megin markmið laganna er að tryggja réttaröryggi borgaranna í samskiptum þeirra við stjórnvöld en gegn því vegur að stjórnsýslan „verði í senn einföld, hraðvirk og ódýr“. Ekki breytir miklu að færa þessi markmið í búning lagaákvæðis. Upphaflegu spurningunni verður því að svara svo að ekki sé tilefni til að lögfesta markmiðsákvæði nema ástæða þyki til að bæta við þau markmið sem er að finna í athugasemdunum. Í því sambandi má geta þess að meðal markmiða finnsku stjórnsýslulaganna frá árinu 2003 eru vandaðir stjórnsýsluhættir og réttaröryggi. Vel má ímynda sér breytingu á lögum þar sem lagt er grundvallar að markmiðið sé ekki aðeins réttaröryggi borgaranna heldur einnig vandaðir stjórnsýsluhættir (eða vönduð stjórnsýsla).

Sérstakt hæfi

Í II. kafla stjórnsýslulaga er fjallað um reglur um sérstakt hæfi, stundum kallaðar vanhæfisreglur. Skrifað hefur verið ítarlega um reglurnar í meðal annars doktorsritgerð Páls Hreinssonar: *Hæfisregla stjórnsýslulaga*. Í 3. gr. er meðal annars kveðið á um vanhæfisástæður. Í 4. gr. mælt fyrir um áhrif vanhæfis. Í 5. gr. fjallað um málsmeðferð og í 6. gr. kveðið á um setningu staðgengils. Í grein Ásgerðar Snævarr og Ágúst Geirs Ágústssonar: „Setning staðgengils ráðherra“ er sjónum beint að síðastnefnda lagaákvæðinu. Þar er fjallað um þá sérstöku stöðu sem kemur upp þegar ráðherra, sem æðsti handhafi stjórnsýsluvalds á sínu sviði, verður vanhæfur og það kemur í hlut forsætisráðherra að setja staðgengil hans.

⁶ Alþt. 1992-93, 141. löggj.þ., þskj. 505.

Í greininni er einnig vikið að svokölluðu undirmannavanhæfi, sbr. 2. másl. 5. tölul. 1. mgr. 3. gr. stjórnslulaga, einkum við þær aðstæður þegar ráðherra verður vanhæfur til meðferðar máls. Í málsliðnum kemur fram að starfsmaður eða nefndarmaður verði vanhæfur til meðferðar máls ef „næstu yfirmenn hans hjá hlutaðeigandi stjórnvaldi eiga sjálfir sérstakra og verulegra hagsmuna að gæta“. Af þessu leiðir að séu næstu yfirmenn ekki vanhæfir af þeirri ástæðu heldur einhverri annarri reynir á 6. tölul. en þar kemur fram að starfsmaður eða nefndarmaður verða vanhæfir til meðferðar máls ef að öðru leyti eru fyrir hendi þær aðstæður sem eru fallnar til þess að draga óhlutdrægni hans í efa með réttu. Því má varpa fram hvort heppilegt sé að afmarka svokallað undirmannavanhæfi í 5. tölul. með víðtækari hætti, svo sem við það að yfirmaður verði vanhæfur. Kann það að vera skýrari og einfaldari framsetning á reglunum.

Meðferð mála og réttindi

Þessi hluti er mestur að umfangi og snertir á fjölbreyttum viðfangsefnum. Í III. kafla stjórnslulaga er fjallað um almennar reglur. Meðal þeirra eru framsendingarreglan í 2. mgr. 7. gr. og rannsóknarreglan í 10. gr. Í grein Hafsteins Dan Kristjánssonar: „Framsendingarregla stjórnslulaga“ er fjallað um reglu sem hingað til hefur verið gefinn lítill gaumur. Í greinum Gerðar Guðmundsdóttir er fjallað um reglur sem skipta máli við rannsókn mála, þ.e. réttinn til að fella ekki á sig sök. Rifja má upp að á 135. löggjafarþingi, þ.e. árin 2007-2008, var lagt til að fært yrði ákvæði í stjórnslurétt um þann rétt. Greinar Gerðar eru í tveimur hlutum. Annars vegar er það greinin: „Rétturinn til að fella ekki á sig sök í stjórnslunni. Almenni hlutinn: 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu“. Hins vegar er það greinin: „Rétturinn til að fella ekki á sig sök í stjórnslunni. Sérstaki hlutinn: Gagna- og upplýsingaöflun stjórnvalda. Lagaákvæði. Réttaráhrif brota“.

Í IV. kafla stjórnslulaga er fjallað um andmælarétt. Í 13. er kveðið á um andmælaregluna, í 14. gr. tilkynningarregluna og í 15.-19. gr. upplýsingarétt aðila máls. Í athugasemdum við IV. kafla er samspili regnanna lýst með svofelldum hætti:

„Kjarni andmælareglunnar er að ekki verði tekin ákvörðun um réttarstöðu aðila fyrr en honum hafi verið gefinn kostur á því (a) að kynna sér málgögn og málsástæður sem ákvörðun byggist á og (b) að tjá sig um málið. ...

Til þess að aðili geti neytt andmælaréttar síns þarf hann að hafa vitneskju um að málið sé til meðferðar hjá stjórnvöldum, hann þarf að eiga greiðan aðgang að málgögnum og hann þarf að eiga þess kost að tala máli sínu. Í þessum kafla er fjallað um alla þætti andmælaréttar: Skyldu stjórnvalds til þess að tilkynna aðila að mál hans sé til meðferðar, rétt aðila til þess að kynna sér málgögn og rétt aðila til þess að tjá sig um málsefni.⁷

Sú spurning rís hvort andmælarétturinn taki aðeins til málsatvika eða jafnframt til lagaraka. Ákvæði 13. gr. stjórnsýslulaga hljóðar svo: „Aðili máls skal eiga þess kost að tjá sig um efni máls áður en stjórnvald tekur ákvörðun í því, enda liggi ekki fyrir í gögnum málsins afstaða hans og rök fyrir henni eða slíkt sé augljóslega óþarft.“ Í ákvæðinu er viðfangsefni andmælaréttarins afmarkað við „efni máls“ og jafnframt er vísað til „afstöðu“ og „rök fyrir henni“. Orðalagið er nægilega opið til að rúma rétt til að tjá sig um lagarök. Í athugasemdum við IV. kafla stjórnsýslulaga segir svo:

„Í reglunni felst að aðili máls, sem til meðferðar er hjá stjórnvaldi, á að eiga kost á því að tryggja réttindi sín og hagsmuni með því að kynna sér gögn máls og málsástæður er ákvörðun mun byggjast á, leiðréttá fram komnar upplýsingar og koma að frekari upplýsingum um málsatvik áður en stjórnvald tekur ákvörðun í máli hans.“⁸

Í athugasemdunum er vísað til „upplýsinga um málsatvik“. Virðist það fremur benda til þess að andmælarétturinn sé fyrst og fremst bundinn við málsatvik og staðreyndir máls. Aftur á móti mælir markmið andmælaréttarins, þ.e. að eiga þess kost á því að tryggja réttindi sín og hagsmuni, með því að hann verði ekki túlkaður þröngt. Þá er í athugasemdum við IV. kafla einnig vísað til þess að tjá sig um „málið“ og „málsefnið“ en þess hugtök rúma víðtækan skilning.

Bera má 13. gr. stjórnsýslulaga saman við ákvæði dönsku stjórnsýslulaganna um andmælarétt.⁹ Orðalag íslenska ákvæðisins er al-

⁷ Alþt. 1992-93, 141. löggj.þ., þskj. 505.

⁸ Alþt. 1992-93, 141. löggj.þ., þskj. 505.

⁹ Ákvæði 1. mgr. 19. gr. dönsku stjórnsýslulaganna hljóðar svo: „Kan en part ikke antages at være bekendt med, at myndigheden er i besiddelse af bestemte oplysninger om en sags faktiske grundlag eller eksterne faglige vurderinger, må der ikke træffes afgørelse, før myndigheden har gjort parten bekendt med oplysningerne eller vurderingerne og givet denne lejlighed til at fremkomme med en udtalelse. Det gælder dog kun, hvis oplysningerne eller vurderingerne er til ugunst for den pågældende part og er af væsentlig betydning for sagens afgørelse. Myndigheden kan fastsætte en frist for afgivelsen af den nævnte udtalelse.“ Í 2. mgr. er síðan fjallað um undantekningar frá andmælaréttinum í sex tölulíðum og 3. mgr. kveður á um reglugerðarheimild um nánari reglur á einstökum sviðum.

mennara og víðtækara en orðalags hins danska ákvæðis. Hvað þetta álitaefni varðar má benda á að í danska ákvæðinu er beinlínis vísað til staðreynda máls (d. faktiske grundlag) og ytra faglegs mats (d. eksterne faglige vurderinger). Það orðalag ber með sér að aðallega sé átt við málsatvik og mót. Þó hefur verið talið að einnig geti reynt á lagarök enda séu mörkin á milli þeirra og staðreynda máls ekki alltaf skýr.¹⁰ Enn fremur hefur verið talið að aðili geti átt rétt til andmæla á ólögfestum grunni þegar lagagrundvelli máls hefur verið breytt með vissum hætti, til dæmis þegar um verulega breytta túlkun er að ræða eða að stjórnvald hyggst beita öðru lagaákvæði en upphaflega stóð til.¹¹ Í ljósi markmiðs og víðtæks orðalags 13. gr. stjórnsýslulaga verður að telja að þessi tilvik í dönskum rétti, einnig þau sem byggjast á ólögfestum grundvelli, rúmist innan ákvæðisins.¹²

Í þessu sambandi má benda á tvennt. Í fyrsta lagi á aðili máls almennt rétt á því að koma að andmælum að eigin frumkvæði og getur meðal annars óskaði eftir frestun máls af því tilefni, sbr. 2. mgr. 18. gr. stjórnsýslulaga. Þegar aðili kemur á framfæri andmælum sínum getur hann almennt einnig reifað lagarök.¹³ Álitaefnið um viðfangsefni andmælaréttarins lýtur því helst að því hvort stjórnvaldi er skylt að gefa aðila kost á að tjá sig um lagarök að eigin frumkvæði. Í öðru lagi má vekja athygli á því að í ofantilvitnuðum athugasemdum er meðal annars vísað í „málsástæður er ákvörðun mun byggjast á“. Telja má að þar sé átt við staðhæfingar um atvik eða staðreyndir máls sem leiða til ákveðinnar niðurstöðu samkvæmt réttarreglum. Segjum að stjórnvald hafi gefið aðila færi á að tjá sig eða hafi áður tilkynnt honum um mál. Þar hefur efni málsins verið reifað, þar á meðal lagagrundvöllur þess. Í því ljósi kann aðili að hafa komið á framfæri athugasemdum sínum og sérstaklega bent á atriði sem tengjast þeim lagaskilyrðum sem stjórnvaldið hefur bent á. Raskist lagagrundvöllur málsins með verulegum hætti getur staðan verið sú að þau andmæli sem aðili hefur komið á framfæri verði ekki raunhæf og virk; lagalegar forsendur málsins hafa

¹⁰ Sjá til dæmis Jon Andersen: *Forvaltningsret. Sagsbehandling. Hjemmel. Prøvelse*, 6. útg., bls. 63-80, Jon Andersen: „Partsmedvirken“ í Hans Gammeltoft Hansen: *Forvaltningsret*, 2. útg., bls. 517-531, og Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret*, bls. 193.

¹¹ Sjá til dæmis Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret*, bls. 198, *UfR 2000:2088V* og *FOB 1988:154*.

¹² Sjá til hliðsjónar álit umboðsmanns Alþingis 11. mars 2002 í máli nr. 3306/2001 (*sala ríkisjarða*).

¹³ Sjá bréf UA frá 2. október 2015 (*meðferð og sala eigna Seðlabanka Íslands*) þar sem sagði: „Aðili getur þá haft uppi sjónarmið um þann lagagrundvöll sem athugun stjórnvaldsins byggir á.“

breyst og gert andmælin ónothæf eða dregið úr gildi þeirri. Við þær aðstæður kann aðili máls að hafi í reynd ekki notið fullnægjandi andmælaréttar. Hann hefði mögulega háttað athugasemdum sínum með öðrum hætti hefði honum verið ljóst að byggt yrði á öðrum laga-skilyrðum. Þau lagarök sem hafa þýðingu fyrir þær málsástæður sem aðili kann að vilja koma á framfæri eða tjá sig um teljast til „efnis máls“ eða eru svo samofin því að andmælarétturinn tekur til þeirra eða tekur mið af þeim. Ekki verður fjallað hér um hvort viðfangsefni andmæla-réttarins sé enn rýmra.

Að síðustu má geta tveggja greina í þessum hluta. Önnur greinin fjallar um málsmeðferðarreglur í tilteknum barnaverndarmálum. Greinin er eftir Heiðu Björg Pálmadóttur og heitir: „Mikilvægi málsmeðferðarreglna við vistanir barna utan heimilis án samþykkis“. Hins vegar er það grein um bann við tvöfaldri refsingu og málsmeðferð í ljósi nýlegrar dómaframkvæmdar Mannréttindadómstóls Evrópu og þess hvernig rétturinn horfir við í stjórnsýslunni. Sú grein er eftir Hildi Hjörvar og heitir: „Ne bis in idem og tvíþætt málsmeðferð“. Í tengslum við umfjöllunarefni Hildar má velta því upp hvort tilefni sé til að lög-festa almennt ákvæði um samvinnu stjórnvalda, ekki síst þegar reynir á samspil refsinga og stjórnsýsluviðurlaga.¹⁴

Þá má skoða hvort ástæða sé til að lögfesta sérstakar reglur í stjórnsýslulög um stjórnsýsluviðurlög og þvingunarúrræði. Í því sambandi má á ný minna á frumvarp það er var lagt fram á 135. lögjafarþingi. Tillögur að því eru nánar reifaðar í lok greinar Hafsteins Dan Kristjánssonar: „Brottfall stjórnsýsluviðurlaga“. Jafnframt má varpa því fram hvort tilefni sé til að lögfesta önnur ákvæði svo sem um þjónustulund og aðgengileika stjórnvalda,¹⁵ að málsmeðferð skuli vera skrifleg¹⁶ og svarregluna. Í IX. kafla stjórnsýslulaga er kveðið á um rafræna meðferð stjórnsýslumála. Varpa má því fram hvort tími sé kominn á að auka á heimildir og jafnvel skyldu stjórnvalda til rafrænnar málsmeðferðar.¹⁷

Í VII. kafla stjórnsýslulaga er fjallað um stjórnsýslukæru. Því má kasta fram hvort tilefni sé til að fjalla nánar um valdheimildir eða

¹⁴ Sjá til dæmis 8. gr. sænsku stjórnsýslulaganna, 10. gr. finnsku stjórnsýslulaganna sem og 47. gr. norsku stjórnsýslulaganna.

¹⁵ Sjá til hliðsjónar 6. og 7. gr. sænsku stjórnsýslulaganna. Í þessu sambandi má þó minna á 14. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, sem gildir aðeins um starfsskyldur ríkisstarfsmanna.

¹⁶ Sjá til dæmis 2. mgr. 9. gr. sænsku stjórnsýslulaganna og 10. gr. tillögu að frumvarpi til nýrra norskra stjórnsýslulaga. Gegn slíkri hugmynd vegur víðtækt gildissvið stjórnsýslulaganna og að stjórnsýslan sé í senn ódýr, einföld og hröð.

¹⁷ Til hliðsjónar má vekja athygli á 11.-13. gr. tillögu að nýjum norskum stjórnsýslulögum.

endurskoðunarvald kærustjórnvalda.¹⁸ Nú er kveðið á um að kærustjórnvald geti fellt ákvörðun úr gildi eða breytt henni nema annað leiði af lögum eða venju. Ímynda má sér að bætt verði við að kærustjórnvald geti til dæmis heimvísað máli. Þá kæmi til greina að fjalla um málskostnað.¹⁹

Í VI. kafla er fjallað um afturköllun og endurupptöku máls. Þar er kveðið á um að heimilt sé að afturkalla og endurupptaka mál að ákveðnum skilyrðum fullnægðum. Fyrir utan þær ástæður gilda óskráðar reglur. Vegna þess má velta því fyrir sér hvort ástæða sé til að fjalla með heildstæðum hætti um þetta atriði og jafnvel samræma skilyrðin eða setja í samhengi við ógildinguna ákvörðunar að því marki sem það á á annað borð við. Þá mætti velta fyrir sér hvort tilefni væri til að fjalla um heimildir æðra stjórnvalds til að breyta stjórnvaldsákvörðun að eigin frumkvæði.²⁰

Að síðustu má geta þess að í VIII. kafla eru ákvæði um stjórn-sýslunefndir. Áður var á málgað að velta megi því fyrir sér hvort tilefni sé til að reglurnar hafi viðtækara gildissvið. Til viðbótar má kasta því fram að ástæða sé til að fjalla með nákvæmari hætti um þessi og fleiri atriði er varða stjórn-sýslunefndir.²¹

Efnisreglur

Efnisreglur hafa áhrif á efni máls. Ekki allar þeirra eru lögfestar í stjórn-sýslulögum. Í lok III. hluta stjórn-sýslulaga er að finna tvær efnisreglur, þ.e. jafnræðisregluna í 11. gr. og meðalhófsregluna 12. gr.

Í grein Hafsteins Dan Kristjánssonar: „Brottfall stjórn-sýsluviðurlaga“ er fjallað um það álitaefni hvort og þá á hvaða grundvelli stjórn-sýsluviðurlög á borð við stjórnvaldssektir og réttindasviptingu fyrnist eða falli niður. Í því sambandi er fjallað um meðalhófsreglu 12. gr. stjórn-sýslulaga. Jafnframt er vikið að öðrum ákvæðum stjórn-sýslulaga, svo sem tilkynningarreglu 14. gr., birtingarreglu 20. gr., reglum um aðild máls og ákvæðum um rafræna meðferð stjórn-sýslumála í IX. kafla.

Athygli vekur að aðeins tvær efnisreglur eru lögfestar í stjórn-sýslulögum. Vegna þess má spyrja hvort tilefni sé til að lögfesta aðrar efnisreglur, svo sem réttmætisregluna,²² lögmætisregluna,²³ að ákvarðanir

¹⁸ Sjá til hliðsjónar nógildandi 34. gr. norsku stjórn-sýslulaganna.

¹⁹ Sjá til hliðsjónar nógildandi 36. gr. norsku stjórn-sýslulaganna.

²⁰ Sjá til hliðsjónar nógildandi 35. gr. norsku stjórn-sýslulaganna.

²¹ Til hliðsjónar má benda á 10. kafla tillögu að nýjum norskum stjórn-sýslulögum.

²² Sjá til dæmis 5. gr. sænsku stjórn-sýslulaganna og 40. gr. tillögu að nýjum norskum stjórn-sýslulögum.

skulu vera ákveðnar og skýrar og bann við misbeitingu valds við val á leiðum til úrlausnar máls. Þá má velta fyrir sér hvort ástæða sé til að fjalla um valdframsal í stjórnsýslulögum²⁴ og heimildir stjórnvalda til að skilyrðisbinda stjórnvaldsákvæðanir.²⁵ Í því sambandi má velta fyrir sér hvort ástæða sé til að lögfesta ákvæði um endursendingu máls og réttaráhrif þess þegar þau eru send milli stjórnvalda.

Réttindi og skyldur opinberra starfsmanna

Eins og áður greinir var bætt við nýjum X. kafla í stjórnsýslulögin árið 2019. Nú er í 41. gr. að finna ákvæði um tjáningarfrelsi. Í 42. gr. er kveðið á um þagnarskyldu og í 43. gr. á um takmarkanir og brottfall þagnarskyldu. Í 44. gr. er fjallað um misnotkun á aðstöðu. Í 45. gr. er ákvæði um þagnarskyldu málsaðila, vitna og umsagnaraðila. Í 46. gr. er ákvæði um miðlun upplýsinga til annars stjórnvalds og í 47. gr. er ákvæði um þagnarskyldu annarra sem veita borgurum þjónustu á vegum stjórnvalda. Þá er í 48. gr. reglur um meðferð trúnaðarupplýsinga. Þess má geta að í 18. gr. laga nr. 85/1997, um umboðsmann Alþingis, er að finna ákvæði, sem var fært í lög árið 2018, um vernd þeirra sem greina frá brotum. Nú liggur fyrir að lagt hefur verið fram frumvarp um vernd uppljóstrara, sjá 431. þskj. á 150. lögjafarþingi. Í tilefni af þessum nýja kafla í stjórnsýslulögum og þeim breytingum sem hafa átt sér stað á síðustu árum er að finna tvær greinar er lúta að réttindum og skyldum opinberra starfsmanna sem og uppljóstrara-vernd

Í grein Páls Þórhallssonar: „Tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna – siðferðileg og lagaleg sjónarmið“ eru greind viðmið um tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna. Lögð er áhersla á að lagareglur sem takmarka tjáningarfrelsi séu skýrar og ótvíræðar. Jafnframt er tekið fram að mikilvægt sé að litið sé á „þátttöku starfsmanna í opinberri umræðu sem leið til dýpka umræðuna og til umbóta hjá hinu opinbera“. Í grein Eiríks Jónssonar og Odds Þorra Viðarssonar: „Uppljóstraravernd opinberra starfsmanna“ er fjallað um almenn sjónarmið um vernd uppljóstrana opinberra starfsmanna. Tekin er fram sú skoðun höfundna að óheppilegt sé að ekki hafi enn verið lögfest heildarlög um þetta efni en vísað er í áður nefnt frumvarp sem hefur verið lagt fram á Alþingi.

²³ Gegn því vegur að lögmatísreglan hefur stjórnskipulegt gildi. Slíkt lagaákvæði fæli aðeins í sér áréttingu. Sjá til hliðsjónar 5. gr. sænsku stjórnsýslulaganna.

²⁴ Sjá til hliðsjónar 3. kafla tillögu að nýjum norskum stjórnsýslulögum.

²⁵ Sjá til hliðsjónar 41. gr. tillögu að nýjum norskum stjórnsýslulögum.

Réttarbrot og eftirmálar þeirra

Það er gott og blessað að hafa fín lög. Þeim verður þó að fylgja og svo getur farið að ekki hafi verið gætt að þeim. Í það minnsta kunna borgararnir að æskja endurskoðunar á því hvort svo hafi verið. Þegar svo háttar til standa þeim nokkrar leiðir færar. Þegar um ákvörðun lægra setts stjórnvalds er að ræða geta þeir kært hana til æðra setts stjórnvalds á grundvelli 26. gr. stjórnsýslulaga. Þeir geta einnig leitað til endurskoðunaraðila utan stjórnkerfis ríkisins að ákveðnum skilyrðum uppfylltum, þ.e. umboðsmanns Alþingis og dómstóla. Leiti þeir til dómstóla reynir á í hvaða búningi stjórnsýslumál verða að vera og hvað sé unnt að fá endurskoðað. Grein Víðis Smára Petersen: „Höfðun dómstóla vegna athafna og ákvarðana stjórnvalda“ fjallar um þær reglur sem gilda um það viðfangsefni. Þar tekur hann meðal annars til umfjöllunar reglur um aðild fyrir dómstólum, réttarfarsskilyrði og endurskoðunarvald dómstóla.

Réttarbrot geta einnig haft afleiðingar fyrir starfsmenn stjórnsýslunnar. Þau geta verið í formi starfsmannaréttarlegra viðurlaga, bótaábyrgðar og refsíábyrgðar. Í tilviki ráðherra reynir síðan á ráðherraábyrgð, sbr. 14. gr. stjórnarskrárinnar og lög nr. 4/1963. Í síðustu grein ritsins fjallar Björg Thorarensen um ráðherraábyrgð. Grein hennar ber heitið: „Um lagalega ábyrgð ráðherra og valkosti við endurskoðun reglna um ráðherraábyrgð“.

Eins og sumar greinanna bera með sér stendur stjórnsýslan frammi fyrir margháttuðum áskorunum í störfum sínum. Sumar þeirra eru jafnvel tiltölulega nýjar af nálinni, á aðrar er farið að reyna á í auknum mæli eða á nýjan hátt. Setning stjórnsýslulaga fól í sér þýðingarmikla réttarbót á sínum tíma og hafa lögin, með þeim breytingum sem hafa verið gerðar á þeim, staðist tímans tönn. Þær reglur sem gilda um stjórnsýsluna verður þó að aðlaga að breyttum áskorunum, viðfangsefnum og tímum svo megin markmið stjórnsýslulaga haldist í reynd, þ.e. að tryggja sem best réttaröryggi borgaranna í samskiptum við stjórnvöld. Megi næsti aldarfjórðungur reynast gæfuríkur til þess.

Rítstjóri

Páll Hreinsson

TUNGA ÍSLENSKRAR STJÓRNSÝSLU*

Efnisyfirlit

1. Inngangur	26
2. Grímur Johnsson amtmaður	28
3. Brynjólfur Pétursson fulltrúi við rentukammerið	30
4. Danska í embættisfærslu á Íslandi á 18. og 19. öld	31
4.1 Inngangur	31
4.2 Íslenska í störfum stjórnvalda	32
4.3 Íslenska í störfum Alþingis.....	37
4.4 Birting laga á íslensku sem gilda áttu á Íslandi	38
5. Deilur Gríms amtmanns og Hoppe stiftamtmanns	40
5.1 Inngangur	40
5.2 Viðhorf kansellísins og rentukammersins til málsins	42
5.3 Úrskurður Kristjáns VIII. Danakonungs frá 29. júlí 1846	47
6. Barátta Íslendinga fyrir íslenskri tungu í kjölfar úrskurðar Kristjáns VIII. Danakonungs frá 29. júlí 1846	48
7. Niðurstöður.....	52
Abstract.....	55
Heimildir	56

1. Inngangur¹

Stjórnsýslulög nr. 37/1993 hafa ekki að geyma ákvæði um að íslenska sé tungumál íslenskrar stjórnsýslu. Þegar frumvarpið var samið var óumdeilt að þannig var því farið á grundvelli stjórnsýsluvenju. Hins vegar var verulegum vandkvæðum bundið að henda reiður á hvaða undantekningar giltu frá þessari stjórnsýsluvenju, sem hefðu þær afleiðingar að íslenskum stjórnvöldum væri skylt í ákveðnum tilvikum að ganga úr skugga um að málsaðili hefði nauðsynlegan skilning á úrlausnarefni máls, atvikum þess, svo og niðurstöðunni í því. Ástæða þessa vafa var að skyldur íslenska ríkisins til þess að sinna stjórnsýslu á öðrum tungumálum en íslensku byggðust flestar á þjóðréttarlegum samningum. Hér má t.d. nefna auglýsingu nr. 5/1987 um Norðurlanda-samning um rétt norrænna ríkisborgara til að nota eigin tungu í öðru norrænu ríki, sbr. auglýsingu nr. 37/2003. Hér er einnig rétt að nefna EES-samninginn, sbr. lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið en hann gekk í gildi á sama tíma og stjórnsýslulögin. Þótt ekki sé að finna ákvæði um þetta í meginmáli EES-samningsins hafði gengið dómur hjá Evrópudómstólnum þar sem ljóst var, með vísan til 6. gr. samningsins, að ákveðnar skyldur gætu hvílt á aðildarríkjum Evrópusambandsins að þessu leyti.²

Framangreint réttarástand breyttist með setningu laga nr. 61/2011 um stöðu íslenskrar tungu og íslensks táknmáls. Samkvæmt 1. gr. laganna er íslenska þjóðtunga Íslendinga og opinbert mál á Íslandi. Í 1. mgr. 2. gr. laganna er tekið fram að þjóðtungan sé sameiginlegt mál landsmanna og að stjórnvöld skuli tryggja að unnt verði að nota hana á öllum sviðum íslensks þjóðlífs. Samkvæmt 1. mgr. 5. gr. laganna bera ríki og sveitarfélög ábyrgð á því að varðveita og efla íslenska tungu og skulu sjá til þess að hún sé notuð. Í 8. gr. laganna er síðan áréttað að íslenska sé mál Alþingis, dómstóla, stjórnvalda, jafnt ríkis sem sveitarfélaga, skóla á öllum skólastigum og annarra stofnana sem hafi með

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnreglum.

¹ Ég vil þakka frænda mínum Kristmundi Bjarnasyni, fræðimanni á Sjávarborg, kærlega fyrir hvatninguna til að skrifa þessa grein. Þá þakka ég Eiríki Guðmundssyni fyrrverandi þjóðskjalaverði fyrir veitta aðstoð. Allt sem sagt er í greininni er einvörðungu á ábyrgð höfundar.

² Í dómi Evrópudómstólsins í máli 66/74 *Farrauto* virðist dómstóllinn hafa gengið út frá þeirri forsendu að á stjórnvöldum hvíli skylda til að ganga úr skugga um að málsaðili skilji það tungumál sem ákvörðun er tilkynnt honum á. Sjá nánar Niels Fenger: *Forvaltning & Fællesskab*, bls. 395.

höndum framkvæmdir og veiti almannþjónustu.³ Í 12. gr. laganna er loks tekið fram að íslenska sé opinbert mál Íslands á alþjóðavettvangi. Um stöðu og heimild til notkunar táknaðs og punktaleturs er fjallað í 13. og 26. gr. laganna.

Í 2. mgr. 9. gr. laga nr. 61/2011 um stöðu íslenskrar tungu og íslensks táknaðs er tekið fram að stjórnvöld skuli leitast við að tryggja að sá sem skilji ekki íslensku geti fengið úrlausn erinda sinna og tileinkað sér efni skjala og skilríkja sem skipta hann máli. Í athugasemdum við grein þá, er varð að 9. gr. laga nr. 61/2011, er tekið fram að stjórnvöld skuli leitast við að veita þeim sem skilji ekki íslensku nauðsynlega þjónustu. Rétt sé og eðlilegt að stjórnvald meti það hverju sinni hvernig að skuli staðið, svo sem hvort starfsmenn geti leyst úr eða kalla þurfi til túlk.⁴ Við túlkun þessarar undantekningarreglu er ljóst að taka verður tillit til þeirra þjóðréttarlegu skyldna sem á íslenska ríkinu hvíla, s.s. við afgreiðslu á erindum Norðurlandabúa og borgara EES-ríkja.

Sagan á það til að endurtaka sig. Gera má ráð fyrir að flestum finnist það sjálfgefið að íslensk stjórnsýsla noti íslensku í störfum sínum. Samt eru það þó ekki nema rúmlega 173 ár síðan að skráning og úrvinnsla stjórnsýslumála fór að miklu leyti fram á dönsku hér á landi hjá öðrum stjórnvöldum en sveitarstjórnnum og Danakonungur skar úr um það með úrskurði sínum að ekki þætti „næg ástæða til að banna“ Grími Johnsson amtmanni að skrifa öðrum hérlendum embættismönnum á *íslensku*. Þegar þjóðfrelsisbaráttan hófst af alvöru hafði þannig fjarað verulega undan íslenskunni sem máli íslenskrar stjórnsýslu og væri hún á annað borð notuð var hún oft afar dönskuskotin.

Í þessu ritgerðarkorni verður aðallega vikið að átökum sem urðu um notkun íslenskrar tungu á árunum 1843 til 1846. Þeir Íslendingar sem hér koma mikið við sögu eru Grímur Johnsson, þá amtmaður í norður- og austuramtinu á Íslandi, svo og Brynjólfur Pétursson, þá fulltrúi í rentukammerinu. Af þeim sökum verður byrjað á því að kynna þá til leiks. Að því búnu verður vikið stuttlega að stöðu hinnar íslensku tungu á þessum tíma. Því næst verður fjallað um deilu Gríms amt-

³ UA 9510/2017 (*íslensk tunga*). Það var niðurstaða umboðsmanns Alþingis að það væri ekki í samræmi við 5. mgr. 6. gr. laga nr. 66/1998, um dýralækna og heilbrigðisþjónustu við dýr, að Matvælastofnun réði til eftirlitsstarfa í opinberri þjónustu dýralækna sem hefðu ekki vald á íslenskri tungu. Þá var það ekki í samræmi við þetta ákvæði og lög nr. 61/2011, um stöðu íslenskrar tungu og íslensks táknaðs, að samskipti þeirra á vegum stofnunarinnar við eftirlitsskylda aðila og eftir atvikum aðra væru að hluta til á ensku, í þeim tilvikum sem það var ekki í þágu þeirra sem eftirlit eða önnur starfsemi stofnunarinnar laut að.

⁴ Þskj. 870 — 533. mál. 139. lögjafarþing 2010–2011.

manns⁵ við Hoppe stiftamtman⁶ þar sem sá síðarnefndi krafðist þess að Grímur ritaði embættisbréf sín á dönsku. Í framhaldinu verður vikið að þeim átökum sem um þetta deilumál urðu á milli kansellísins⁷ og rentukammersins.⁸ Loks verður fjallað um úrskurð Kristjáns VIII. Danakonungs í málinu sem gekk hinn 29. júlí 1846 og þá baráttu sem Íslendingar háðu í kjölfarið fyrir íslensku sem tungu íslenskrar stjórn-sýslu.

2. *Grímur Johnsson amtmaður*

Grímur Johnsson fæddist 12. október 1785 í Görðum á Akranesi. Hann var sonur séra Jóns Gíslasonar og Kristínar Eiríksdóttur. Grímur missti föður sinn 12 ára gamall og var þá sendur til árs dvalar og náms hjá séra Bjarna Arngrímssyni að Melum í Melasveit í Borgarfirði. Að því búnu flutti hann með móður sinni út í Viðey til Ólafs Stephensen stiftamtmanns. Hóf hann síðan nám við Hólavallarskóla og lauk þar námi 1802, sextán ára að aldri. Eftir það gerðist hann skrifari Ólafs stiftamtmanns í Viðey. Við skriftir í embættisstörfum stiftamtmanns lærði Grímur vel þá dönsku sem notuð var í samskiptum heldri manna auk þess sem hann lærði umgengnisvenjur þeirra. Grímur innritaðist í Hafnarháskóla 1805 og lauk þaðan lagaprófi 1808.⁹

Þegar Englendingar settust um Kaupmannahöfn í ágúst 1807 gekk Grímur í lífvarðarsveit krónprinsins eins og margir aðrir stúdentar. Grímur gerðist síðan liðsforingi í landher Dana, herdeild Kristjáns krónprins, eftir að hann stóð upp frá prófborði í lagadeild Hafnarháskóla 1808. Hann lagði síðan fyrir sig tveggja ára nám í hernaðarlist við „Landkadetakademi“ og lauk prófi fyrir herforingjaefni 1810. Hann fékk heiðurspening fyrir að hafa tekið til þess tíma hæsta herforingja-

⁵ Amtmenn voru yfirmenn amta og heyrðu undir stiftamtman á Íslandi 1684-1872 og voru lengst af yfirmenn sýslumanna. Embætti amtmanna voru stofnuð 1684 og lögð niður 1904.

⁶ Stiftamtmaður var æðsti fulltrúi konungs á Íslandi og yfirmaður amtmanna. Á árunum 1779-1787 var stiftamtmaður einnig amtmaður í Suður- og Vesturamti, en þegar því var skipt í tvö ömt árið 1787 var hann eingöngu amtmaður í Suðramti ásamt því að vera stiftamtmaður. Embættið var lagt niður 1872.

⁷ Kansellíið var æðsta stjórnarskrifstofa konungs í Kaupmannahöfn allt frá miðöldum og þar til það var lagt niður 1848 og verkefni þess falin ráðuneytum. Verkefni þess voru aðallega dómsmál og landsstjórnarmál.

⁸ Rentukammerið var ein af stjórnardeildum konungs í Kaupmannahöfn sem einkum fékkst við stjórnun fjármála ríkisins og atvinnumál. Rentukammerið var lagt niður 1848 og tóku þá ráðuneyti við málefnum þess.

⁹ Gunnlaugur Haraldsson: *Lögfræðingatal 1736–1992*, G - L, bls. 50-52.

próf í landher Dana og var í kjölfarið skipaður kadetforingi. Ári síðar var hann skipaður umsjónarmaður herdeildar, regimentkvartermeistari og dómari í herrétti í herflokki landkadetta og jafnframt kennari í herrétti. Árið 1814 var hann gerður að regimentkvartermeistara og herdómara við stórskotaliðssveitina. Hann var sæmdur overkrigskommissær-nafnbót árið 1816. Grímur var síðan skipaður yfirherdómari 1818 og sæmdur overauditørs-nafnbót sama ár. Allan sinn tíma í herþjónustu hélt Grímur jafnframt stöðu sinni við herdeild Kristjáns krónprins.¹⁰

Grímur var mjög hávaxinn og mikið glæsímenni.¹¹ Hann kunni vel við sig meðal tiginna manna og var léttur í máli, fágaður í framkomu og betur til fara en flestir landar hans.¹² Grímur var tíður gestur í boðum hjá yfirboðurum sínum, þ. á m. Kristjáni krónprinsi. Ekki virðist þó vinfengi Gríms við krónprinsinn hafa hjálpað honum mikið á frama-brautinni, enda var það viðhorf ríkjandi í stjórnardeildum Friðriks VI. Danakonungs að krónprinsinn væri hættulega frjálslundur og virðist hann því hafa verið fremur áhrifalítill sem krónprins.¹³

Grímur var mikill tungumálamaður. Rasmus Christian Rask sagði það um vin sinn Grím að hann talaði dönsku betur en flestir landar hans. Auk fornálanna grísku og latínu talaði Grímur þýsku, frönsku og ensku. Grímur var einn af stofnendum Hins íslenska bókmenntafélags og var féhirðir og bókavörður í fyrstu stjórn þess.¹⁴ Hann var síðar gerður að heiðursfélaga í bókmenntafélaginu og kjörinn félagi í Hinu norræna fornfræðifélagi.

Árið 1819 lét Grímur af hermennsku og tók við starfi bæjarfógeta og bæjarskrifara í Skælsør og starfi héraðsfógeta og skrifara í Vester-Flakkebjerghéraði í Danmörku. Árið 1824 var hann skipaður amtmaður í norður- og austuramtinu á Íslandi. Árið 1833 var Grímur skipaður bæjarfógeti og bæjarskrifari í Middelfart og héraðsfógeti og skrifari í Vendshéraði á Fjóni. Árið 1842 var hann enn á ný skipaður amtmaður í norður- og austuramtinu á Íslandi.¹⁵

Grímur var kunnur að því að vera með bestu lagamönnum landsins um sína tíð. Hann hafði lært agaða stjórnsýslu í herföngjanámi sínu og

¹⁰ Kristmundur Bjarnason: *Amtmaðurinn á einbúasetrinu*, bls. 59-61, 63, 77.

¹¹ Jón Espólin lýsir Grími amtmanni svo: „Hann var nafnkunnur af kænleik við allar embættis-sýslanir, mjúkr í vidmóti ok álittegr að sjá, átta þumlunga hár hins sjöunda tugar.“ Jón Espólin: *Íslands Árbækr í sögu-formi XII. deild*, bls. 144.

¹² Kristmundur Bjarnason: *Amtmaðurinn á einbúasetrinu*, bls. 48.

¹³ Kristmundur Bjarnason: *Amtmaðurinn á einbúasetrinu*, bls. 48 og 86.

¹⁴ Kristmundur Bjarnason: *Amtmaðurinn á einbúasetrinu*, bls. 69.

¹⁵ Gunnlaugur Haraldsson: *Lögfræðingatal 1736-1992, G-L*, bls. 50-52.

af veru sinni í danska hernum. Þegar hann var skipaður amtmáður reyndi hann að ráða bót á lausung og ósamræmi í stjórnýsly. Varð það til þess að sýslumenn kvörtuðu yfir því að hann gerði meiri kröfur til þeirra en áður hafði þekkt varðandi skýr reikningsskil, skýrslugerð og vandaða starfshætti.¹⁶ Grímur var sæmdur etatsráðsnafnbót 1833.

Um þær mundir er Grímur gegndi embætti amtmanns voru Skagafirðingar engir heimalningar, þóttu ölhneigðir, kunnu vel við sig á hestbaki og reyndust ekki mjög bundnir við bú sín og kvenhollir í betra lagi.¹⁷ Hvergi á landinu voru framin fleiri barneignabrot en þar. Grímur hafði áhyggjur af þessum brotum og fylgdi því eftir að þau væru upplýst og við þeim brugðist. Ástæðan var sú að hann taldi að lausaleiksbörn fengju tíðum mun verra uppeldi en hjónabandsbörn. Taldi hann því miklu skipta að foreldrar væru skyldaðir til þess að sjá slíkum börnum sínum farborða enda ættu þau ekki að líða fyrir það að vera í heiminn borin utan hjónabands. Ástæðu þessara brota taldi hann aðallega þá að högum íslenskra atvinnuvega væri þannig farið að of fáir gætu komið undir sig fótum og stofnað til hjúskapar.¹⁸ Þessi viðhorf Gríms féllu vægast sagt í grýttan jarðveg í Skagafirði og sköpuðu honum þar mikla óvild sem m.a. leiddi til hinnar víðfrægu „Norðurreiðar“ Skagafirðinga til Möðruvalla vorið 1849 til að kunngerá Grími amtmanni óánægju þeirra með embættisfærslu hans. Grímur tók þetta mjög nærri sér og andaðist stuttu síðar, hinn 7. júní 1849.

3. Brynjólfur Pétursson fulltrúi við rentukammerið

Brynjólfur Pétursson fæddist 15. apríl 1810 á Víðivöllum í Akrahreppi í Skagafirði og var einn hinna þekktu Víðivallabráðra, sona Péturs Péturssonar prófests og seinni konu hans, Þóru Brynjólfsdóttur Halldórssonar biskups, en hinir voru þeir Jón Pétursson háyfirdómari og Pétur Pétursson biskup. Hann innritaðist í lagadeild Hafnarháskóla 1830 og lauk þaðan lagaprófi 1837.¹⁹

Brynjólfur var ólaunaður starfsmaður (volontør) í Íslands- og Borgundarhólmsskrifstofu rentukammersins í Kaupmannahöfn árið

¹⁶ Jón Espólin lýsir litilli hrifningu sýslumanna með þessa nákvæmni Gríms amtmanns með svofelldum hætti: „... en sýslumönnum þótti mikit heimt af sér, ok aukast jafnan, ok mest um reikninga ok skýrslur, því at snemma var sýnt at amtmadr var harla gjörhugull um slíkt, meir en menn vissu hér dæmi.“ Jón Espólin: *Íslands Árbæk í sögu-formi XII. deild*, bls. 144.

¹⁷ Kristmundur Bjarnason: *Amtmaðurinn á einbúasetrinu*, bls. 133.

¹⁸ Kristmundur Bjarnason: *Amtmaðurinn á einbúasetrinu*, bls. 137.

¹⁹ Gunnlaugur Haraldsson: *Lögfræðingatal 1736–1992, A - F*, bls. 338.

1840 en varð launaður aðstoðarmaður þar árið eftir. Árið 1844 var hann settur þar fulltrúi og skipaður þar árið eftir. Árið 1848 var hann skipaður forstöðumaður stjórnardeildar íslenskra, færeyskra og grænslenskra málefna í rentukammerinu þegar hún var stofnuð og gegndi því starfi til æviloka.²⁰

Brynjólfur var í stjórn Hins íslenska bókmenntafélags, Kaupmannahafnardeild, frá 1833 til æviloka og gegndi þar störfum ritara, varaforseta og forseta. Hann var einn af stofnendum Lestrarfélagins svo og Fjölnis. Brynjólfur er án efa þekktastur í dag fyrir að hafa verið einn hinna fjögurra Fjölismanna. Hann var sæmdur kammerassessorsnafnbót 1847 og jústitsráðsnafnbót 1848. Hann dó í Danmörku 18. október 1851, þá rétt rúmlega fertugur.²¹

4. Danska í embættisfærslu á Íslandi á 18. og 19. öld

4.1 Inngangur

Allt frá gerð Gamlasáttmála 1262 kröfðust Íslendingar þess að embættismenn hér á landi væru Íslendingar²² eða fæddir hér á landi.²³ Með slíkri skipan fengu Íslendingar ákveðna sjálfstjórn í málum sem konungur og ráðgjafar hans létu sig litlu varða.²⁴

Á 19. öld fór hluti þjóðfrelsisbaráttu Íslendinga fram í gegnum „orrustur“ um það hvar skylt eða heimilt væri að nota íslenska tungu hjá handhöfum opinbers valds á Íslandi í embættisfærslu þeirra. Málflutningur fyrir dómi fór fram á íslensku þar sem ekki var um það deilt að íslenska væri þingmálið.²⁵ Deilur voru hins vegar um notkun íslensku í störfum Alþingis og stjórnvalda.

²⁰ Gunnlaugur Haraldsson: *Lögfræðingatal 1736–1992, A - F*, bls. 338.

²¹ Gunnlaugur Haraldsson: *Lögfræðingatal 1736–1992, A - F*, bls. 338.

²² Eitt af skilyrðum Íslendinga í Gamlasáttmála frá 1262 var orðað svo: „at íslenzkir sé lögmenn og sýslumenn hér á landinu, af þeirra ætt sem at fornu hafa goðorðin upp gefit.“ *Lovs. f. Isl. I.*, bls. 11. Við endurnýjun sáttmálans árið 1319 var skilyrðið um íslenska embættismenn áréttað með svohljóðandi hætti: „... og at íslenzkir sé lögmenn og sýslumenn, sé annarr lögmaðr fyrir norðan en annar fyrir sunnan, og hafi þeir ekki sýslur.“ *Lovs. f. Isl. I.*, bls. 32.

²³ Sjá hér t.d. „Reskript til Lensmand Henrik Krag, at ansætte en Mand som Laugthingsskriver, m.m.“ 9. maí 1593, en þar segir m.a. svo: „Da bede vi dig og ville, at du med det allerførste forordner og tilskikker dennem en forstandig Person til en Laugthingsskriver, sem der paa Landit er fød ...“ *Lovs. f. Isl. I.*, bls. 128.

²⁴ Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnýslulaga*, bls. 40.

²⁵ Í 16. gr. tilskipunar um landsyfirrétt frá 11. júlí 1800 segir m.a. svo: „Sagførelsen ved Landsoverretten skal skee skriftligen, og forfattes i det islandske Sprog, med minder

4.2 Íslenska í störfum stjórnvalda

Frá þeim tíma er farið var að skipa Dani, sem ekki kunnu íslensku, í embætti sýslumanna er ljóst að embættisfærsla þeirra hefur að mestu farið fram á dönsku, bæði í skiptum við önnur stjórnvöld og borgara landsins. Á síðari hluta 18. aldar var svo komið að bréfaskipti á milli amtmanna, sýslumanna, biskups og landlæknis fóru að miklu leyti fram á dönsku. Þá var mál verslunarmanna oft danska og bókhald þeirra jafnan fært á dönsku. Þá rituðu ýmsir prestar embættisskýrslur sínar á dönsku. Ekki nóg með það þessir embættismenn skrifuðu almenningi á Íslandi í sumum tilvikum á dönsku við litla hrifningu landans.²⁶ Það voru því aðeins sveitarstjórnarmenn sem notuðu nánast eingöngu íslensku í stjórnsýslu sinni.

Til þess var tekið að Sveinn Sölvason lögmaður (1722-1782) hafi talað afar þjagaða og hörmulega íslensku.²⁷ Þarf þá e.t.v. ekki að koma á óvart að hann var mjög hlynntur því að Íslendingar legðu niður íslenska tungu og tækju upp dönsku í staðinn.²⁸ Íslenskir embættismenn sem á eftir honum komu kunna sumir að hafa verið á sömu skoðun, a.m.k. notuðu þeir dönsku í embættisfærslu sinni. Það var ákaflega freistandi fyrir sýslumenn að bóka yfirheyrslur á dönsku því ef máli var áfrýjað frá landsyfirrétti til Hæstaréttar Danmerkur þurftu sýslumenn að leggja nótt við dag við uppskriftir og þýðingar á gögnum máls í stað þess eins að senda gögnin hefðu þau verið skrifuð á dönsku.

Árið 1752 sá Jón Pálsson Bergmann bóndi, „búandi í Hólastifti innan Húnavatns sýslu og Svínavatns hrepps“ sérstaka ástæðu til að skrifa konungi bréf á íslensku þar sem hann fór þess á leit að hann og aðrir bændur mættu skrifa konungi á móðurmáli sínu þar sem þeir kynnu ekki dönsku. Til bréfaskipta á dönsku þyrftu þeir að leita liðsinnis sýslumanns, en vörðuðu aðfinnslur þeirra embættisfærslu hans taldi Jón eins gott að sleppa því. Þá óskaði Jón eftir því að mega senda konungi innsiglið bréf svo þeim væri ekki stungið undir stól.

Bréf Jóns var þýtt á dönsku og var erindi hans tekið til umfjöllunar í kansellíinu. Hinn 13. mars 1753 óskaði kansellíið eftir umsögn stiftamtmanns og greifa O.M. Rantzau sem hann veitti með bréfi 26. mars 1753. Þar kemur efnislega fram að þau bréf, sem berist stjórnardeildunum í Kaupmannahöfn, frá stjórnvöldum á Íslandi skuli vera á

begge parter ere Danske eller Norske, da det er dem tilladt at före deres Sager i det danske Sprog...”

²⁶ Einar Arnórsson: *Alþingi og frelsisbaráttan 1845-1874*, bls. 19.

²⁷ Páll Sigurðsson: *Um Pál lögmann Vidalín og fornyrðaskýringar hans*, bls. 277.

²⁸ Inngangur að *Tyro juris* sem ekki hefur tölusettar blaðsíður.

dönsku auk þess sem fylgja skuli þýðingar á dönsku á þeim fylgiskjölum sem séu á íslensku. Með þessu sé þó ekki komið í veg fyrir að bændur geti skrifað bréf sín á íslensku þegar þau lúti að embættisfærslu stjórnvalda, sem komi í veg fyrir að þeir geti leitað til hlutaðeigandi stjórnvalds með aðstoð við þýðingu á bréfum sínum á dönsku. Rantzau vildi þó gera einn fyrirvara hér á, þ.e. ef bréfinu fylgdu fylgiskjöl, s.s. vitnisburðir, yrðu þau þó að vera þýdd á dönsku þar sem erfitt væri að fá slík skjöl þýdd úr íslensku yfir á dönsku í Kaupmannahöfn.

Hinn 6. apríl 1753 ritaði Friðrik V. Danakonungur stiftamtmani Rantzau bréf (á dönsku) um erindi frá alþýðu Íslands og var bréfið lesið upp á Alþingi (á dönsku) sumarið sama ár.²⁹ Efnislega veitti konungur með bréfinu þegnum sínum rétt til að skrifa umkvartanir yfir embættisfærslu stjórnvalda á Íslandi á íslensku og, í samræmi við ákvæði N.L. 1-24-3³⁰, að senda innsiglað bréf til hlutaðeigandi stjórnardeild án þess að bera þyrfti skrifin áður undir það stjórnvald sem kvartað var yfir. Sá fyrirvari var þó gerður að ef bréfinu fylgdu fylgiskjöl, s.s. vitnisburðir, yrðu slík skjöl að vera þýdd á dönsku.³¹

Þegar Grímur Johnsson var skipaður amtmaður í norður- og austuramtinu á Íslandi 1824 tók hann að velta því fyrir sér hvort ekki væri rétt að skrifa allt á dönsku í embættisfærslu sinni þar sem það mundi spara tíma og auka skilvirkni. Hann átti í bréfaskiptum um þetta við vin sinn Bjarna Thorarensen sýslumann árið 1831. Bjarni var á annarri skoðun og var afar annt um að íslenskri tungu væri haldið við og kvað það skipta öllu máli fyrir þjóðernið og hefði einnig þýðingu í stjórnarfarslegu tilliti. Hann bað Grím að hugleiða hvort íslensku yrði ekki útrýmt ef embættisbækur væru færðar á dönsku en hægðarleikur væri að spilla tungumálinu. Þótt Íslendingar glötuðu tungu sinni myndu Kaupmannahafnarbúar eftir sem áður líta niður á þá, en íslensk tunga væri nánast það eina sem gæfi löndunum svolítið gildi í augum þeirra og sá bókmenntaáhugi, sem í kjölfarið fylgdi, gagnaðist Íslendingum stjórnmalalega. Bjarni kvað og hættu á því, ef danska yrði embættismál, að danskir ónytjungar myndu setjast í flest embætti á

²⁹ „Reskript til stiftbefalingsmann Rantzau, ang. Suppliquer fra den islandske Almue“ 6. apríl 1753. *Lovs. f. Isl. III*, bls. 164.

³⁰ Ákvæðið hljóðar svo: „Hvis nogen ellers sig over Kongens Befalingsmænds, eller sin Øvrigheds, Forhold kunde have at besværge, det maa uden saadan Paaskrift ved Supplicatzer andragis. Maa og ingen for sin Supplicatz eftertragtis, eller i Trette indviklis, men Sagen bør Kongen at forredragis.“

³¹ „Reskript til stiftbefalingsmann Rantzau, ang. Suppliquer fra den islandske Almue“ 6. apríl 1753. *Lovs. f. Isl. III*, bls. 164.

Íslandi og í málflutningi á dönsku væri íslensk alþýða ofurseld geðþótta sýslumanna.³²

Það vekur athygli að framangreind bréfaskipti Gríms og Bjarna fóru fram á dönsku! Fimm árum síðar fóru bréfaskipti þeirra aðallega fram á íslensku. Þetta sýnir e.t.v. þá vakningu sem var að verða meðal Íslendinga á þessum tíma um þörfina fyrir að rækta og iðka íslensku í þjóðfrelsisbaráttunni.³³

Árið 1839 varð Kristján VIII. Danakonungur. Fyrstu þrjú árin í stjórnartíð hans einkenndust af því að hann hélt fast í það sem danskt var. Þannig barðist hann m.a. fyrir því að halda danskri tungu á lífi í Slésvík og gaf út tilskipun 1840³⁴ um að danska væri þingmálið svo og mál stjórnarsýslu við Flensborgarfjörð í Norður-Slésvík. Á árunum 1842 til 1846 tók Kristján VIII. hins vegar mun meira tillit til sjónarmiða sem ráðgjafar hans í málefnum Slésvíkur og Holsteins settu fram.³⁵

Jón Sigurðsson kvartaði undan því í grein í Nýjum félagsritum að mótstöðumenn Íslendinga meðal Dana bæru oft saman viðureign þeirra við það sem gerst hefði í samskiptum þeirra við íbúa Holsteins og Slésvíkur.³⁶ Þótt þessi samanburður væri oft notaður sem rökstuðningur fyrir því að hafna erindum Íslendinga, kom hann þó Íslendingum vel þegar Kristján VIII. Danakonungur ákvað að rétta hlut Þjóðverja nokkuð í danska ríkinu að því er þýska tungu snerti.³⁷ Þannig gaf konungur út tilskipun 29. mars 1844 um að einungis þeir sem ekki kynnu þýsku mættu tala dönsku á stéttapöngunum í hertogadæmunum Slésvík og Holstein. Rúmri viku síðar gaf Kristján VIII. út tilskipun³⁸ um að sérhver sem vildi fá embætti á Íslandi skyldi vera svo vel að sér í íslenskri tungu að hann a.m.k. skildi mál manna og gæti svo vel mælt á íslenska tungu að alþýða gæti skilið mál hans. Í því skyni skyldi um-

³² Kristmundur Bjarnason: *Amtmaðurinn á einbúasetrinu*, bls. 234-236.

³³ Sbr. Bjarni Thorarensen: *Bréf. Fyrra bindi*.

³⁴ „Reskript til den slesvig-holsteinske Regjering ang. Sprogforholdene i den nordlige Deel af Hertugdømmet Slesvig“ 14. maí 1840. *Kongelige Reskripter og Resolutioner, Reglementer, Instruxer og Fundatser, samt Kollegialbreve for Aaret 1840*, bls. 114.

³⁵ Danmarks Konger, sjá <http://www.danmarkskonger.dk/konge48.htm>

³⁶ Jón Sigurðsson: „Þrjónakoddi stjórnarinnar“, bls. 122.

³⁷ Hér verður saga baráttu íbúa Slésvíkur og Holsteins fyrir því að mega nota þýsku sem móðurmál sitt ekki rakin. Hins vegar er rétt að minna á að með tilskipun 3. desember 1807 mælti Danakonungur svo fyrir að öll lög og almenn stjórnvaldsfyrirmæli skyldu fyrir þessi svæði bæði birt á dönsku og þýsku. H. V. Gregersen: *Danmarks historie. Slesvig og Holsten før 1830*, bls. 452.

³⁸ „Reskript til den Danske Cancellie, ang. Fordringer til Ansøgere om islandske Embeder om Kjendskab til Landets Sprog“ 8. apríl 1844. *Lovs. f. Isl. XIII.*, bls. 46.

sækjandi leggja fram vitnisburð um íslenskukunnáttu sína um leið og hann sækti um embætti.

Ætla verður að þessi tilskipun hafi komið nokkuð flatt upp á Íslendinga þar sem ekkert bænaskjal hafði verið sent Danakonungi í þessa veru. Menn voru harla óvanir því að ná mikilsverðum áfanga í þjóðfrelsisbaráttu Íslendinga án þess að hafa barist fyrir honum. Daginn eftir útgáfu tilskipunarinnar héldu Íslendingar því fund og ákváðu að senda þrjá menn á fund konungs sem afhentu honum þakkarbréf. Haft var eftir þremmingunum að konungur hefði alltaf haft mikinn áhuga á málefnum Íslendinga og dáðst að þeim fyrir að hafa varðveitt hinn norræna anda.³⁹

Eins og nánar verður vikið að í kafla 6 var kansallíð í Kaupmannahöfn á þeirri skoðun 1846 að öll embættisbréf á Íslandi ætti að rita á dönsku. Embættismenn kansallísins hafa því vafalítið verið mjög óánægðir með hið opna bréf Kristjáns VIII. frá 8. apríl 1844. Ekki þarf því að koma á óvart að opna bréfinu var mjög slælega fylgt í framkvæmd þegar Danir voru skipaðir í embætti á Íslandi. Af þessu tilefni bærust danska innanríkisráðuneytinu kærur og síðan áskorun fundarmanna á Þingvöllum sumarið 1851 þar sem því var haldið fram að þeir Danir sem skipaðir hefðu verið í embætti á Íslandi frá 1844 hefðu ekki uppfyllt þær kröfur sem gerðar væru til tungumálakunnáttu þeirra í hinu opna bréfi frá 8. apríl 1844. Þetta gerðist sama ár og hinn eldfimi þjóðfundur var haldinn í Reykjavík undir stjórn stiftamtmanns Trampe greifa.

Innanríkisráðuneytið féllst á fyrir sitt leyti að æskilegt væri að hægt væri að binda meira traust við áreiðanleika vottorða samkvæmt opna bréfinu. Ráðuneytið brást því við með því að skrifa menntamálaráðuneytinu bréf, dags. 30. október 1852, og spyrjast fyrir um það hvort eitthvað stæði því í vegi að lektorinn í fornorsku við Kaupmannahafnarháskóla, (Fjölnismaðurinn) Konráð Gíslason, veitti umsækjendum um embætti á Íslandi, sem ekki væru fæddir þar, vottorð um færni þeirra í íslensku eftir að þeir hefðu gengist undir próf hjá honum.⁴⁰

Menntamálaráðuneytið svaraði erindinu með bréfi, dags. 15. mars 1853, þar sem framsent var bréf frá Konráði Gíslasyni, þar sem fram kom að hann væri tilbúinn að taka verkefnið að sér. Hins vegar teldi hann að það væri æskilegt fyrir þann sem gengist undir prófið og um-

³⁹ Guðjón Friðriksson: *Jón Sigurðsson ævisaga. Fyrri bindi*, bls. 303.

⁴⁰ „Indenrigsministeriets Skrivelse til Ministeriet for Kirke- og Undervisningsvæsenet, ang. Prøve og Attester for Ansøgere med Hensyn til deres Kundskaber i det islandske Sprøg“ 30. oktober 1852. *Lovs. f. Isl. XV.*, bls. 342.

sjónarmann prófsins að fyrir lægi nákvæmari lýsing á þeim kröfum sem uppfylla þyrfti við prófraunina en fram kæmi í hinu opna bréfi frá 8. apríl 1844. Innanríkisráðuneytið ritaði aftur menntamálaráðuneytinu bréf og taldi að það yrði að ákvarða Konráði hæfilega þóknun fyrir þessi aukastörf og fela honum að koma með nánari tillögur að þeim kröfum sem gera bæri á slíku prófi.⁴¹

Ekki verður sagt að dönsk stjórnslá hafi verið að flýta sér að afgreiða málið því rúmlega fjórum árum síðar, eða hinn 27. maí 1857, kvað Friðrik VII. Danakonungur loks upp úrskurð og þá aðeins um það, hver væri bær til að veita vottorð samkvæmt hinu opna bréfi frá 8. apríl 1844. Af úrskurðinum verður ráðið að átta árin þar á undan hefðu „einungis“ fimm danskir lögfræðingar og tveir læknar verið skipaðir í embætti á Íslandi. Í konungsúrskurðinum var fallist á þá tillögu Alþingis, sem samþykkt hafði verið á þinginu 1855,⁴² að vottorð samkvæmt hinu opna bréfi 8. apríl 1844 yrði að hafa verið gefið út af prófessornum í fornorsku við Kaupmannahafnarháskóla eða fastráðnum kennara við Lærða skólann í Reykjavík svo taka mætti það gilt. Dómsmálaráðuneytinu var síðan falið að ákveða nánar fyrirkomulag prófsins sem þreyta þyrfti og þá þóknun sem bæri að greiða fyrir.⁴³

Með fyriræmum menntamálaráðuneytisins 16. júní 1857 var síðan kveðið á um inntak íslenskuprófsins en þar segir m.a. svo:

„I Henhold hertil fastsættes som almindelig Regel, at de, der underkaste sig fornævnte Prøve, skulle have deels en saadan Övelse og Færdighed i det islandske Sprog, at de ere istand til at give og modtage mundtlige Meddelelser i de i det daglige Live sædvanligen mödende Tilfælde, deels Kjendskab til den islandske Grammatik, navnlig dens Lyd- og Formlære, saavel som ordföringens vigtigste Egenheder. Desuden maae de, naar de attraae Ansættelse i juridisk Embeder paa Island, have læst den islandske Lov Jonsbogen paa Islandsk, og naar de attraae Lægeembeder sammesteds, Jóns Pétursonar Lækníngabók, samt endvidere den islandske Oversættelse af Professor Levys „Udtog af Födselsvidenskaben, som Lærebog for Jordemödre“, og kunne underkaste sig en Prøve i disse Skrifter.“⁴⁴

⁴¹ „Indenrigsministeriets Skrivelse til Ministeriet for Kirke- og Underviisningsvæsenet, ang. Prøve i Islandsk for ikke indfødte Ansøgere om islandske Embeder“ 13. apríl 1853. *Lovs. f. Isl. XV.*, bls. 411.

⁴² Einar Arnórsson: *Alþingi og frelsisbaráttan 1845-1874*, bls. 24-25.

⁴³ „Kongelig Resolution angaaende Prøve i Islandsk for vordende danskfødte Embedsmænd“ 27. maí 1857. *Lovs. f. Isl. XVI.*, bls. 121.

⁴⁴ „Kirke- og Underviisningsministeriets Skrivelse til Stiftamtmanden og Biskoppen over Island, ang. Attester og Kundskab i det islandske Sprog for Ikke-Isændere“ 16. júní 1857. *Lovs. f. Isl. XVII.*, bls. 172.

Það kom oftast í hlut Konráðs Gíslasonar prófessors að prófa íslenskukunnáttu danskra umsækjenda um embætti á Íslandi og þótti mörgum íslenskum Hafnarstúdentinum sem þeir dönsku slyppu nokkuð vel frá prófborði. Af þessu tilefni var haldinn fundur Íslendinga í Kaupmannahöfn 22. febrúar 1862 þar sem ályktað var að íslenskupróf fyrir danska umsækjendur um embætti á Íslandi skyldi háð í heyranda hljóði og að settir yrðu tveir prófdómendur. Konráð Gíslason kunnir því illa að vera vændur um að standa slælega að íslenskuprófinu og hafði af þeim sökum frumkvæði að því að stjórnvöld settu strangari reglur.⁴⁵ Með konungsúrskurði frá 8. febrúar 1863 var ákveðið að prófið yrði bæði munnlegt og skriflegt. Skyldi munnlega prófið fara fram opinberlega. Þá skyldu tveir prófdómarar dæma bæði munnlega og skriflega hlutann.⁴⁶

Með bréfi, dags. 4. maí 1863, mælti dómismálaráðuneytið nánar fyrir um það hvernig standa ætti að slíku prófi á Íslandi við Lærða skólann í Reykjavík. Þannig átti skriflegi hlutinn að lúta að þýðingu á texta úr dönsku á íslensku. Umsjónarmaður prófs átti að velja textann án samráðs við prófdómarana tvo. Að öðru leyti áttu umsjónarmaður og prófdómararnir að ákveða saman fyrirkomulag prófsins.⁴⁷

4.3 Íslenska í störfum Alþingis

Hinn 22. ágúst 1838 skipaði Friðrik VI. Danakonungur tíu manna nefnd embættismanna á Íslandi sem skyldi koma saman til fundar í Reykjavík og ræða landsins gagn og nauðsynjar. Nefndin kom saman sumarið 1839 og aftur sumarið 1841, en þá hafði skipan hennar breyst þar sem Thorkild Abraham Hoppe hafði tekið sæti í henni sem nýskipaður stiftamtmaður og varð hann formaður nefndarinnar. Á fundinum 1841 hafði embættismannanefndin rætt um stofnun ráðgjafarþings á Íslandi og samið frumvarp um það og sent kanselliinu. Frumvarpið var tekið til umræðu á stéttarþinginu í Hróarskeldu 1842 og voru þeir Finnur Magnússon prófessor og Grímur Johnsson amtmaður fulltrúar Íslands á þinginu. Þótt þeir hefðu ekki upphaflega haft í hyggju að gera breytingar á ákvæði um þingmálið fóru leikar hins vegar svo að þeir snérist á sveif með Balthazar Christensen en hann var starfandi lög-

⁴⁵ Guðjón Friðriksson: *Jón Sigurðsson ævisaga. Síðara bindi*, bls. 265-267.

⁴⁶ „Kongelig Resolution ang. Prøve i islandsk for Ikke-Isændere, der søge Ansættelse som Embedsmænd i Island“ 8. febrúar 1863. *Lovs. f. Isl. XVIII.*, bls. 490.

⁴⁷ „Justidsministeriets Skrivelse til Stiftsövrigheden over Island, indeholdende nærmere Bestemmelser om, hvorledes Prøven i det islandske Sprog skal afholdes“ 4. maí 1863. *Lovs. f. Isl. XVIII.*, bls. 538.

maður og góður málflytjandi og stóð lengst til vinstri í Þjóðfrelsis-flokknum. Hann lagði m.a. til að þingmálið yrði eingöngu íslenska og hljóðaði tillaga hans um að engum skyldi leyft á Alþingi „að mæla á aðra tungu en íslensku“. Þessari tillögu hafði Brynjólfur Pétursson fulltrúi í rentukammerinu komið með leynd á framfæri við Balthazar sem tók hana upp á sína arma og bar hana fram. Tillagan var samþykkt með 28 atkvæðum gegn 27. Ýmsir þingfulltrúar spöruðu ekki Grími og Finni háðsglósur fyrir hringlandahátt. Aðrir töldu að Íslendingar stæðu í mikilli þakkarskuld við þá.⁴⁸

Þetta urðu þó ekki lyktir málsins.⁴⁹ Endanlega hljóðaði ákvæðið svo um þingmálið í 43. gr. tilskipunar sérlegrar ráðgefandi samkomu fyrir Ísland, er á að nefnast Alþingi, frá 8. mars 1843.⁵⁰

„Þau lagafrumvörp, er leggjast eiga fram fyrir alþingið, og eins þau tilfærðu rök, er með þeim fylgja, og hvað Vor umboðsmaður, eptir Vorri skipan, kynni hafa að meðdeila, eiga að afhendast skriflega, bæði á dönsku og íslenzku túngumáli. Meðan á ráðagjörðunum stendur, sé Vorum umboðsmanni, ef hann ekki þykist vera fullfær í íslenzku, leyft að tala Dönsku, og það skal þá vera þess honum til aðstoðar skikkaða embættismanns skylda, að útskýra fyrir alþinginu innihald ræðu hans á Íslenzku. Bæði það, sem á Dönsku hefir rædt verið, og þess íslenzka útleggíng, á að innfærast í þingbókina. Annars eiga allar alþingisins ráðagjörðir að framfara á Íslenzku túngumáli, á hverju máli þingbækurnar einnig ritast eiga. Líka skulu öll álitsskjöl til Vor semjast á íslenzku máli, þó svo, að þeim fylgi dönsk útleggíng, samþykkt af alþingismönnum og fullgilt af þeirra forseta. Sömuleiðis á ein af alþingisins forseta og skrifurum fullgilt dönsk útleggíng [af þingbókunum] að sendast til Vors danska Cancellíis.“

4.4 *Birting laga á íslensku sem gilda áttu á Íslandi*

Birting laga á Íslandi á einveldistímanum hafði lengi verið í óreiðu. Þannig höfðu miklir lagabálkar verið leiddir í lög án þess að vera þýddir á íslensku og hvað þá birtir á Íslandi. Má þar nefna dómsskapar-reglur Norsku laga Kristjáns V. með konungsbréfi 2. maí 1732⁵¹ og refsirétt Dönsku laga Kristjáns V. með tilskipun 24. janúar 1838.⁵²

⁴⁸ Kristmundur Bjarnason: *Amtmaðurinn á einbúasetrinu*, bls. 295-298.

⁴⁹ Sjá nánar *Fréttir frá Fulltrúaþingi í Hróarskeldu 1842, viðvikjandi málefnum Íslendinga*, bls. 76 og Einar Arnórsson: *Réttarsaga Alþingis*, bls. 435-436.

⁵⁰ „Forordning ang. Indretningen af Althinget I Island.“ 8. mars 1843. *Lovs. f. Isl. XIII.*, bls. 482.

⁵¹ „Reskript til Stiftbefalingsmand Henrik Ocksen ang. Den nye islandske Lovs Udarbeidelse m.m.“ 2. maí 1732. *Lovs. f. Isl. II.*, bls. 137.

⁵² „Forordning ang. Criminalvæsenet paa Island“ 24. janúar 1838. *Lovs. f. Isl. XI.*, bls. 149.

Árið 1831 var komið á þeirri verklagsreglu að Finni Magnússyni prófessor var falin þýðing danska lagatextans á íslensku sem á Íslandi átti að gilda. Þar sem Finnur var ekki lögfræðingur og hafði því m.a. ekki tök á hugtakafraeði lögfræðinnar þóttu þýðingar hans oft hörmulegar.⁵³

Þau vatnaskil urðu með dómi landsyfirréttar 22. maí 1842 að ekki var talið heimilt að beita lagaboði, sem íþyngdi hinum ákærða, nema að það hefði áður verið birt á Íslandi á íslensku.⁵⁴ Dómurinn var staðfestur í Hæstarétti Danmerkur 9. desember 1842.⁵⁵

Frá árinu 1847 hófst barátta á Alþingi um að (1) samþykkt lög yrðu ávallt birt á Íslandi á íslensku (2) með eða án dansks texta og að (3) ráðherra og konungur skyldu undirrita hinn íslenska texta laganna ýmist einan sér eða ásamt danska textanum. Þessu var andmælt af stiftamtmanni og stjórnarskrifstofunum í Kaupmannahöfn og á það bent að svo lítil og fámennur ríkisluti eins og Ísland væri yrði að setta sig við það að lög handa honum væru gefin út á sama máli og lög ríkisins almennt. Auk þess kynnu hvorki konungur né ráðherrar hans íslensku og því væri ógerlegt að heimta af þeim að þeir settu nöfn sín undir texta sem þeir skildu ekki.⁵⁶ Konungur synjaði nokkrum sinnum tillögum Alþingis sem allar lutu á einn eða annan veg að framangreindum þáttum. Athygli vekur að Danir komu aldrei með gagn-tillögur á þessum tíma sem þeir voru tilbúnir að samþykkja. Var þó brýn þörf á því að koma birtingu laga í betra horf í ljósi fyrrnefnds dóms landsyfirréttar, sem staðfestur var af Hæstarétti Danmerkur.

Með úrskurði konungs 22. mars 1855⁵⁷ var það skref þó tekið að forstjóri íslensku stjórnardeildarinnar var löggiltur til að staðfesta þýðingu laga á íslensku. Ekki var mikil ánægja með þessa lausn þar sem hinn danski texti laganna var eftir sem áður einn skuldbindandi en íslenski textinn einungis þýðing sem hlaut að víkja ef hann greindi á við danska textann.⁵⁸

Það var ekki fyrr en með konungsúrskurði 27. maí 1859⁵⁹ að fallist var á að íslensk lög skyldu gefin út á íslensku og dönsku. Svar konungs til Íslendinga var svohljóðandi:

⁵³ Einar Arnórsson: *Alþingi og frelsisbaráttan 1845-1874*, bls. 12.

⁵⁴ *Lýrd. 1842, V. bindi*, bls. 272.

⁵⁵ *Lýrd. 1842, V. bindi*, bls. 469.

⁵⁶ Einar Arnórsson: *Alþingi og frelsisbaráttan 1845-1874*, bls. 13.

⁵⁷ „Kongelig Resolution ang. Althingets Andragende om, at Lovene for Island stadfæstes ved Kongens Underskrift.“ 22 mars 1855. *Lovs. f. Isl. XVI.*, bls. 52.

⁵⁸ Einar Arnórsson: *Alþingi og frelsisbaráttan 1845-1874*, bls. 16.

⁵⁹ „Kongelig Bekjendtgjærelse til Althinget, ang. Resultaterne af dets Forhandlinger i Sessionen 1857.“ 27. maí 1859. *Lovs. f. Isl. XVII.*, bls. 568.

„II. Um þegnlegar bænaskrár Vars trúa Alþingis birtum Vér þinginu allramildilegast á þessa leið:

1) Eptir þegnlegri bænaskrá Alþingis höfum Vér allramildi-
legast veitt, að hinn íslenski texti laga þeirra, sem hér eptir
koma út fyrir Ísland, verði, á sama hátt og hinn danski texti,
undirskrifaður af konungi og hlutaðeigandi ráðgjafa.“

Þannig tók það Íslendinga tólf ára baráttu að ná sömu tilhögun og gilt
hafði frá árinu 1807 í Slésvík.⁶⁰ Þetta fyrirkomulag hélst þar til sett voru
lög nr. 12/1891 um að íslensk lög verði eftirleiðis aðeins gefin út á
íslensku.⁶¹

5. Deilur Gríms amtmanns og Hoppe stiftamtmanns

5.1 Inngangur

Skömmu eftir 1842 þegar Grímur Johnsson hafði öðru sinni verið
skipaður amtmáður á Íslandi mótaði hann sér þá verklagsreglu í stjórn-
sýslu sinni að nota íslensku í bréfaskiptum bæði við borgara svo og
önnur stjórnvöld á Íslandi. Dönsku notaði hann hins vegar í bréfa-
skiptum við dönsk stjórnvöld og um þau málefni sem fyrirsjáanlegt var
að yrðu send hinum dönsku stjórnardeildum í Kaupmannahöfn.

Framangreind verklagsregla Gríms átti eftir að draga dilk á eftir sér
því Thorkild Abraham Hoppe stiftamtmaður fyrrtist við þegar hann
fékk embættisbréf á íslensku frá Grími árið 1845. Þótt almennt þætti
lítið að Hoppe kveða var hann þó vellátinn þar sem hann var almennt
talinn hið mesta góðmenni.⁶² Líklegasta ástæða þess að Hoppe hafi
fundist að sér vegið var að Grímur hafði snúist á sveif með Balthazar
Christensen og gert breytingar á tillögum embættismannanefndarinnar
á stéttþinginu 1842, sem Hoppe fór fyrir sem formaður, um að ein-
vörðungu mætti mæla á íslenskri tungu á Alþingi. Sama ár hafði lands-
yfirréttur komist að þeirri niðurstöðu að refsilögum yrði ekki beitt á
íþyngjandi hátt fyrir sakborning nema að þau hefðu áður verið birt á
Íslandi á íslensku. Loks hafði Kristján VIII. Danakonungur, eins og áður
segir, gefið út opið bréf frá 8. apríl 1844 um að umsækjendur um em-
bætti á Íslandi yrðu að geta lagt fram vottorð um kunnáttu sína í ís-
lensku. Þessi almennu hæfisskilyrði um íslenskukunnáttu voru ekki í
gildi þegar Hoppe var skipaður stiftamtmaður. Þótt Hoppe væri
dóttursonur Þorkels Fjeldsted, stiftamtmanns í Þrándheimi, og sonur
séra Jóns Sigurðssonar á Felli í Sléttuhlíð, er ólíklegt að hann hafi verið

⁶⁰ H. V. Gregersen: *Danmarks historie. Slesvig og Holsten før 1830*, bls. 452.

⁶¹ Einar Arnórsson: *Alþingi og frelsisbaráttan 1845-1874*, bls. 18.

⁶² Jón Helgason: *Íslendingar í Danmörku fyr og síðar*, bls. 31.

læs, hvað þá sendibréfsfær, á íslensku, enda hafði hann ekki dvalist á Íslandi nema í 5 ár þegar atvik máls þessa urðu.⁶³ Ef allir íslenskir embættismenn hefðu tekið upp á því að rita stiftamtmani öll embættisbréf sín á íslensku er ljóst að embættisfærslan hefði orðið honum afar erfið. Auk þess hlaut það að verða almennt erfitt fyrir sérhvern Dana, sem ekki talaði íslensku, að gegna embætti stiftamtmanns til framtíðar ef skipa átti málum á þennan veg. Í því sambandi er rétt að minna á að ríks vilja hafði löngum gætt hjá stjórnardeildum konungs til að danskur en ekki íslenskur maður gegndi æðsta stjórnsýsluembættinu á Íslandi.⁶⁴ Ekki leikur vafi á að íhaldssömum Dönnum hafi þótt brýn ástæða til að spyrna við þessari þróun. Um þetta var Hoppe vel kunnugt þar sem hann hafði starfað lengi í rentukammerinu áður en hann var skipaður stiftamtmaður á Íslandi.

Hinn 4. ágúst 1845 ritaði Hoppe Grími bréf þar sem hann fór fram á það að bréfaskipti þeirra færu fram á dönsku venju samkvæmt en ekki íslensku.⁶⁵ Grímur svaraði Hoppe strax um hæl á íslensku með bréfi 15. ágúst 1845 og benti stiftamtmani á að honum væri ekki kunnugt um neitt lagaboð sem mælti svo fyrir að bréfaskipti skyldu fara fram á danskri tungu, nema í þeim bréfaskiptum þar sem fyrirsjáanlegt kynni að vera að leggja þyrfti fyrir stjórnina eða komin væru frá henni og þyrfti ekki að tilkynnast almenningi.⁶⁶

Svo fór að Hoppe skrifaði kansallínu bréf hinn 26. september 1845 og lýsti þeirri skoðun sinni að réttast væri að bréfaskipti á milli amtmanna innbyrðis svo og við stiftamtmannt færu ávallt fram á dönsku. Gerði hann þá kröfu að Grími amtmanni yrði gert *skyldt* að rita embættisbréf sín til stiftamtmanns *á dönsku*.⁶⁷ Með þessu bréfi var sett af stað ein skæðasta sókn kansallísins gegn stöðu íslenskrar tungu í frelsisbaráttu Íslendinga.

⁶³ Jón Helgason: *Íslendingar í Danmörku fyr og síðar*, bls. 31.

⁶⁴ Þetta viðhorf kemur t.d. fram í bréfi kansallísins til rentukammersins, dags. 28. maí 1846, sem rakið er í kafla 6.

⁶⁵ ÞÍ. Íslenska stjórnardeildin. X28, Islands Journal 10. Mál nr. 1617. Örk 2. Afrit af bréfi Thorkil A. Hoppe stiftamtmanns til Gríms Jónssonar amtmanns í Norður- og austuramti, dags. 4. ágúst 1845. Liggur í máli með bænarskrá Alþingis til konungs frá 1863, sem Þórður Jónason konungfulltrúi á Alþingi ritar 15. september 1863.

⁶⁶ ÞÍ. Íslenska stjórnardeildin. X28, Islands Journal 10. Mál nr. 1617. Örk 2. Bréf Gríms Jónssonar amtmanns í Norður- og austuramti (á íslensku) til Thorkil A. Hoppe stiftamtmanns, dags. 15. ágúst 1845. Liggur í máli með bænarskrá Alþingis til konungs frá 1863, sem Þórður Jónason konungfulltrúi á Alþingi ritar 15. september 1863.

⁶⁷ ÞÍ. Íslenska stjórnardeildin. X28, Islands Journal 10. Mál nr. 1617. Örk 2. Bréf Thorkil A. Hoppe stiftamtmanns til hins konunglega danska kansallís, dags. 26. september 1845. Liggur í máli með bænarskrá Alþingis til konungs frá 1863, sem Þórður Jónason konungfulltrúi á Alþingi ritar 15. september 1863.

5.2 Viðhorf kansellisins og rentukammersins til málsins

Kanselliíð ritaði rentukammerinu bréf 6. nóvember 1845⁶⁸ þar sem tekið var undir kröfu Hoppe stiftamtmanns um að amtmanninum í norður- og austuramti yrði gert að skrifa stiftamtmanni á dönsku. Kanselliíð lýsti sig sammála stiftamtmanni um að bréfskipti á milli amtmanna á Íslandi ættu að fara fram á dönsku til þess að komast hjá töfum og vandkvæðum sem fylgdu þýðingum en í því sambandi væri ekki alltaf ljóst frá upphafi hvaða mál yrðu send til stjórnardeildanna í Kaupmannahöfn til ákvörðunar. Var þess því óskað að amtmanninum yrði fyrirskipað að haga bréfskiptum sínum í samræmi við framangreind sjónarmið féllist rentukammerið á þau.

Hefði rentukammerið fallist á þessi sjónarmið kansellisins hefði íslenskri tungu verið verulega ógnað. Eins og Bjarni Thorarensen hafði vakið athygli Gríms á í bréfi 1831 var hætta á að íslensku yrði útrýmt ef allar embættisbækur væru færðar á dönsku en hægðarleikur væri að spilla málinu. Það vildi Íslendingum til happs að í rentukammerinu voru mun frjálsslyndari embættismenn en í kanselliínu, auk þess sem Brynjólfur Pétursson fulltrúi starfaði þar eins og áður segir m.a. að mál-efnum Íslands. Í kanselliínu réðu hins vegar afar íhaldssamir embættismenn á þessum tíma, sem voru aðalvarðmenn einveldisins og vildu engu breyta sem gat sett það í minnstu hættu. Til þess er tekið að P.C. von Stemmann kanslara (1764-1855), hafi verið kærust vígorð dönsku einvaldskonunganna: „Vi alene vide“.⁶⁹ Hinn íhaldssami J.P. Mynster biskup yfir Sjálandsstifti (1775-1854) var í flokki þessara íhaldssömu embættismanna og talaði um þá sem „Vi Frederik 6.s mænd“.⁷⁰ Í kanselliínu sat einnig hinn íhaldssami Anders Sandøe Ørsted (1778-1860), sem var einn af bestu lagamönnum Dana á sínum tíma og var Íslendingum iðulega óþægur ljár í þúfu í þjóðfrelsisbaráttu þeirra.

Áður en framangreindu bréfi kansellisins var svarað tók konungur ákvörðun um hvaða umsækjendur fengju amtmannsembættið og stiftamtmansembættið í Álaborg, en um þessi embætti hafði Hoppe sótt. Þegar í ljós kom að Hoppe fékk hvorugt embættið var honum boðið með konungsúrskurði 17. janúar 1846⁷¹ að velja á milli þess að

⁶⁸ „Cancelli-Skrivelse til Rentekammeret, ang. Anvendelsen af det danske Sprog i Amtmændenes Correspondence.“ 6. nóvember 1845. *Lovs. f. Isl. XIII*, bls. 22.

⁶⁹ Kristmundur Bjarnason: *Amtmaðurinn á einbúasetrinu*, bls. 106, 177 og 295.

⁷⁰ Claus Bjørn: *Fra reaktion til grundlov 1800-1850*, bls. 246.

⁷¹ „Kongelig Resolution ang. Forhold med Hensyn til Stiftamtmands-Embedet og Sønder-Amtet.“ 17. janúar 1846. *Lovs. F. Isl. XIII.*, bls. 357.

hætta í embætti sínu á Íslandi og þiggja biðlaun þar til honum byðist annað embætti í Danmörku eða gegna stiftamtmannsembættinu á Íslandi fram á haustið 1847 og fá launauppbót sem tæki mið af launum stiftamtanna í Danmörku. Í lok úrskurðarins var kunnbert að við því væri að búast að stiftamtmannsembættið á Íslandi yrði laust til umsóknar haustið 1847. Síðan var áréttað að þeir sem hefðu áhuga á embættinu yrðu áður að hafa náð tókum á íslenskri tungu sem, samkvæmt opnu bréfi frá 8. apríl 1844, væri skilyrði fyrir því að geta öðlast skipun í embættið. Undir bréfið ritar Brynjólfur Pétursson.

Þetta bréf rentukammersins hlýtur að hafa komið sem köld gusa framan í stiftamtmann Hoppe og yfirstjórn kansellisins, enda verður að ætla að opna bréfið frá 8. apríl 1844, sem vísað var til í bréfinu, hafi verið eitur í þeirra beinum.

Rentukammerið svaraði loks kansellíinu með bréfi 21. mars 1846⁷² þar sem það tók ekki undir sjónarmið kansellisins. Af þessu tilefni tók rentukammerið fram að Íslendingar væru þjóð með sína eigin tungu, sínar eigin bókmenntir og sínar eigin stofnanir, þar sem íslenska væri notuð hjá dómstólum, skólum og kirkju og að meginstefnu í viðskiptum, og að íbúar notuðu þetta tungumál bæði sem ritmál og talmál, fyrir utan þær fáu dönsku fjölskyldur sem þar væru búsettar. Af þessum sökum taldi rentukammerið að það væri hið eðlilegasta og í samræmi við lögjöfnun frá 16. gr. tilskipunar frá 11. júlí 1800 um landsyfirrétt og 43. gr. tilskipunar frá 8. mars 1843 um stofnun Alþingis, að bréfaskipti um embættiserindi á milli amtmanna, svo og annarra embættismanna landsins, færu fram á íslensku svo fremi sem það væri mögulegt. Frá þessari reglu yrði hins vegar að gera þá undantekningu að bréf og skjöl, sem frá upphafi væri fyrirsjáanlegt að yrðu send til stjórnardeildanna í Kaupmannahöfn, bæri að rita á dönsku. Rentukammerið taldi hins vegar ekki hægt að leggja mikið upp úr þeirri mót báru sem Hoppe setti fram gegn notkun framangreindrar reglu, þ.e. töfum og vandkvæðum sem fylgdu þýðingum frá íslensku á dönsku. Myndi gagnstæð regla leiða af sér ennþá meiri vandkvæði þar sem fleiri skjöl, sem annað hvort ætti að tilkynna almenningi eða leggja fram í dómi o.fl., yrði þá að þýða af dönsku á íslensku.

Að framansögðu athuguðu taldi rentukammerið ekki nægilega ástæðu til þess að veita Grími Johnsson fyrirskipun varðandi bréfaskipti hans við Hoppe þar sem Grímur Johnsson fylgdi þeirri reglu að öll skjöl sem væri fyrirsjáanlegt að yrðu send til stjórnardeildanna í

⁷² „Rentekammer-Skrivelse til det kongl. Danske Cancelli, ang. Sproget i den officielle Brevvexling mellem Amterne i Island.“ 21. mars 1846. *Lovs. f. Isl. XIII.*, bls. 378-379.

Kaupmannahöfn væru rituð á dönsku. Slík bréfaskipti yrðu heldur ekki Hoppe til persónulegra óþæginda eða eftirmanni hans í ljósi hins konunglega opna bréfs frá 8. apríl 1844 og konungsúrskurðar frá 17. janúar 1846.

Hinn 21. apríl 1846 skrifaði Grímur Thomsen móðurbróður sínum Grími Johnsen amtmanni bréf og sagðist vita með nokkurri vissu að Grímur yrði ofan á í viðskiptunum við Hoppe um íslensku bréfin. Hann bætti því við að lagsmaður hans, Brynjólfur Pétursson, sem hann hafði búið með þann vetur, hefði ekki spillt því.⁷³

Hinn 28. maí 1846 ritaði kansallíið rentukammerinu bréf um málið.⁷⁴ Þar er nánast öllu tjaldað til sem telja mátti til mögulegra aðgerða í þágu þjóðfrelsisbaráttu Íslendinga. Þar kemur fram að kansallíið haldi fast við sjónarmið sín sem áður hafi verið sett fram í málinu. Bent er á að hingað til hafi það verið algengt að bréfaskipti milli amtmanna, svo og við biskupinn eða landsyfirrét hafi farið fram á dönsku. Þá hafi bréfaskipti milli amtmanna og sýslumanna venjulega farið fram á dönsku. Hið gagnstæða hafi hins vegar átt við um bréfaskipti milli presta svo og bréfaskipti þeirra við aðra embættismenn. Hins vegar hafi bréfum og yfirlýsingum þeirra á íslensku fylgt dönsk þýðing þegar mál hafi verið send til stjórnardeildanna í Kaupmannahöfn. Þetta sé mjög eðlilegt þar sem prestar hafi að stærstum hluta fengið menntun sína á Íslandi og kunni því að skorta kunnáttu til að skrifa dönsku. Á hinn bóginn hafi aðrir embættismenn, sem lokið hafi námi við Kaupmannahafnarháskóla, dönsku fullkomlega á valdi sínu. Hingað til hafi það ekki verið talið afneitun á þjóðerniskennd eða föðurlandsást að embættismenn í bréfaskiptum sínum noti þá tungu sem æðsta stjórnin notar í samskiptum sínum við Íslendinga og embættismenn nota í samskiptum sínum við stjórnina. Þeim finnst það bæði eðlilegast og hentugast í bréfaskiptum sínum innbyrðis að nota þá tungu, þar sem hægt er að leggja bréfaskiptin fram milliliðalaust og án þýðinga fyrir stjórnina, en á þeirri tungu séu jafnan þau lög og stjórnvaldsfyrirmæli sem málið varði. Það sé því nýjung sem Grímur Johnsson hafi tekið upp á og ekkert gagn geri heldur valdi óþægindum á einn eða annan veg.

Án nokkurs vafa eigi þetta sinn uppruna í þeirri sjúklegu tilhneigingu til aðgreiningar á þjóðerni, sem hin síðari ár hafi náð yfirhöndinni í vissum hlutum Evrópu og sýnt sig að hið íslenska Alþingi

⁷³ „Sonur gullsmiðsins á Bessastöðum. Bréf til Gríms Thomsen og varðandi hann 1838-1858“, bls. 107.

⁷⁴ „Cancelli-Skrivelse til det kgl. Rentekammer, angaaende Embeds-Correspondancen mellem Amtmændene i Island.“ 26. maí 1846. *Lovs. f. Isl. XIII.*, bls. 426-431.

aðhyllist. Hjá þessari nýju stofnun hafi íbúarnir nú fengið möguleika á að þróa og halda í það sérstæða í rétti sínum, um leið og hans konunglega hátign hafi reynt með öðrum ráðstöfunum að koma í veg fyrir þau óþægindi, sem hlotist geti af, þegar í embættum landsins séu skipaðir menn sem ekki tali dönsku, með því að setja þá verklagsreglu 1831 að íslensk lög séu þýdd úr hinni dönsku frumgerð yfir á íslensku.

Kansellíð hélt því enn fremur fram að í þessa viðurkenningu, sem þannig væri sýnd tungu Íslendinga, hefðu margir sótt sér stuðning fyrir þeim boðskap að Íslendingar ættu að verða alveg sérstök þjóð, með réttarskipun óháðri þeirri dönsku og sérstakri stjórnarskrá. Þessi tilhneiging sé andstæð eðli hlutanna og geti ekki orðið til annars en tjóns fyrir framþróun Íslands, því svo fámenn og einangruð þjóð í hafi úti hafi ekki afl ein og sér til að mennta sig.

Á það er bent af kansellíinu að hin íslenska þjóð hafi um nokkurra alda skeið verið tengd hinni dönsku, sem sé ekki aðeins í upphafi skyld henni, heldur hafi sýnt henni ákveðna velvild og hafi metið mikils tungu hennar, sögu og bókmenntir, og einnig með sameiginlegri stjórn, að hluta til með vísindalegum stofnunum, þar sem Íslendingar hafi hlotið menntun sem hafi haft mikil áhrif á félagsleg og lagaleg málefni sem séu því í betra ástandi en þau væru ella í.

Þá áréttar kansellíið að Ísland hafi almennt haldið sínum gömlu lögum. Þeim hafi þó víða verið breytt, beint og óbeint, með mörgum síðari tilskipunum og dómafordæmum, þannig að það sé hlutfallslega lítill hluti þeirra sem enn hafi gildi. Um hann ríki þó um margt réttaróvissa þar sem þessi gömlu lög henti oft illa aðstæðum og því oft úr vöndu að ráða við beitingu þeirra. Af þeim sökum hafi fjöldi danskra tilskipana verið tekin upp í íslenskan rétt og umdeild ákvæði hins gamla réttar verið felld úr gildi.

Þá benti kansellíið á að í seinni tíð hafi hins vegar gætt tilhneigingar til þess að gera hinn íslenska rétt óháðan þeim danska. Þannig hafi meira að segja verið gerð tillaga um sérstaka lagakennslu á Íslandi. Á sama hátt hafi Alþingi hafnað frumvarpi um hefð þótt þar hafi verið um mikla réttarbót að ræða frá hinum gildandi og umdeildu reglum landsins. Þá hafi gætt tilhneigingar hjá íslenskum dómstólum til að beita norskum lögum í vafatilvikum í stað danskra.

Að mati kansellisins var þannig um að ræða viðleitni til aðskilnaðar sem leitt hefði til hinnar umdeildu nýjungar hjá Grími Johnson. Ef fallist yrði á þessa nýjung myndi það verða erfiðara fyrir danskan mann að gegna stiftamtmansembættinu, enda þótt það væri af mörgum ástæðum ráðlegast að það væri í höndum Dana.

Það væri þannig ekki ósennilegt að mati kanssellísins að ef fallist væri á þessa nýjung yrðu brátt öll bréfaskipti á landinu, sem hingað til hefðu farið fram á dönsku, á íslensku. Þannig yrði litið á það sem sönnun um takmarkaða föðurlandsást að nota ekki íslensku. Slíkt myndi án efa leiða til þess að tilfinning Íslendinga og sérstaklega afstaða íslenskra embættismanna til Danmerkur myndi sljóvgast og að dönsk tunga, sem þeir fengju ekki lengur að skrifa, yrði þeim meira og meira framandi og að tilhneigingin til aðskilnaðar myndi fá aukinn styrk.

Kanselliíð taldi það því mikilvægt að þessari tilraun til breytinga yrði vísað til baka með þeim hætti að Grími Johnson yrði tilkynnt að ekki þætti ástæða til að hætta með dönsk bréfaskipti milli embættismanna, ef hann væri mæltur á danska tungu, því á meðan að notkun dönsku væri í slíkum tilvikum hvorki óviðeigandi né gæti haft í för með sér vandkvæði, þá myndu frávik frá fyrri framkvæmd oft vera til óhagræðis, þegar þyrfti að senda bréfaskiptin til stjórnardeildanna í Kaupmannahöfn með þýðingu. Undir þetta bréf rita Stemann, Örsted, M. Laursen, Bensen og L.J. Worm.

Með framangreindu bréfi setti kanselliíð málið í nýjan farveg og bar fyrir sig að hinar íslensku bréfaskriftir Gríms amtmanns væru í reynd aðeins ein birtingarmynd þjóðernisbaráttu embættismanna sem kveða þyrfti niður. Eftir á að hyggja verður ekki betur séð en að kanselliíð hafi um margt haft rétt fyrir sér. Viðhald hins íslenska réttarkerfis, Laga-skólamálið og tunga íslenskrar stjórnsýslu voru þá þegar orðin nokkur af meginbaráttumálum Íslendinga fyrir þjóðfrelsi sínu.

Sá sem samdi fyrsta uppkast að tillögu rentukammersins til konungs um úrskurð í málinu gerði aðeins ráð fyrir því að framangreind bréfaskipti yrðu rakin og lagt fyrir konung að úrskurða í málinu. Síðar voru gerðar viðbætur á tillögu rentukammersins, sem nú verður vikið að, en viðbæturnar eru ritaðar með tveimur ólíkum rithöndum.

Í tillögu rentukammersins til konungs 29. júlí 1846⁷⁵ er tekið fram að það hefði ekki verið ætlun rentukammersins að leyfa notkun íslenskrar tungu í bréfaskiptum embættismanna á Íslandi í meira mæli en við meðferð mála sem embættismenn á Íslandi réðu sjálfir til lykta og ekki kæmu því til meðferðar í stjórnardeildunum í Kaupmannahöfn, en slík verklagsregla væri í bestu samræmi við konunglegan úrskurð frá 17. janúar 1846. Þá lét rentukammerið í ljós þá skoðun að það teldi ekki að í

⁷⁵ „Kongelig Resolution ang. Anvendelse af det islandske Sprog i Amtmændenes Embedsbreve.“ 29. júlí 1846. *Lovs. f. Isl. XIII.*, bls. 476-477.

Þessu fælist einhver aðskilnaðarleg eða pólitísk hvatning og af þeim sökum væri ekki þörf á að fara yfir athugasemdir kansallísins í þá veru.

Að mati rentukammersins lyti kjarni málsins einfaldlega að ólíkum skoðunum tveggja íslenskra embættismanna og svarið ætti því ekki að vera efnislega viðtækara. Að öllu framansögðu athuguðu taldi rentukammerið ekki réttmætt að veita Grími Johnsson þau tilmæli sem kansallíið legði til. Þvert á móti teldi rentukammerið réttast að aðeins Hoppe yrði veitt svar, en Grímur Johnsson hefði ekki látið málið til sín taka. Tillaga kansallísins aftur á móti fæli í sér að málinu væri veitt vægi, sem það hvorki hefði né verðskuldaði. Í ljósi ágreinings stjórnardeildanna taldi rentukammerið sér skylt að leggja málið undir úrskurð konungs.

5.3 *Úrskurður Kristjáns VIII. Danakonungs frá 29. júlí 1846*

Hinn 29. júlí 1846 kvað Kristján VIII. Danakonungur upp úrskurð í málinu í samræmi við tillögu rentukammersins og hljóðar hann svo á íslensku í þýðingu höfundar:

Vér föllumst allranáðarsamlegast á að rentukammer vort tilkynni kammerherra stiftamtmani Hoppe, að ekki sé talin nægjanleg ástæða til að banna etatsráði amtmani Johnsson að nota íslenska tungu í bréfastiptum við aðra embættismenn á Íslandi, svo fremi sem að málin eiga ekki að koma til meðferðar í kollegíunum.

— Kaupmannahöfn, 29. júlí 1846.

Það vildi Íslendingum til happs í þessu máli að á árunum 1842 fram á mitt ár 1846 tók Kristján VIII. hvað mest tillit til sjónarmiða sem ráðgjafar hans í málefnum Slésvíkur og Holsteins settu fram⁷⁶ en af því leiddi að áhrif (danska) kansallísins urðu þá að sama skapi mun minni. Þetta er það tímabil þegar Kristján VIII. reyndi að halda danska konungsríkinu saman með því að „friða“ þýskumælandi Dani í Slésvík og Holstein með því að koma til móts við óskir þeirra um að mega nota þýsku í skiptum sínum við hið opinbera. Það er í þessu sögulega samhengi sem Kristján VIII. gefur út hið opna bréf frá 8. mars 1844 um að sérhver sem vilji fá embætti á Íslandi skuli vera svo vel að sér í íslenskri tungu að hann að minnsta kosti skilji mál manna og geti svo vel mælt á íslenska tungu að alþýða geti skilið mál hans. Þetta opna bréf var ekki gefið út vegna bænaskjals Íslendinga. Það var sjálfsgagt að frumkvæði konungs eða æðstu ráðgjafa hans sem það var gert. Ætla má því að það hafi ekki verið mikið mál fyrir Brynjólf Pétursson að telja ráðgjafa

⁷⁶ Danmarks Konger, sjá <http://www.danmarkskonger.dk/konge48.htm>

konungs á að taka upp tilvitnun, um hið opna bréf frá 8. mars 1844 sem gilda myndi um eftirmann Hoppe, í konungsúrskurðinn frá 27. janúar 1846 um biðlaun eða launauppbót fyrir Hoppe. Eins og rentukammerið benti á í tillögum sínum til konungs var tillaga þess að lausn í deilum Gríms og Hoppe í góðu samræmi við framangreindan konungsúrskurð og hið opna bréf. Ekki hefur síðan heldur spillt fyrir niðurstöðu málsins vinfengi Gríms við Kristján VIII. en hann hafði m.a. verið í sveit krón-prinsins allan sinn 11 ára hermannsferil.

Það sýnir hve mikil ólga var í pólitíkinni í Danmörku og Evrópu á þessum tíma að það er í raun ómögulegt að segja til um hver úrslit málsins hefðu orðið hefði það komið til úrskurðar nokkrum mánuðum síðar en þá hafði Kristján VIII. breytt um stefnu gagnvart Slésvík og Holstein og kansellíð náð aftur áhrifum sínum. Upphaf breytingarinnar má rekja til hins opna bréfs Kristjáns VIII. frá 8. júlí 1846 þar sem tilkynnt var að Slésvík væri hluti af Danmörku í því skyni að tryggja að danskar reglur um konungserfðir giltu þar.⁷⁷

Hefði tillaga kansellísins náð fram að ganga hefði það í reynd leitt til þess að danska hefði orðið tunga íslenskrar stjórnýslu á þeim tíma. Það hefði án efa orðið mjög skaðlegt fyrir íslenska tungu. Sú niðurstaða hefði væntanlega leitt til þess að þjóðfrelsisbarátta Íslendinga hefði orðið öll mun átakameiri, enda verður að ætla að Íslendingar hefðu risið harkalega upp gegn slíkum konungsúrskurði. Þessi lítt þekkti úrskurður Kristjáns VIII. Danakonungs hafði því töluvert að segja um það inn á hvaða brautir þjóðfrelsisbarátta Íslendinga fór.

Máli þessu lauk formlega með því að Brynjólfur Pétursson fulltrúi í rentukammerinu ritaði Hoppe bréf 22. ágúst 1846 og gerði honum grein fyrir úrskurði konungs.⁷⁸

6. Barátta Íslendinga fyrir íslenskri tungu í kjölfar úrskurðar Kristjáns VIII. Danakonungs frá 29. júlí 1846

Margir embættismenn á Íslandi héldu áfram að senda borgurum landsins bréf á dönsku. Þetta virðist hafa skapað sífellt meiri óánægju hjá landsmönnum og fór svo árið 1849 að fjórar bænaskrár voru sendar Alþingi. Allar lutu þær að því að bréfaskipti stjórnvalda á Íslandi við borgara landsins ættu að fara fram á íslensku. Bænaskráin frá Borgfirðingum gekk þó lengra þar sem lagt var til að notkun dönsku yrði

⁷⁷ ADB:Christian VIII. https://de.wikisource.org/wiki/ADB:Christian_VIII.

⁷⁸ „Rentekammer-Skrivelse til Stiftamtmanden over Island, kammerherre Hoppe, ang. Amtmændenes brevvevling paa Island.“ 22. ágúst 1846. *Lovs. f. Isl. XIII.*, bls. 478-479.

aflögð í öllum bréfaskiptum sem áhræðu íslensk málefni, bæði „hér á landi sem erlendis“.⁷⁹ Málið var tekið til umræðu á Alþingi og kom þar fram í máli Matthias Hans Rosenørn stiftamtmanns að hann teldi rétt að bréfaskipti milli embættismanna innanlands og almennings færu fram á íslensku. Hið sama ætti við um bréfaskipti embættismanna innanlands sem ekki ættu að koma til umfjöllunar í ráðuneytunum í Kaupmannahöfn.⁸⁰

Árið 1849 samþykkti Alþingi af þessu tilefni bænaskrá til konungs sem hljóðaði svo: „Vill þingið, að einungis íslensk tunga sé héðan af við höfð í öllum embættisgerðum og embættisbréfum á Íslandi.“⁸¹ Hinn 23. maí 1853 lýsti Friðrik VII. Danakonungur því yfir í auglýsingu til Alþingis að ekki hefði þótt ástæða til að gera neina „nýbreytingu“ um notkun íslenskrar tungu í embættisstörfum eða embættisbréfum á Íslandi í tilefni af bænaskránni.⁸²

Að því kom að sú spá kansallísins, sem fram kom í bréfi þess 28. maí 1846, virðist hafa verið farin að rætast, um að litid yrði á það sem sönnun um takmarkaða föðurlandsást að nota ekki íslensku í embættisfærslu á Íslandi. Í öllu falli fóru embættismenn á Íslandi að nota í meira mæli íslensku í embættisfærslu sinni. Af þessu tilefni sá innanríkisráðherra Danmerkur sérstaka ástæðu til að rita stiftamtmani Trampe greifa bréf 14. júlí 1854⁸³ þar sem hann kvartar yfir því að það hafi borið við að umsóknir hafi borist frá Íslandi ritaðar á íslenska tungu og einnig álitgerðir embættismanna sem þó kunni dönsku mjög vel. Var þetta talið valda óþægindum og töfum þar sem skjölin yrði þá að þýða á dönsku. Ráðherra taldi þó að ekki yrði heimtað að menn, sem ekki kynnu dönsku, sendu umsóknir sínar á því máli og ekki væri heldur neitt á móti því að embættismenn á Íslandi ættu í bréfaskiptum á íslensku, ef mál þyrftu ekki að sæta afgreiðslu ráðuneyta í Danmörku. Innanríkisráðherra gaf stiftamtmani þau fyrirmæli að brýna fyrir embættismönnum á Íslandi að skrifa á dönsku um þau mál sem fara skyldu eða líkleg væru til að verða send til afgreiðslu í ráðuneytum konungs.

⁷⁹ Einar Arnórsson: *Alþingi og frelsisbaráttan 1845-1874*, bls. 19.

⁸⁰ Einar Arnórsson: *Alþingi og frelsisbaráttan 1845-1874*, bls. 19.

⁸¹ Alþt. 1849, bls. 576-578.

⁸² „Kongelig Bekjæntgørelse til Althinget, ang. Resultaterne af Thingets Session 1849.“ 23. maí 1853. *Lovs. f. Isl. XV.*, bls. 431.

⁸³ „Indenrigsministeriets Skrivelse til Stiftamtmanden over Island, ang. Brugen af det Danske Sprog i embedsager som kunde blive sendte til Ministerierne.“ 14. júlí 1854. *Lovs. f. Isl. XV.*, bls. 680-681.

Samsvarandi tilkynning var send stiftsyfirvöldum með bréfi kirkjumálaráðherra 19. ágúst 1854.⁸⁴

Enn samþykkti Alþingi bænaskrá til konungs 1863 og hljóðar hún svo: „Að héðan af sé íslensk tunga við höfð ekki að eins á embættisbréfum á Íslandi, heldur einnig á öllum embættisbréfum, sem fara á milli íslenskra embættismanna og stjórnarinnar.“⁸⁵

Áður en til þess kom að bænaskrá þessari væri svarað hafði prússneski og austurríski herinn tekið allt Jótland og því yfirvofandi að Danakonungur myndi a.m.k. missa Slésvík, Holstein og Lauenborg sem voru þýskumælandi hertogadæmi. Framtíð Íslands í konungsríkinu árið 1864 var þá einnig óviss þar sem Danir buðu Ísland og vestur-indísku eyjarnar í skiptum ef þeir fengju aftur þann hluta Slésvíkur sem væri dönskumælandi.⁸⁶ Það voru því allt aðrir vindar sem nú blésu heldur en þegar tekin var afstaða til bænaskrár Alþingis frá 1849.

Daginn áður en dómsmálaráðherra gerði formlega tillögu til Kristjáns IX. Danakonungs gaf hann út fyrirmæli til stiftamtmannsins⁸⁷ þess efnis að honum bæri að veita undirmönnum sínum fyrirmæli um að virða stranglega þá reglu að allar ákvarðanir ráðuneyta verði birtar íbúum landsins á íslensku, séu hlutaðeigandi ekki mæltur á dönsku.

Tillaga dómsmálaráðherra 2. júní 1865 til Kristjáns IX. Danakonungs, um það hvernig Alþingi skyldi svarað var ítarlega rökstudd og verður kjarni hennar hér rakinn.⁸⁸ Þar kemur fram að ætíð hafi verið litið á það sem sjálfsagðan hlut að embættisbréf stjórnvalda á Íslandi til borgaranna eigi að vera á íslenskri tungu, enda sé hlutaðeigandi ekki dönskumælandi. Þetta eigi ekki aðeins við um bréf frá íslenskum yfirvöldum heldur einnig þegar ákvarðanir og fyrirmæli ráðuneyta eru birt borgurunum. Ef það sé rétt sem haldið er fram af Alþingi að hlutaðeigandi embættismenn birti alþýðu manna á Íslandi úrskurði ráðuneyta á dönsku verði að líta á það sem ósið sem embættismenn hafi tekið upp sér til þægindaauka. Því næst sé rétt að taka fram að það er heimilað í gildandi reglum (opnu bréfi rentukammersins frá 22. ágúst 1846, opnu bréfi innanríkisráðuneytisins frá 14. júlí 1854 og bréfi kirkju- og

⁸⁴ Einar Arnórsson: *Alþingi og frelsisbaráttan 1845-1874*, bls. 21. Þetta bréf er ekki að finna í Lovs. f. Isl.

⁸⁵ Einar Arnórsson: *Alþingi og frelsisbaráttan 1845-1874*, bls. 23.

⁸⁶ Guðjón Friðriksson: *Jón Sigurðsson ævisaga. Síðara bindi*, bls. 287.

⁸⁷ „Justitsministeriets Skrivelse til Stiftamtmanden over Island, ang. Ministerielle Afgjørelsers Meddelelse i det islandske Sprog.“ 1. júní 1865. Lovs. f. Isl. XIX., bls. 253. Á sama stað er tekið fram að samhljóða bréf hafi verið send amtmönnum á Íslandi.

⁸⁸ Isl. J. 10 Nr. 1617 Just. Min. Isl. Dpt.

menntamálaráðuneytisins frá 19. ágúst 1854) að hin íslenska tunga sé einnig notuð í bréfaskiptum embættismanna á Íslandi í öllum málum þar sem ekki er þörf á ákvörðunum ráðuneytis. Í síðastnefndum tveimur bréfum er það áréttað að embættismenn á Íslandi eigi að nota dönsku ekki einvörðungu þegar þeir rita ráðuneytunum bréf, heldur einnig þegar þeir gefa yfirlýsingar, sem ætlunin er að senda ráðuneyti. Hið sama gildir þegar stjórnvöld senda mál til ráðuneytanna, en þá ber að þýða yfirlýsingar yfir á dönsku sem fram koma í málinu á íslenskri tungu. Loks sé þess að geta, eins og áréttað sé af tilvitnuðum bréfum hér að framan, að sé maður ekki mæltur á danska tungu megi hann skrifa erindi sitt til stjórnarinnar á íslensku og beri embættismönnum þá að þýða erindið fyrir hann án greiðslu.

Af áliti ráðuneytisins verði ekki annað ráðið en að með gildandi reglum sé að fullu tekið tillit til þarfa Íslendinga, að því marki sem hægt er miðað við núverandi aðstæður, og að engin ástæða sé því til umkvörtunar, svo lengi sem íslensk stjórnvöld fari tilhlýðilega að gildandi reglum. Á hinn bóginn myndi krafa Alþingis, um að ekki aðeins bréfaskipti á Íslandi eigi að fara fram á íslenskri tungu – heldur einnig bréfaskipti við ráðuneytin og öll mál sem send eru frá Íslandi til ráðuneytanna og til baka til Íslands, ekki leiða til neins gagns heldur kæmi hún harkalega niður á málshraða við afgreiðslu mála. Augljóst sé að þegar mál berast á íslenskri tungu tæki það langan tíma að fá þau þýdd á dönsku. Þegar mál væru loks afgreidd þyrfti að þýða á íslensku þau gögn sem lögð hefðu verið fyrir ráðherra á dönsku. Þessi málsmeðferð væri svo kostnaðarsöm og seinvirk að ekki kæmi til mála að nota hana.

Þessi krafa Alþingis væri einnig í andstöðu við það sem Alþingi hefði sjálf áður ályktað um 1849, þar sem miðað var við að íslensk tunga yrði ekki notuð á skjölum frá íslenskum stjórnvöldum sem beint væri til stjórnarinnar. Hið sama ætti við um mál sem vörðuðu útlendinga sem ekki skilja íslensku.

Sem rök fyrir kröfu sinni hefði Alþingi að síðustu vísað til tilskipunarinnar um stofnun Alþingis og þeirrar málsmeðferðar sem nú væri höfð við samþykkt íslenskra laga. Því væri vísað á bug að einhver rök yrðu sótt til þessara reglna jafnfrábrugðin og þau væru því efni sem þar væri fjallað um. Þvert á móti þá væri í fyrrnefndri tilskipun gert ráð fyrir að texti um bænaskjöl frá Alþingi væri bæði á íslensku og dönsku og hið sama gildi um frumvarpstexta sem bæði konungur og ráðherra undirrituðu, en þannig gætu þeir gert sér grein fyrir efni þess texta sem þeir væru að undirrita. Ráðherra gerði því tillögu að texta til að svara Alþingi sem konungur féllst á.

Í auglýsingu konungs til Alþingis 9. júlí 1865⁸⁹ var þessari bænaskrá Alþingis svarað með svohljóðandi hætti:

Þar eð allt, sem kemur frá stjórninni eða embættismönnum til íbúanna á Íslandi eftir hinum gildandi ákvörðunum, á að vera ritað á íslenska tungu — sem einnig er við höfð, þegar íslenzkir embættismenn skrifast á sín á milli í öllum þeim málum, sem ekki á að leggja undir úrskurð stjórnarráðanna — og þar eð landsmönnum enn fremur er heimilt, ef þeir kunna eigi dönsku, að rita stjórninni á íslensku, þá virðist engin ástæða vera til að fallast á það fyrirkomulag, sem Alþingi hefur stungið upp á í þessari grein, með því það ekki mundi verða að neinu sönnu gagni, heldur þvert á móti valda ótíhlýðilegum drætti á meðferð málanna. En með tilliti til þess, að Alþingi hefur kvartað yfir, að úrskurðir stjórnarinnar séu stundum birtir hlutaðeigendum á dönsku þá hafa hlutaðeigandi embættismenn á Íslandi verið áminntir um að gæta þess vandlega, að allir úrskurðir stjórnarráðanna séu á íslenskri tungu kunngerðir íbúum landsins, þeim er eigi mæla á dönsku.

Framangreind auglýsing konungs er sett fram sem réttarskýrandi um gildandi rétt og með tilliti til hans er síðan ekki talin ástæða til að setja nýmæli um efnið. Eins og fram kemur í næsta kafla er þetta villandi, því auglýsingin fól að hluta til í sér nýmæli. Ef vel er að gætt kemur í ljós að efnislega er lýsingin á inntaki hinna „gildandi reglna“ hin sama og bænaskrá Alþingis frá 1849 fól í sér, þ.e. að samskipti embættismanna innbyrðis og við borgarana á Íslandi færu fram á íslensku. Þessi niðurstaða er því afar mótsagnarkennd í ljósi þess að þeirri bænaskrá var hafnað, eins og vikið var að hér að framan. Sjálfsagt hefur dómsmálaráðherra fundist fýsilegt af pólitískum ástæðum að leysa málin á þessum lágstemmdu nótum.

7. Niðurstöður

Það var skoðun Jóns Sigurðssonar að til þess að ná jafnrétti við aðra samborgara í danska ríkinu væri það fyrst og fremst nauðsynlegt að tungu okkar, hinni fornu þjóðtungu Norðurlanda, yrði sá sómi sýndur sem henni bæri og hún þyrfti hvergi að fara halloka fyrir neinni annarri tungu, hverri sem væri.⁹⁰

Þegar lítið er yfir deilur Íslendinga við Dani um notkun íslenskrar tungu í stjórnsýslu á 18. og 19. öld má með nokkurri einföldun segja að þær lúti aðallega að sex atriðum:

⁸⁹ „Kongelig Bekjæntgjørelse til Althinget, ang. Resultaterne af dets Betænkninger og Andragender i 1863.“ 9. júní 1865. *Lovs. f. Isl., XIX.*, bls. 253.

⁹⁰ Jón Sigurðsson: „Prjónakoddi stjórnarinnar“, bls. 164.

1) Það var lengi baráttumál að almenningi væru ekki birtar ákvarðanir og fyrirmæli á dönsku, enda skildi alþýða manna almennt ekki dönsku. Þetta átti bæði við ákvarðanir sem teknar voru af embættismönnum á Íslandi og í stjórnardeildum konungs í Danmörku. Við umræður á Alþingi 1849 kom fram sú skoðun Matthias Hans Rose-nørn stiftamtmanns að hann teldi rétt að bréfaskipti milli embættis-manna innanlands og almennings færu fram á íslensku. Af þessum umræðum er ljóst að þar er verið að ræða um hvernig haga skuli fram-tíðarskipan mála en ekki lýsingu á gildandi rétti. Það er síðan fyrst með auglýsingu konungs til Alþingis 9. júlí 1865 þar sem því er slegið föstu sem gildandi reglu að allt, sem komi frá stjórnardeildunum í Kaupmannahöfn eða embættismönnum á Íslandi, eigi að vera ritað á íslenska tungu þegar það er birt borgurunum. Á þessu var sérstaklega hnykkt með fyrirmælum dómsmálaráðherra, dags. 1. júní 1865, til stiftamtmanns og amtmanna.

2) Það var einnig baráttumál alþýðu manna að mega rita stjórnar-deildunum í Kaupmannahöfn á íslensku. Með bréfi Friðriks V. Dana-konungs frá 6. apríl 1753 var Íslendingum leyft að skrifa stjórnar-deildunum í Kaupmannahöfn bréf á íslensku er lutu að kvörtunum yfir embættisfærslu stjórnvalda á Íslandi kynnu þeir ekki dönsku. Þessi regla var síðan rýmkuð með bréfi innanríkisráðuneytisins frá 14. júlí 1854 og bréfi kirkjumálaráðherra 19. ágúst 1854 þar sem fram kemur að ekki verði heimtað að menn, sem ekki kunni dönsku, sendi umsóknir sínar á því máli til stjórnardeildanna í Kaupmannahöfn. Efnislega er þessi regla síðan árettuð í auglýsingu konungs til Alþingis 9. júlí 1865.

3) Af umsögn stiftamtmanns og greifa O.M. Rantzau sem hann veitti kansallíinu með bréfi 26. mars 1753 verður ráðið að talið hafi verið að þeim sem ekki væru mæltir á danska tungu væri heimilt að leita til sýslumanna með þýðingar á bréfum, sem þeir ætluðu að senda stjórnarskrifstofunum í Kaupmannahöfn. Í tillögu dómsmálaráðherra 2. júní 1865 til Kristjáns IX. Danakonungs um það hvernig Alþingi skyldi svarað varðandi bænaskrá þingsins frá 1863 kemur fram sá skilningur að slíkar þýðingar skyldu vera borgurunum að kostnaðarlausu.

4) Konungsúrskurður Kristjáns VIII. frá 29. júlí 1846 varðar í reynd heimild embættismana á Íslandi til bréfaskipta á íslensku. Þar varð niðurstaðan sú að ekki væri talin „næg ástæða til að banna“ Grími Johnson að rita á Íslandi á íslensku embættisbréf til annarra embættis-manna, svo fremi sem að málin ættu ekki að koma til meðferðar hjá stjórnarskrifstofunum í Kaupmannahöfn. Í bréfi innanríkisráðu-neytisins frá 14. júlí 1854 og bréfi kirkjumálaráðherra 19. ágúst 1854 kemur fram að „ekki væri neitt á móti því“ að embættismenn á Íslandi

ættu í bréfaskiptum á íslensku ef mál þyrftu ekki að sæta afgreiðslu ráðuneyta í Danmörku. Við umræður á Alþingi 1849 kom fram sú skoðun Matthias Hans Rosenørn stiftamtmanns að hann teldi rétt að bréfaskipti milli embættismanna „færu fram á íslensku“, ættu þau ekki að koma til umfjöllunar í ráðuneytunum. Af þessum umræðum er ljóst að þar er verið að ræða um hvernig haga skuli framtíðarskipan mála, en ekki lýsingu á gildandi rétti. Í auglýsingu konungs til Alþingis 9. júlí 1865 er aftur á móti gengið svo langt að fullyrða að íslenska sé einnig notuð „þegar íslenzkir embættismenn skrifast á sín á milli í öllum þeim málum, sem ekki eigi að leggja undir úrskurð stjórnarráðanna“.

5) Danir hvikuðu aldrei frá þeirri reglu að það væri skylda embættismanna á Íslandi að rita bréf og yfirlýsingar á dönsku í málum sem fyrirsjáanlega gætu komið til afgreiðslu hjá stjórnardeildunum í Kaupmannahöfn.

6) Loks má nefna að það var ekki fyrr en með konungsúrskurði 27. maí 1859 að fallist var á að íslensk lög skyldu gefin út á íslenskum og dönskum texta. Þetta fyrirkomulag hélst þar til sett voru lög nr. 12/1891 um að íslensk lög verði eftirleiðis aðeins gefin út á íslensku.

Úrskurður Kristjáns VIII. Danakonungs frá 29. júlí 1846, sem fjallað var um í kafla 5, er fyrir margra hluta sakir merkilegur og snertir söguna á margvíslegan hátt. Í fyrsta lagi er það sagan um vinfengi Kristjáns VIII. Danakonungs og Gríms amtmanns sem verið hafði allan sinn 11 ára hermannsferil í sveit Kristjáns, sem þá var valdalítill krónprins. Þetta er í öðru lagi persónuleg saga Gríms amtmanns, sem barðist m.a. fyrir því að nota mætti íslensku í stjórnslu, þar sem gildandi reglur stæðu því ekki í vegi. Í þriðja lagi snertir málið stjórnmalalega áttakasögu á milli frjálsslyndra og íhaldssamra afla í stjórnardeildum Danakonungs árið 1846. Á þeim tíma sem úrskurðurinn var kveðinn upp höfðu frjálsslynd öfl yfirhöndina. Það átti hins vegar eftir að breytast örfáum mánuðum síðar. Í fjórða lagi snertir úrskurðurinn störf Brynjólfs Péturssonar, þá fulltrúa í rentukammerinu, sem virðist hafa notað áhrif sín til hins ítrasta svo að embættismenn á Íslandi gætu áfram átt í bréfaskiptum á íslensku. Loks er það Evrópusagan sem birtist í viðleitni Prússa til að sameina þýskumælandi konungsríki og hertogadæmi, m.a. undir merkjum þýsks þjóðernis og tungu. Krafa þýskumælandi íbúa Slésvíkur og Holstein um að mega nota þýsku í skiptum sínum við stjórnvöld í hertogadæmunum, hafði þannig mikil áhrif á viðhorf stjórnardeildanna í Kaupmannahöfn um hvernig bæri að mæta kröfum Íslendinga um að mega nota íslenska tungu í skiptum sínum við stjórnvöld á Íslandi. Málið var því ekki einfalt. Það er í raun ómögulegt að segja til um hver úrslit málsins hefðu orðið hefði það

komið til úrskurðar nokkrum mánuðum síðar en þá hafði Kristján VIII. breytt um stefnu gagnvart Slésvík og Holstein og kansellíið náð aftur áhrifum sínum.

Hefði tillaga kansellísins náð fram að ganga hefði það leitt til þess að þjóðfrelsisbarátta Íslendinga hefði orðið öll mun átakameiri, enda verður að ætla að Íslendingar hefðu risið harkalega upp gegn slíkum konungsúrskurði. Þessi lítt þekkti úrskurður Kristjáns VIII. Danakonungs hafði því töluvert að segja um það inn á hvaða brautir þjóðfrelsisbarátta Íslendinga fór.

Abstract

The article discusses conflicts in the 19th century regarding the official language in Iceland and the struggle to make Icelandic the official language.

Heimildir

Óprentaðar

Þjóðskjalasafn Íslands (ÞÍ)

Þí. Íslenska stjórnardeildin. X 28, Islands Journal 10, nr. 1616 – 1620. 1863.

Prentaðar

Bjarni Thorarensen: *Bréf. Fyrra bindi*. Jón Helgason bjó til prentunar. Kaupmannahöfn 1943.

Claus Björn: *Fra reaktion til grundlov 1800-1850*. Gyldendal og Politikens Danmarkshistorie 10. bindi. Ritstjóri Olaf Olsen. Kaupmannahöfn 1990.

Danmarks Konger, sjá <http://www.danmarkskonger.dk/konge48.htm>

Danmarks adels aarbog. Udgivet af en forening. Ritstjórar H.R. Hiort-Lorenzen og A. Thiset. 30. árg. Kaupmannahöfn 1913.

Bo von Eyben: *Juridisk ordbog*. 12. útg. Kaupmannahöfn 2004.

Einar Arnórsson: *Alþingi og frelsisbaráttan 1845-1874*. Reykjavík 1949.

Einar Arnórsson: *Réttarsaga Alþingis*. Reykjavík 1945.

Niels Fenger: *Forvaltning & Fællesskab. Om Eu-rettens betydning for den almindelige forvaltning*. Konfrontation og frugtbar sameksistens. Kaupmannahöfn 2004.

Fréttir frá Fulltrúaþingi í Hróarskeldu 1842, viðvökjandi málefnum Íslendinga, gefnar út af nokkrum Íslendingum. Kaupmannahöfn í prentsmiðju S.L. Möllers. 1843.

H. V. Gregersen: *Danmarks historie. Slesvig og Holsten før 1830*. Kaupmannahöfn 1981.

Guðjón Friðriksson: *Jón Sigurðsson ævisaga. Fyrra bindi*. Reykjavík 2002.

Guðjón Friðriksson: *Jón Sigurðsson ævisaga. Síðara bindi*. Reykjavík 2003.

Gunnlaugur Haraldsson: *Lögfræðingatal 1736-1992*. Reykjavík 1993.

Kongelige Reskripter og Resolutioner, Reglementer, Instruxer og Fundaatsler, samt Kollegialbreve for Aaret 1840. Kaupmannahöfn 1851.

Kristmundur Bjarnason: *Amtmaðurinn á einbúasetrinu. Ævisaga Gríms Jónssonar*. Reykjavík 2008. *Lovsamling for Island*.

Lögfræðiorðabók með skýringum. Ritstjóri Páll Sigurðsson. Reykjavík 2008.

Íslands Árbækir í sögu-formi. Af Jóni Espólin fyrrum Sýslumanni í Skagafjarðar Sýslu. XII. Deild. Kaupmannahöfn 1855.

Jón Helgason: *Íslendingar í Danmörku fyr og síðar með 148 mannamyndum*. Reykjavík 1931.

Jón Sigurðsson: „Prjónakoddi stjórnarinnar“. *Ný félagsrit 1872*, bls. 122-165. Gefin út af nokkrum Íslendingum. Forstöðunefnd: Björn Jónsson, Eiríkur Jónsson, Jón Sigurðsson, Sigurður L. Jónasson, Steingrímur Thorsteinnsson.

Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnarsýslulaga*. Reykjavík 2005.

Páll Sigurðsson: „Um Pál lögmann Vídalín og fornyrðaskýringar hans“. Í ritinu *Lagslóðir. Greinar um lög og rétt*, Reykjavík 2005, bls. 221-306.

„Sonur gullsmíðsins á Bessastöðum. Bréf til Gríms Thomsens og varðandi hann 1838-1858. Finnur Sigmundsson bjó til prentunar“. *Tímarit máls og menningar 1947*, bls. 231-232.

Sveinn Sölvason: *Tyro juris edur Barn í Logum: Sem gefur einfalda Undirvísun umm þa Íslensku Lagavitsku og nu brianalega Rettargangs maata: Med samanburde Fornra og Nyrra Rettarbotá og Forordninga; Samanteked af Sveine Sölvasyne, Kongel. Majsts. Lögmanne Nordan og Vestan a Islande*. Kaupmannahöfn 1754.

Vefir

ADB: Christian VIII. [https://de.wikisource.org/wiki/ADB: Christian VIII](https://de.wikisource.org/wiki/ADB:Christian_VIII).

Hafsteinn Dan Kristjánsson

GRUNDVÖLLUR STJÓRNVALDSÁKVARÐANA OG STJÓRNSÝSLUMÁLA

*Nokkrar hugleiðingar um undirstöður og aðferð **

Efnisyfirlit

1. Inngangur	58
2. Ágreiningur um ákvarðanahugtakið í dönskum rétti	60
3. Meginþættir aðferðarinnar	65
4. Stjórnvaldsákvarðanir í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga	67
4.1 Skilgreining hugtaksins í fræðunum	67
4.2 Nokkrar ályktanir dregnar af túlkun ákvæðisins	68
4.3 Aðgreining stjórnvaldsákvarðana frá öðrum athöfnum	71
4.4 Er matskennt úrlausnarefni varðandi hugtök sem notuð eru í ákveðnum skilningi	77
5. Grundvöllur ákvörðunar eða athafnar hverju sinni	80
6. Dómur Hæstaréttar frá 15. desember 2016	81
6.1 Um dóminn	81
6.2 Rökstuðningur dómsins	82
6.3 Eðli og efni ákvörðunarinnar með hliðsjón af lagagrundvelli hennar	89
6.4 Gat aðilinn notið málsmeðferðarréttinda á öðrum grundvelli?	100
7. Stjórnsýslumál	102
7.1 Um stjórnsýslumál og spurningar	102
7.2 Huglæg og hlutlæg afmörkun	104
7.3 Hvaða gögn og upplýsingar tilheyra máli?	105
7.4 Eitt eða fleiri mál?	111
8. Lokaorð	112
Abstract	114
Heimildir	115

1. Inngangur

Kennari í opinberum skóla vísar nemanda úr tíma. Er það svokölluð stjórnvaldsákvörðun? Hvað ef nemandanum er vísað úr skólanum? Síðari ákvörðunin er almennt talin vera stjórnvaldsákvörðun en ekki sú fyrri.¹ Hvað skilur á milli? Hvað útskýrir hví önnur ákvörðunin er stjórnvaldsákvörðun með öllum þeim afleiðingum sem það hefur en hin ekki? Varða ekki báðar ákvarðanirnar „rétt“ eða „skyldu“ nemandans? Í fyrra tilvikinu missir hann réttinn til að sitja tímann, þ.e. þiggja opinbera þjónustu, ákvörðunin er bindandi og lagaleg í þeim skilningi að hún byggist á réttarreglum eða réttarheimildum. Í síðara tilvikinu missir nemandinn réttinn til að vera í skólanum með öllu sem því tilheyrir. Sú ákvörðun er einnig lagaleg og bindandi og varðar „rétt“ nemandans. Í báðum tilvikum kann ákvörðun að vera tekin á grundvelli valdheimilda eða valdbærnireglna. Hver er eiginlega munurinn? Þessar ákvarðanir má setja á sitt hvorn enda skala. Á milli þeirra eru ýmsar ákvarðanir, svo sem að kennari vísar nemanda úr tíma það sem eftir líður dags, viku, mánaðar eða námskeiðsins og nemandanum er vísað úr námskeiðinu en ekki skólanum.² Hver af þessum ákvörðunum er stjórnvaldsákvörðun? Hvar verður línan dregin og á hvaða grundvelli?

Í stjórnvísulögum nr. 37/1993 (hér eftir „stjórnvísulög“ eða „ssl.“) er oft vísað til hugtaksins „máls“ og í athugasemdamynd við lögina er stuðst við hugtakið „stjórnvísulómál“.³ Dæmi í lagaákvæðum eru aðili „máls“ og efni „máls“ í 13. gr., sem kveður á um andmælaréttinn, gögn er „mál“ varða í 1. mgr. 15. gr., sem mælir fyrir um meginregluna um upplýsingarétt aðila máls, frestun „máls“ í 18. gr., „gögnum máls“ í kæruheimild 19. gr. og að „mál“ sé tekið til meðferðar á ný í 24. gr., sem fjallar um endurupptöku. Hugtakið mál í skilningi stjórnvísulaga (hér eftir „stjórnvísulómál“ eða „mál“) er hvorki skilgreint í lögnum né lögskýringargögnum. Því vaknar spurningin hvernig beri að afmarka

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Sjá til hliðsjónar Pál Hreinsson: *Stjórnvísulurættur. Málsmeðferð*, bls. 155-157. Sjá í þessu samhengi einnig *álit umboðsmanns Alþingis frá 24. febrúar 1994 (mál nr. 761/1993) (brottvísun úr skóla)*, *álit umboðsmanns Alþingis frá 24. september 1996 (mál nr. 1364/1995) (dansleikir)* og *álit umboðsmanns Alþingis frá 21. febrúar 2001 (mál nr. 2916/2000) (vísun úr tíma)*. Fyrir danskan rétt sjá til dæmis Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 90-91 og *FOB 2003*, bls. 248 og *FOB 2003*, bls. 590 um brottvikningu úr skóla.

² Sjá til hliðsjónar *FOB 2002*, bls. 480.

³ Alþt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 505.

stjórnslumál. Inntak hugtaksins skiptir máli. Hefur það til dæmis þýðingu fyrir andmælarétt, upplýsingarétt og töku og birtingu stjórnvaldsákvörðunar hvort um eitt eða fleiri mál sé að ræða. Þá hefur það áhrif á hverjir teljast aðilar máls.

Hugtökin stjórnvaldsákvörðun og stjórnslumál verða tekin til umfjöllunar. Skrifað hefur verið ítarlega og heildstætt um fyrra hugtakið en hið síðara hefur fengið minni athygli.⁴ Þrátt fyrir þá miklu og góðu greiningu sem hefur verið gerð á hugtakinu stjórnvaldsákvörðun virðist það vera óþrjótandi auðlind álítaefna. Ástæða þess er sú að hugtakið sjálft er margbrotið og það reynir á það við fjölbreyttar aðstæður. Ný álítaefni koma upp í framkvæmd stjórnvalda og úrlausn markartilvika kemur til kasta eftirlitsaðila. Sætir það ekki furðu enda afmarkar hugtakið gildissvið stjórnslulaga. Skýrgreining hugtaksins stjórnslumáls er einnig hagnýtt viðfangsefni. Nægir að benda á þýðingu þess fyrir álítaefni um hvað teljist gögn máls sem eru undirorpin upplýsingarétti aðila máls.

Unnt væri að skrifa um hvort hugtakið fyrir sig í löngu máli. Markmiðið er þó ekki að gera grein fyrir þeim á heildstæðan eða ítarlegan hátt. Fremur verður vakin athygli á nokkrum atriðum sem tilefni er að gefa gaum. Aðallega verður lögð áhersla á mikilvægi þess að meta grundvöll stjórnvaldsákvörðana og stjórnslumála hverju sinni. Það meginatriði bindur saman umfjöllun um hugtökin. Könnun og mat á grundvelli ákvörðana og mála er ekki einföld töfralausn þeirra snúinna álítaefna sem stjórnvöld og eftirlitsaðilar standa frammi fyrir í störfum sínum. Engu að síður er það (oft) grundvallarþáttur við úrlausn álítaefna sem ekki má horfa fram hjá eða gefa of lítið vægi.

Skipulagi greinarinnar er svo háttað. Í 2. kafla verður vikið að ágreiningi í dönskum rétti um hugtakið ákvörðun sem afmarkar gildissvið dönsku stjórnslulaganna. Sú deila ber með sér að ekki er um einföld úrlausnarefni að ræða. Ekki eru allir á einu máli um ágæti þeirra lausna sem stungið hefur verið upp á þar á bæ. Í framhaldinu verður í 3. kafla stiklað á stóru um meginskrefin í aðferð við að meta hvort um stjórnvaldsákvörðun í skilningi íslensks réttar sé að ræða. Samkvæmt aðferðinni verður fyrst að afmarka inntak hugtaksins stjórnvaldsákvörðun í 2. mgr. 1. gr. stjórnslulaga. Svo verður að meta grundvöll ákvörðunar. Að lokum verður að meta hvernig fyrirhuguð ákvörðun fellur að hugtakinu stjórnvaldsákvörðun. Í samræmi við það verður í 4.

⁴ Um stjórnvaldsákvörðanir sjá Pál Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnslulaga*, bls. 135-169, og Pál Hreinsson: *Stjórnsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 115-167. Um gögn máls og eitt eða fleiri mál sjá til dæmis Pál Hreinsson: *Stjórnsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 630-635.

kafla gerð grein fyrir nokkrum atriðum um túlkun á 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga. Jafnframt verður meðal annars vikið að aðgreiningu hugtaksins frá öðrum athöfnum. Þá verður í 5. kafla fjallað um mat á grundvelli ákvarðana. Eftir það verður í 6. kafla fjallað um *dóm Hæstaréttar frá 15. desember 2016 (mál nr. 18/2016) (kæra Fjármálaeftirlitsins til lögreglu)* og því velt upp hvort rétturinn hafi ljáð grundvelli þeirrar ákvörðunar sem var til skoðunar sem og inntaki hugtaksins stjórnvaldsákvörðun nægilegt vægi í rökstuðningi sínum. Að því búnu verður í 7. kafla fjallað um stjórnarsýslumál og mikilvægi þess að meta grundvöll þeirra hverju sinni. Að endingu er að finna lokaorð í 8. kafla.

2. Ágreiningur um ákvarðanahugtakið í dönskum rétti

Í upphafi var vikið að dæmi um ákvörðun kennara um að vísa nemanda í opinberum skóla úr tíma. Spurt var á hvaða grundvelli væri unnt að gera greinarmun á þeirri ákvörðun og ákvörðun um brottvísun úr skóla. Af hverju er önnur ákvörðunin stjórnvaldsákvörðun en ekki hin? Tilraunir til að útskýra muninn í dönskum rétti tengjast ágreiningi um einn meginþátt ákvarðanahugtaksins (d. afgørelsesbegrebet).⁵ Er það meðal skilyrða fyrir því að dönsku stjórnarsýslulögin (d. forvaltningsloven) gildi að athöfn teljist ákvörðun í skilningi laganna, sbr. 1. mgr. 2. gr. þeirra.⁶

Fyrir gildistöku dönsku stjórnarsýslulaganna var hugtakinu stjórnvaldsathöfn (d. forvaltningsakt) léð ákveðið inntak af Poul Andersen í fræðiskrifum hans. Hann lýsti stjórnvaldsathöfnum á þann hátt að þær væru ákvarðanir um hvað væri eða skyldi vera rétt í fyrirbyggjandi tilfelli (d. hvad der er eller skal være ret idet forelæggende tilfælde). Utan við hugtakið féllu svokallaðar raunverulegar athafnir (d. faktiske virkninger).⁷ Hafa verður í huga að umfjöllun Poul Andersen tók mið af

⁵ Sjá til dæmis Hans Gammeltoft Hansen: „Sag – afgørelse – part“, bls. 34 og Jens Garde o.fl.: *Forvaltningsret. Sagsbehandling*, bls. 12-13. Carsten Henrichsen: „Afgørelsesbegrebet i forvaltningsretten“, bls. 147, segir að uppi sé réttaróvissa um ákvarðanahugtakið. Sjá einnig Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 83-88, sem fjallar um hefðbundna og rýmkaða ákvarðanahugtakið.

⁶ Fjallað er nánar um hugtakið ákvörðun í dönskum rétti í Hafsteini Dan Kristjánssyni: „Er kæra til lögreglu stjórnvaldsákvörðun?“, bls. 25-29.

⁷ Poul Andersen: *Om ugyldige forvaltningsakter. Med særligt henblik paa ugyldighedsgrundene*, bls. 30 og 36 og Poul Andersen: *Dansk forvaltningsret. Almindelige emner*, bls. 247-252, sérstaklega bls. 250.

því hvaða athafnir væru gildar eða ógildar, þ.e. sættu endurskoðun dómstóla og gætu verið ógiltar af þeim.⁸

Þegar dönsku stjórnsýslulögin voru lögfest var stuðst við annað hugtak, þ.e. hugtakið ákvörðun (d. afgørelse). Ákveðnar almennar athafnir, sem falla ekki undir stjórnvaldsathafnahugtakið, teljast ákvarðanir í skilningi dönsku stjórnsýslulaganna með þeim afleiðingum að þær heyra undir gildissvið þeirra.⁹ Af lögskýringargögnum varð þó meðal annars ráðið að ákveðin tengsl væru á milli stjórnvaldsathafnahugtaksins og ákvarðanahugtaksins.¹⁰

Þáverandi umboðsmaður danska þjóðþingsins (d. Folketingets Ombudsman), Hans Gammeltoft-Hansen, fjallaði um ákvarðanir í ritinu Forvaltningsret, sem kom fyrst út árið 1993. Hann dýpkaði á þeirri umfjöllun í annarri útgáfu ritsins sem kom út árið 2002. Þar rökstuddi hann aðra nálgun á afmörkun ákvarðanahugtaksins en þá sem hafði verið viðtekin. Gerði hann greinarmun á stjórnvaldsathafnahugtakinu og ákvarðanahugtakinu. Hið fyrra væri þrengra hugtak en hið síðara. Hann benti meðal annars á að þau viðmið sem notuð hefðu verið hingað til við að afmarka ákvarðanir frá raunverulegum athöfnum væru ófullnægjandi. Til að mynda gætu viðmiðin ekki útskýrt greinarmuninn á ákvörðunum um að vísa nemanda úr tíma og að vísa honum úr skóla. Báðar ákvarðanirnar væru lagalegar. Báðar vörðuðu rétt nemandans eða hefðu réttaráhrif. Ákvarðanir væru þrengri en réttaráhrif.¹¹ Meginþáttur skilgreiningar Poul Andersen, um hvað er eða skal vera rétt í fyrirbyggjandi tilfelli, væri því óviðhlítandi; hann væri óskýr. Eini munurinn sem væri á ákvörðunum væri þýðing þeirra fyrir nemandann eða hagsmunir hans af þeim. Meðal annars af þessum ástæðum lagði Gammeltoft-Hansen til að í stað skilgreiningar Andersen yrði í grunninn byggt á því við afmörkun á ákvarðanahugtakinu hvaða þýðingu ákvörðun hefði fyrir

⁸ Poul Andersen: *Om ugyldige forvaltningsakter. Med særligt henblik paa ugyldighedsgrundene*, bls. 12-13.

⁹ Sjá til dæmis Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret*, bls. 102, Hans Gammeltoft Hansen: „Sag – afgørelse – part“, bls. 32-33, Jens Garde o.fl.: *Forvaltningsret. Sagsbehandling*, bls. 12 og Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 96.

¹⁰ Til hliðsjónar má benda á að Karsten Revsbech o.fl.: *Forvaltningsret. Almindelige emner*, bls. 91, benda á að hugtökin stjórnvaldsathöfn og ákvörðun séu í höfuðdráttum eins en þróunin hafi orðið sú að þau séu að liðast í sundur. Um þýðingu lögskýringargagnanna sjá til dæmis Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret*, bls. 105-106. Hann tekur meðal annars fram að lögskýringargögnin koma ekki í veg fyrir rýmri túlkun á ákvarðanahugtakinu með markmiðsskýringu. Sjá einnig Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 83-84.

¹¹ Hans Gammeltoft Hansen: „Sag – afgørelse – part“, bls. 33-38.

aðila. Mætti kalla nálgunina mikilvægisviðmiðið (d. Væsentlighedskriteriet).¹²

Þótt sumir fræðimenn hafi verið jákvæðir í garð nálgunar Gammeltoft-Hansen þá mætti hún almennt séð móttöðu í fræðunum.¹³ Þá hafa sumir fræðimenn lagt kjarna stjórnvaldsathafnahugtaksins til grundvallar en fallist á að líta megi til sjónarmiða um þýðingu ákvörðunar í vafatilfellum.¹⁴ Meðal gagnrýndanna var John Vogter en hann skrifaði skýringarit við dönsku stjórnvísulögin. Hann taldi að það væri best í samræmi við lögskýringargögnin að túlka ákvarðana-hugtakið á þann hátt að það vísar til ákvarðana um hvað er eða skal vera rétt.¹⁵ Annar gagnrýnandi var Jens Peter Christensen. Hann taldi að nálgunin væri ekki í samræmi við það sem hefði verið lagt til grundvallar í lögskýringargögnum. Þótt ekki væri endilega rökréttur greinarmunur á stjórnvaldsathöfnum og raunverulegum athöfnum þá byggðist hann á pólitísku vali. Lögskýringargögnin væru eins og þau væru. Þá væri mikilvægisviðmiðið teygjanlegt, matskennt og hefði einkenni vísireglu (d. elastisk, vag, standardpræget) og hentaði illa í framkvæmd.¹⁶ Søren Mørup féllst á þessa gagnrýni. Hann sagði að kjarninn í ákvarðanahugtakinu væri gamla stjórnvaldsathafnahugtakið þótt almennar athafnir féllu einnig undir það. Hann taldi að nálgun Gammeltoft-Hansen færi gegn skýrum forsendum við túlkun hugtaksins.¹⁷ Sten Bønsing lagði einnig til grundvallar meginþáttinn í

¹² Hans Gammeltoft-Hansen: „Sag – afgørelse – part“, bls. 29-56, einkum bls. 33-34 og 36-39. Á bls. 43 skilgreinir hann ákvarðanir sem „en offentlig myndigheds ensidige og for borgene bindende tilkendtgivelse om forhold af væsentlige betydning for de berørte medmindre andet fremgår eller forudsættes ved særlige lovbestemmelser ...“ og fleiri undantekningum. Sjá einnig umfjöllun Hans Gammeltoft-Hansen: „Forvaltningsakten og afgørelsesbegrebet“, bls. 159-160.

¹³ Um fræðimenn sem virðast vera jákvæðir gagnvart nálguninni sjá til dæmis Peter Blume: „Faktisk virksomhed eller afgørelse“, bls. 198-212 og Sten Rønsholdt: *Forvaltningsret*, bls. 102-108. Rønsholdt bendir á að þótt lögskýringargögnin mæli með þrengri nálgun komi þau ekki í veg fyrir rýmkaði lögskýringu. Unnt væri að styðjast við markmiðsskýringu eins og danski umboðsmaðurinn hefði gert, sjá bls. 105-106. Um aðra fræðimenn en getið er í meginmálinu sem hafa gagnrýnt nálgunina sjá til dæmis Karsten Revsbech: *Aktuel dansk forvaltningsret*, bls. 45 o.áfr., og Helle Bødker Madsen: *Privatisering og patientrettigheder*, bls. 218 o.áfr.

¹⁴ Sjá til dæmis Jens Garde o.fl.: *Forvaltningsret. Sagsbehandling*, bls. 12-14.

¹⁵ John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 115-122, einkum 115 og 118.

¹⁶ Sjá bókadóm Jens Peter Christensen: „Hans Gammeltoft-Hansen, Jon Andersen, Morten Engberg, Kaj Larsen, Karsten Loiborg og Jens Olsen: *Forvaltningsret*“, bls. 230-232.

¹⁷ Søren H. Mørup: *Berettigede forventninger i forvaltningsretten*, bls. 382, 394 og 397-398.

hugtaki Andersen.¹⁸ Carsten Henrichsen sagði að réttaróvissa væri um ákvarðanahugtakið. Stjórnvöld byggðu á hefðbundnu nálgunina, danski umboðsmaðurinn, þ.e. á meðan Gammeltoft-Hansen var enn umboðsmaður, byggði á mikilvægisviðmiðinu,¹⁹ og dómstólar byggðu stundum á hefðbundnu nálguninni en stundum mikilvægisviðmiðinu.²⁰ Henrichsen studdi hefðbundnu nálgunina. Hann útskýrði dæmið um ákvarðanir um nemandann á þann veg að í öðru tilvikinu væri ákvörðunin lagaleg en í hinu væri hún byggð á faglegum viðmiðum.²¹ Niels Fenger tók við sem ritstjóri ritsins Forvaltningsret þar sem upphaflegu viðhorf Gammeltoft-Hansen birtust.²² Í þriðju útgáfu ritsins, sem kom út árið 2018, rakti Fenger að nálgun Gammeltoft-Hansen hefði hvorki notið almennrar hylli í fræðum né framkvæmd.²³ Helsti dómurinn sem væri til marks um nálgunina hjá dómstólum væri *UfR 2008, bls. 636H* þar sem flutningur kennara milli skóla var talinn vera ákvörðun.²⁴ Í framkvæmd væri litið til sjónarmiða um þýðingu og hagsmuni af máli en ekki sem eina viðmiðsins (sem aðalviðmiðsins).²⁵

¹⁸ Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret*, bls. 84. Á bls. 85 skilgreinir hann ákvarðanir svo: „Der er tale om udtalelser fra en forvaltningsmyndighed, der tilsigter ensidigt at fastsætte, hvad det er eller skal være ret.“

¹⁹ Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 85-86, bendir einnig á að Gammeltoft-Hansen hafi stuðst við hugtakið í framkvæmd á meðan hann var umboðsmaður.

²⁰ Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret*, bls. 108, bendir einnig á að til dæmis innanríkisráðuneytið í Danmörku hafi haldið sig við hefðbundnu nálgunina en umboðsmaður beitt rýmkaði lögskýringu. Sjá jafnframt Karsten Revsbech: *Aktuel dansk forvaltningsret – karakteristisk træk og udviklingstendenser*, bls. 45-48. Hann bendir á að afleiðingin af því sé sú að raunverulegar athafnir hafi fallið undir ákvarðanahugtakið. Hann vísar einnig til *FOB 1992, bls. 141* þar sem lögreglustjóri ákvað að eiga ekki frekari samskipti við tiltekið dagblað og taldist það vera ákvörðun. Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 91, bendir einnig á í þessu samhengi *FOB 2007, bls. 375* um synjun á að veita tilteknum blaðamanni viðtal.

²¹ Carsten Henrichsen: „Afgørelsesbegrebet i forvaltningsretten“, bls. 144-167, einkum 147-148 og 155-156.

²² Jafnframt tók hann að sér að gefa út skýringarrit við lögin, Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, en áður hafði John Vogter annast slíka útgáfu. Fyrsta útgáfa af skýringarriti Fenger kom út árið 2013.

²³ Hann bendir jafnframt á þetta í Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 86-87.

²⁴ Sjá í þessu samhengi „systurdóm“ í íslenskum rétti: *dómur Hæstaréttar. 18. september 2008 (mál nr. 430/2007) (hjúkrunarfræðingur á geðsviði)*. Sjá einnig Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 87.

²⁵ Sjá einnig Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 87-88. Þar tekur hann fram að útgangspunkturinn sé hefðbundna réttarákvörðunahugtakið (d. retsaktbegreb). Á bls. 90 nefnir hann að unnt sé að líta til mikilvægisviðmiðsins í vafatilfellum.

Þetta sæist meðal annars í nýlegri framkvæmd danska umboðsmannsins, þ.e. eftir að nýr umboðsmaður tók við af Gammeltoft-Hansen.²⁶ Nýi danski umboðsmaðurinn, Jørgen Steen Sørensen, staðfesti það.²⁷ Gammeltoft Hansen hefur sjálfur tekið fram að hinn danski Hæstiréttur hafi lagt annan skilning í hugtakið en hann í nokkrum dómum.²⁸ Dómstóllinn hafi þó byggt á mikilvægisviðmiðinu í allavega þremur dómum.²⁹

Gammeltoft-Hansen svaraði gagnrýnisröddum í grein sem birtist í riti til heiðurs 25 ára afmælis dönsku stjórnarsýslulaganna árið 2012. Grein Henrichsen birtist einnig í því riti.³⁰ Gammeltoft-Hansen mat stöðuna í fræðum og framkvæmd svo að mikilvægisviðmiðið væri þar ekki talið vera aðalviðmiðið en það kæmi til skoðunar í vafatilfellum.³¹ Hann benti meðal annars á að gagnrýnin, sem hefði komið fram á hans nálgun, hefði fyrst og fremst lotið að þremur atriðum: nálgunin væri of víðtæk, hún væri ekki í samræmi við forsendur í lögskýringargögnum og viðmiðið væri of matskennt. Hann tók fram að gagnrýnendur hefðu almennt ekki brugðist við þeim rökum sem mikilvægisviðmiðinu væri ætlað að mæta og áréttaði að gallar væru á hefðbundnu nálguninni.³² Þá teldi hann að löggjafarviljinn hafi ekki verið jafn ósveigjanlegur og til dæmis Christensen legði til grundvallar. Enn fremur réði ekki úrslitum þótt mikilvægisviðmiðið hefði ekki skýr mörk.³³ Gammeltoft-Hansen sagði að þörf væri fyrir víðtækara hugtak en gamla stjórnvaldsathafnahugtakið.³⁴ Hann teldi að það væri galli að tengja ákvarðana-hugtakið við það hugtak. Ákvarðanahugtakið réði því hvort stjórn-

²⁶ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 76-79.

²⁷ Jørgen Steen Sørensen: „Ombudsmanden anno 2012“, bls. 173 og *FOB 2012-2*, *FOB 2013-2* og *FOB 2013-3*. Hann leggur áherslu á að þjóðþingið hafi ákveðið hvaða ákvarðanir falli undir lögin en unnt sé að styðjast við ákveðin sjónarmið í vafatilvikum.

²⁸ Sjá *UfR 2005*, bls. 615, *UfR 2005*, bls. 622 og *UfR 2005*, bls. 2111 og Hans Gammeltoft-Hansen: „Forvaltningsakten og afgørelsesbegrebet“, bls. 168.

²⁹ *UfR 2004*, bls. 2229, *UfR 2008*, bls. 422 og *UfR 2008*, bls. 636H og Hans Gammeltoft-Hansen: „Forvaltningsakten og afgørelsesbegrebet“, bls. 168-169. Í síðastnefnda dómnum var sératkvæði þar sem athöfnin var ekki talin ákvörðun í skilningi laganna. Sjá einnig Karsten Revsbech: *Aktuel dansk forvaltningsret – karakteristik træk og udviklingstendenser*, bls. 48-49. Niðurstaða hans er á bls. 112 að þróunin sé að verða sú að raunveruleg starfsemi falli undir ákvarðanahugtakið.

³⁰ Í afmælisritinu er einnig að finna grein eftir Niels Fenger: „Forvaltningsloven som minimumslov – 25 år efter“. Þar er fjallað um ákveðin sjónarmið sem einnig hafa þýðingu fyrir ákvarðanahugtakið í vafatilvikum, sjá bls. 69.

³¹ Hans Gammeltoft-Hansen: „Forvaltningsakten og afgørelsesbegrebet“, bls. 169.

³² Hans Gammeltoft-Hansen: „Forvaltningsakten og afgørelsesbegrebet“, bls. 161.

³³ Hans Gammeltoft-Hansen: „Forvaltningsakten og afgørelsesbegrebet“, bls. 162-163.

³⁴ Hans Gammeltoft-Hansen: „Forvaltningsakten og afgørelsesbegrebet“, bls. 164 og 166.

sýslulögin giltu. Borgararnir hefðu þörf fyrir það réttaröryggi sem fylgdi því að lögin giltu í fleiri tilvikum en þegar reyndi á gildi athafna. Það kallaði á aðra nálgun. Þeir hefðu þörf fyrir að njóta þeirra réttinda sem væri mælt fyrir um í lögnum þegar gripið væri inn í líf þeirra með þýðingarmiklum hætti.³⁵ Sá greinarmunur sem Poul Andersen hefði unnið með á stjórnvaldsathöfnum og raunverulegum athöfnum stæðist ekki vegna þess að hinar síðarnefndu væru ekki án réttaráhrifa eða tengdust réttaráhrifum.³⁶ Tillaga Henrichsen dygði ekki til að bæta úr því. Ekki væri unnt að gera þann greinarmun að raunverulegar athafnir byggðust á faglegum viðmiðum en ekki lagalegum. Þegar nemandi væri vísað úr tíma, ef til vill á grundvelli faglegra sjónarmiða, væri það engu að síður gert á grundvelli réttarreglu og sú ákvörðun hefði bindandi áhrif fyrir nemandann; hann missir rétt sinn til að sitja afganginn af tímanum. Sama ætti við um ýmsar aðrar raunverulegar athafnir, svo sem aðstoð við sjúkling að fara að salernið. Henrichsen yfirsæist að í báðum tilvikum, þ.e. þegar nemandi væri vísað úr tíma og vísað úr skóla, hefði stjórnvald eða starfsmaður þess valdheimild til að taka ákvörðun sem væri lagaleg. Þá væru margar ákvarðanir lagalegar og bindandi en féllu engu að síðar utan við ákvarðanahugtakið eins og það væri skilið samkvæmt hefðbundnu nálguninni.³⁷ Gammeltoft-Hansen tók fram að það væri galli í hugtaki Andersen. Skilgreiningin miðaði við þær athafnir sem væru ógildanlegar af dómstólum. Aðeins þær væru kallaðar „réttur“ í skilgreiningunni. Aðrar athafnir hefðu þó þýðingu fyrir borgarana. Nálgun Andersen væri ónothæf til að afmarka gildissvið stjórnsýslulaganna.³⁸

Eins og áður greinir hefur mikilvægisviðmið Gammeltoft-Hansen ekki orðið ofan á í dönskum fræðum eða framkvæmd sem aðalviðmiðið. Ekki liggur þó skýrt fyrir að gagnrýni hans á hefðbundnu nálgunina hafi verið svarað með fullnægjandi hætti.

3. *Meginþættir aðferðarinnar*

Hans Gammeltoft-Hansen gagnrýndi hefðbundnu nálgunina í dönskum rétti meðal annars á þeirri forsendu að hún gæti ekki útskýrt þann greinarmun sem væru á ákvörðunum eins og þeim að vísa nemandi úr tíma og úr skóla. Báðar ákvarðanir vörðuðu rétt, væru

³⁵ Hans Gammeltoft-Hansen: „Forvaltningsakten og afgørelsesbegrebet“, bls. 169-170.

³⁶ Hans Gammeltoft-Hansen: „Forvaltningsakten og afgørelsesbegrebet“, bls. 171.

³⁷ Hans Gammeltoft-Hansen: „Forvaltningsakten og afgørelsesbegrebet“, bls. 172-173.

³⁸ Hans Gammeltoft-Hansen: „Forvaltningsakten og afgørelsesbegrebet“, bls. 174-176.

lagalegar, bindandi og byggðu á valdheimild. Nálgun hans um meta þýðingu ákvörðunar var þó gagnrýnd fyrir að vera of óljós, matskennd og ekki í samræmi við lögskýringargögn. Kemur þá til skoðunar hvernig beri að nálgast úrlausn sambærilegra álitafna í íslenskum rétti.

Í upphafsmálslið 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga kemur meðal annars fram að lögin gildi þegar stjórnvöld taka ákvörðun um rétt eða skyldu manna. Með ákvæðinu er skilgreint hvers konar athafnir heyra undir gildissvið laganna.³⁹ Ekki er til dæmis tekið fram með tæmandi hætti að tiltekna ákvarðanir eða athafnir, svo sem þegar ráðið er í opinbert starf og veitt er opinbert leyfi, heyri undir lögin. Af uppbyggingu og nálgun ákvæðisins leiðir að meginþættir aðferðarinnar við mat á því hvort athöfn sé stjórnvaldsákvörðun eru þrjár.

Fyrst verður að afmarka inntak hugtaksins stjórnvaldsákvörðun í 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga. Niðurstaða um það atriði er lagalegt úrlausnarefni. Túlka verður lagaákvæði, þ.e. 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga, með það fyrir augum að ákvarða réttarreglu, þ.e. inntak hugtaksins. Er það gert með hefðbundnum lögskýringaraðferðum.⁴⁰

Síðan verður að leggja mat á efni og eðli þeirrar ákvörðunar sem fyrirhugað er að taka eða sem hefur verið tekin. Við það verkefni verður að greina og meta lagagrundvöll ákvörðunar og staðreyndir máls, þar á meðal hvers konar ákvörðun á að taka eða hefur verið tekin í reynd. Sá lagagrundvöllur sem er til skoðunar á þessu stigi er ekki 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga heldur sá grundvöllur sem fyrirhuguð ákvörðun er reist á hverju sinni, svo sem ákvæði í öðrum lögum en stjórnarsýslulögum, reglugerð, venja, samningur, forræði eiganda yfir eign, skaðabótareglur og reglur kröfuréttar.

Að lokum verður að meta hvort fyrirhuguð ákvörðun eða ákvörðun sem hefur verið tekin falli að hugtakinu stjórnvaldsákvörðun eins og það er réttilega túlkað. Með því er svarað spurningunni hvort ákvörðunin sé stjórnvaldsákvörðun.

Stilla má meginþáttunum upp á eftirfarandi hátt:

- 1) Afmörkun á inntaki hugtaksins stjórnvaldsákvörðun í skilningi 2. mgr. 1. gr. ssl. að því er álitafni máls varðar, meðal annars með túlkun á ákvæðinu.
- 2) Greining og mat á grundvelli ákvörðunar eða athafnar (laga-grundvöllur og staðreyndir máls).

³⁹ Í umfjölluninni hér verður ekki minnst á önnur ákvæði sem hafa þýðingu fyrir gildissvið laganna, svo sem 3. másl. 2. mgr. 1. gr. sem var færður í lög með breytingalögum nr. 71/2019.

⁴⁰ Sjá til dæmis Róbert Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, og Hafstein Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði*, þriðja þátt.

- 3) Mat á því hvernig ákvörðunin eða athöfnin (annar meginþátturinn) fellur að inntaki hugtaksins stjórnvaldsákvörðun í 2. mgr. 1. gr. ssl. (fyrsti meginþátturinn).

Verður nú vikið nánar að fyrri tveimur meginþáttunum.

4. Stjórnvaldsákvörðanir í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnslulaga

4.1 Skilgreining hugtaksins í fræðunum

Ekki er ætlunin að fjalla með heildstæðum hætti um hvernig beri að túlka 2. mgr. 1. gr. stjórnslulaga enda væri það of viðamikið í ljósi markmiðs greinarinnar. Vikið hefur verið að nokkrum grunnþáttum við túlkun lagaákvæðisins á öðrum vettvangi.⁴¹ Þess í stað verður fjallað um hvernig nokkur lögskýringarsjónarmið horfa við lagaákvæðinu með áhersluefni greinarinnar í huga.

Áður en vikið verður að því má geta þess að fyrir gildistöku stjórnslulaga lýsti Ólafur Jóhannesson aðaleinkennum svokallaðra stjórnarathafna með eftirfarandi hætti:

„Stjórnarathöfn er ákvörðun stjórnvalds, tekin af því sem handhafa opinbers valds, henni er beint til ákveðins eða ákveðinna aðila, og hún kveður á um rétt eða skyldu hans eða þeirra í því sérstaka tilviki, sem hverju sinni liggur fyrir til ákvörðunar.“⁴²

Hann greindi einkenni stjórnarathafnar á þann hátt að hún væri 1) ákvörðun, 2) beindist að tilteknum aðila, 3) sem tekin væri af handhafa opinbers valds og 4) hlutverk stjórnvalds væri að ákvarða rétt eða skyldu. Í tengslum við þessi einkenni benti hann á að stjórnarathafnir væru valdboð og þær væru bindandi. Þá væru þær allsherjarréttarlegs eðlis en ekki einkaréttarlegs eðlis. Þær væru því einhliða en ekki tvíhliða. Jafnframt lytu þær að því að veita eða synja um rétt eða leggja á kvöð.⁴³

Páll Hreinsson hefur skilgreint stjórnvaldsákvörðanir í 2. mgr. 1. gr. stjórnslulaga með eftirfarandi hætti:⁴⁴

⁴¹ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Er kæra til lögreglu stjórnvaldsákvörðun?“, bls. 17-20.

⁴² Ólafur Jóhannesson: *Stjórnarfrarsréttur. Almennur hluti*, bls. 157.

⁴³ Ólafur Jóhannesson: *Stjórnarfrarsréttur. Almennur hluti*, bls. 157-159. Hann tók jafnframt fram að unnt væri að flokka þær í a) einhliða eða tvíhliða, b) neikvæðar eða jákvæðar, c) réttarskipandi eða réttarskýrandi, d) íþyngjandi eða ívilnandi og e) lögbundnar eða matskenndar. Sjá bls. 160-164.

⁴⁴ Þess má geta að Björn Þ. Guðmundsson: „Grundvallarhugtök í stjórnslurétti“, bls. 93, skilgreindi stjórnvaldsákvörðun svo: „Það er stjórnvaldsákvörðun þegar stjórnvald

„Stjórnvaldsákvörðun er ákvörðun sem tekin er í skjóli stjórn-sýsluvalds og er beint milliliðalaust út á við að tilteknum aðila eða aðilum og með henni er kveðið á bindandi hátt um rétt eða skyldur þeirra í ákveðnu og fyrirbyggjandi máli.“⁴⁵

Hann hefur einnig lýst (algengum) einkennum þeirra svo að stjórnvaldsákvörðun sé 1) ákvörðun sem er tekin í skjóli stjórn-sýsluvalds, 2) hefur bindandi réttaráhrif um úrlausn tiltekins máls, 3) er beint út á við að borgurunum, 4) bindur enda á stjórn-sýslumál, 5) beinist að tilteknum aðila eða aðilum, 6) er ákvörðun í ákveðnu og fyrirbyggjandi máli og 7) er ákvörðun um rétt og skyldu manna. Enn fremur hefur hann bent á að litið hefur verið til þess í vafatilvikum hvort eðli ákvörðunar sé slíkt að eðlilegt sé að stjórn-sýslulögin gildi og það henti.⁴⁶

Ekki er nauðsynlegt að öll framangreind einkenni séu til staðar svo að athöfn teljist stjórnvaldsákvörðun. Í því sem á eftir fer verður sérstök áhersla lögð á þann meginþátt stjórnvaldsákvörðana, sem verður ávallt að vera fyrir hendi þar sem hann er steypur í stein í texta lagaákvæðisins, að ákvarðanir varði rétt eða skyldu manna.⁴⁷

4.2 Nokkrar ályktanir dregnar af túlkun ákvæðisins

Heiti kaflans er stjórnvaldsákvörðanir í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórn-sýslulaga. Ástæða þess er sú að inntak hugtaksins ræðst að miklu leyti af þeirri merkingu sem verður lögð í lagaákvæðið með túlkun á því. Sambærileg eða hliðstæð hugtök í öðrum réttarkerfum byggja á öðrum lagagrundvelli sem hefur annað heildarsamhengi. Inntak og gildissvið hugtakanna getur því verið frábrugðið hugtakinu í íslenskum rétti. Til marks um það má minna á að beinlínis er gert ráð fyrir því að ákveðnar almennar athafnir falli undir ákvarðanahugtakið í dönskum rétti. Sömu áherslu er ekki að finna í lögskýringargögnum við 2. mgr. 1. gr. stjórn-sýslulaga. Þá gilda norsku stjórn-sýslulögin um tilteknar athafnir (n. vedtak) sem síðan skiptast í einstaklingsbundnar ákvarðanir (n. enkeltvedtak) og almenn stjórnvaldsfyrirmæli (n. forskrifter), sbr. skilgreiningar hugtakanna í a til c-liðar 2. gr. norsku stjórn-sýslulaganna (lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker

kveður einhliða, oftast skriflega, á um rétt eða skyldu tiltekins aðila í ákveðnu máli í skjóli stjórn-sýsluvalds.“

⁴⁵ Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórn-sýslulaga*, bls. 169.

⁴⁶ Páll Hreinsson: *Stjórn-sýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 119-153.

⁴⁷ Fyrir nánari greiningu á þessum þætti sjá Páll Hreinsson: *Stjórn-sýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 152-158.

(forvaltningsloven)). Vegna þess sem að framan er rakið er ekki unnt að ganga út frá því óhikað að sömu athafnir teljist stjórnvaldsákvæðanir í íslenskum rétti, ákvæðanir í dönskum rétti og einstaklingsbundnar ákvæðanir í norskum rétti. Enn fremur er ekki hægt að ganga út frá því að þau vandamál sem Gammeltoft-Hansen gerði að umtalsefni eigi við með alveg sambærilegum hætti í öðru lagaumhverfi. Líkindi eru þó meðal nálgananna í Vest-Norrænum rétti.

Til að taka afstöðu til þess hvort stjórnvaldi beri að fylgja stjórnáskýringum við meðferð mála verður að leysa úr því hvort tekin verður eða til greina kemur að taka svokallaða stjórnvaldsákvæðun. Samkvæmt upphafsmálsliði 2. mgr. 1. gr. stjórnáskýringa gilda lögin þegar stjórnvöld, þar á meðal stjórnáskýringarnefndir, taka ákvæðanir um rétt eða skyldu manna.⁴⁸ Orðalag ákvæðisins svipar til skilgreiningar á einstaklingsbundinni ákvæðun í norskum stjórnáskýringunum, þ.e. athöfn sem varðar réttindi eða skyldur ákveðinna manna, eins eða fleiri.⁴⁹ Til samanburðar segir aðeins í 2. mgr. 1. gr. dönsku stjórnáskýringalaganna að lögin gildi við meðferð þeirra mála þar sem er eða verður tekin ákvæðun af stjórnvaldi.⁵⁰ Orðalag ákvæðanna er ekki hið sama. Svipbrigði eru meðal íslenska og norska ákvæðisins en hið danska er á annan veg. Í danska ákvæðinu er látið við það sitja að nefna „ákvæðun“ en í því íslenska er kveðið á um ákvæðanir „um rétt eða skyldu manna“. Efni eða eðli ákvæðanna er afmarkað nánar í íslenska ákvæðinu en í því danska. Textaskýring bendir því í þá átt að mikilvægisviðmiðið geti ekki orðið aðalviðmiðið í íslenskum rétti. Aðalviðmiðið er lögbundið, þ.e. ákvæðun sem varðar rétt eða skyldu manna. Þá bendir ekkert til þess að „réttur“ og „skylda“ í skilningi ákvæðisins ráðist aðeins af þýðingu ákvæðunar fyrir aðila eða hagsmunum sem eru undirliggjandi. Þvert á móti verður ráðið af lögskýringargögnum að afmarka beri þessi hugtök með ákveðnum hætti. Þrátt fyrir það geta slík sjónarmið haft þýðingu í vafatilfellum og þá við afmörkun á því hvort ákvæðun varði „rétt“ eða „skyldu“ manna í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnáskýringa. Virðist það einnig vera sú nálgun sem hefur orðið ofan á í fræðum og framkvæmd í dönskum rétti. Af texta ákvæðisins verða jafnframt dregnar aðrar ályktanir sem

⁴⁸ Í næstu tveimur málsliðum kemur fram að lögin gilda þó ekki um samningu reglugerða né annarra almennra stjórnvaldsfyrirmæla. Þá gilda ákvæði X. kafla um tjáningarfrelsi, þagnarskyldu o.fl. um alla stjórnáskýringu sem fram fer á vegum ríkis og sveitarfélaga.

⁴⁹ Ákvæðið hljóðar svo á norskum: „Enkeltvedtak, et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte persone.“

⁵⁰ Ákvæðið hljóðar svo á dönsku: „Loven gælder for behandlingen af sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed.“

fangaðar eru í megin einkennum sem lýst er af Ólafi og Páli, svo sem að um „ákvörðanir“ sé að ræða.

Í 1. mgr. 1. gr. stjórnýslulaga segir að lögin taki til stjórnýslu ríkis og sveitarfélaga. Af samspili 1. og 2. mgr. 1. gr. stjórnýslulaga leiðir að við mat á því hvort ákvörðun teljist stjórnvaldsákvörðun hefur þýðingu hvort hún sé liður í stjórnýslu ríkis eða sveitarfélaga. Með stjórnýslu er átt við „þá starfsemi sem heyrir undir framkvæmdarvaldið samkvæmt þeirri þrískiptingu ríkisvaldsins sem mælt er fyrir um í 2. gr. stjórnarskrárinnar“.⁵¹ Af innri samræmisskýringu verður þannig ráðið að leggja verður mat á lagagrundvöll ákvörðunar með það fyrir augum að taka afstöðu til þess hvort ákvörðun sé liður rækslu eiginlegrar stjórnýslu.

Markmiðum stjórnýslulaga er lýst í I. kafla almennu athugasemdanna. Þar segir:

„Helsta markmiðið með setningu stjórnýslulaga er að tryggja sem best réttaröryggi manna í skiptum við hið opinbera, jafnt ríki sem sveitarfélög. Önnur markmið, sem einnig verður að hafa í huga við samningu frumvarps af þessu tagi, eru í fyrsta lagi að ákvæði laganna taki mið af aðstæðum hér á landi, en þær eru að sumu leyti frábrugðnar því sem gerist erlendis, í öðru lagi að lögin verði sem aðgengilegust fyrir almenning og starfsmenn stjórnýslunnar og í þriðja lagi verður að gæta þess að lögin stuðli að því eða a.m.k. girði ekki fyrir að málsmeðferð í stjórnýslunni verði í senn einföld, hraðvirk og ódýr.“⁵²

Af tilvitnuðum athugasemdum verður skýrlega ráðið að megin markmið stjórnýslulaga er að tryggja réttaröryggi borgaranna í samskiptum við stjórnvöld. Lögin hafi þrjú önnur markmið Tvö þeirra lúta að framsetningu og inntaki reglnanna, þ.e. að taka mið af aðstæðum hér á landi og að lögin séu sem aðgengilegust. Þriðja markmiðið, að málsmeðferð í stjórnýslunni verði í senn einföld, hraðvirk og ódýr, getur aftur á móti verið í togstreitu við aðalmarkmiðið um réttaröryggi borgaranna. Þessi markmið geta vegist á þegar matskennd ákvæði laganna eru túlkuð, fyllt og heimfærð til málsatvika. Annað markmiðið mælir með strangari kröfum en hitt markmiðið með vægari kröfum. Þessi markmið hafa einnig þýðingu við túlkun 2. mgr. 1. gr. stjórnýslulaga.

Nú hefur verið gerð grein fyrir nokkrum almennum ályktunum sem unnt er að draga af 2. mgr. 1. gr. stjórnýslulaga með túlkun

⁵¹ Alþt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 505.

⁵² Alþt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 505.

ákvæðisins. Í næsta undirkafla verður vikið nánar að ályktunum sem unnt er að draga af upplýsingum í lögskýringargögnum. Verður það gert með það fyrir sjónum að greina stjórnvaldsákvarðanir frá öðrum athöfnum.

4.3 Aðgreining stjórnvaldsákvarðana frá öðrum athöfnum

Af lögskýringargögnum og öðrum lögskýringarsjónarmiðum verður ráðið að greina megi stjórnvaldsákvarðanir frá ferns konar athöfnum.

Í fyrsta lagi *þjónustustarfsemi*. Líkja má þessum flokki við raunverulegar athafnir eða starfsemi (d. faktiske virkninger/virksohmhed) í dönskum fræðiskrifum.⁵³ Athygli vekur að í athugasemdum við ákvæðið segir ekki að lögin taki ekki til þjónustustarfsemi heldur að þau taki ekki til „margvíslegrar þjónustustarfsemi“. Af því verður ályktað að einhver þjónustustarfsemi getur fallið undir gildissvið laganna. Í athugasemdunum er nefnt sem dæmi um þjónustustarfsemi, sem fellur utan við lögin, umönnun „sjúkra, fatlaðra og aldraðra, kennslu, bókavörslu og slökkvistarf“. Kennsla er þannig þjónustustarfsemi. Ákvörðun um að vísa nemanda úr tíma er tekin í samhengi við veitingu kennsluþjónustu. Í athugasemdunum er jafnframt vikið að markartilvikum með svofelldum hætti:

„Í því efni verður að skoða hvort ákvörðunin lýtur fyrst og fremst að framkvæmdinni, svo sem því hvenær og hvernig læknisaðgerð skuli framkvæmd, hvaða námsefni skuli lagt til grundvallar við kennslu o.s.frv., eða hvort ákvörðunin er fremur lagalegs eðlis, þ.e. fær mönnum réttindi eða skerðir þau, léttir skyldum af mönnum eða leggur á þá auknar byrðar. Þannig verður að líta til þess hvers eðlis ákvörðunin er, en ekki eingöngu til þess hver tekur ákvörðunina og hvers efnis hún er. Sem dæmi má taka þá ákvörðun læknis að framkvæma læknisaðgerð eða synja um framkvæmd hennar. Slík ákvörðun getur augljóslega fallið undir gildissvið laganna, svo sem synjun læknis um að framkvæma fóstureyðingu, meðan synjun um að framkvæma minni háttar læknisverk mundi tæplega teljast stjórnvaldsákvörðun í skilningi laganna.“⁵⁴

Tilvitnaðar athugasemdir eru allra athygli verðar í ljósi umfjöllunarefnis greinarinnar. Annars vegar er lögð áhersla á hvort ákvörðun lúti „fyrst og fremst“ eða „fremur“ að framkvæmdarlegum atriðum eða lagalegum atriðum. Þannig er ekki gengið út frá því að sumir athafnir séu lagalegar en aðrar ekki; leggja verður mat á hvort

⁵³ Um faktiske virksomhed og retsafgørelse, sjá til dæmis Steen Rønsholdt: *Forvaltningssret*, bls. 99. Sjá einnig Pál Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 154-155.

⁵⁴ Alþt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 505.

þær séu aðallega eða fremur lagalegar eða framkvæmdalegar. Í þessu sambandi er tekið dæmi um ákvörðun um námsefni fyrir kennslu. Slík ákvörðun getur verið lagaleg í einhverjum skilningi en hún lýtur fremur að framkvæmdarlegu atriði. Þannig getur ákvörðun um að vísa nemanda úr tíma lotið fyrst og fremst að framkvæmd kennslu. Það þýðir þó ekki að hún sé ekki einnig lagalegs eðlis í einhverjum skilningi. Athugasemdirnar falla því ekki í þá gryfju að lýsa þessum athöfnum sem „annaðhvort eða“ fyrirbærum.

Hins vegar virðist gengið út frá því að við mat á hvort ákvörðun sé fremur lagalegs eða framkvæmdarlegs eðlis geti tvennt skipt máli. Fyrra atriðið er hvort hún fær mönnum réttindi eða skerðir þau, léttir skyldum af mönnum eða leggur á þá auknar byrðar. Miðað er við að ákvörðun sé lagalegs eðlis á ákveðinn hátt. Af því verður ráðið að það skipti máli *hvort* aðili fær þjónustu eða er synjað um hana. Síðara atriðið er nánara eðli athafnar, til dæmis hvort hún sé meiri eða minni háttar, sbr. dæmið um fóstureyðingu og minni háttar læknisverk. Styður það ályktunina að unnt sé að líta til sjónarmiða um þýðingu ákvörðunar eða undirliggjandi hagsmuni við afmörkun á því hvort hún sé stjórnvalds-ákvörðun. Af þessu verður einnig ráðið að ekki séu skýr skil milli stjórnvaldsákvæðana og þjónustustarfsemi.

Í öðru lagi verður að skilja stjórnvaldsákvæðanir frá ákvörðunum eða athöfnum stjórnvalda sem teljast *einkaréttarlegs eðlis*. Þetta verður einnig ráðið af 1. mgr. 1. gr. og 3. mgr. 2. gr. stjórnsýslulaga. Til einkaréttarlegra ákvæðana stjórnvalda teljast meðal annars kaup og sala vara sem og ýmiss konar samningsgerð. Bótaákvæðanir á grundvelli skaðabótareglna teljast einnig einkaréttarlegs eðlis.⁵⁵ Eftirtektarvert er að í athugasemdunum er gerður greinarmunur á bótakröfum, að því er virðist, eftir því á hvaða grundvelli þær eru reistar. Tekið er fram að ákvæðanir um eignarnámsbætur og bætur frá almannatryggingum falli undir lögin. Af þessu verður ráðið að lagagrundvöllur bótaákvörðunar hafi þýðingu. Ákvæðanir um bætur sem byggjast á einkaréttarlegum lagagrundvelli, svo sem reglum skaðabótaréttar, teljast einkaréttarlegs eðlis en ákvæðanir um bætur sem byggjast á allsherjarréttarlegum lagagrundvelli, svo sem reglum um eignarnám og opinberan lífeyri, teljast stjórnvaldsákvæðanir. Lagagrundvöllur athafnar skiptir þó ekki aðeins máli við flokkun bóta heldur einnig við mat á því hvort aðrar athafnir séu stjórnvaldsákvæðanir (byggjast á allsherjarréttarlegum lagagrundvelli)

⁵⁵ Alpt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 505.

eða einkaréttarlegar (byggjast á einkaréttarlegum lagagrundvelli, svo sem löggerningum og reglum fjármunaréttar).

Ástæða er til að leggja áherslu á mikilvægi lagagrundvallarins í matinu. Af samspili 1. og 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga leiðir, sem fyrr greinir, að þegar tekin er afstaða til þess hvort ákvörðun teljist stjórnvaldsákvörðun hefur þýðingu hvort hún sé liður í stjórnsýslu ríkis eða sveitarfélaga.⁵⁶ Leggja verður mat á lagagrundvöll ákvörðunar með það fyrir augum hvers efnis eða eðlis hún er.⁵⁷ Við það mat hefur þýðingu, eins og fyrr var nefnt, hvort ákvörðun byggist á allsherjaréttarlegum eða einkaréttarlegum lagagrundvelli, hvers efnis eða eðlis hún er og hver staða stjórnvaldsins er að öðru leyti við ákvarðanatökuna. Þannig getur skipt máli hvort ákvörðun sé liður í rækslu lögbundins verkefnis sem stjórnvaldi hefur verið falið að sinna í þágu almannahagsmuna og hvort hún sé tekin í skjóli stjórnsýsluvalds, til dæmis vegna þess að stjórnvaldi er falið að rækja verkefni samkvæmt stjórnarskrá eða landslögum í þágu opinberra markmiða og eftir atvikum hefur fengið sérstakar valdheimildir í lögum í því augnamiði, eða hvort stjórnvaldið sé í (algerlega) hliðstæðri stöðu og einkaaðili við ákvarðanatökuna. Útskýra má dæmin sem tekin eru í athugasemdum við 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga í þessu ljósi. Ákvörðun um skaðabætur á grundvelli reglna skaðabótaréttar er tekin á einkaréttarlegum lagagrundvelli, til dæmis á grundvelli almennu sakarreglunnar. Stjórnvöld eru að ákveðnu leyti í hliðstæðri stöðu og borgararnir. Þau hafa almennt ekki sérstakar valdheimildir í þessu sambandi. Þá eru ákvarðanirnar ekki liður í rækslu lögbundins verkefnis sem sinnt er í þágu almannahagsmuna. Ákvarðanir um eignarnámsbætur og bætur almannatrygginga eru aftur á móti teknar á grundvelli laga sem fela stjórnvöldum opinber verkefni í tengslum við lögbundin réttindi borgaranna, sem njóta jafnframt stjórnarskrárverndar samkvæmt 1. mgr. 72. og 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar, og eru þar með stjórnvaldsákvörðanir. Í samræmi við framangreint ræðst það af laga-grundvöllinum hvort til dæmis ákvörðun um lán sé stjórnvaldsákvörðun en ekki til dæmis á hvaða grundvelli hún er framkvæmd, svo sem með einkaréttarlegu skuldabréfi.⁵⁸ Hið sama á við um ákvörðun um að nýta forkaupsrétt. Eðli ákvörðunarinnar veltur á því hvort hann

⁵⁶ Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnsýsluréttur“, bls. 117, taka fram: „Á skilyrðið um stjórnsýslu ríkis og sveitarfélaga getur þó m.a. reynt í tengslum við afmörkun stjórnvaldsákvörðana frá ráðstöfunum stjórnvalda á einkaréttarlegum grundvelli ...“

⁵⁷ Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnsýsluréttur“, bls. 118.

⁵⁸ Um dæmið sjá Pál Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 121-123.

sé lögbundinn eða samningsbundinn.⁵⁹ Að lokum má geta þess að lagagrundvöllur ákvörðunar getur verið í sumum tilvikum margþættur. Hann getur bæði byggst á allsherjarréttarlegum og einkaréttarlegum reglum.

Í þriðja lagi eru það athafnir sem teljast til *innri málefna stjórnvalda*. Stjórnvaldsákvæðanir beinist út á við að borgurunum. Verklagsreglur og fyrirmæli æðri stjórnvalda til lægra settra stjórnvalda falla því almennt utan við gildissvið laganna. Aftur á móti eru ýmsar ákvæðanir um skipun, setningu og ráðningu opinberra starfsmanna sem og starfslok þeirra stjórnvaldsákvæðanir. Sama á við um þegar opinberir starfsmenn eru beittir stjórnsýsluviðurlögum, svo sem áminningu eða frádrætti frá launum vegna ólögðra fjarvista frá vinnu.⁶⁰

Í fjórða lagi eru það *málsmeðferðarákvæðanir*. Ekki er vikið að þeim sérstaklega í athugasemdum við 1. gr. stjórnsýslulaga. Greinarmunurinn verður ráðinn af lögunum í heild sinni. Til að mynda segir í athugasemdum við 5. gr. stjórnsýslulaga að ákvæðanir um hæfi starfsmanna eru ekki stjórnvaldsákvæðanir.⁶¹ Útgangspunkturinn er sá að aðeins ákvæðanir um efni máls en ekki málsmeðferðarákvæðanir teljast stjórnvaldsákvæðanir.⁶² Utan við gildissvið laganna falla því til dæmis ákvæðanir um rannsókn máls, þar á meðal álitsumleitan,⁶³ um andmælarétt,⁶⁴ rökstuðning ákvörðunar og að birta ákvörðun.⁶⁵ Sömu sögu er að segja um framsendingu máls á grundvelli framsendingarreglunnar⁶⁶ og að senda upplýsingar áfram til annars stjórnvalds.⁶⁷ Frávísun máls, þ.e. máls sem kom til greina að ljúka með stjórnvaldsákvörðun, telst þó vera stjórnvaldsákvörðun.⁶⁸ Hún hefur

⁵⁹ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 123.

⁶⁰ Alþt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 505. Fyrir nánari greiningu á þeim ákvörðunum um opinbera starfsmenn sem teljast stjórnvaldsákvæðanir sjá Pál Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 134-139.

⁶¹ Alþt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 505.

⁶² Fyrir danskan rétt sjá til dæmis Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret*, bls. 111.

⁶³ Sjá til dæmis Pál Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 139, Hans Gammeltoft Hansen: „Sag – afgørelse – part“, bls. 51, Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 91 og Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 112-115.

⁶⁴ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 93.

⁶⁵ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 94.

⁶⁶ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 90, og Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 111. Um framsendingarregluna sjá grein Hafsteins Dan Kristjánssonar: „Framsendingarregla stjórnsýslulaga“ í þessu riti.

⁶⁷ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 94 og Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 117.

⁶⁸ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 139.

sömu áhrif fyrir aðila og ákvörðun um efni máls í þeim skilningi að hún lýkur málinu.⁶⁹ Ákvörðun um að hefja stjórnslumál er ekki stjórnvaldsákvörðun.⁷⁰ Ákvörðun um að endurupptaka mál telst ekki stjórnvaldsákvörðun en synjun um endurupptöku lýkur því og er stjórnvaldsákvörðun.⁷¹ Í því sambandi hefur verið nefnt að áhrif á efni málsins er neikvætt frá sjónarhorni borgarans.⁷² Bent hefur verið á það í dönskum rétti að skilja verður muninn á ákvörðunum og málsmeðferðarákvörðunum í ljósi staðreyndarlegrs grundvallar málsins. Þannig verður að horfa til eðli ákvörðunar, hvenær hún sé tekin og hvort aðili hafi þörf fyrir að njóta þeirra réttinda sem stjórnslulögin mæla fyrir um.⁷³ Einnig hefur verið nefnt að ákvarðanir sem hafa efnisleg áhrif réttarstöðu á sakbornings geti talist ákvarðanir.⁷⁴

Myndrænt má stilla valkostunum upp svo:⁷⁵

Einkaréttarleg ákvörðun		Þjónustustarfsemi
	Stjórnvaldsákvörðun	
Innri málefni		Málsmeðferð

Leggja ber áherslu á að mörkin milli einstakra flokka eru ekki skýr.⁷⁶ Sumar athafnir geta verið á mörkum þess að vera stjórnvaldsákvörðun annars vegar og hins vegar málsmeðferðarákvörðun, þjónustu-

⁶⁹ Sjá til dæmis Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 90, Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 110 og Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret*, bls. 112-113. Sá síðarnefndi ólíkt þeim fyrrnefnda segir að í dönskum rétti sé frávisun ákvörðun óháð því hvort stjórnvaldið var valdbært til að fjalla um málið. Sjá einnig Hans Gammeltoft Hansen: „Sag – afgørelse – part“, bls. 49.

⁷⁰ Sjá til dæmis Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 110.

⁷¹ Sjá til dæmis Pál Hreinsson: *Stjórnsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 140, Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret*, bls. 113, Hans Gammeltoft Hansen: „Sag – afgørelse – part“, bls. 49 og Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 111.

⁷² Hans Gammeltoft Hansen: „Sag – afgørelse – part“, bls. 49.

⁷³ Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret*, bls. 11.

⁷⁴ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 95.

⁷⁵ Innblástur af myndinni er fenginn frá Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret*, bls. 100-101.

⁷⁶ Sjá til dæmis Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 77.

starfsemi, innra málefni og einkaréttarleg ákvörðun. Ástæða þess er sú að sumar stjórnvaldsákvörðanir varða þjónustustarfsemi, innri málefni, einkaréttarlegar athafnir og málsmeðferð. Dæmi um markartilvik milli innri málefnis og stjórnvaldsákvörðunar er eftirfarandi dómur. Ástæða þess er sú að ákvörðanir um breytingu á störfum og flutning í starfi byggjast almennt á stjórnunarrétti yfirmanns, sbr. einnig til hliðsjónar 19. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, og teljast yfirleitt ekki vera stjórnvaldsákvörðanir.

Dómur Hæstaréttar frá 18. september 2008 (mál nr. 430/2007) (hjúkrunarfræðingur á geðsviði). X var flutt úr starfi sem hjúkrunarfræðingur á geðsviði Landspítalans yfir á aðra deild á annarri starfss töð. Markmiðið var að hindra ágreining milli tveggja hjúkrunarfræðinga á deildinni en Y hjúkrunarfræðingur hafði sakað X um kynferðislega áreitni utan vinnustaðar. Í málinu reyndi meðal annars á hvort andmælaregla 13. gr. stjórnsýslulaga hefði verið brotin. Í dómi Hæstaréttar sagði meðal annars svo um það atriði: „Við úrlausn um þetta verður lagt til grundvallar að eins og málið bar að hafi nefnd ákvörðun óhjákvæmilega vegið að æru [X] og mikilsverð réttindi hennar verið í húfi. Flutningur í starfi hafði einnig áhrif á réttarstöðu hennar að öðru leyti, en honum fylgdu bæði starfslok á fyrri vinnustað og verkefni á nýrri deild, sem slá má föstu að hefðu ekki nema að hluta verið hin sömu og á deild Z. Ákvörðunin hafði að öllu virtu mikla þýðingu fyrir stöðu [X] og er fallist á að um stjórnvaldsákvörðun hafi verið að ræða. Bar [Landsspítala háskólasjúkrahúsi] að fylgja reglum stjórnsýslulaga við töku hennar og þar á meðal að virða andmælarétt gagnáfrýjanda, sbr. 13. gr. laganna. ... Að þessu virtu, svo og framburði yfirmannanna sjálfra, er ljóst að [X] var ekki gefinn fullnægjandi eða raunhæfur kostur á að gæta lögbundins andmælaréttar síns áður en nefnd ákvörðun var tekin. Hún fól þegar af þeirri ástæðu í sér brot gegn stjórnsýslulögum svo sem [X] heldur fram.“

Ákvörðun um flutning í starfi, sem almennt heyrir til innra málefnis stjórnvalds, var talin vera stjórnvaldsákvörðun í dómnum. Í því sambandi var meðal annars horft til þess að ákvörðunin hefði „mikla þýðingu fyrir stöðu“ X. Af dómnum verður ráðið að litið sé til sjónarmiða um þýðingu ákvörðunar og undirliggjandi hagsmuni, að minnsta kosti í markartilvikum.

Þá hefur í framkvæmd verið litið til þess hver sé „raunveruleg þýðing ákvörðunar fyrir stöðu viðkomandi svo og hvort þörf sé á því

og eðlilegt verði talið að hann njóti þeirra réttinda sem“ stjórnáskýringar mæla fyrir um.⁷⁷

Að lokum má geta þess að í athugasemdum við 1. gr. stjórnáskýringarlaga er að finna mikilvæga lögskýringarreglu. Þar segir að orðalag „1. gr. er annars svo rúmt að í algjörum vafatilvikum ber að álykta svo að lögin gildi fremur en að þau gildi ekki“.⁷⁸ Með öðrum orðum ber að beita rýmkaði lögskýringu í (algerum) vafatilfellum.

4.4 Er matskennt úrlausnarefni varðandi hugtök sem notuð eru í ákveðnum skilningi

Af umfjölluninni hér að framan verður ráðið að ekki allar ákvarðanir sem varða „rétt“ eða „skyldu“ í víðtækum skilningi þeirra orða teljast stjórnvaldsákvæðanir. Leggja ber ákveðinn skilning í hugtakið „rétt“ eða skyldu manna“ í 2. mgr. 1. gr. stjórnáskýringarlaga. Til að mynda fer ekki á milli mála að ákvörðun um að veita andmælarétt samkvæmt 13. gr. stjórnáskýringarlaga varðar „rétt“ aðila en hún telst ekki stjórnvaldsákvörðun. Hún fellur í flokk málsmeðferðarákvarðana. Skiptir þá litlu máli hversu þýðingarmikil sú ákvörðun er fyrir aðila. Enn fremur verður ráðið að ekki er gerður fortakslaus greinarmunur á því hvort ákvörðun sé „lagaleg“ í víðtækum skilningi þess orðs eða ekki. Fremur er litið til þess hvort ákvörðun sé „fyrst og fremst“ eða „fremur“ lagaleg og þá lagaleg í ákveðnum skilningi. Snúum okkur aftur að dæminu um nemandann sem vísað er úr tíma. Af framanröktu er ljóst að það ræður ekki úrslitum fyrir það hvort ákvörðunin teljist stjórnvaldsákvörðun að hún varði „rétt“ hans í víðtækum skilningi eða almennt séð, sé lagaleg í víðtækum skilningi, bindandi eða byggji á valdheimild. Úrslitagildi hefur hvort ákvörðunin varði rétt í þeim ákveðna eða sérstaka skilningi sem ber að leggja í hugtakið í 2. mgr. 1. gr. stjórnáskýringarlaga og við mat á því er litið til þess hvort ákvörðunin sé lagaleg í ákveðnum eða sérstökum skilningi. Með öðrum orðum er ekki horft á hvort ákvörðun varði rétt eða sé lagaleg almennt séð heldur er metið hvort hún varði

⁷⁷ Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnáskýringaréttur“, bls. 119. Þeir vísa því til stuðnings á bls. 119-122 til *álits umboðsmanns Alþingis frá 1. september 2004 (mál nr. 4065/2004) (úrskurður ríkissaksóknara)* og *álits umboðsmanns Alþingis frá 5. mars 2004 (mál nr. 3853/2003) (vinnuframlagi hafnað)*. Til viðbótar má benda á *álit umboðsmanns Alþingis frá 27. nóvember 2001 (mál nr. 2805/1999) (tillöggun við tilfærslu fanga milli húsa og deilda)* en álitid er reifað í Hafsteini Dan Kristjánssyni: „Er kæra til lögreglu stjórnvaldsákvörðun?“, bls. 24-25.

⁷⁸ Alþt. 1992-1993, 116. löggj.þ., þskj. 505.

rétt og sé lagaleg í þeim sérstaka skilningi sem ber að byggja á og leiddur verður af 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga með túlkun.

Mögulega gæti nemandi, sem er vísað úr tíma, haldið því fram að ákvörðunin varði rétt hans og sé lagaleg í þessum ákveðna skilningi. Hún beinist fyrst og fremst að því að svipta hann rétti til að þiggja opinbera þjónustu í tiltekið skipti og sé þar með fremur lagalegs en framkvæmdarlegs eðlis. Vegna þess teljist hún vera stjórnvalds-ákvörðun. Við því er tvennt að segja.

Fyrri atriðið er að um matskennda ákvörðun er að ræða. Vegna þess verða aldrei skýr skil í markartilvikum. Leggja verður mat á hvort ákvörðun um að vísa úr tíma miði fremur að því að takmarka rétt nemandans eða útfæra þjónustuna, þ.e. halda uppi aga og vinnufriði í tíma. Ákvörðun um útfærslu þjónustu getur takmarkað „rétt“ borgaranna í víðtækum skilningi þess orðs án þess að lúta fyrst og fremst að því. Af eðli viðfangsefnisins leiðir að þetta er ekki spurning um „annaðhvort eða“ heldur um „meira eða minna“. Krafa um að draga ytri mörk stjórnvaldsákvarðana eftir sjónarmiði sem á aðeins við um stjórnvaldsákvarðanir en ekki aðrar athafnir kann að falla illa að matskenndu eðli þeirra. Í þessu sambandi má hafa í huga að Gammeltoft-Hansen sjálfur byggir ekki á því að stjórnvaldsákvarðanir varði hagsmunir borgara en aðrar athafnir geri það ekki heldur að fyrrnefndu séu þýðingarmeiri en þær síðarnefndu. Hans nálgun er einnig spurning um „meira eða minna“ en ekki „annaðhvort eða“. Til viðbótar þessu geta undirliggjandi hagsmunir skipt máli. Oft og tíðum ræður ekkert eitt atriði úrslitum heldur er um heildarmat á ýmsum þáttum að ræða.

Síðara atriðið lýtur að því að matið fer ekki fram í lagalegu tómarúmi. Minna má á orð Ólafs Jóhannessonar úr öðru samhengi: „Lagareglur sníða stjórnarathöfnum stakk.“⁷⁹ Þegar lagt er mat á hvort ákvörðun beinist fyrst og fremst að því að veita rétt eða leggja á skyldu annars vegar eða framkvæmdarlegu atriði hins vegar verður að skoða lagagrundvöll ákvörðunarinnar og þjónustunnar. Mat á ákvörðun um að vísa nemanda úr tíma fer ekki fram án tillits til þess lagalega samhengis sem hún er hluti af. Hún byggist á réttarreglum ákveðins efnis og eðlis. Sömu sögu er að segja um þjónustuna sem nemandinn þiggur og kennslan er hluti af. Hvort ákvörðun takmarki rétt nemandans til þjónustunnar ræðst að hluta til af þeim réttarreglum sem gilda um réttinn til þjónustunnar, inntaks hennar og takmarkanir. Skoða verður gaumgæfilega þau lög sem gilda um þessi atriði. Lög,

⁷⁹ Ólafur Jóhannesson: *Stjórnarfarsréttur. Almennur hluti*, bls. 164.

eins og þau eru á hverjum tíma og gilda um hverja athöfn, hafa þýðingu fyrir hvort hún teljist stjórnvaldsákvörðun. Þannig er ekki unnt að flokka með fortaklausum hætti athafnir, svo sem ákvæðanir um flutning í starfi eða breytingu á starfi, sem stjórnvaldsákvæðanir eða innri málefni heldur verður að meta það hverju sinni meðal annars í ljósi lagagrundvallarins. Í tilviki nemandans yrði því að leggja mat á grundvöll ákvörðunarinnar og þjónustunnar með það fyrir augum að afmarka hver þjónustan er og hvaða ákvörðun í ferlinu lýtur fyrst og fremst að því að veita hana eða synja um hana sem og hvaða ákvæðanir lúta fremur að nánari útfærslu hennar eða framkvæmd. Þannig mætti ímynda sér að það leiði af lagagrundvöllinum að rétturinn til þjónustunnar sé réttur til skólavistar, námsleiðar eða námskeiðs. Hafi nemandinn fengið þann rétt með stjórnvaldsákvörðun fylgir honum nánari réttur (jafnvel réttaráhrif) eða skylda til að sitja tíma í ákveðnum námskeiðum.⁸⁰ Ákvörðun um að vísa nemanda úr tíma takmarkar vissulega þennan nánari rétt (réttaráhrif) en lýtur ekki að sjálfri ákvörðuninni um „þjónustuna“ samkvæmt lagagrundvöllinum, þ.e. réttarins til námsins eða skólavistarinnar. Ákvörðun um að vísa úr tíma upphafur ekki ákvörðunina um að nemandinn eigi rétt til skólavistar, námsleiðar eða námskeiðs heldur hefur áhrif á ákveðinn hluta þeirra réttinda eða réttaráhrifa sem fylgja þeirri ákvörðun. Nemandinn hefur áfram rétt til að sækja tíma, þreyta próf og taka á annan hátt þátt í námskeiðinu.

Stjórnvaldsákvæðanir geta lotið að inntaki réttinda og skyldna. Vegna þess verða skilin milli þeirra og þjónustustarfsemi óljós. Þegar svo háttar til er unnt að líta til sjónarmiða um þýðingu ákvörðunar, um undirliggjandi hagsmuni, þarfar aðila á því að njóta réttinda þeirra sem mælt er fyrir um í stjórnáskilum og hvort eðlilegt sé að stjórnáskilum gildi og þau henti. Þegar litið er til þessara sjónarmiða er ekki stuðst við þau sem aðalviðmið heldur eru þau sjónarmið við mat á inntaki hugtakanna „réttur eða skylda“ í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnáskilum.⁸¹ Hefur þetta verið orðað svo að í vafa beri að líta til þess „hversu veigamikil réttindi ákvörðun snertir“.⁸² Er viðmiðunum eða sjónarmiðunum beitt í ljósi þess lagagrundvallar sem reynir á hverju sinni við að afmarka hvaða ákvörðun veitir rétt eða leggur á skyldu. Ekki er unnt að ganga út frá því að aðalviðmið matsins verði

⁸⁰ Sjá til hliðsjónar álit umboðsmanns Alþingis frá 21. febrúar 2001 (mál nr. 2916/2000) (vísun úr tíma).

⁸¹ Sjá til dæmis Pál Hreinsson: *Stjórnáskiluréttur. Málsmeðferð*, bls. 159-160.

⁸² Páll Hreinsson: *Stjórnáskiluréttur. Málsmeðferð*, bls. 155.

fundio út með því að rýna í loðin mörk vafatilfella. Sú staðreynd að það reynir á þau við úrlausn slíkra tilvika styður aðeins þá niðurstöðu að þau koma til skoðunar á mörkunum; þau eru sjónarmið sem leysa þarf úr í vafatilfellum.

Þótt framanrakin atriði feli ekki í sér, eins og vikið var að hér að framan, einfalda töfralausn draga þau verulega úr þeim áhyggjuefnum sem Gammeltoft-Hansen gerði að umtalsefni að því er varðar íslenskan rétt. Jafnframt koma þau í veg fyrir að sú lausn sem hann stakk upp á fyrir danskan rétt verði flutt inn óbreytt.

5. Grundvöllur ákvörðunar eða athafnar hverju sinni

Ýmiss atriði koma til skoðunar í tengslum við grundvöll ákvörðunar eða athafnar. Þau varða bæði lagagrundvöll hennar og staðreyndir máls, svo sem hvers konar ákvörðun kemur til greina að taka eða var tekin í reynd. Aðeins verður minnst á nokkur atriði í þessu sambandi, einkum um lagagrundvöll ákvörðunar. Framsetningin hér tengist fyrsta meginþætti aðferðarinnar enda er ákveðnum vandkvæðum bundið að fjalla um grundvöll ákvörðunar eða athafnar hverju sinni án þess að rýna í tiltekinn lagagrundvöll. Úr því verður bætt að hluta í næsta kafla.

Eins og fyrr greinir leiðir af 2. mgr. 1. gr. stjórnslulaga að huga verður að þeim lagagrundvelli sem ákvörðun byggist á. Lagagrundvöllur ákvörðunar og eðli hennar samkvæmt honum ræður yfirleitt úrslitum um það hvort ákvörðun teljist stjórnvaldsákvörðun.⁸³ Í þessu sambandi er unnt að líta til tegundar réttarheimildar, svo sem hvort ákvörðun byggist á lögum Alþingis eða almennum stjórnvaldsfyrirmælum og réttarvenju. Byggist ákvörðun á löggerningum mælir það gegn því að hún teljist stjórnvaldsákvörðun. Þó verður að huga að því hvort undirliggjandi sé allsherjarréttarlegur lagagrundvöllur. Tegund réttarheimildar eða -grundvallar hefur ekki úrslitapýðingu. Einnig verður að meta hvort grundvöllurinn sé fremur allsherjarréttarlegs eða einkaréttarlegs eðlis. Við það mat er unnt að kanna hvort stjórnvaldi sé falin sérstök valdheimild til að taka ákvörðun í skjóli stjórnsluvalds. Slíkar ákvarðanir eru jafnan teknar einhliða og eru bindandi fyrir aðila máls sem og lúta að því hvort hann eigi (lagalegan) rétt eða beri skyldu. Stundum lúta þær að inntaki réttinda og skyldna. Með öðrum orðum þá er stjórnvaldi fengin lagaheimild til að ákvarða réttarstöðu borgarans í þágu opinberra markmiða. Einnig verður að huga að því hver staða stjórnvalds er gagnvart borgaranum samkvæmt

⁸³ Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnsluréttur“, bls. 117-118.

lagagrundvellingnum við ákvarðanatökuna. Þá getur orðið að kanna hvort ákvarðanatakan er liður í rækslu lögbundins verkefnis sem stjórnvaldi hefur verið falið að sinna í þágu almannahagsmuna. Er það gert með því að túlka viðkomandi lagagrundvöll í heildarsamhengi hans.

Enn fremur getur orðið að meta hver sé þjónustan sem borgarinn á rétt til samkvæmt lagagrundvellingnum, hvort athöfn lúti fremur að meðferð eða efni máls og hvort athöfn varði fremur persónulega stöðu opinbers starfsmanns eða skipulag á verkefnum hans og störfum.

Besta leiðin til að útskýra hvernig grundvöllur ákvörðunar kemur til skoðunar við mat á því hvort athöfn sé stjórnvaldsákvörðun er að brjóta tiltekið dæmi til mergjar. Flest sjónarmiðin, sem nefnd eru að ofan, lúta að því greina á milli stjórnvaldsákvæðana og einkaréttarlegra ákvæðana. Til að bæta úr því og ljúka umfjölluninni um meginþætti aðferðarinnar verður tekið dæmi um dóm þar sem reyndi á hvort kæra eða vísun til lögreglu væri stjórnvaldsákvörðun eða málsmeðferðar-ákvörðun.

6. Dómur Hæstaréttar frá 15. desember 2016

6.1 Um dóminn

Í dómi Hæstaréttar frá 15. desember 2016 (mál nr. 18/2016) (kæra Fjármálaeftirlitsins til lögreglu) reyndi á markartilvik um hvort ákvörðun teldist stjórnvaldsákvörðun eða málsmeðferðarákvörðun. Ó hafði verið í stjórn Lífeyrissjóðs starfsmanna Kópavogsbæjar auk þess að vera bæjarfulltrúi sveitarfélagsins. Fjármálaeftirlitið taldi að tiltekna fjárfestingar sjóðsins hefðu farið út fyrir heimildir samkvæmt 36. gr. laga nr. 129/1997, um skyldutryggingu lífeyrisréttinda og starfsemi lífeyrissjóða. Í framhaldinu kærði Fjármálaeftirlitið ætluð brot Ó og annarra stjórnenda lífeyrissjóðsins til lögreglu. Byggði aðgerðin á 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998, um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi. Daginn eftir var umsjónaraðili skipaður með sjóðnum. Ákæra var gefin út á hendur Ó en hann var sýknaður með dómi héraðsdóms sem ekki var áfrýjað til Hæstaréttar. Í málinu byggði Ó á því að Fjármálaeftirlitið hefði valdið honum tjóni með ólögætum aðgerðum sínum. Byggði hann meðal annars á því að meðferð málsins af hálfu Fjármálaeftirlitsins í aðdraganda að kæru til lögreglu hefði verið í andstöðu við ýmsar málsmeðferðarreglur stjórnsýslulaga, einkum 10., 12., 13. og 14. gr. þeirra. Vegna þess reyndi á hvort ákvörðun Fjármálaeftirlitsins að kæra eða vísa málinu til lögreglu hefði verið stjórnvaldsákvörðun með

þeim afleiðingum að nefndar reglur stjórnáskýslulaga giltu um meðferð málsins. Um þetta álitæfni sagði svo í dómi Hæstaréttar:

„Með lögum nr. 55/2007 um breytingar á lagaákvæðum um viðurlög við brotum á fjármálamarkaði var meðal annars gerð breyting á 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998, sbr. 22. gr. fyrrgreindu laganna. Í greinargerð með framangreindu ákvæði sagði að lögð væri til breyting á því til samræmis við önnur ákvæði frumvarpsins um samskipti Fjármálaeftirlitsins og lögreglu og ákærvalds. Í almennum athugasemdum við lagafrumvarpið kom fram að það væri samið með hliðsjón af niðurstöðum nefndar forsætisráðherra um viðurlög við efnahagsbrotum og hafi umfjöllun nefndarinnar um hlutverk og verkaskiptingu eftirlitsaðila einkum beinst að Samkeppniseftirlitinu og Fjármálaeftirlitinu og verkaskiptingu þeirra gagnvart lögreglu og ákærvaldi. Álitamál hafi verið hvort flokka bæri ákvörðun eftirlitsstofnunar um að kæra mál til lögreglu sem stjórnvaldsákvörðun eða ákvörðun um málsmeðferð. Hafi nefnd um viðurlög við efnahagsbrotum talið rétt að taka af skarið um að ákvæði IV. til VII. kafla stjórnáskýslulaga gilti ekki um ákvarðanir eftirlitsstofnunar um að kæra mál til lögreglu og byggði frumvarpið á þeirri tillögu.

Með hliðsjón af því sem nú hefur verið rakið verður að líta svo á að ákvörðun stefnda Fjármálaeftirlitsins um að kæra málið til lögreglu hafi verið ákvörðun um málsmeðferð en ekki stjórnáskýsluákvörðun í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnáskýslulaga. Bar því hvorki að tilkynna áfrýjanda um fyrirhugaða kæru né gefa honum kost á að tjá sig um hana. Var málsmeðferð stefnda því ekki í andstöðu við 13. og 14. gr. stjórnáskýslulaga.“

Vegna þess að færa má rök fyrir því að umrædd ákvörðun hafi verið markartilvik, þ.e. hvorki augljóslega stjórnvaldsákvörðun né málsmeðferðarákvörðun, verður ekki leitast við að rökstyðja hvort dómur Hæstaréttar hafi verið efnislega réttur eða rangur. Í staðinn verður fjallað um tvennt. Annars vegar verður fjallað um rökstuðninginn fyrir niðurstöðunni, einkum tilvitnaðar forsendur. Hins vegar verður vikið að eðli og efni ákvörðunarinnar með hliðsjón af lagagrundvelli hennar.

6.2 Rökstuðningur dómsins

Unnt er að greina rökstuðning dómsins á eftirfarandi hátt:

- 1) Í sérstökum athugasemdum við 22. gr. laga nr. 55/2007, sem færðu 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 í lög, kom fram að lagt væri til að ákvæðinu yrði breytt til samræmis við önnur ákvæði

frumvarpsins um samskipti Fjármálaeftirlitsins og lögreglu og ákærvalds.

- 2) Í almennum athugasemdum við breytingalögin kom fram að frumvarpið hefði verið samið með hliðsjón af skýrslu tiltekinnar nefndar.
- 3) Í almennu athugasemdunum var rakið að í skýrslu nefndarinnar hefði verið talið álitamál hvort kæra til lögreglu væri stjórnvaldsákvörðun eða málsmeðferðarákvörðun.
- 4) Jafnframt var rakið í almennu athugasemdunum að nefndin hefði talið rétt að taka af skarið um að ákvæði IV. til VII. kafla ssl. giltu ekki um kærur til lögreglu og byggði frumvarpið á þeirri tillögu.

Af þessum forsendum hafi leitt niðurstaðan:

- 5) Með hliðsjón af framangreindu verði að líta svo á að kæra til lögreglu sé málsmeðferðarákvörðun en ekki stjórnvaldsákvörðun í skilningi 2. mgr. 1. gr. ssl.

Við rökstuðninginn má gera athugasemdir. Í fyrsta lagi er ekki auðséð að forsendurnar leiði til niðurstöðunnar. Að minnsta kosti er það ekki augljóst. Forsendur eitt og tvö, miðað við hvernig þeim er stillt upp hér, fjalla um tengsl ákvæðisins við önnur ákvæði frumvarpsins og líta að bakgrunni þess. Þær hafa fyrst og fremst þýðingu fyrir forsendu fjögur sem fjallað verður um innan skamms. Forsenda þrjú leiðir ekki til niðurstöðunnar, hvorki ein og sér né ásamt öðrum forsendum. Þar kemur fram að talið hafi verið „álitamál“ hvort flokka bæri kæru til lögreglu sem stjórnvaldsákvörðun eða málsmeðferðarákvörðun. Af þeirri forsendu getur því ekki leitt að kæra sé málsmeðferðarákvörðun. Forsenda um að eitthvað sé óljóst getur ekki leitt til niðurstöðunnar að eitthvað sé á einn eða annan veginn, þ.e. ekki lengur óljóst eða álitamál. Eftir stendur þá forsenda fjögur um að frumvarpið byggði á þeirri tillögu að taka af skarið um að ákvæði IV. til VII. kafla stjórnáskilumála giltu ekki um kærur til lögreglu. Mögulega ber að skilja rökstuðning dómsins á þann hátt að túlka beri 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998, um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi, með hliðsjón af þessari almennu athugasemd í greinargerð frumvarpsins. Hafi það verið réttlæt看legt vegna þess að í sérstökum athugasemdum við 22. gr. breytingalaganna hafi komið fram að breytingin hafi verið „til samræmis við önnur ákvæði frumvarpsins um samskipti Fjármálaeftirlitsins og lögreglu og ákærvalds“, eins og það er orðað í athugasemdunum (sjá forsendu eitt).⁸⁴

⁸⁴ Alpt. 2006-2007, 133. löggj.þ., þskj. 789.

Um slíkan skilning er tvennt að segja. Annars vegar myndi þessi almenna athugasemd, sem er stillt upp sem forsendu fjögur, jafnvel þótt fallist væri á nálgunina í dómnum engu að síður ekki leiða til niðurstöðunnar að kærur til lögreglu séu ekki stjórnvaldsákvarðanir. Forsendan gæti aðeins leitt til þess að tilteknir kaflar stjórnsýslulaga gildi ekki, þ.e. IV. til VII. kafli þeirra. Forsendan lýtur ekki að því að kærur séu ekki stjórnvaldsákvarðanir heldur að taka beri af skarið um að tiltekin ákvæði stjórnsýslulaga gildi ekki um slíkar kærur. Ákvæði stjórnsýslulaga myndu ekki gilda yfir höfuð nema að um stjórnvaldsákvörðun væri að ræða. Væri ekki um stjórnvaldsákvörðun að ræða væri ekki þörf á því að afnema gildissvið þeirra að hluta. Ályktunin (er ekki stjórnvaldsákvörðun) er viðtækari eða önnur en forsendan gefur til kynna (taka ber af skarið um að IV. til VII. kafli stjórnsýslulaga gildi ekki). Hins vegar er ekki morgunljóst að þessar almennu athugasemdir, þ.e. forsenda fjögur, eigi beint við um túlkun 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 þótt sérstaka athugasemdin kunni að benda til þess við fyrstu sýn. Verður nú vikið nánar að túlkun ákvæðisins hvað þetta atriði varðar.

Ákvæði 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 hljóðar svo eftir þær breytingar sem hafa verið gerðar á því:

„12. gr. Tilkynningarskylda.

Ef eftirlitsskyldur aðili eða einstaklingar og lögaðilar hafa að mati Fjármálaeftirlitsins með refsiverðum hætti gerst brotlegir við lög eða reglur sem Fjármálaeftirlitinu er falið að framfylgja og brot eru meiri háttar ber Fjármálaeftirlitinu að vísa þeim til lögreglu. Aðgerðum Fjármálaeftirlitsins samkvæmt þessari grein verður ekki skotið til dómstóla.“

Eins og vikið er að í forsendum dómsins var ákvæðinu breytt í núverandi horf með lögum nr. 55/2007, um breytingar á lagaákvæðum um viðurlög við brotum á fjármálamarkaði. Með lögnum var lögfest eftirfarandi ákvæði í ýmsa lagabálka:

„Ákvæði IV.–VII. kafla stjórnsýslulaga gilda ekki um ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um að kæra mál til lögreglu.“

Með öðrum orðum var forsenda fjögur, þ.e. almenna athugasemdin sem Hæstiréttur vitnar til, beinlínis tilefni eða tengd lögfestingu ákvæða þar sem tekið var af skarið um að ákvæði tiltekinna kafla stjórnsýslulaga gildi ekki um ákvörðun Fjármálaeftirlitsins að kæra mál til lögreglu á ákveðnum sviðum. Var slíkt ákvæði lögfest með c-lið 6. gr. laganna um breytingu á lögum nr. 33/2003, um verðbréfavíðskipti, d-lið 10. gr. um breytingu á lögum nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, g-lið

11. gr. um breytingu á lögum nr. 34/1998, um starfsemi kauphalla og skipulegra tilboðsmarkaða, f-lið 13. gr. um breytingu á lögum nr. 131/1997, um rafræna eignaskráningu verðbréfa, d-lið 17. gr. um breytingu á lögum nr. 30/2003, um verðbréfasjóði og fjárfestingasjóði, f-lið 19. gr. um breytingu á lögum nr. 60/1994, um váttryggingastarfsemi og f-lið 21. gr. um breytingu á lögum nr. 32/2005, um miðlun váttrygginga. Það liggur í augum uppi að almenna athugasemdin, að taka af skarið um að IV. til VII. kafli stjórnisýslulaga gildi ekki um kærur, vísar til þessara ákvæða þar sem gildissvið stjórnisýslulaga er takmarkað með lögum. Á hinn bóginn er ekki sjálfgefið að almenna athugasemdin eigi við um 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 enda fór löggjafinn ekki þá leið að lögfesta sérstakt ákvæði þess efnis að IV. til VII. kafli stjórnisýslulaga ætti ekki við um slíkar kærur, eins og hann gerði í öðrum lagaákvæðum frumvarpsins. Vegna þess munar sem er á lagaákvæðunum hefði allt eins mátt álykta að fyrst löggjafinn lögfesti sérstök ákvæði í aðra lagabálka með einum og sömu lögunum hefði hið sama ekki átt að gilda um það lagaákvæði þar sem sú leið var ekki farin.

Víkur þá sögunni að sérstöku athugasemdinni sem vitnað er til í forsendu eitt. Þýðing forsendunnar er væntanlega sú að mati réttarins að hún styður við að líta til almennu athugasemdarinnar og láta hið sama gilda um 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 og samkvæmt lagaákvæðunum sem tíunduð voru að ofan þar sem beinlínis var lögfest að IV. til VII. kafli stjórnisýslulaga gildi ekki. Athugasemdir við 22. gr. breytingalaganna, sem færðu 1. mgr. 12. gr. í lög, hljóðuðu svo í heild sinni:

„Í greininni er lögð til breyting á 1. mgr. 12. gr. laganna um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi til samræmis við önnur ákvæði frumvarpsins um samskipti Fjármálaeftirlitsins og lögreglu og ákærvalds.“⁸⁵

Mögulega er unnt að skilja sérstöku athugasemdina á misvíðtækan hátt. Þar kemur beinlínis fram að breytingin sé „til samræmis við önnur ákvæði frumvarpsins“. Rýmri skilningurinn, sem rétturinn virðist hafa lagt til grundvallar, er sá að hið sama gildi um 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 og í tilviki hinna ákvæðanna sem tíunduð voru að ofan að öllu eða flestu leyti. Það taki einnig til almennu athugasemdarinnar um kæru til lögreglu. Gegn þeim skilningi vegur tvennt. Hið fyrra hefur nú þegar verið nefnt. Ákvæði 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 er öðruvísi úr

⁸⁵ Alpt. 2006-2007, 133. löggj.þ., þskj. 789.

garði gert en hin lagaákvæðin. Þar er ekki kveðið á um þetta í lagaákvæðinu ólíkt því sem gert er í hinum lagaákvæðunum. Hið síðara er að þessi athugasemd er ekki nægilega skýr og traust stoð fyrir slíkan skilning. Orðalag hennar er nokkuð opið og óljóst. Ekki verður fallist á þá niðurstöðu að stjórnslulögum sé kippt úr sambandi með lagaákvæði sem víkur hvergi að þeim afleiðingum í texta ákvæðisins, sbr. til hliðsjónar lagaskilareglu 2. mgr. 2. gr. stjórnslulaga eins og það ákvæði hefur verið túlkað. Í því tilfelli nægir ekki að vísa til lögskýringargagna sem eru opin og óljós og vísa til almennra athugasemda sem óvíst er hvort eigi yfir höfuð við um túlkun ákvæðisins. Með slíkri nálgun er réttaröryggi borgaranna skert á ótraustum grundvelli. Orðalag almennu athugasemdarinnar um að frumvarpið byggði á tillögu nefndarinnar er einnig of óljóst enda verður ekki ráðið af því að það hafi átt við um öll ákvæði frumvarpsins, einnig þau sem lögfestu ekki sérstakt ákvæði þess efnis.

Þrengri skilningurinn á sérstöku athugasemdinni fellur að orðalagi lagaákvæðisins. Með ákvæðinu var verið að lögfesta að Fjármálaeftirlitinu væri skylt að vísa meiri háttar refsiverðum brotum til lögreglu. Er það að nokkru leyti efnislega sambærileg skylda og var lögfest í öðrum tilvikum með breytingalögunum. Vísun til þess að breytingin sé „til samræmis við önnur ákvæði frumvarpsins“ lýtur að þessari skyldu. Til frekari stuðnings því sagði að breytingin væri „um samskipti Fjármálaeftirlits og lögreglu og ákærvalds“. Sú breyting sem var gerð með ákvæðinu „til samræmis við önnur ákvæði frumvarpsins“ var um tiltekin „samskipti“. Samskipti vísa hér til skyldunnar að vísa máli til lögreglu við vissar aðstæður. Samkvæmt almennri málvenju vísar orðið samskipti aftur á móti ekki til eðli þeirrar á⁸⁶. Þá er í athugasemdunum hvergi vikið að því að túlka beri ákvæðið á þann veg að ekki sé um stjórnvaldsákvörðun að ræða eða að ákvæði IV. til VII. kafla stjórnslulaga gildi ekki. Verður því að telja að þrengri skilningurinn á sérstöku athugasemdunum sé meira sannfærandi. Hann byggir allavega á traustari stoðum.

Til viðbótar þessu má minna á að þótt fram kæmi í athugasemdum við 22. gr. breytingalaga að ákvæði IV. til VII. kafla stjórnslulaga giltu ekki væri ekki sjálfgefið að þær athugasemdir hefðu úrslitagildi. Ástæða þess er sú að í texta 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 er hvergi vikið að þeim réttaráhrifum. Athugasemdir sem rekast á við eða eiga enga stoð í texta lagaákvæðis verða almennt ekki lagðar til grundvallar,

⁸⁶ Um árekstur lögskýringargagna og lagaákvæðis sjá til dæmis Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 151-155 og Hafstein Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði*, bls. 149.

að minnsta kosti á ákveðnum sviðum réttarins. Á það ekki síst við þegar til greina kemur að víkja til hliðar stjórnáslulögum borgaranum í óhag.

Ekki er loku fyrir það skotið að unnt hefði verið að lögjafna í þessu tilviki í ljósi hinna lagaákvæðanna.⁸⁷ Um það verður aðeins tvennt sagt. Annars vegar mæla ákveðin atriði því í mót. Sérstaklega sú staða að í einum og sömu lögunum, þ.e. breytingalögum nr. 55/2007, var gerður greinarmunur á ákvæðunum. Enn fremur hefði lögjöfnun verið borgaranum í óhag með því að koma í veg fyrir að hann nyti þeirra réttinda og öryggis sem stjórnáslulög mæla fyrir um. Hins vegar verður ekki séð að sú leið hafi verið farin af hálfu Hæstaréttar. Þannig er til dæmis ekki fjallað um skilyrði lögjöfnunar í rökstuðningnum.

Í öðru lagi má gera þá athugasemd við rökstuðninginn að þótt verið sé að komast að þeirri niðurstöðu að kæra Fjármálaeftirlitsins til lögreglu sé ekki stjórnvaldsákvörðun „í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnáslulaga“ er ekki vikið einu orði að því hvernig beri að túlka lagaákvæðið og hvernig það horfir við kærum til lögreglu. Aðeins er fjallað um túlkun á 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998. Hvort kæra Fjármálaeftirlitsins til lögreglu sé stjórnvaldsákvörðun ræðst ekki aðeins af því ákvæði. Túlkun á því getur annaðhvort verið liður í öðrum meginþætti aðferðarinnar, þ.e. að leggja mat á grundvöll fyrirhugaðrar ákvörðunar eða ákvörðunar sem hefur verið tekin, eða meta hvort ákvæðið viki til hliðar stjórnáslulögum í heild eða að hluta, eins og á við um ýmis önnur ákvæði sem lögfest voru með breytingalögum nr. 55/2007. Líkt og vikið var að hér að framan laut forsenda fjögur að því að víkja til hliðar ákveðnum hlutum stjórnáslulaga en ekki að því hvort um stjórnvaldsákvörðun væri að ræða. Forsenda þrjú laut aftur á móti að því að „álitamál“ væri um hvort umræddar ákvarðanir væru stjórnvaldsákvörðanir eða málsmeðferðarákvarðanir. Væntanlega vegna þess að það var talin vera óvissa um þetta atriði var tekið af skarið um að víkja til hliðar hluta stjórnáslulaga, að minnsta kosti til öryggis (l. ex tuto), með ákveðnum ákvæðum breytingalaganna. Það var aftur á móti ekki gert í tilviki 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998. Hvorug forsendan leiðir skýrlega til þess að kæra Fjármálaeftirlitsins til lögreglu teljist málsmeðferðarákvörðun en ekki stjórnvaldsákvörðun.

Í rökstuðningi dómsins er til dæmis ekki fjallað um hvers konar ákvarðanir teljast málsmeðferðarákvarðanir, hvort einhverjar

⁸⁷ Um skilyrði lögjöfnunar sjá til dæmis Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 336-332, og Hafstein Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði*, bls. 161-171.

ákvarðanir um málsmeðferð geti engu að síður talist stjórnvalds-ákvarðanir eða hvaða sjónarmið hafa áhrif á mat á hvernig beri að flokka ákvörðun í stjórnvaldsákvörðun eða málsmeðferðarákvörðun. Þannig er ekki vikið að því hvort ákvörðunin varði „rétt“ í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórn-sýslulaga og sé lagalegs eðlis eða hvaða þýðingu hún hafi fyrir hagsmuni viðkomandi. Fyrsti meginþáttur aðferðarinnar fær enga athygli í rökstuðningnum. Þó að rökstuðningurinn lúti að öðrum meginþætti aðferðarinnar, þ.e. grundvelli ákvörðunarinnar, var hann ekki heimfærður að fyrsta meginþættinum auk þess sem rökstuðningurinn leiðir ekki einn og óstuddur með augljósum eða sannfærandi hætti til niðurstöðunnar. Þá var ekki vikið að skýringarreglunni um að í algerum vafatilvikum beri fremur að láta stjórn-sýslulög gilda en ekki. Varla verður sagt að forsendurnar í rökstuðningnum hafi leitt til niðurstöðunnar með svo skýrum hætti að vafi væri ekki fyrir hendi.

Þótt niðurstaða dómsins sé skýr, þ.e. að vísun Fjármálaeftirlitsins til lögreglu á grundvelli 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 er málsmeðferðar-ákvörðun, eru brotalamir á rökstuðningnum. Í ljósi þeirra verður vart fullyrt að dómurinn hafi verulegt fordæmisgildi og þá ekki síst fyrir hið almenna álitaefni hvort kærur til lögreglu geti í undantekningar-tilfellum verið stjórnvaldsákvarðanir. Verði aftur á móti talið að dómurinn hafi almennt fordæmisgildi út fyrir vísanir á grundvelli 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998, þ.e. engar kærur til lögreglu eru stjórnvaldsákvarðanir, leiðir af þeirri niðurstöðu að öll lagaákvæði í íslenskum rétti, um að ákvæði IV. til VII. kafla stjórn-sýslulaga gildi ekki um kærur til lögreglu, eru þarflaus. Verði fordæmisgildi dómsins á hinn bóginn dregið í efa kann að vera tilefni fyrir löggjafann að bregðast við og taka afstöðu til þess hvort þörf sé á að lögfesta sambærilegt ákvæði í 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 og í tilviki hinna lagabálkanna hafi það á annað borð verið ætlun löggjafans að hið sama ætti að gilda um þetta atriði. Það ræðst væntanlega af því hvort þörf sé á að afnema gildissvið stjórn-sýslulaga í þessu tilviki. Að lokum má ímynda sér að fordæmisgildi dómsins sé takmarkað við vísanir á grundvelli 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 en nái ekki til ýmissa annarra ákvæða sem voru færð í lög með breytingalögum nr. 55/2007. Ástæða þess er sú að lagaákvæðin er ekki fyllilega sambærileg. Að því verður vikið hér á eftir.

6.3 Eðli og efni ákvörðunarinnar með hliðsjón af lagagrundvelli hennar

Á öðrum vettvangi hefur verið rökstutt að almennt sé kæra eða vísun máls til lögreglu ekki stjórnvaldsákvörðun.⁸⁸ Ekki sé þó útilokað að kæra geti talist stjórnvaldsákvörðun í vissum undantekningartilfellum.⁸⁹ Við mat á því geti lagagrundvöllur kæru eða vísunar máls skipt máli. Kæra til lögreglu á grundvelli skráðra og óskráðra framsendingarreglna, sbr. til dæmis 2. mgr. 7. gr. stjórnáskýslulaga, eða á grundvelli almennra heimilda til að kæra eða vísa máli til lögreglu telst almennt ekki stjórnvaldsákvörðun. Hið sama eigi ekki endilega við þegar mál er kært eða vísað til lögreglu á grundvelli sérstaks lagaákvæðis sem krefst þess að stjórnvald, sem hefði getað fjallað um og lokið máli til dæmis

⁸⁸ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Er kæra til lögreglu stjórnvaldsákvörðun“, bls. 15-46. Páll Hreinsson: *Stjórnáskýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 143, kemst svo að orði: „Vafi hefur leikið á því hvort telja beri ákvörðun stjórnvalds um að kæra mál til lögreglu eða til annars stjórnvalds stjórnvaldsákvörðun þannig að skylt sé að veita málsaðila færi á að tjá sig áður en slík ákvörðun er tekin. Ætla verður að meginreglan sé sú að þegar stjórnvald kærir mál til lögreglu án þess að taka efnislega og rökstudda afstöðu til ætlaðs brots málsaðila teljist sú ákvörðun ekki stjórnvaldsákvörðun. Hafi stjórnvald hins vegar tekið efnislega og rökstudda ákvörðun um ætlað brot málsaðila hvort sem það er gert með sérstakri ákvörðun eða í kæru til lögreglu verður að telja að ákvörðunin hafi slíka þýðingu fyrir málsaðila að um stjórnvaldsákvörðun sé að ræða. Á milli þessara tveggja tilvika geta komið upp margs konar takmarkartilvik.“ Tekið er undir þessi orðs Páls. Sjá einnig til dæmis *álit umboðsmanns Alþingis frá 1. nóvember 2001 (mál nr. 3340/2001) (tannlæknir)*, *álit umboðsmanns Alþingis frá 31. júlí 2002 (mál nr. 3309/2001) (Fjármálaeftirlitið)* og *álit umboðsmanns Alþingis frá 9. febrúar 2009 (mál nr. 5142/2007)*. Páll Hreinsson: *Stjórnáskýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 143-144, reifar álitin. Álitin, fyrir utan hins síðastnefnda, eru einnig ítarlega reifuð og greind í Hafsteini Dan Kristjánssyni: „Er kæra til lögreglu stjórnvaldsákvörðun?“, bls. 32-36. Í þessu samhengi sjá einnig *dóm Hæstaréttar frá 18. apríl 2002 (mál nr. 29/2002) (virðisaukaskattur)* og *bréf umboðsmanns Alþingis frá 9. nóvember 2009 (mál nr. 5186/2007) (barnaverndarmál)* en úrlausnirnar eru reifaðir í Hafsteini Dan Kristjánssyni: „Er kæra til lögreglu stjórnvaldsákvörðun?“, bls. 31-32 og 36-38. Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret*, bls. 86, bendir á að kærur til lögreglu teljist ekki ákvarðanir, sbr. *UfR 2016, bls. 2034V*. Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 95, bendir á sama dóm og segir að kærur til lögreglu séu ekki í sjálfu sér (d. udgør ikke i sig selv) ákvarðanir.

⁸⁹ Sjá til hliðsjónar Hans Gammeltoft Hansen: „Sag – afgørelse – part“, bls. 56, sem vísar í *FOB 1992, bls. 296* og *FOB 1999, bls. 709*, um að slíkar ákvarðanir geti talist ákvarðanir í dönskum rétti. Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 118-119, fjallar einnig um álitaefnið. Hann tekur fram að deilt sé um hvort ákvarðanir að vísa máli til lögreglu séu stjórnvaldsathöfn eða málsmeðferðarákvörðun. Til viðbótar við fyrrnefnd álit bendir hann á *FOB 1999, bls. 693*. Skýringarritið kom út árið 2013 en þriðja útgáfa af *Forvaltningsret*, sem vísað er til í fyrri neðanmálgrein, kom út árið 2018. Fyrsta og síðasta álitid er reifað í Hafsteini Dan Kristjánssyni: „Er kæra til lögreglu stjórnvaldsákvörðun?“, bls. 28-29.

með álagningu stjórnvaldssektar, meti málið efnislega í ljósi lögbundinna skilyrða og taki ákvörðun í framhaldi af slíku mati. Slíkt mögulegt undantekningartilfalli er markartilvik. Ákveðinn vafi er um hvort það falli í flokk málsmeðferðarákvörðunar eða stjórnvaldsákvörðunar. Hér verður ekki tekin endanlega afstaða til þess. Í staðinn verður minnst á atriði sem koma til skoðunar við mat á því hvers konar ákvörðun kæra eða vísun Fjármálaeftirlitsins til lögreglu á grundvelli 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 er. Í því sambandi verður bæði vísað til atriða er varða 2. mgr. 1. gr. stjórn-sýslulaga (fyrsta meginþátt aðferðarinnar) og grundvöll ákvörðunar Fjármálaeftirlitsins (annan meginþátt aðferðarinnar). Aftur á móti verður að mestu látið hjá líða að taka afstöðu til niðurstöðunnar (þriðja meginþáttar aðferðarinnar).

Fyrsti meginþáttur aðferðarinnar. Útgangspunkturinn er sá að hugtökin „réttur eða skylda“ í merkingu 2. mgr. 1. gr. stjórn-sýslulaga taka til réttinda og skyldna um efni máls og sem lokaniðurstaða lýtur almennt að. Réttindi og skyldur er lúta að meðferð máls teljast almennt ekki stjórnvaldsákvörðanir. Til að mynda sæki aðili um örorkubætur telst rétturinn til bótanna vera „réttur“ í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórn-sýslulaga en ekki ákvarðanir varðandi andmæli, leiðbeiningar og rannsókn, svo dæmi séu nefnd. Við mat á því í hvorn flokk ákvörðun fellur hefur verið litið til þess hvort hún í sjálfu sér lýkur eða bindur enda á stjórn-sýslumál.⁹⁰ Einnig hefur verið horft til raunverulegra áhrifa ákvarðana á mál og aðila. Segja má að ákvarðanir um efni máls ljúki yfirleitt máli á meðan málsmeðferðarákvarðanir gera það almennt ekki. Eins og Bent Christensen orðaði það fyrir danskan rétt: ákvarðanir eru lokaafurðir (d. slutprodukt).⁹¹ Þannig hefur verið talið að ákvarðanir um framsendingu máls og að senda upplýsingar til annars stjórnvalds séu ekki stjórnvaldsákvörðanir. Ekki er þó nauðsynlegt að stjórnvaldsákvörðanir séu beinlínis ákvarðanir um efni málsins. Til dæmis er ákvörðun um frávísun máls, sem stjórnvald hefur valdheimild til að fjalla um, stjórnvaldsákvörðun. Frávísunin lýkur málinu þótt hún lúti ekki (endilega) að efni málsins. Ákvörðun um að fallast á endurupptöku hefur ekki verið talin stjórnvaldsákvörðun vegna þess að hún hefur mál. Á hinn bóginn hefur ákvörðun um að synja um endurupptöku verið talin vera stjórnvaldsákvörðun enda bindur hún enda á málið.

⁹⁰ Páll Hreinsson: *Stjórn-sýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 139 og Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 90.

⁹¹ Bent Christensen: *Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation*, bls. 38.

Af þessu leiðir að leggja verður mat á hvort kæra til lögreglu á grundvelli 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 lýkur málinu eða hafi áhrif á efni þess. Meta verður hvort hún feli fremur í sér ákvörðun um meðferð máls en efni þess. Þegar lagt er mat á þessi atriði ber að líta til þess lagalega samhengis sem ákvörðun er hluti af. Þegar stjórnvald framsendir mál, til dæmis á grundvelli 2. mgr. 7. gr. stjórnslulaga, eða sendir áfram upplýsingar úr starfsemi sinni er staðan einatt sú að stjórnvaldið hefur ekki valdheimild til að fjalla um og ljúka málinu. Stjórnvaldið er að koma máli eða upplýsingum á réttan stað í stjórnslunni. Með ákvörðun um framsendingu máls eða upplýsinga er almennt ekki verið að ljúka máli sem fellur innan starfssviðs þess. Það sama gildir almennt um kærur til lögreglu sem byggjast ekki á sérstökum lagagrundvelli.

Jafnframt verður að huga að lagagrundvelli ákvörðunarinnar. Leggja verður mat á efni og eðli þess lögbundna réttar eða skyldu sem á reynir sem og hvernig þau tengjast aðilanum og efni málsins. Þá getur þurft að meta hvort ákvörðun sé lagalegs eðlis í þeim skilningi að veita eða takmarka (efnislegan) rétt eða leggja á eða aflétta skyldu. Samantekið verður að skoða hvaða þýðingu eða áhrif ákvörðunin hefur fyrir efni málsins og lyktir þess.

Annar meginþáttur aðferðarinnar. Af framangreindu leiðir að leggja verður mat á eðli og efni ákvörðunarinnar í ljósi þess lagagrundvallar sem hún byggist á. Í 8. gr. laga nr. 87/1998, um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi, er kveðið á um eftirlit Fjármálaeftirlitsins. Í 9. gr. er fjallað um athugun eftirlitsins og aðgang að starfsstöðvum. Í 10. gr. er síðan mælt fyrir um að Fjármálaeftirlitið geti, ef eftirlitsskyldur aðili fylgi ekki lögum og öðrum reglum sem gilda um starfsemi hans, gert athugasemdir og krafist úrbóta. Í 11. gr. er kveðið á um dagsektir og féviti. Þá er í fyrri málsl. 1. mgr. 12. gr. tekið fram, sem fyrr greinir, að hafi eftirlitsskyldur aðili eða einstaklingur og lögaðilar að mati Fjármálaeftirlitsins með refsiverðum hætti gerst brotlegir við lög og reglur sem Fjármálaeftirlitinu er falið að framfylgja og brot er meiri háttar beri Fjármálaeftirlitinu að vísa þeim til lögreglu.

Helstu rökin sem mæla með því að kæra eða vísun til lögreglu sé málsmeðferðarákvörðun er að hún lýkur ekki málinu.⁹² Málið fer til meðferðar annars stjórnvalds, þ.e. lögreglu, og heldur áfram þar, eins og raunin var í því máli sem var til umfjöllunar í *dómi Hæstaréttar frá 15. desember 2016*. Ó var í framhaldinu ákærður en sýknaður með dómi héraðsdóms.

⁹² Páll Hreinsson: *Stjórnsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 144.

Þegar lagt er mat á hvort ákvörðun „lýkur“ eða „hefur“ mál verður að huga nánar að því hvað sé nákvæmlega átt við. Spyrja má í hvaða skilningi máli sé „lokið“; lokið frá hvaða sjónarhorni og á hvaða hátt? Áður hefur verið vikið að þeirri ólíku stöðu sem er uppi annars vegar þegar stjórnvald framsendir mál, sem fellur utan starfssviðs þess og getur þar af leiðandi ekki fjallað um eða lokið með ákvörðun um efni máls, og hins vegar þegar mál er innan starfssviðs þess. Í fyrra tilvikinu kemur aldrei til greina að ljúka máli með stjórnvaldsákvörðun enda er það ekki lagalega tæk niðurstaða. Í síðara tilvikinu kemur á hinn bóginn til greina að taka stjórnvaldsákvörðun. Í þessu máli heyrði það undir starfssvið Fjármálaeftirlitsins, að minnsta kosti í ákveðnum skilningi. Þannig segir í 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 að ef aðili hafi „gerst brotlegur við lög eða reglur sem Fjármálaeftirlitinu er falið að framfylgja“. Ekki nóg með það þá er Fjármálaeftirlitinu falið að meta hvort aðili hafi gerst brotlegur og málið uppfylli nánar tiltekin önnur skilyrði, sbr. meðal annars orðalagið „að mati Fjármálaeftirlitsins“. Staðan hefði verið önnur ef Fjármálaeftirlitið hefði kært háttsemi til lögreglu, sem heyrði ekki undir þau lög og reglur sem því ber að framfylgja, til dæmis um brot á almennum hegningarlögum nr. 19/1940. Slík kæra byggði ekki á sérstökum lagagrundvelli og teldist ekki stjórnvaldsákvörðun; *ekkert sérstakt stjórnslumál hófst sem lauk með kærinni*. Þegar Fjármálaeftirlitið metur mál á grundvelli 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 getur niðurstaðan verið ein af eftirfarandi:

- 1) Aðili hefur ekki gerst brotlegur við lög eða reglur.
- 2) Aðili hefur gerst brotlegur við lög og reglur en það var annaðhvort ekki a) með refsiverðum hætti eða b) meiri háttar.
- 3) Aðili hefur gerst brotlegur við lög og reglur og það var með refsiverðum hætti og brot er meiri háttar.
- 4) Aðili hefur gerst brotlegur en ekki við lög og reglur sem Fjármálaeftirlitinu ber að framfylgja.

Hafi aðili ekki gerst brotlegur við lög eða reglur ákveður Fjármálaeftirlitið væntanlega ekki aðeins að vísa málinu ekki til lögreglu heldur lýkur því jafnframt hjá sér. Hafi aðili gerst brotlegur við lög og reglur en annaðhvort skilyrðanna um refsinaemi eða að brot sé meiri háttar eru ekki uppfyllt kemur það væntanlega í hlut Fjármálaeftirlitsins að ljúka málinu með ákvörðun hjá sér, til dæmis með athugasemdum, kröfu um úrbætur eða álagningu dagsekta, sbr. til dæmis 10. og 11. gr. laganna. Hafi aðili gerst brotlegur við lög og reglur og bæði skilyrðin eru uppfyllt hvílir sú skylda á Fjármálaeftirlitinu að vísa málinu til lögreglu.

Vaknar þá spurningin hvort sú ákvörðun, að vísa máli til lögreglu eftir mat á grundvelli 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 ljúki málinu í einhverjum skilningi. Svareð er bæði já og nei. Það fer eftir þeim skilningi, því sjónarhorni eða þeim lagagrundvelli sem byggt er á við matið. Málinu er ekki lokið í þeim skilningi sem reifaður var hér að framan um að „málið“ er áfram til meðferðar hjá lögreglu, ákærvaldi og loks dómstólum. En er þetta í reynd sama málið? Það fer eftir því hvernig mál er afmarkað efnislega.⁹³ Í tengslum við það má benda á að reyna kann á ólíkar réttarreglur annars vegar þegar mál er til meðferðar hjá eftirlitsstjórnvaldi og hins vegar þegar lögregla, handhafar ákærvalds og loks dómstólar fjalla um það. Til að mynda kann staðan að vera sú að eftirlitsstjórnvald metur hvort tiltekin lög hafi verið brotin og byggir á reglum stjórnásluréttar en lögregla, handhafar ákærvalds og dómstólar byggir á almennum hegningarlögum eða sérrefsilögum sem og lögum nr. 88/2008, um meðferð sakamála.⁹⁴ Málið er hið sama frá ákveðnu sjónarhorni en ólíkt frá öðru.

Í þessu sambandi má einnig minna á ýmis vandkvæði sem eru bundin við vísun og endursendingu máls milli stjórnvalda, svo sem eftirlitsstjórnvalds annars vegar og lögreglu eða handhafa ákærvalds hins vegar. Sjá í þessu sambandi til hliðsjónar *dóm Hæstaréttar frá 8. nóvember 2018 (mál nr. 436/2017) (Samherji hf.)*. Téð vandkvæði lýsa sér í þessari spurningu: getur mál talist ólokið þegar eftirlitsaðili vísar því til lögreglu með þeim afleiðingum að engin stjórnvaldsákvörðun var tekin en það telst aftur á móti hafa verið lokið hjá eftirlitsaðilanum þegar lögreglan endursendir málið til hans með þeim afleiðingum að eftirlitsaðilinn hefur nýtt mál? Í sumum tilvikum hefur verið farin sú leið að lögfesta ákvæði um endursendingu máls.⁹⁵ Til að flækja myndina enn frekar má svo spyrja: er þetta sama málið og var því á einhverjum tímavarki lokið í skilningi reglna um bann við tvöfaldri málsmeðferð og refsingu? Ekki verður fjallað nánar um þessa stöðu hér en bent er á þá togstreitu sem getur verið á milli þess ef mál telst ólokið þegar því er vísað til lögreglu en því telst hafa verið lokið þegar það er sent til baka.

⁹³ Sjá í þessu sambandi ólík viðmið sem hefur verið stuðst við í umfangullum um *ne bis in idem*.

⁹⁴ Með þessu er þó ekki átt við að reglur stjórnásluréttar gildi ekki um lögreglu og handhafa ákærvalds.

⁹⁵ Sjá til dæmis 6. mgr. 148. gr. laga nr. 108/2007, um verðbrefaviðskipti. Ákvæðið hljóðar svo: „Telji ákærandi að ekki séu efni til málshöfðunar vegna meintrar refsiverðrar háttsemi sem jafnframt varðar stjórnásluviðurlögum getur hann sent eða endursent málið til Fjármálaeftirlitsins til meðferðar og ákvörðunar.“

Til að svara upphaflegu spurningunni, í hvaða skilningi ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um að vísa máli til lögreglu lýkur málinu, má bera ákvörðunina saman við ákvarðanirnar á grundvelli hinna laga-ákvæðanna, sem voru lögfest með breytingalögum nr. 55/2007, og tíunduð hér að framan. Ástæða þess er sú að lagaákvæðin eru öðruvísi úr garði gerð en 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 og meira mælir með því að ákvarðanir á grundvelli þeirra teljist stjórnvaldsákvarðanir. Löggjafinn hefur einmitt farið þá leið að lögfesta ákvæði um að ákveðnir kaflar stjórnslulaga gildi ekki um ákvarðanir sem eru teknar á grundvelli þeirra, þ.e. afnema gildissvið stjórnslulaga að hluta.

Sem dæmi um þessi ákvæði má nefna 1.-3. mgr. 148. gr. laga nr. 108/2007, um verðbréfavíðskipti, en ákvæðin hljóða svo:⁹⁶

„Brot gegn lögum þessum sæta aðeins rannsókn lögreglu að undangenginni kæru Fjármálaeftirlitsins.

Varði meint brot á lögum þessum bæði stjórnvaldssektum og refsingu metur Fjármálaeftirlitið hvort mál skuli kært til lögreglu eða því lokið með stjórnvaldsákvörðun hjá stofnuninni. Ef brot eru meiri háttar ber Fjármálaeftirlitinu að vísa þeim til lögreglu. Brot telst meiri háttar ef það lýtur að verulegum fjárhæðum, ef verknaður er framinn með sérstaklega vítaverðum hætti eða við aðstæður sem auka mjög á saknæmi brotsins. Jafnframt getur Fjármálaeftirlitið á hvaða stigi rannsóknar sem er vísað máli vegna brota á lögum þessum til rannsóknar lögreglu. Gæta skal samræmis við úrlausn sambærilegra mála.

Með kæru Fjármálaeftirlitsins skulu fylgja afrit þeirra gagna sem grunur um brot er studdur við. Ákvæði IV.–VII. kafla stjórnslulaga gilda ekki um ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um að kæra mál til lögreglu.“

Staðan í málum, þar sem reynir á 148. gr. laga nr. 108/2007 og sambærileg ákvæði, er sú að eftirlitsstjórnvald getur lokið máli með stjórnvaldsákvörðun. Kemur þá oft til greina að beita stjórnsluviðurlögum á borð við stjórnvaldssektum, sbr. til dæmis 141. gr. laga nr. 108/2007. Undirliggjandi háttsemi getur þó jafnframt varðað refsingu, sbr. til dæmis 145.-146. gr. laga nr. 108/2007. Samkvæmt 4. gr.

⁹⁶ Páll Hreinsson: *Stjórnsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 145, fjallar einnig um ákvæðið. Hann segir: „Í athugasemdum við ákvæðið í lagafrumvarpi því er varð að lögum nr. 55/2007 kemur fram að ekki beri að líta á ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um að kæra mál til lögreglu sem stjórnsluákvörðun. Þessi ummæli eru villandi að því leyti að lagaákvæðið mælir aðeins fyrir um að IV.-VII. kafli stjórnslulaga gildi ekki um slíkar ákvarðanir stofnunarinnar sem teljast stjórnvaldsákvarðanir.“ Sjá í þessu sambandi einnig *Skýrslu nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum*.

7. viðauka samningsins um verndun mannréttinda og mannfrelsis, sbr. lög nr. 62/1994, um Mannréttindasáttmála Evrópu, er ekki heimilt að refsa tvívegis fyrir sama verknaðinn. Vegna þess verður að velja á milli ólíkra farvega fyrir málið og mögulegra viðurlaga, þ.e. stjórnáskýringu viðurlaga eða refsinga. Með ákvæði 148. gr. laga nr. 108/2007 er eftirlitsstjórnvaldinu, þ.e. Fjármálaeftirlitinu, falið að taka ákvörðun um í hvaða farveg málið er lagt. Ákvörðunarvaldið er ekki unnt að framselja öðrum stjórnvöldum. Stundum er farin sú leið að lögfesta ákvæði um að mál geti aðeins sætt rannsókn lögreglu að undan-genginni kærðu eftirlitsstjórnvaldsins, sbr. 1. mgr. 148. gr. Afleiðingin af því að fylgja ekki slíkum fyrirmælum er að sakamáli er vísað frá dómi vegna þess að kæra til lögreglu skorti lagastoð. Til marks um það má benda á *dóm Hæstaréttar frá 10. maí 2012 (mál nr. 359/2011) (lög-giltir vigtunarmenn)*.

Í málinu var X og A ehf. gefið að sök að hafa í tvö skipti skráð rangar upplýsingar um nettóvignt afla tiltekinna skipa á endurvigtunarnótur sem X gaf út fyrir hönd félagsins og að hafa ekki vegið allan afla fyrrgreindra skipa í eitt skipti. Neytendastofa hafði áminnt X vegna háttseminnar á grundvelli laga nr. 91/2006, um mælingar, mæligrunna og vigtarmenn. Fiskistofa kærði á hinn bóginn háttsemina til lögreglu sem að lokum leiddi til útgáfu ákæru. Í dómi Hæstaréttar sagði meðal annars eftirfarandi:

„Það er lögskipað hlutverk Neytendastofu sem stjórnvalds að hafa eftirlit með því að vigtunarmenn ræki starfskyldur sínar í samræmi við lög og aðrar reglur er um störf þeirra gilda og er stjórnvaldinu fengnar í hendur ákveðnar valdheimildir sem því er ætlað að beita verði þar misbrestur á. Það er því á verksviði Neytendastofu, eftir atvikum í samráði við önnur stjórnvöld eins og Fiskistofu, að meta hvort brot hafi verið framin og taka ákvörðun um hvort brot sé svo alvarlegt að varði sviptingu löggildingar, sbr. 28. gr. ...

Af orðalagi 42. gr. laga nr. 91/2006 leiðir að Neytendastofu ber að meta, með hliðsjón af grófleika brots og réttarvörslusjónarmiðum, hvort máli skuli lokið með stjórnvaldsákvörðun eða það kært til lögreglu. Í athugasemdum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 91/2006 er áréttað í skýringum við 28. gr. að sé um alvarlegt ásetningsbrot að ræða sem varði við XVII. kafla almennra hegningarlaga beri Neytendastofu að vísa slíkum málum áfram til lögreglu til frekari rannsóknar og meðferðar. Það er því lögbundið hlutverk Neytendastofu að meta sjálfstætt, út frá þeim hagsmunum sem löggjafinn hefur falið stofnuninni að vernda, hvort ætlað brot löggilts vigtunarmanns í starfi sé þess eðlis að ástæða sé til að vísa máli áfram til lögreglu til frekari rannsóknar og meðferðar. Meðal þeirra sjónarmiða sem Neytendastofa á lögum samkvæmt að hafa til

hliðsjónar í því mati er ... að ákvæði laga nr. 91/2006 eru reist á því megin viðhorfi að ekki verði bæði lögð á stjórnvaldssekt og dæmd refsing fyrir sama lögbrotið heldur verði önnur hvor leiðin valin. Þannig eigi ekki að koma til þess að mál verði rannsakað á sama tíma bæði hjá Neytendastofu og lögreglu. Mat í þessum efnun getur Neytendastofa ekki framselt öðrum stjórnvöldum og önnur stjórnvöld geta ekki einhliða tekið sér vald til slíks mats þannig að þýðingu hafi að lögum.

Af framangreindu leiðir að Neytendastofu bar í samræmi við lögskiptað hlutverk sitt að taka afstöðu til þess, út frá þeim hagsmunum sem þeirri stofnun er ætlað að hafa eftirlit með og vernda, hvort máli ákærða X skyldi lokið með stjórnvaldsákvörðun Neytendastofu, eða hvort alvarleiki brots hans væri slíkur að ástæða væri til að vísa málinu áfram til rannsóknar og meðferðar lögreglu vegna ætlaðra hegningarlagabrota. Kæra Fiskistofu til ríkislögreglu-stjóra 9. september 2008 vegna ætlaðra hegningarlagabrota ákærða X var ekki í samræmi við áðurgreint og átti sér því ekki lagastoð. Samkvæmt þessu var með framangreindri kæru Fiskistofu á hendur ákærða X ekki lagður sá grundvöllur að rannsókn og meðferð máls hans hjá ákærvaldi og dómstólum sem hann átti rétt til og lög mæla fyrir um. Ber þegar af þeirri ástæðu að vísa málinu frá héraðsdómi að því er ákærða X varðar.”

Þegar Fjármálaeftirlitið tekur ákvörðun á grundvelli 148. gr. laga nr. 108/2007 um að kæra mál til lögreglu er það á sama tíma að ljúka meðferð málsins hjá sér. Málið heyrði undir starfssvið þess og það gat lokið því með ákvörðun um efni málsins og mögulega lagt á stjórnvaldssektir. Í staðinn lýkur Fjármálaeftirlitið málinu hjá sér með því að kæra það til lögreglu. Málið er og getur ekki verið áfram til meðferðar hjá Fjármálaeftirlitinu enda væri það í brýnni andstöðu við þau sjónarmið sem lagaákvæðið byggist á, þ.e. að koma í veg fyrir meðferð „sama málsins“ á tveimur stöðum, að minnsta kosti að því marki sem reglan um *ne bis in idem* tekur til beggja málanna. Með öðrum orðum þá hófst mál hjá Fjármálaeftirlitinu sem heyrði undir starfssvið þess og því gat lokið með stjórnvaldsákvörðun en því *lauk hjá* Fjármálaeftirlitinu með ákvörðun um að kæra það til lögreglu; kæra til lögreglu er lögbundin leið til að ljúka málinu hjá eftirlitsstjórnvaldinu. „Málið“ er enn í gangi hjá lögreglu (hjá framkvæmdarvaldinu /ríkisvaldinu) og er í þeim skilningi ólokið en því er lokið hjá Fjármálaeftirlitinu. Í þeim skilningi, frá því sjónarhorni og á þeim grundvelli telst málinu vera lokið.

Málinu er einnig lokið hjá Fjármálaeftirlitinu með ákvörðun sem felur í sér efnislegt mat á því í ljósi lögbundins eða lögbundinna skilyrða. Í 2. mgr. 148. gr. laga nr. 108/2007 er miðað við að brot sé meiri

háttar og er það skilgreint nánar í ákvæðinu. Sé skilyrðinu fullnægt hvílir skylda á Fjármálaeftirlitinu að vísa því til lögreglu. Fjármálaeftirlitið er þó heimilt á hvaða stigi rannsóknar sem er að vísa máli til rannsóknar lögreglu. Það veltur því á lögbundnum skilyrðum og mati Fjármálaeftirlitsins á efni máls hvort það lýkur málinu hjá sér með stjórnvaldsákvörðun, til dæmis um að leggja á stjórnvaldssektir, eða vísa því til lögreglu. Í kjölfar slíkrar ákvörðunar, sem byggist á efnislegu mati í ljósi lögbundinna skilyrða, er málinu lokið hjá Fjármálaeftirlitinu.⁹⁷

Ákvörðun um að vísa máli til lögreglu eða handhafa ákærvalds getur einnig haft verulega þýðingu fyrir aðila máls. Með því færast málið úr búningi hefðbundins stjórnslumáls yfir í búning sakamáls. Um málið gilda aðrar málsmeðferðarreglur og grundvöllur viðurlaganna er annar. Viðurlögin geta einnig verið önnur og viðurlutameira. Þannig getur háttsemi mögulega varðað fangelsisrefsingu, sbr. til dæmis 145.-146. gr. laga nr. 108/2007. Ekki er ósennilegt að margir telji hag sínum betur borgið að máli sé ekki vísað til lögreglu. Þeir kunna því að telja það rétt sinn eða að minnsta kosti verulega hagsmuni sína að mál, sem sé ekki meiri háttar brot í skilningi lagaákvæðanna, sé ekki vísað til lögreglu með þeirri mögulegu afleiðingu að því geti lokið með fangelsisrefsingu.⁹⁸

Ekki er loku fyrir það skotið að ákvörðun á grundvelli til dæmis 148. gr. laga nr. 108/2007 geti varðað „rétt eða skyldu“ manns í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnslulaga. Fer það að nokkru eftir því hvernig ákvæði á borð við 148. gr. eru túlkuð. Fela þau aðeins í sér hreinræktuð skilyrði um meðferð máls, þ.e. í hvaða farveg eigi að leggja mál, eða mæla þau öðrum þræði fyrir um „rétt eða skyldu“ manns? Í þessu sambandi eru lokaorð tilvitnaðra forsendna *dóms Hæstaréttar frá 10. maí 2012 (mál nr. 359/2011) (löggiltir vigtunarmenn)* allra athygli verð. Þar segir að ekki hafi verið lagður grundvöllur að rannsókn og meðferð máls hjá

⁹⁷ Ekki ber að leggja fortakslausan skilning í orðalag 2. mgr. 148. gr. laga nr. 108/2007 og sambærilegra ákvæða eða *dóm Hæstaréttar frá 10. maí 2012 (mál nr. 359/2011) (löggiltir vigtunarmenn)* að eftirlitsstjórnvaldið geti lokið málinu sjálf með stjórnvaldsákvörðun eða vísað því til lögreglu. Af orðalaginu leiðir ekki skýrlega að lögjafinn hafi lögfest að ákvörðun um að vísa málinu til lögreglu væri ekki stjórnvaldsákvörðun. Jafnframt væri þá alger óþarfi að afnema gildissvið stjórnslulaga að hluta enda ættu þau lög ekki við yfir höfuð. Þá segir að málinu sé lokið með stjórnvaldsákvörðun „hjá stofnuninni“ en það orðalag er nokkuð órætt.

⁹⁸ Ekki verður séð að það eitt að slík ákvörðun myndi teljast stjórnvaldsákvörðun skapi vandkvæði út frá *ne bis in idem* samkvæmt 4. gr. 7. viðauka mannréttindasáttmáls. Í báðum tilvikum er máli lokið í einum skilningi, þ.e. hjá eftirlitsstjórnvaldinu, en ekki í öðrum, þ.e. hjá öðrum handhöfum framkvæmdarvalds og dómvalds.

ákærvaldi og dómstólum sem X „átti rétt til og lög mæla fyrir um“. Í dóminum var byggt á því að sambærilegt ákvæði og 148. gr. laga nr. 108/2007 hefði að geyma rétt til handa aðilanum. Þótt ekki hafi verið fjallað um hugtakið „rétt“ í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnslulaga í dóminum verður þó ekki litið framhjá því með öllu að í dóminum felst afstaða til þess að lagaákvæði á borð við 148. gr. mæli fyrir um rétt borgaranna en ekki aðeins hreinræktuð skilyrði um meðferð máls. Með því er að sjálfsgöðu ekki leyst úr því hvort umræddur réttur sé réttur til málsmeðferðar, eins og til dæmis réttur til andmæla og upplýsinga, eða svipar til réttar er tengist efni máls. Veltur það meðal annars á því hvort rétturinn verði talinn hafa efnislega þýðingu. Að því atriði var vikið hér að ofan. Í tengslum við það má minna á að rannsókn lögreglu getur aðeins hafist að undangenginni slíkri kæru og málinu getur því aðeins lokið með refsingu sé slík ákvörðun tekin; *ákvörðun um farveg málsins hefur áhrif á mögulegt efni þess*. Þá má heldur ekki gleyma því að með lagaákvæðunum er verið að tryggja mannréttindi aðila, þ.e. bann við tvöfaldri málsmeðferð og refsingu, sbr. 4. gr. 7. viðauka mannréttinda-sáttmálans. Enn fremur má minna á skýringarregluna að í algerum vafatilvikum beri fremur að álykta að stjórnslulögin gildi fremur en ekki.⁹⁹

Eins og að framan greinir er 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 ekki sett fram með sambærilegum hætti og til dæmis 148. gr. laga nr. 108/2007. Kann það að vera ástæða þess að löggjafinn lögfesti ekki sambærilegt ákvæði um að tilteknir kaflar stjórnslulaga gildi ekki um ákvarðanir á grundvelli þeirra. Benda má á allavega þrenns konar mun á lagaákvæðunum. Í fyrsta lagi er ekki miðað við það berum orðum að háttsemi varði bæði stjórnvaldssektum og refsingum í 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 ólíkt 2. mgr. 148. gr. laga nr. 108/2007. Í því sambandi má þó benda á að ekki er ákvæði um stjórnvaldssektir í lögum nr. 87/1998. Í öðru lagi er ekki tekið fram að rannsókn lögreglu geti aðeins hafist að undangenginni kæru í 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 ólíkt 1. mgr. 148. gr. laga nr. 108/2007. Í þriðja lagi er ekki kveðið á um endursendingu máls þegar ákærandi telur ekki tilefni til málshöfðunar vegna meintrar refsiverðrar háttsemi sem jafnframt varðar stjórnsluviðurlögum í 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 ólíkt 6. mgr. 148. gr. laga nr. 108/2007. Af þessu má mögulega draga þá ályktun að ekki búi sömu markmið að baki 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 og 148. gr. laga nr.

⁹⁹ Gerð er grein fyrir sambærilegum sjónarmiðum og nú hafa verið rakin með almennari hætti í Hafsteini Dan Kristjánssyni: „Er kæra til lögreglu stjórnvaldsákvörðun?“, bls. 38-41.

108/2007. Ákvæðunum sé ætlað að taka á mismunandi aðstæðum. Síðarnefnda lagaákvæðinu er ætlað að koma í veg fyrir tvöfalda málsmeðferð og refsingu. Ekki verður skýrlega séð að sama markmið búi að baki 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998.

Í ljósi þess munar sem er á lagaákvæðunum vaknar spurningin hvort máli lýkur hjá Fjármálaeftirlitinu í sama skilningi þegar ákvörðun er tekin á grundvelli 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 og þegar ákvörðun er tekin á grundvelli 148. gr. laga nr. 108/2007. Til að byrja könnunina má spyrja hvort málið, sem var undirliggjandi í *dómi Hæstaréttar frá 15. desember 2016*, sem hófst sem stjórnáskýrslumál, sé enn þann dag í dag til meðferðar hjá Fjármálaeftirlitinu; málinu var aldrei lokið hjá því. Svárið er augljóslega neikvætt. Fyrst því var lokið má spyrja nánar með nákvæmlega hvaða ákvörðun var því lokið og á hvaða grundvelli. Var stjórnáskýrslumálinu, sem hófst með rannsókn Fjármálaeftirlitsins, þar sem gerðar voru ítrekaðar athugasemdir og krafa um að koma fjárfestingum í lögmeitt horf, lokið með ákvörðuninni um að vísa málinu til lögreglu? Eða var stjórnáskýrslumálinu lokið með annarri ákvörðun þannig að um var að ræða tvær ákvarðanir, þ.e. einni sem lauk stjórnáskýrslumálinu og annarri ákvörðun um að vísa málinu til lögreglu? Til dæmis háttar svo til þegar stjórnvald kærir til lögreglu á ólögfestum grundvelli. Þessar spurningar tengjast tveimur túlkunarkostum á 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998.

Fyrri túlkunarkosturinn er sá að ákvörðun á grundvelli 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 er, eins og í tilviki 148. gr. laga nr. 108/2007, ein leið til að ljúka stjórnáskýrslumáli hjá Fjármálaeftirlitinu. Fari Fjármálaeftirlitið þá leið að vísa málinu til lögreglu á grundvelli ákvæðisins er því óheimilt að halda áfram með sama málið hjá sér. Síðari túlkunarkosturinn er sá að ákvörðun á grundvelli 1. mgr. 12. gr. hefur í sjálfu sér ekki bein tengsl við stjórnáskýrslumálið rétt eins og þegar stjórnvald kærir refsiverða háttsemi til lögreglu á ólögfestum grundvelli jafnframt því að hafa stjórnáskýrslumál til meðferðar hjá sér. Samkvæmt þeim túlkunarkosti getur Fjármálaeftirlitið kært háttsemi, sem það telur vera refsiverða, til lögreglu en með því einu er stjórnáskýrslumálinu ekki lokið. Fjármálaeftirlitið getur áfram gripið til aðgerða eins og að leggja á dagsæktir, sbr. 11. gr. laga nr. 87/1998. Samkvæmt síðari túlkunarkostinum er þýðing 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 fyrst og fremst sú að umbreyta heimild Fjármálaeftirlitsins til að kæra eða vísa máli til lögreglu í skyldu við nánar tiltekna aðstæður. Þegar um meiri háttar refsiverð brot er að ræða á lögum og reglum sem Fjármálaeftirlitið framfylgir er því ekki aðeins heimilt heldur skylt að vísa því til lögreglu. Um er að ræða *lögbundna tilkynningarskyldu* en ekki *lögbundna leið til að ljúka*

stjórnsýslumáli hjá Fjármálaeftirlitinu. Heiti ákvæðisins, sem er „tilkynningarskylda“, styður síðari túlkunarkostinn. Í þessu sambandi má vekja athygli á því að daginn eftir að Fjármálaeftirlitið kærði Ó og aðra stjórnendur lífeyrissjóðsins til lögreglu skipaði eftirlitið umsjónaraðila fyrir sjóðinn og vék stjórn og framkvæmdastjóra frá störfum. Bendir það til þess að málinu hafi ekki verið lokið hjá Fjármálaeftirlitinu með kæru til lögreglu daginn áður. Hér verður ekki vikið að því hvort um eitt og sama málið hafi verið að ræða. Ekki verður heldur tekin afstaða til þess hvor túlkunarkosturinn er meira sannfærandi. Í staðinn verður aðeins eftirfarandi tekið fram:

Ef leggja ber síðari túlkunarkostinn til grundvallar svipar ákvæði 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 til „hefðbundinna“ kæra til lögreglu sem teljast ekki stjórnvaldsákvarðanir. Helsta þýðing lagaákvæðisins er þá sú að umbreyta heimild til að kæra, þ.e. senda upplýsingar um refsiverða háttsemi sem eftirlitsstjórnvald kemst yfir í starfsemi sinni til lögreglu, í skyldu við nánar tiltekna aðstæður. Með slíkri ákvörðun væri stjórnsýslumálinu hjá Fjármálaeftirlitinu þó ekki lokið. Þar sem slík ákvörðun væri ekki stjórnvaldsákvörðun væri heldur engin þörf á því að taka af skarið um að ákvæði IV. til VII. kafla stjórnsýslulaga gildi ekki um kærana, eins og gert var í tilviki hinna ákvæðanna.

Í dómi *Hæstaréttar frá 15. desember 2016* var hvorki vikið að framanreifufðum sjónarmiðum um inntak hugtaksins stjórnvaldsákvörðun í 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga (fyrsti meginþáttur aðferðarinnar) né var grundvöllur ákvörðunar greindur nægilega í ljósi þess (annar meginþátturinn).

6.4 *Gat aðilinn notið málsmeðferðarréttinda á öðrum grundvelli?*

Gefum okkur að lokum að niðurstaða Hæstaréttar hafi verið rétt um að ákvörðun um að vísa máli til lögreglu á grundvelli 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998 hafi verið málsmeðferðarákvörðun en ekki stjórnvaldsákvörðun. Gat Ó engu að síður átt ákveðin málsmeðferðarréttindi, til dæmis til að tjá sig um málið?

Í fyrsta lagi skiptir máli hvor túlkunarkosturinn á 1. mgr. 12. gr. laga nr. 87/1998, sem gerð var grein fyrir að framan, verður lagður til grundvallar. Ef síðari túlkunarkosturinn er lagður til grundvallar þá tengdist vísun málsins til lögreglu ekki beinlínis stjórnsýslumálinu og taldist að öllum líkindum ekki vera stjórnvaldsákvörðun. Ó gat því ekki átt andmælarétt á grundvelli 13. gr. stjórnsýslulaga. Staðan er ekki eins skýr ef fyrri túlkunarkosturinn er lagður til grundvallar og við gefum okkur að afstaða dómstóla hefði verið sú að ákvörðunin hefði engu að

síður verið málsmeðferðarákvörðun. Ástæða þess er sú að þá hófst stjórnýslumál hjá Fjármálaeftirlitinu sem lauk hjá því með vísun málsins til lögreglu. Fjármálaeftirlitið hefði því getað komist að þeirri niðurstöðu að vísa málinu ekki til lögreglu og ljúka því með stjórnvaldsákvörðun hjá sér. Það hefði því verið mögulegt að málinu gæti lokið með stjórnvaldsákvörðun af hálfu Fjármálaeftirlitsins. Stjórnýslulögin gilda um mál þar sem til greina kemur að taka stjórnvaldsákvörðun. Vegna þess hefði mögulega getað reynt á andmælaeogluna í 13. gr. stjórnýslulaga þótt málinu hefði ekki verið lokið með stjórnvaldsákvörðun. Það nægir að það hafi komið til greina til að virkja stjórnýslulögin. Í þessu sambandi má benda á eftirfarandi álit setts umboðsmanns Alþingis þar sem byggt var á því að stjórnýslulögin giltu um meðferð máls sem gæti lokið með töku stjórnvaldsákvörðunar. Jafnframt má mögulega ráða af því að kæra til lögreglunnar hafi ekki verið stjórnvaldsákvörðun í málinu.

Álit umboðsmanns Alþingis frá 31. ágúst 2010 (mál nr. 5768/2009) (auglýsingaskilti). Í málinu hafði Umhverfisstofnun afgreitt erindi vegna auglýsingar A á mannvirki við rætur Esju með þeim hætti að rita bréf til lögreglustjórans á höfuðborgarsvæðinu og óska eftir því að embættið tæki til rannsóknar meint brot A á 43. gr. laga nr. 44/1999, um náttúruvernd. Í ákvæðinu kom meðal annars fram að óheimilt væri að setja upp auglýsingar meðfram vegum eða annars staðar. Settur umboðsmaður komst að þeirri niðurstöðu að meðferð málsins hefði ekki verið í samræmi við tilkynningarreglu 14. gr. stjórnýslulaga þar sem Umhverfisstofnun hefði ekki tilkynnt A um meðferð málsins fyrr en liðnir hefðu verið fjórir mánuðir frá því að stofnunin vísaði málinu til meðferðar lögreglu. Í álit setts umboðsmanns sagði meðal annars: „Berist Umhverfisstofnun samkvæmt ofangreindu ábending um auglýsingar, sem geta fallið undir 1. mgr. 43. gr. laga nr. 44/1999, er þannig ljóst að mínu áliti að slíkt mál getur verið leitt til lykta með töku stjórnvaldsákvörðunar, þ.e. fyrir mælum til hlutaðeigandi að bæta úr ástandi, sem telst ólöglegt að mati Umhverfisstofnunar, að viðlögðum dagsektum, sbr. 73. gr. laga nr. 44/1999. Þegar athugun á máli hefst sem getur lyktað með stjórnvaldsákvörðun, þótt ekki liggi enn fyrir hver niðurstaðan verður, er um stjórnýslumál að ræða og stjórnvaldi skylt að fylgja málsmeðferðarreglum stjórnýslulaga nr. 37/1993. Ber stjórnvaldi þá að tilkynna aðila máls, svo fljótt sem við verður komið að málið sé til meðferðar, sbr. 14. gr. stjórnýslulaga. Þá á aðili máls rétt á að tjá sig um efni máls áður en stjórnvald tekur ákvörðun í því, sbr. 13. gr. stjórnýslulaga, enda eigi undanþáguaðkvæði í niðurlagi 13. gr. ekki við. Enn fremur kann aðili máls að eiga rétt á aðgangi að gögnum málsins, sbr. 15.-17. gr. stjórnýslulaga. Þá geta stjórnvaldsákvörðanir Umhverfisstofnunar verið kærnanlegar til umhverfisráðherra, sbr. 1. mgr. 74. gr. laga nr.

44/1999, sbr. meginreglu 26. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Loks er hægt að skjóta vafaatriðum við túlkun 43. gr. laga nr. 44/1999 til umhverfisráðherra. Að öllu framangreindu virtu get ég ekki fallist á þá afstöðu Umhverfisstofnunar, sbr. bréf hennar ... að lög nr. 44/1999 mæli ekki fyrir um sérstakar ráðstafanir stofnunar í málum af þessu tagi og geri ekki ráð fyrir sérstökum stjórnvaldsákvörðunum hennar. / Það er því samkvæmt framangreindu niðurstaða mín að málsmeðferð Umhverfisstofnunar hafi að þessu leyti ekki verið í samræmi við 14. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993.“

Í öðru lagi gilda óskráðar meginreglur stjórnarsýsluréttar utan við gildissvið stjórnarsýslulaga. Meðal þeirra er til dæmis óskráða andmælareglan. Ekki verður séð að tekin hafi verið afstaða til þess hvort réttindi Ó á grundvelli óskráðra meginreglna hefðu verið brotin. Þannig segir í beinu framhaldi af þeirri niðurstöðu að ákvörðunin teldist málsmeðferðarákvörðun en ekki stjórnvaldsákvörðun: „Bar því hvorki að tilkynna áfrýjanda um fyrirhugaða kæru né gefa honum kost á að tjá sig um hana. Var málsmeðferð stefnda því ekki í andstöðu við 13. og 14. gr. stjórnarsýslulaga.“ Ekki verður séð að réttarfarsreglur hafi staðið í vegi fyrir því að dómstólar tækju afstöðu til þess hvort andmælaréttur Ó hefði verið virtur á grundvelli óskráðu meginreglunnar, hafi hún á annað borð átt við í málinu, enda hafa aðilar máls ekki forræði á lagarökum.¹⁰⁰

Í þriðja lagi ber stjórnvöldum að fylgja vönduðum stjórnarsýsluháttum í starfsemi sinni. Dómstólar hafa vísað til þeirra.¹⁰¹ Bent hefur verið á að aðila geti verið gefinn kostur á að tjá sig á grundvelli vandaðra stjórnarsýsluhátta.¹⁰²

7. Stjórnarsýslumál

7.1 Um stjórnarsýslumál og spurningar

Stjórnarsýslulögin gildi um meðferð og úrlausn stjórnarsýslumála. Það eru þau mál þar sem tekin verður eða til greina kemur að taka stjórnvaldsákvörðun.¹⁰³ Áréttá má það sem sagði í áður nefndu *áliti setts umboðsmanns Alþingis frá 31. ágúst 2010 (mál nr. 5758/2009) (auglýsinga-skilti)*:

¹⁰⁰ Tekið er fram að andmælaregla 13. gr. stjórnarsýslulaga hafi áður gilt á óskráðum grunni í Róberti R. Spanó og Hafsteini Dan Kristjánssyni: „Stjórnarsýsluréttur“, bls. 122.

¹⁰¹ Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Vandaðir stjórnarsýsluhættir*, bls. 14-15.

¹⁰² John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 122, og Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer*, bls. 119. Sjá til hliðsjónar Hafstein Dan Kristjánsson: *Vandaðir stjórnarsýsluhættir*, bls. 55-57.

¹⁰³ Sjá til dæmis Jens Garde o.fl.: *Forvaltningsret. Sagsbehandling*, bls. 11.

„Þegar athugun á máli hefst sem getur lyktað með töku stjórnvaldsákvörðunar, þótt ekki liggi enn fyrir hver niðurstaða málsins verður, er um stjórnslumál að ræða og stjórnvaldi skylt að fylgja málsmeðferðarreglum stjórnslulaga nr. 37/1993.“

Af þessu leiðir að miklu skiptir hvenær um stjórnslumál er að ræða en svo háttar til þegar máli *getur* lyktað með töku stjórnvaldsákvörðunar. Spyrja má hvenær sé um eitt eða fleiri stjórnslumál að ræða. Ímyndum okkur Jensínu og Pétur sem bæði hafa sótt um réttindi frá stjórnvöldum. Segjum að Jensína hafi sótt um bætur frá tryggingastofnun en Pétur hafi sótt um starf hjá heilbrigðisráðuneytinu. Auðsýnilega eru þetta sitthvort stjórnslumálið. Um er að ræða ákvarðanir um mismunandi andlög sem eru teknar af ólíkum stjórnvöldum. Jensína og Pétur eru ekki aðilar að máli hvors annars. Þau njóta því ekki þeirra réttinda sem stjórnslulög mæla fyrir um í máli hvors annars.¹⁰⁴ Þannig getur Jensína almennt ekki óskað eftir gögnum í máli Péturs eða átt rétt á því að koma að athugasemdum sínum og öfugt. Hvað ef þau hafa bæði sótt um starf hjá heilbrigðisráðuneytinu? Gefum okkur að Jensína hafi sótt um starf lögfræðings en Pétur hafi sótt um starf tölvunarfræðings. Nú er það sama stjórnvaldið sem tekur ákvörðun um sams konar tegund andlags. Engu að síður er þetta sitthvort starfið og sitthvort málið. Hvað ef þau sækja bæði um starf lögfræðings hjá heilbrigðisráðuneytinu? Ef um sitthvora stöðuna er að ræða eru málin tvö. Ef um sömu stöðuna er að ræða er málið eitt. Við síðari aðstæðurnar eru Jensína og Pétur aðilar eins og sama stjórnslumálsins. Hvað veldur því að um eitt eða fleiri mál sé að ræða?

Málin geta vandast enn frekar. Segjum að Jensína og Pétur sæki um átta auglýst embætti dómara. Við meðferð málsins skilar dómnefnd af sér einu álitu fyrir allar átta stöðurnar. Hversu mörg stjórnslumál voru í gangi og voru Jensína og Pétur aðilar að öllum þeirra?

Breytum um umhverfi. Sigurbjörg rekur tiltekna starfsemi og fær áminningu og kröfu um úrbætur með bréfi eftirlitsstofnunar þar sem jafnframt er tekið fram að starfsemin verði stöðvuð eftir tvær vikur verði ekki búið að láta af ákveðinni ólögmati háttsemi og bæta úr. Eftir tvær vikur er starfsemi hennar stöðvuð. Var ákvörðunin um áminningu og kröfu um úrbætur hluti af sama málinu og ákvörðunin um stöðvun starfseminnar? Niðurstaða um atriðið getur haft þýðingu fyrir álitafnið hvernig reglur stjórnslulaga horfa við hvorri ákvörðuninni þó ekki þurfi að vera mikill munur í öllum tilvikum.

¹⁰⁴ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 73-74.

Þannig má gera ráð fyrir því að Sigurbjörg hafi átt rétt til andmæla áður en ákvörðun um stöðvunina var tekin hafi undantekningar frá 13. gr. stjórnarsýslulaga ekki átt við. Þó getur það haft þýðingu fyrir til dæmis birtingu ákvörðunar, rétt til rökstuðnings og stjórnarsýsluæru.

Aftur til Jensínu og Péturs. Segjum að þau séu aðilar að sitthvoru málinu hjá sama stjórnvaldinu. Stjórnvaldið notar upplýsingar úr máli Jensínu, sem eru í málamöppunni hennar og skráð á málsnúmer hennar, þegar það tekur ákvörðun í máli Péturs. Voru þetta gögn í máli Péturs eða aðeins í máli Jensínu?

Ýmsum spurningum hefur verið varpað fram sem ekki verður öllum svarað hér. Þess í stað verður bent á hvernig beri að nálgast úrlausn slíkra álitaefna og tekin dæmi.

7.2 Huglæg og hlutlæg afmörkun

Eins og áður sagði er hugtakið mál eða stjórnarsýslumál hvorki skilgreint í stjórnarsýslulögum né lögskýringargögnum. Yfirleitt þarf þó ekki að velkjast í vafa um hvaða gögn tilheyra máli og hvort um eitt eða fleiri mál sé að ræða.¹⁰⁵ Upp geta þó komið vafatilfelli. Unnt er að afmarka mál á tvenns konar hátt. Annars vegar er það hlutlæg, hlutbundin eða formleg afmörkun máls. Er þá alla jafna horft til þess hvaða gögn og upplýsingar er að finna í einu og sömu málamöppunni eða hafa verið skráðar á sama málsnúmerið í tölvukerfum stjórnvalds.¹⁰⁶ Tengist þetta hugtakinu mál í þeim skilningi hvaða gögn tengjast úrlausnarefni máls.¹⁰⁷ Oft þarf ekki að afmarka mál frekar.

Í vafatilvikum verður þó að afmarka mál á huglæga, lagalega eða efnislega vísu og ræður hún úrslitum ef á milli ber hlutlægu og huglægu nálgunarinnar. Tengist það þeim skilningi á máli að vera tiltekið úrlausnarefni.¹⁰⁸ Stjórnvald getur til að mynda ekki komið í veg fyrir aðgang aðila að gagni máls á þeirri forsendu einni að það hafi skráð það á annað málsnúmer.¹⁰⁹ Með huglægu nálguninni er lagt efnislegt mat á mál og gögn með það fyrir augum að svara því hvort

¹⁰⁵ Sjá til dæmis Hans Gammeltoft Hansen: „Sag – afgørelse – part“, bls. 27.

¹⁰⁶ Sjá til dæmis Pál Hreinsson: *Stjórnarsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 632, Hans Gammeltoft Hansen: „Sag – afgørelse – part“, bls. 21, Jens Garde o.fl.: *Forvaltningsret. Sagsbehandling*, bls. 4-5, og Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 70. Sjá einnig til hliðsjónar Björn Þ. Guðmundsson: „Grundvallarhugtök í stjórnarsýslurétti“, bls. 96.

¹⁰⁷ Um skilgreiningu á máli í þeim skilningi sjá Pál Hreinsson: *Stjórnarsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 632. Hér er áhersla lögð á afmörkun máls en það tengist vitaskuld ólíkum skilningi á hugtakinu mál.

¹⁰⁸ Páll Hreinsson: *Stjórnarsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 632.

¹⁰⁹ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 71.

um eitt eða fleiri mál sé að ræða og hvort gagn tilheyri máli.¹¹⁰ Við slíkt mat verður að huga að grundvelli ákvörðunar, þ.e. lagagrundvelli og staðreyndum máls, sbr. til hliðsjónar annan meginþáttinn að framan um stjórnvaldsákvarðanir.¹¹¹ Einnig hefur verið nefnt að huga þurfi að markmiðum máls.¹¹² Samantekið hefur verið bent á að huga þurfi að málsatvikum, reglum sem kemur til greina að beita og markmiði ákvörðunar.¹¹³

Tökum dæmi um annars vegar hvaða gögn og upplýsingar tilheyra máli og hins vegar hvenær er um eitt eða fleiri mál að ræða.

7.3 Hvaða gögn og upplýsingar tilheyra máli?¹¹⁴

Þegar tekin er afstaða til þess hvaða gögn tilheyra máli reynir yfirleitt á hvernig beri að túlka 1. mgr. 15. gr. stjórnsýslulaga þar sem fram kemur að aðili eigi rétt til aðgangs að „gögnum er mál varða“. Stundum reynir á kæruehimild 19. gr. sömu laga þar sem vísað er til „gagna málsins“. Við túlkun á ákvæðunum verður þó að hafa í huga hvernig stjórnsýslumál er afmarkað. Þessi atriði fléttast saman þótt síðarnefnda atriðið sé oft í bakgrunninum.

Í álitum umboðsmanns Alþingis frá 15. mars 2011 (mál nr. 6121/2010) (hæfi framkvæmdastjóra) kvartaði A yfir því að Fjármálaeftirlitið hefði synjað honum um aðgang að gögnum í máli er laut að hæfi hans til að gegna stöðu framkvæmdastjóra tiltekins lífeyrissjóðs. Fjármálaeftirlitið hafði farið þá leið að lýsa í bréfi til A í löngu og ítarlegu máli þeim efnisatriðum og sjónarmiðum sem stofnunin hugðist leggja til grundvallar mati sínu. Fjármálaeftirlitið byggði á því að meðal gagna málsins hefðu aðeins verið tilkynning lífeyrissjóðsins um að A hefði verið ráðinn sem framkvæmdastjóri, upplýsingar sem vörðuðu starfsferil A, eitt minnisblað og bréfið með lýsingunni. Önnur gögn, sem byggt hefði verið á í lýsingunni, hefðu tilheyrt öðrum málum sem hefðu eftir atvikum verið send til rannsóknar hjá embætti sérstaks saksóknara. Jafnframt hefðu gögnin ekki verið lögð fyrir stjórn Fjármálaeftirlitsins og því hefði ákvörðunin ekki byggst á þeim. Um

¹¹⁰ Sjá til dæmis Hans Gammeltoft Hansen: „Sag – afgørelse – part“, bls. 21 og Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 72.

¹¹¹ Sjá til dæmis Pál Hreinsson: „Upplýsingaréttur aðila stjórnsýslumáls“, bls. 211 og Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 74.

¹¹² Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 71.

¹¹³ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 74.

¹¹⁴ Almennt um hvað aðili máls á rétt á að kynna sér sjá Pál Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 630-635.

það hvort önnur gögn, sem lýsingin byggði á, hefðu tilheyrð máli A með þeim afleiðingum að upplýsingaréttur A tæki til þeirra sagði svo í álitinu:

„Ég fellst ekki á þessa afstöðu Fjármálaeftirlitsins. Við afmörkun á því hvaða gögn teljast „varða mál“ í skilningi 1. mgr. 15. gr. stjórnslulaga verður að líta til þess hvort þau hafa efnislega þýðingu eða tengsl við tiltekið úrlausnarefni sem er eða hefur verið til meðferðar hjá stjórnvaldi og ætlunin er að leysa úr, eða úr því hefur verið leyst með stjórnvaldsákvörðun ... Ég minni í þessu sambandi á að í skýringum Fjármálaeftirlitsins til mín kemur fram að þau efnisatriði sem var lýst í bréfi stofnunarinnar til A ... hafa verið „efnisatriði úr nokkrum málum sem höfðu verið til athugunar og rannsóknar hjá Fjármálaeftirlitinu“. Það verður því ekki önnur ályktun dregin af því en sú að Fjármálaeftirlitið hafi að einhverju leyti byggt á þessum upplýsingum og gögnum í máli A. Því verður að telja að þau skjöl og önnur gögn sem þessar ályktanir byggðust á hafi varðað mál hans. Það að upplýsingarnar og gögnin hafi upphaflega tilheyrð öðrum málum hefur ekki þýðingu í þessu sambandi. Um leið og Fjármálaeftirlitið afmarkaði stjórnslumál um hæfi A á grundvelli þeirra atriði sem þar komu fram urðu þau að gögnum í máli hans. Ég minni hér jafnframt á að réttur samkvæmt 1. mgr. 15. gr. stjórnslulaga verður ekki afmarkaður það þröngt að hann taki einvörðungu til gagna sem hafa að geyma þær efnislegu forsendur sem úrlausn stjórnslumáls byggist á eða að mati stjórnvalds hafa þýðingu í undirbúningi eða töku stjórnvaldsákvörðunar. Hér verður einnig að hafa í huga að það kann að rísa ágreiningur um það hvort og þá hvaða þýðingu tiltekið gagn skuli hafa við úrlausn máls, þ. á m. hvort þær ályktanir sem hafa verið dregnar af því hafi verið forsvaranlegar.“

Eins og fram kemur í álitinu verður að leggja mat á hvort gagn hafi „efnislega þýðingu eða tengsl við tiltekið úrlausnarefni“ þar sem til greina kemur að taka eða tekin hefur verið stjórnvaldsákvörðun.¹¹⁵ Byggt er á huglægu nálguninni. Af þessu leiðir að um leið og stjórnvald styðst við gögn úr öðru máli verða þau að gögnum fyrirbyggjandi máls. Í dæminu að framan um Jensínu og Pétur þá verða gögnin í máli Jensínu, sem eftirlitsstjórnvaldið notar í máli Péturs, að gögnum í máli Péturs. Enn fremur verður ályktað að ekki skipti máli hvort ákvörðun hafi að lokum beinlínis verið byggð á gögnunum eða gögnin hafi að mati stjórnvaldsins ekki þýðingu enda kann að rísa ágreiningur um þær ályktanir sem verða dregnar af gögnunum. Í málinu að framan réð úrslitum að stuðst var við gögnin þegar lýst var þeim efnisatriðum sem

¹¹⁵ Páll Hreinsson: *Stjórnsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 630, orðar það svo að mestu máli skipti „hvort gögn snerti það álitarefni sem úrlausn málsins getur byggst á“.

Fjármálaeftirlitið hugðist byggja ákvörðunina á. Með því varð efni gagnanna að hluta málsins óháð því hvort þau væru sem slík lögð fyrir stjórn eftirlitsins. Það voru því vissar staðreyndir, þ.e. Fjármálaeftirlitið studdi lýsingu sína við gögnin, sem höfðu þýðingu við afmörkun á úrlausnarefni málsins.

Við matið verður fyrst að afmarka „úrlausnarefni“ máls, þ.e. það efni máls sem stjórnvaldsákvörðun lýtur að eða til greina kemur að muni lúta að eða gat lotið að. Þegar það er gert verður annars vegar að huga að þeim lagagrundvelli sem ákvörðun byggist á og hins vegar að því hvernig úrlausnarefnið hefur verið afmarkað í reynd. Í þessu sambandi má minna á hugtakið „sakarefni“ í einkamálaréttarfari til hliðsjónar. Að því búnu verður að meta hvort gagn eða upplýsingar hafi efnislega þýðingu eða tengsl við úrlausnarefnið. Hafi það slíka þýðingu telst það vera „gagn er mál varðar“ í skilningi 1. mgr. 15. gr. stjórnsýslulaga. Við mat á því hvaða gögn og upplýsingar tilheyra máli er einnig hægt að líta til rannsóknarreglunnar og skráningarskyldunnar.¹¹⁶

Þessu má stilla upp á eftirfarandi hátt:

- 1) Afmarka úrlausnarefni máls með hliðsjón af lagagrundvelli og staðreyndum, þar á meðal þeim lyktum máls sem koma til greina samkvæmt lagagrundvellingum og hvað stjórnvald og aðili hafi í reynd byggt á, notað eða stuðst við.
- 2) Meta hvort gagn eða upplýsingar tengist úrlausnarefninu.

Í áliti setts umboðsmanns Alþingis frá 28. september 2009 (mál nr. 5466/2008) (undirskriftarlistar) hafði A sótt um embætti orkustjóra. Henni var synjað um aðgang að undirskriftarlista sem starfsmenn Orkustofnunar höfðu sent ráðuneytinu. Iðnaðarráðuneytið taldi meðal annars vafasamt að undirskriftarlistinn væri meðal gagna málsins með vísan til uppruna hans. Litið hefði verið framhjá skjalinu við ákvörðun um skipun í embættið en um var að ræða skjal sem ótilgreindur þriðji aðili hefði tekið saman og sent ráðuneytinu. Í áliti setts umboðsmanns var meðal annars bent á að í 1. mgr. 15. gr. stjórnsýslulaga kæmi fram „gögn er mál varða“ en af því væri ljóst að gögn yrðu að hafa ákveðin tengsl við mál. Í álitinu sagði síðan meðal annars:

„... tel ég a.m.k. mega draga þá ályktun að inntak réttarins [samkvæmt 15. gr. stjórnsýslulaga] verði ekki afmarkað það þröngt að það sé alfarið takmarkað við þau gögn sem hafa að geyma þær efnislegu forsendur sem úrlausn stjórnsýslumáls byggir á eða hafa að mati stjórnvalds haft þýðingu í undirbúningi að töku stjórnvaldsákvörðunar. Upplýsingaréttur aðila máls nær þvert á

¹¹⁶ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 70.

móti til allra skjala og gagna sem „mál varða“ og þá óháð sjálfstæðu mati stjórnvaldsins á því hvort hlutaðeigandi skjal eða gagn hafi efnislega þýðingu við úrlausn stjórnáskjalamálsins. Í þessu sambandi verður einnig að hafa í huga að ágreiningur kann einmitt að rísa um það hvort og þá hvaða þýðingu tiltekið gagn skuli hafa fyrir úrlausn málsins. Það að stjórnvald hafi talið rétt að láta hjá líða að draga gagnið inn í mat sitt við úrlausn málsins kann að mati aðila máls að fela í sér annmarka á málsmeðferð stjórnvaldsins sem málsaðili kann að láta reyna á fyrir dómstólum eða umboðsmanni Alþingis.“

Í framhaldinu lýsti settur umboðsmaður því hvaða gögn tilheyra stjórnáskjalamáli með almennum hætti:

„Með vísan til ofangreindra sjónarmiða tel ég að leggja verði til grundvallar við túlkun á 1. mgr. 15. gr. stjórnáskjalalaga að virtu orðalagi þess og markmiði að skjal eða annað gagn geti varðað tilgreint stjórnáskjalumál ef það er útbúið með tiltekið úrlausnarefni stjórnvalds í huga eða það að efni til hafi að geyma upplýsingar eða afstöðu utanaðkomandi aðila til atvika eða aðstæðna í slíku mál. Ég ítreka að skjal eða annað gagn getur talist varða mál í merkingu 1. mgr. 15. gr. stjórnáskjalalaga óháð afstöðu hlutaðeigandi stjórnvalds, sem falið er að taka stjórnvaldsákvörðun, til þess hvort gagnið hafi eða eigi að hafa efnislega þýðingu fyrir úrlausn málsins.“

Að lokum heimfærði settur umboðsmaður þessi sjónarmið á málsatvikin með eftirfarandi hætti:

„Þegar litið er til efnis umrædds undirskriftalista tiltekinnna starfsmanna Orkustofnunar og framangreindra skýringa iðnaðarráðuneytisins er ljóst að listinn hafi verið sendur ráðuneytinu gagnert vegna fyrirhugaðrar skipunar í embætti orkumálastjóra. Tilgangurinn með gerð hans og framlagningu hafi verið sá að reyna að hafa áhrif á ákvörðun ráðuneytisins um skipunina. Einnig liggur fyrir að iðnaðarráðuneytið tók undirskriftarlistann til varðveislu og vistaði hann með gögnum sem vörðuðu skipun orkumálastjóra. Að þessu virtu, og þrátt fyrir að iðnaðarmálaráðuneytið hafi ekki haft frumkvæði að því að afla undirskriftarlistans, og að ekkert í gögnum málsins bendi til þess að litið hafi verið til hans við töku ákvörðunar um skipunina, tel ég með vísan til framangreindra lagasjónarmiða að undirskriftalistinn teljist ótvírætt „varða“ það stjórnáskjalumál sem lauk með skipun iðnaðarráðherra í embætti orkumálastjóra. Því fór um aðgang A að undirskriftarlistanum eftir ákvæðum 15.-17. gr. stjórnáskjalalaga.“

Af álitinu verður ráðið að við matið geti skipt máli hvort gagn hafi annars vegar verið útbúið með úrlausnarefni stjórnvalds í huga eða hins vegar að efni þess hafi að geyma upplýsingar eða afstöðu utanaðkomandi aðila til atvika eða aðstæðna í máli. Þá eru gögn máls ekki

afmörkuð svo þröngt að aðeins þau gögn sem hafa að geyma efnislegar forsendur fyrir niðurstöðu máls tilheyra því.

Í álitni umboðsmanns Alþingis frá 16. apríl 2010 (mál nr. 5481/2008) (ábendingar) reyndi á hugtakið „gögn máls“ í 19. gr. stjórnslulaga sem kveður á um kærheimild vegna synjunar um að afhenda gögn samkvæmt 15. gr. sömu laga. Í málinu var kvartað yfir því að fyrirtæki hefði ekki fengið aðgang að gögnum um það hvort ábendingar hefðu borist Samkeppniseftirlitinu um meint brot félagsins. Jafnframt hver hefði þá komið fram með ábendingar. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála byggði afstöðu sína á því að umræddar upplýsingar teldust ekki til „gagna máls“ í skilningi 19. gr. stjórnslu. Þar með brýsti heimild til að kæra til nefndarinnar synjun Samkeppniseftirlitsins um að afhenda upplýsingarnar og var henni vísað frá. Í málinu reyndi annars vegar á það að Samkeppniseftirlitið hefði ekki sjálft aflað gagnanna og hins vegar hélt það því fram að það hygðist ekki byggja niðurstöðu sína á þeim. Í álitinu sagði meðal annars:

„Ekki skiptir máli fyrir það, hvort gögn teljist til „gagna máls“ í þessum skilningi, hvort gagnanna sé sérstaklega „aflað“ eða hvort þau verði hluti af málinu eftir öðrum leiðum, s.s. þegar þriðji aðili kemur gögnum, er varða umrætt stjórnslumál, til stjórnvalda. Ljóst er að þýðingarmikil gögn kunna að koma inn í stjórnslumál að frumkvæði annarra heldur en stjórnvaldsins sjálfs. Takmörkun á upplýsingarétti stjórnslulaga, á þessum grundvelli, væri til þess fallin að skerða verulega réttaröryggi borgaranna og fyrir henni er hvorki að finna stoð í texta laganna sjálfra né lögskýringargögnum.“

Umboðsmaður taldi því ekki skipta máli hver hefði aflað gagna málsins. Í álitinu tók hann jafnframt fram að ekki skipti máli hvenær það hefði gerst. Í framhaldinu fjallaði hann um sjónarmið um að Samkeppniseftirlitið hygðist ekki byggja á gögnunum og hefði þau því ekki þýðingu fyrir efni málsins. Tók hann fram að það væri vandséð að sjá fyrir fram hvaða gögnum stjórnvald hygðist byggja niðurstöðu sína á. Hann hafnaði því einnig að hugtakið „gögn máls“ takmarkaðist með þessum hætti.

Nú hefur verið gerð grein fyrir þremur málum þar sem fjallað hefur verið um sjónarmið sem hafa þýðingu við afmörkun á gögnum máls að því er varðar upplýsingarétt aðila máls. Verður nú vikið að nokkrum dæmum.

Bréf sem stjórnvald sjálft sendir, þar á meðal tölvubréf, þar sem það til dæmis staðfestir móttöku erindis eða upplýsinga eru gögn máls.¹¹⁷ Ef

¹¹⁷ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 73.

stjórnvald fær gögn eða upplýsingar sendar frá utanaðkomandi aðila, sem hafa efnislega þýðingu fyrir eða efnisleg tengsl við úrlausnarefni máls, teljast almennt meðal gagna þess. Á það bæði við um gögn frá einkaaðilum og stjórnvöldum.¹¹⁸ Sömuleiðis ef stjórnvald styðst við gögn úr einu máli í öðru máli þá verða þau einnig að gögnum þess máls.¹¹⁹

Hafi gagn verið sent stjórnvaldi fyrir mistök telst það ekki hluti af máli að því tilskyldu að það hafi ekki efnislega þýðingu fyrir úrlausnarefnið. Ekki nægir þó að sendandi hafi ekki gert sér grein fyrir að gagnið væri undirorpið upplýsingarétti aðila máls.¹²⁰ Ef stjórnvald sér eftir að hafa sent bréf og afturkallar það telst það engu að síður vera gagn málsins.¹²¹ Í dönskum rétti hefur því verið velt upp hvort umsókn sem aðili afturkallar fljótlega eftir að hann sendi hana sé meðal gagna máls. Í því sambandi hefur verið bent á að sé viðkomandi eini umsækjandinn er ekkert mál til meðferðar eftir að hann afturkallar umsóknina.¹²² Í tengslum við þetta má þó benda á að stjórnsýslumál hófst og umsóknin var gagn í því máli þótt því hafi síðar lokið. Hið sama á við þegar aðili sækir um til dæmis starf þar sem eru fleiri umsækjendur. Rök standa til þess að umsóknin verði hluti af gögnum málsins þótt hún hafi verið dregin til baka.

Ef stjórnvald geymir afrit dóma, laga, fræðiskrifa og almennra upplýsinga um stjórnsýslufráfarir í málamöppu teljast þau almennt ekki vera gögn málsins nema eitthvað meira komi til. Aftur á móti eru afrit dagsblaðs- og tímaritsgreina og útskriftir til dæmis úr Þjóðskrá gögn málsins hafi þau efnislega þýðingu fyrir úrlausnarefnið.¹²³

Að lokum má ekki gleyma því að stjórnvöld getur borið að tryggja sönnun um ýmis atriði. Því getur skipt máli að stjórnvald búi yfir afriti gagna.¹²⁴ Stjórnvöldum er almennt óheimilt að endursenda gögn máls með þeim afleiðingum að ekki liggi fyrir á hvaða gögnum úrlausn máls byggðist.¹²⁵

¹¹⁸ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 630.

¹¹⁹ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 72.

¹²⁰ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 72.

¹²¹ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 72.

¹²² Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 72.

¹²³ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 73.

¹²⁴ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 72. Sjá einnig Hafstein Dan Kristjánsson: *Vandaðir stjórnsýsluhættir*, bls. 59-61.

¹²⁵ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 634.

7.4 Eitt eða fleiri mál?

Þegar tekin er afstaða til þess hvort um eitt eða fleiri mál sé að ræða verður að meta grundvöll ákvörðunar, þ.e. lagagrundvöll og staðreyndir máls.¹²⁶ Rifjum upp dæmið að framan þar sem Jensína og Pétur sækja um sama lögfræðistarfið í heilbrigðisráðuneytinu. Í þessu tilviki eru staðreyndir málsins þær að málið hefur verið afmarkað við að veita eitt starf (eða „ein réttindi“) og Jensína og Pétur eru að bílast um það. Ef þau eru einu tveir umsækjendurnir getur niðurstaðan verið ein af þremur: Jensína fær starfið, Pétur fær starfið eða hvorugt fært starfið. Fáir Jensína starfið er jafnframt verið að hafna því að veita Pétri það. Þegar um mörg störf er að ræða, eins og í tilviki dæmisins um átta laus dómaraembætti, er í reynd verið að taka átta stjórnvaldsákvæðanir. Hafi Jensína og Pétur sótt um þær allar teljast þau vera aðilar í öllum málunum. Ekki má gleyma því að þau hefðu getað sótt um ákveðið dómaraembætti. Undir venjulegum kringumstæðum hefðu þau ekki orðið að sækja um þær allar. Séu til dæmis auglýst sjö embætti við Héraðsdóm Reykjavíkur og eitt embætti við Héraðsdóm Austurlands kunna þau að kjósa að sækja ekki um síðastnefnda embættið þótt það hafi verið auglýst með hinum embættunum eða öfugt.

Á sambærileg álitaefni reynir þegar styrk er úthlutað. Ef einn styrkur er í boði og margir umsækjendur er um eitt mál að ræða. Ef fleiri styrkir eru í boði sem tengjast ekki innbyrðis er um fleiri mál að ræða. Til að mynda ef Rán sækir um námsstyrk, sem hefur engin tengsl við umsóknir annarra um námsstyrk, þá er um sjálfstætt stjórnsýslumál að ræða og hún eini aðili þess. Ef fleiri styrkir eru í boði verður að kanna grundvöll ákvörðunar. Beri til dæmis samkvæmt lagagrundvællinum að úthluta í einu lagi einni fjárhæð, sem heimilt er að skipta á fleiri umsækjendur, standa rök til að þess að líta svo á að um eitt mál sé að ræða með mörgum aðilum. Þótt margir fáir styrk eru þeir í vissum skilningi að keppast um að fá styrkinn eða hluta hans. Ef einn fær styrk getur það komið í veg fyrir að annar fáir styrk eða að viðkomandi kann að fá lægri styrk. Til dæmis ef Hafliða er veittur styrkur að fjárhæð einni milljón króna af tíu milljónum króna minnkar sú fjárhæð sem er eftir í pottinum fyrir aðra umsækjendur. Af þessu leiðir að sé starfsmaður sem kemur að úthlutun styrksins vanhæfur vegna tengsla sinna við Hafliða ber honum ekki aðeins að víkja þegar fjallað er um umsókn hans heldur að taka ekki þátt í meðferð málsins í heild sinni.

¹²⁶ Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“, bls. 74.

Munurinn á máli Ránar og Hafliða veltur á eðli og efni ákvörðunarinnar sem tekin verður (úrlausnarefni málsins) í ljósi lagagrundvallarins.

8. *Lokaorð*

Ákvörðun um að vísa nemanda úr tíma er ekki stjórnvaldsákvörðun vegna þess að hún varðar ekki rétt í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórn-sýslulaga, eins og það ákvæði er túlkað, og eftir að lagt hefur verið mat á lagagrundvöll ákvörðunarinnar og þjónustunnar. Hún lýtur fremur að framkvæmdarlegu atriði en að veita eða takmarka rétt í þessum skilningi. Ákvörðun um að vísa nemanda úr skóli varðar aftur á móti rétt í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórn-sýslulaga, nánar tiltekið að takmarka eða svipta nemandann ákveðnum rétti til skólavistarinnar og þeirrar þjónustu sem fylgir henni. Hún lýtur síður að framkvæmdarlegu atriði. Sú niðurstaða ræðst einnig af annars vegar túlkun á 2. mgr. 1. gr. stjórn-sýslulaga og hins vegar mati á lagagrundvelli ákvörðunarinnar og þjónustunnar.

Fjallað var um nokkur atriði í tengslum við hugtakið stjórnvaldsákvörðun. Vikið var að bitbeini í dönskum rétti um ákvarðanahugtakið og því velt upp hvernig þau rök sem hafa komið fram þar í landi horfa við íslenskum rétti. Sumar athafnir, sem teljast ekki ákvarðanir í skilningi dönsku stjórn-sýslulaganna, varða engu að síður rétt viðkomandi, eru lagalegs eðlis, bindandi og eru teknar á grundvelli valdheimildar. Í tengslum við það var gerð grein fyrir meginþáttum aðferðar við mat á því hvort ákvörðun teljist stjórnvaldsákvörðun. Samkvæmt aðferðinni ber fyrst að afmarka hugtakið stjórnvaldsákvörðun með því að túlka 2. mgr. 1. gr. stjórn-sýslulaga. Því næst ber að greina og leggja mat á grundvöll athafnar eða ákvörðunar, þ.e. lagagrundvöll og staðreyndir máls. Eftir það ber að meta hvort athöfnin eða ákvörðunin fellur að hugtakinu stjórnvaldsákvörðun.

Í framhaldinu var fjallað aðeins um túlkun á 2. mgr. 1. gr. stjórn-sýslulaga og stjórnvaldsákvörðanir greindar frá þjónustustarfsemi, einkaréttarlegum ákvörðunum, innri málefnum og málsmeðferðarákvörðunum. Því næst var bent á að það ráði ekki úrslitum að athöfn varði „rétt“ almennt séð eða í viðtækum skilningi. Ekki allar ákvarðanir sem varða rétt eru stjórnvaldsákvörðanir heldur aðeins þær sem varða rétt í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórn-sýslulaga. Mat á því hvað teljist réttur í skilningi lagaákvæðisins fari ekki fram í lagalegu tómarúmi. Það úrlausnarefni ráðist meðal annars af túlkun lagaákvæðisins með hefðbundnum lögskýringaraðferðum. Enn fremur

væru ekki allar ákvarðanir sem eru lagalegs eðlis stjórnvaldsákvarðanir. Annars vegar yrðu þær að vera fremur lagalegs eðlis en til dæmis framkvæmdarlegs eðlis. Hins vegar yrðu þær að vera fremur lagalegs eðlis á ákveðinn hátt, þ.e. veita eða takmarka rétt, leggja á eða létta af skyldu. Um væri að ræða matskennt úrlausnarefni sem fæli í sér mat á sjónarmiðum sem væru „meira eða minna“ fyrirbæri en ekki „annaðhvort eða“. Jafnframt færi matið ekki fram í lagalegu tómarúmi heldur á grundvelli þeirra laga sem gilda um ákvörðunina og heildarsamhengis hennar. Þegar þessi atriði væru virt væri ekki jafn mikil ástæða til að hafa áhyggjur af þeim vandkvæðum sem hefðu verið gerð að umtalsefni í dönskum rétti og leit út við fyrstu sýn. Þau atriði sem voru nefnd væru þó engin töfralausn og gætu krafist vandasams mats.

Þá var dregið á nokkrum atriðum um grundvöll ákvörðunar og tekið fram að besta leiðin til að útskýra atriðið væri að taka dæmi. Af þeim sökum var næst farið yfir *dóm Hæstaréttar frá 15. desember 2016* en í málinu reyndi á það markartilvik hvort kæra til lögreglu á grundvelli tiltekins lagaákvæðis teldist stjórnvaldsákvörðun eða málsmeðferðar-ákvörðun. Dómurinn var tekinn sem dæmi um hvernig unnt væri að greina grundvöll ákvörðunar og máta hann við inntak hugtaksins stjórnvaldsákvörðun. Bent var á að þessum atriðum væri ekki gefinn nægilegur gaumur í rökstuðningi dómsins.

Að síðustu var farið yfir hugtakið stjórnsýslumál. Tekið var fram að svokölluð huglæg nálgun, sem fæli í sér efnislagt mat, réði úrslitum. Hið efnislega mat yrði að vera framkvæmt í samhengi við grundvöll málsins, þ.e. lagagrundvöll og staðreyndir máls. Í framhaldinu voru reifuð viðmið eða sjónarmið úr framkvæmd um hvaða gögn tilheyra máli, svo sem að gagn hafi efnislega þýðingu eða tengsl við úrlausnarefni máls. Að lokum var því velt upp hvenær væri um eitt eða fleiri stjórnsýslumál að ræða og tekin dæmi í því sambandi.

Rauði þráðurinn í greininni var aðferðafræðilegur. Lögð var áherslu á að leggja mat á lagalegan og staðreyndarlegan grundvöll ákvörðunar, athafnar eða máls hverju sinni. Enn fremur að túlka bæri bæði lagagrundvöll ákvörðunar, athafnar eða máls sem og það ákvæði stjórnsýslulaga sem á reyndi í hverju tilviki. Megin skilaboðin voru þessi: huga verður að grundvelli stjórnvaldsákvarðana og stjórnsýslumála hverju sinni í ljósi stjórnsýslulaga.

Abstract

The Basis of Administrative Acts and Administrative Cases. A Few Considerations Regarding Foundations and Method

What differentiates between a decision to send a student out of class for misbehaviour, for example, which is not an administrative act, and expelling a student from school, which is an administrative act. Both decisions are in some sense legal, they both have to do with the student's right, they are both binding and are both taken on the basis of a power-conferring rule. So why is one decision an administrative act but not the other? The article discusses the concept of an administrative act in the Administrative Procedures Act No. 37/1993. It describes a method for determining which decisions are such acts. First, the concept in Article 1 (2) must be interpreted. Second, the ground of the decision must be identified and evaluated to determine its nature and content. That includes the legal basis of the decisions, such as the statute on elementary schools, and facts of the case. Third, the decision must be matched with the concept of an administrative act. The article then discusses how to interpret Article 1 (2) and distinguishes administrative acts from real acts (services), private acts, internal acts and procedural acts. After that the article highlights a few points in relation to the ground of a decision. Then the article analysis and criticizes the judgment of the Supreme Court from 15th December 2015 (No. 18/2016). Finally, the article discusses the concept of an administrative case. The demarcation of an administrative case can matter, for example, for deciding who are parties to it. The article analysis how the concept should be determined in each case. In relation to that two examples are taken. First, it is asked, analysed and answered what files or information belong to a case. Second, it is asked and answered how to decide whether there is one or more administrative cases. That depends on how many administrative acts will be made.

Heimildir

Alþingistíðindi.

- Bent Christensen: *Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation.* Kaupmannahöfn 1997.
- Björn Þ. Guðmundsson: „Grundvallarhugtök í stjórnarsýslurétti.“ *Tímarit lögfræðinga* 2. hefti 1987, bls. 85-103.
- Carsten Henrichsen: „Afgørelsesbegrebet i forvaltningsretten“ í *Forvaltningsloven 25 år.* Ritstj. Jens-Chr. Bülow o.fl. Kaupmannahöfn 2012, bls. 147-167.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinmi lagalegu aðferð.* Reykjavík 2015.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Er kæra til lögreglu stjórnvaldsákvörðun?“ *Úlfjótur* 2011, 64. árg., 1. töl., bls. 15-46.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“. *Stjórnmal og stjórnarsýsla* 2. töl. 10. árg. 2014, bls. 45-82.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Vandaðir stjórnarsýsluhættir.* Reykjavík 2016.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Framsendingarregla stjórnarsýslulaga“ í *Stjórnarsýslulögum 25 ára.* Ritstj. Hafsteinn Dan Kristjánsson. Reykjavík 2019.
- Hans Gammeltoft Hansen: „Sag – afgørelse – part“ í ritinu *Forvaltningsret.* Ritstj. Hans Gammeltoft-Hansen. 2. útg. Kaupmannahöfn 2002, bls. 19-83.
- Hans Gammeltoft-Hansen: „Forvaltningsakten og afgørelsesbegrebet“ í *Forvaltningsloven 25 år.* Ritstj. Jens-Chr. Bülow o.fl. Kaupmannahöfn 2012, bls. 159-176.
- Helle Bødker Madsen: *Privatisering og patientrettigheder.* Kaupmannahöfn 2010.
- Jens Garde o.fl.: *Forvaltningsret. Sagsbehandling.* 6. útg. Kaupmannahöfn 2007.
- Jens Peter Christensen: „Hans Gammeltoft-Hansen, Jon Andersen, Morten Engberg, Kaj Larsen, Karsten Loiborg og Jens Olsen: Forvaltningsret.“ *UfR 2003B*, bls. 230-232.
- John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer.* 3. útg. Kaupmannahöfn 2001.
- Jørgen Steen Sørensen: „Ombudsmanden anno.“ *Juristen* 2012.
- Karsten Revsbech og Søren Højgaard Mørup: „Forvaltningens virksomhed.“ *Forvaltningsret. Almindelige emner.* 6. útg. Ritstj. Karsten Revsbech o.fl. Kaupmannahöfn 2016.
- Karsten Revsbech: *Aktuel dansk forvaltningsret – karakteristiske træk og udviklingstendenser.* Kaupmannahöfn 2008, bls. 77-107.
- Niels Fenger: „Forvaltningsloven som minimumslov – 25 år efter“ í *Forvaltningsloven 25 år.* Ritstj. Jens-Chr. Bülow o.fl. Kaupmannahöfn 2012, bls. 69-89.
- Niels Fenger: „Sag – afgørelse – part“ í *Forvaltningsret.* Ritstj. Niels Fenger. Kaupmannahöfn 2018, bls. 69-111.
- Niels Fenger: *Forvaltningsloven Med kommentarer.* Kaupmannahöfn 2013.
- Ólafur Jóhannesson: *Stjórnarfararéttur. Almennur hluti.* Reykjavík 1955.
- Páll Hreinsson: „Upplýsingaréttur aðila stjórnarsýslumáls.“ *Úlfjótur* 2007, 60. árg., 2. töl. bls. 205-253.
- Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnarsýslulaga.* Reykjavík 2006.
- Páll Hreinsson: *Stjórnarsýsluréttur. Málsmeðferð.* Reykjavík 2013.
- Peter Blume: „Faktisk virksomhed eller afgørelse.“ *Nordisk Administratif Tidsskrift* nr. 5, 1995.
- Poul Andersen: *Dansk forvaltningsret. Almindelige emner.* 4. útg. Kaupmannahöfn 1955.
- Poul Andersen: *Om ugyldige forvaltningsakter. Med særligt henblik paa ugyldighedsgrundene.* Kaupmannahöfn 1924.
- Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða.* Reykjavík 2007.
- Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnarsýsluréttur“ í ritinu *Um lög og rétt.* *Helstu greinar íslenskrar lögfræði.* Ritstj. Björg Thorarensen. 3. útg., bls. 93-145.
- Skýrsla nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum* Reykjavík 2006.
- Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling.* 2. útg. Kaupmannahöfn 2006.
- Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret.* 4. útg. Kaupmannahöfn 2018.
- Søren H. Mørup: *Berettigede forventninger i forvaltningsretten.* Kaupmannahöfn 2005.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar Íslands

- Dómur Hæstaréttar frá 18. apríl 2002 (mál nr. 29/2002).
- Dómur Hæstaréttar frá 18. september 2008 (mál nr. 430/2007).
- Dómur Hæstaréttar frá 10. maí 2012 (mál nr. 359/2011).
- Dómur Hæstaréttar frá 15. desember 2016 (mál nr. 85/2016).
- Dómur Hæstaréttar frá 8. nóvember 2018 (mál nr. 436/2017).

Álit umboðsmanns Alþingis

- Álit umboðsmanns Alþingis frá 24. febrúar 1994 (mál nr. 761/1993).
- Álit umboðsmanns Alþingis frá 24. september 1996 (mál nr. 1364/1995).
- Álit umboðsmanns Alþingis frá 21. febrúar 2001 (mál nr. 2916/2000).
- Álit umboðsmanns Alþingis frá 1. nóvember 2001 (mál nr. 3340/2001).
- Álit umboðsmanns Alþingis frá 27. nóvember 2001 (mál nr. 2805/1999).
- Álit umboðsmanns Alþingis frá 31. júlí 2002 (mál nr. 3309/2001).
- Álit umboðsmanns Alþingis frá 5. mars 2004 (mál nr. 3853/2003).
- Álit umboðsmanns Alþingis frá 1. september 2004 (mál nr. 4065/2004).
- Álit umboðsmanns Alþingis frá 9. febrúar 2009 (mál nr. 5142/2007).
- Álit setts umboðsmanns Alþingis frá 28. september 2009 (mál nr. 5466/2008).
- Álit umboðsmanns Alþingis frá 9. nóvember 2009 (mál nr. 5186/2007).
- Álit umboðsmanns Alþingis frá 16. apríl 2010 (mál nr. 5481/2008).
- Álit umboðsmanns Alþingis frá 31. ágúst 2010 (mál nr. 5768/2009).
- Álit umboðsmanns Alþingis frá 15. mars 2011 (mál nr. 6121/2010).

Danskir dómar

- UfR 2005, bls. 615.
- UfR 2005, bls. 622.
- UfR 2005, bls. 2111.
- UfR 2004, bls. 2229.
- UfR 2008, bls. 422.
- UfR 2008, bls. 636H.
- UfR 2016, bls. 2034V.

Álit danska umboðsmannsins

- FOB 1992, bls. 141.
- FOB 1992, bls. 296.
- FOB 1999, bls. 693.
- FOB 1999, bls. 709.
- FOB 2002, bls. 480.
- FOB 2003, bls. 248.
- FOB 2003, bls. 590.
- FOB 2007, bls. 375.
- FOB 2012-2.
- FOB 2013-2.
- FOB 2013-3.

Elísabet Gísladóttir

AÐILD OG FYRIRSVAR BARNNA Í STJÓRNSÝSLUMÁLUM*

Efnisyfirlit

1. Inngangur.....	118
2. Réttarstaða barna.....	119
2.1 Sjálfstæð réttindi barna.....	119
2.2 Hlutverk foreldra gagnvart börnum sínum.....	122
2.2.1 Réttindi og skyldur foreldra samkvæmt barnasáttmálanum	122
2.2.2 Forsjá	123
2.2.3 Lögformlegt fyrirsva.....	125
2.3 Stigvaxandi réttur barna til að hafa áhrif á eigið líf	127
2.3.1 Friðhelgi einkalífs.....	127
2.3.2 Með- og sjálfsákvörðunarréttur barna	127
2.3.3 Áhrif barna þegar lögum sleppir.....	128
2.4 Réttur barna til að leita réttar síns	129
3. Börn sem aðilar stjórnsýslumála.....	131
3.1 Aðildarhæfi barna.....	131
3.2 Aðildarhugtak stjórnsýsluréttar.....	132
3.3 Aðild barna að stjórnsýslumálum	134
3.3.1 Ákvarðanir sem beinast að börnum	134
3.3.2 Sérregla barnaverndarlaga um aðild barna.....	135
3.3.3 Sérregla um aðild að umgengismálum.....	138
4. Forræði barna á stjórnsýslumálum	140
4.1 Fyrirsva barna.....	140
4.1.1 Mismunandi viðhorf	140
4.1.2 Álit umboðsmanns Alþingis um aðild og fyrirsva barns	142
4.1.3 Hvenær geta börn komið fram í eigin nafni?.....	145
4.1.4 Umboðsmenn eða aðstoðarmenn barna	148
4.2 Barnvænleg málsmeðferð	149
5. Lokaorð	151
Abstract.....	153
Heimildir	154

1. Inngangur¹

Hugtakið aðili máls er hvorki skilgreint sérstaklega í stjórnslulögum nr. 37/1993 né öðrum lögum. Almenn þó verið gengið út frá því að einstaklingur sem stjórnvaldsákvörðun beinist að eða á að öðru leyti verulegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta við úrlausn stjórnslumáls teljist aðili málsins.² Aðild að máli fylgja ýmis réttindi enda eiga flest ákvæði stjórnslulaga einungis við um aðila máls. Á það til dæmis við um andmælarétt, upplýsingarétt, réttinn til að óska eftir rökstuðningi og réttinn til að kæra stjórnvaldsákvörðun. Getur því haft mikla þýðingu fyrir einstakling að teljast aðili að stjórnslumáli sem snerta persónulega hagsmuni hans.³ Mikilvægt er að gera skýran greinarmun á aðild annars vegar og fyrirsvari hins vegar. Á meðan aðild ræðst af þeim réttindum og skyldum sem stjórnslumál varðar lýtur fyrirvarið að því hver hefur forræði á rekstri málsins.

Börn geta átt beina, sérstaka, verulega og lögvarða hagsmuni af úrlausn stjórnslumála af ýmsu tagi. Sem dæmi um það má nefna ákvörðun um hvort vísa eigi barni úr skóla annaðhvort tímabundið eða ótímabundið. Ekki leikur vafi á því að barnið hefur ríka hagsmuni af úrlausn slíks máls. Annað dæmi er barn sem kaupir sér farsíma fyrir eigið sjálfsafla- eða gjafafé, sem það ræður sjálf yfir samkvæmt 2. mgr. 75. gr. lögræðis laga nr. 71/1997. Ef í ljós kemur galli, sem seljandi vörunnar neitar að bæta, hefði barnið skýra hagsmuni af því að fá úrlausn frá kærunefnd lausafjár- og þjónustukaupa í málinu.⁴

Í íslenskum lögum er ekki að finna ákvæði sem kveður berum orðum á um hvort börnin í umræddum dæmum geti talist aðilar að málunum og ef svo er hvort þau geti sjálf rekið málin í eigin nafni. Börn undir 18

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Ég færi Hafsteini Dan Kristjánssyni, Hrefnu Friðriksdóttur, Margréti Maríu Sigurðardóttur, Silju Stefánsdóttur og Stellu Hallsdóttur bestu þakkir fyrir að hafa lesið yfir greinina og komið með gagnlegar ábendingar.

² Páll Hreinsson: „Aðili stjórnslumáls“, bls. 388, Páll Hreinsson: *Stjórnslulögin: skýringarrit*, bls. 47-48, Páll Hreinsson: *Stjórnsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 167-168 og Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnsluréttur“, bls. 113.

³ Páll Hreinsson: *Stjórnslulögin: skýringarrit*, bls. 43.

⁴ Nefndin tekur að vísu ekki stjórnvaldsákvörðanir heldur gefur út álit, sbr. reglugerð um kærunefnd lausafjár- og þjónustukaupa nr. 766/2006. Samkvæmt 10. gr. reglugerðarinnar eiga stjórnslulög þó almennt við um meðferð mála hjá nefndinni. Með lögum nr. 81/2019, sem taka gildi 1. janúar 2020, verður nefndin lögð niður og nýrri kærunefnd vöru- og þjónustukaupa komið á fót. Mun sú kærunefnd taka stjórnvaldsákvörðanir, þ.e. kveða upp úrskurði sem verða aðfararhæfir.

ára aldri eru ólöggráða en í því felst meðal annars að foreldrar eða aðrir forsjáraðilar ráða persónulegum högum þeirra og fara með lögformlegt fyrirvar fyrir þeirra hönd, sbr. 5. mgr. 28. gr. barnalaga nr. 76/2003. Á hinn bóginn kveða lög ekki skýrt á um það hvað felst í lögformlegu fyrirvari forsjáraðila og hvaða áhrif það hefur á stöðu barna við rekstur stjórnsýslumáls.

Í þessari grein verður fjallað um aðild og fyrirvar barna í stjórnsýslumálum. Til þess að fá heildstæða sýn á umfjöllunarefnið verður byrjað á því í kafla 2 að fjalla stuttlega um sjálfstæð réttindi barna og hlutverk foreldra gagnvart börnum sínum. Þar verður einnig fjallað um stigvaxandi rétt barna til að hafa áhrif á eigið líf og rétt barna til þess að leita réttar síns. Í kafla 3 verður fjallað um aðildarhæfi barna og aðild þeirra að stjórnsýslumálum. Í kafla 4 verður svo leitast við að varpa ljósi á hvort og þá hvenær börn geta sjálf farið með forræði á stjórnsýslumáli og komið fram í því sem sjálfstæðir aðilar, þ.e. án aðkomu forsjáraðila. Að lokum verða tekin saman lokaorð höfundar þar sem meðal annars verður leitast við að svara því hvort þörf sé á lagabreytingum til þess að skýra réttarstöðu barna að þessu leyti og tryggja betur sjálfstæð réttindi þeirra við meðferð stjórnsýslumála.

2. Réttarstaða barna

2.1 Sjálfstæð réttindi barna

Lengi vel var litið svo á að foreldrar hefðu nánast fullt vald til þess að ráða yfir börnum sínum og taka ákvarðanir fyrir þeirra hönd. Var því í raun litið á börn sem nokkurs konar „eign“ eða „viðhengi“ foreldra sinna fremur en sjálfstæða einstaklinga.⁵ Viðhorfið til barna hefur þó breyst mikið á undaförnum árum og áratugum og er nú almennt viðurkennt að börn séu fullgildir einstaklingar sem eigi sjálfstæð réttindi, óháð réttindum eða stöðu foreldra sinna. Þessi viðhorfsbreyting til stöðu barna endurspeglast einna helst í samningi Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins (hér eftir „barnasáttmálinn“) sem samþykktur var af allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna hinn 20. nóvember 1989. Með barnasáttmálanum voru sjálfstæð mannréttindi barna í fyrsta sinn viðurkennd með bindandi hætti á alþjóðlegum

⁵ Sjá til dæmis Þórhildur Línal: *Barnasáttmálinn: rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi*, bls. 6 og Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 44 og 48.

vettvangi.⁶ Síðan sáttmálinn var samþykktur hefur hann haft umfangsmikil áhrif á réttindi barna út um allan heim.⁷

Í barnasáttmálanum eru börnum tryggð ýmis grundvallarmannréttindi en í honum er að finna ákvæði um borgaraleg, stjórnmalaleg, efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi.⁸ Inntak sáttmálans er því afar víðtækt en lögð hefur verið áhersla á að lesa eigi ákvæði hans og túlka sem eina heild.⁹ Þó hafa greinar sáttmálans verið flokkaðar með ýmsum hætti en sú flokkun sem hefur náð hvað mestri útbreiðslu er að skipta réttindum sáttmálans í þrjá flokka: réttinn til *verndar*, réttinn til *umönnunar* og réttinn til *þátttöku*.¹⁰ Nefnd Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins (hér eftir „barnaréttarnefndin“), sem hefur eftirlit með framkvæmd sáttmálans, hefur einnig lýst því yfir að í sáttmálanum sé að finna fjórar svokallaðar grundvallarreglur sem tengi saman ólík ákvæði hans og beri að hafa í huga við túlkun og beitingu annarra réttinda.¹¹ Í fyrsta lagi er það jafnræðisreglan, sem finna má í 2. gr. sáttmálans, en samkvæmt henni ber að virða og tryggja öllum börnum þau réttindi sem kveðið er á um í sáttmálanum án mismununar af nokkru tagi. Í öðru lagi er það 3. gr. sáttmálans sem felur í sér þá meginreglu að það sem er barni fyrir bestu skuli ávallt hafa forgang þegar teknar eru ákvarðanir sem varða börn með einum eða öðrum hætti. Þriðju grundvallarregluna er að finna í 6. gr. sáttmálans sem fjallar um rétt sérhvers barns til lífs og þroska. Loks er 12. gr. sáttmálans ákvæði um að öll börn, sem myndað geta eigin skoðanir, eigi rétt á því að láta þær frjálsglega í ljós í öllum málum sem

⁶ *Männskliga rättigheter för barn. Ett informationsmaterial om FN:s konvention om barnets rättigheter*, bls. 14-15 og Hrefna Friðriksdóttir: „Samningur um réttindi barnsins“, bls. 292.

⁷ Öll aðildarríki Sameinuðu þjóðanna, fyrir utan Bandaríkin, hafa fullgilt barnasáttmálanum. Er hann því útbreiddasti mannréttindasamningur heims. Sjá *Status of Treaties: Convention on the Rights of the Child*.

⁸ Julia Sloth-Nielsen og Ton Liefgaard: *The United Nations Convention on the Rights of the Child: Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*, bls. 1 og Hrefna Friðriksdóttir: „Samningur um réttindi barnsins“, bls. 289.

⁹ Hrefna Friðriksdóttir: „Samningur um réttindi barnsins“, bls. 296.

¹⁰ Á ensku er vísað til flokkunarinnar sem ‘the three Ps’ – the right to protection, the right to provision and the right to participation. Sjá til dæmis Eugeen Verhellen: „The Convention on the Rights of the Child: Reflections from a historical, social policy and educational perspective“, bls. 49-50. Þessi flokkun hefur einnig verið þýdd sem *að veita, að vernda* og *að vera með*. Sjá til dæmis Hrefna Friðriksdóttir: „Samningur um réttindi barnsins“, bls. 297.

¹¹ *General Comment No. 5 (2003): General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)*, bls. 3-4.

varða þau og að skylt sé að taka tillit til skoðana þeirra í samræmi við aldur og þroska.

Barnasáttmálinn var fullgiltur fyrir Íslands hönd árið 1992 og lögfestur í heild sinni hér á landi árið 2013, sbr. lög nr. 19/2013. Óhætt er að segja að sáttmálinn hafi haft mikil áhrif á íslensk lög og lagaframkvæmd.¹² Má til dæmis nefna að grundvallarreglur sáttmálans hafa verið lögfestar sérstaklega í 1. gr. barnalaga nr. 76/2003, sbr. lög nr. 61/2012. Í almennum athugasemdum með frumvarpinu er tekið fram að ákvæðið eigi ekki einungis við um ákvarðanir á grundvelli barnalaga heldur um réttarstöðu barna á öllum sviðum samfélagsins. Þá er bent á að „öll lagaákvæði um börn byggist með einum eða öðrum hætti á eða beri að túlka með hliðsjón af framangreindum grundvallarreglum“.¹³

Fljótlega eftir að barnasáttmálinn var fullgiltur hér á landi voru gerðar breytingar á mannréttindakafla stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (hér eftir „stjórnarskrá“). Við þær breytingar kom nýtt ákvæði inn í 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar, þar sem fram kemur að börnum skuli tryggð í lögum sú vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst, sbr. 14. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995. Í athugasemdum með ákvæðinu er vísað til þess að það sæki meðal annars fyrirmynd í 3. gr. barnasáttmálans.¹⁴ Í ljósi þess að vísað er sérstaklega til barnasáttmálans í athugasemdunum hefur verið litið svo á að túlka beri umrætt stjórnarskrárákvæði til samræmis við hann.¹⁵ Athygli vekur þó að orðalag ákvæðisins vísar einungis til tveggja af þremur fyrrnefndum réttindaflokkum sáttmálans, þ.e. réttarins til verndar og umönnunar. Þannig er ekki beinlínis fjallað um rétt barna til þátttöku í stjórnarskránni. Aftur á móti má færa sannfærandi rök fyrir því að

¹² Sjá til dæmis Alpt. 2012-2013, A-deild, þskj. 155 - 155. mál.

¹³ Alpt. 2011-2012, A-deild, þskj. 328 - 290. mál. Sem dæmi um áhrif barnasáttmálans og grundvallarreglna hans í framkvæmd má nefna *Hrd. frá 29. nóvember 2017, í máli nr. 703/2017*. Málið laut að bráðabirgðaákvörðun um lögheimili 10 ára barns. Í málinu felldi Hæstiréttur úr gildi úrskurð héraðsdóms og vísaði málinu heim í hérað til löglegrar meðferðar og uppkvaðningar úrskurðar að nýju, á þeim grundvelli að barnið hefði ekki fengið tækifæri til þess að tjá sig um málið. Var í því sambandi meðal annars vísað í 12. gr. barnasáttmálans.

¹⁴ Alpt. 1994-95, A-deild, bls. 2110.

¹⁵ Sjá til dæmis Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 618. Um túlkun stjórnarskrárákvæða með vísan til alþjóðasamninga, einkum um mannréttindi, sjá til dæmis Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 249-252 og Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*, bls. 156-157. Sjá einnig Davíð Þór Björgvinsson: „Beiting Hæstaréttar á lögnum um mannréttindasáttmála Evrópu“, bls. 161 og Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 20-25.

réttur barna til þátttöku sé í raun svo nátengdur réttinum til verndar og umönnunar að túlka beri 3. mgr. 76. gr. til samræmis við grundvallarreglur 12. gr. barnasáttmálans.¹⁶ Má í því sambandi benda á að fyrirmynd ákvæðisins, sem finna má í 2. mgr. 3. gr. barnasáttmálans, hefur verið talið nokkurs konar „regnhlífarákvæði“ sem undirstrikar meginsjónarmið sáttmálans. Þannig beri að túlka það rúmt til samræmis við önnur réttindi sáttmálans, þar á meðal rétt barna til þátttöku.¹⁷

2.2 Hlutverk foreldra gagnvart börnum sínum

2.2.1 Réttindi og skyldur foreldra samkvæmt barnasáttmálanum

Þó að barnasáttmálinn feli í sér breytta afstöðu til þess valds sem foreldrum er falið yfir börnum sínum leggur sáttmálinn ríka áherslu á mikilvægi fjölskyldunnar og foreldra í lífi barna sinna. Þannig er í inngangi að barnasáttmálanum sérstaklega minnt á rétt hvers barns til þess að „alast upp innan fjölskyldu við hamingju, ást og skilning, til þess að persónuleiki þess geti mótast á heilsteypnan og jákvæðan hátt.“¹⁸ Hlutverk fjölskyldunnar og þá sérstaklega foreldra er svo nánar útfært í ýmsum ákvæðum barnasáttmálans en af þeim leiðir að hlutverk foreldra á fyrst og fremst að taka mið af hagsmunum og velferð barna.¹⁹ Þá má geta þess að samband barns við foreldra sína nýtur einnig verndar ákvæða um friðhelgi fjölskyldunnar, sbr. til dæmis 1. mgr. 71.

¹⁶ Sjá til dæmis Elísabet Gísladóttir: „Children's Right to Participation in Iceland“ (óbert grein). Sjá einnig Silja Stefánsdóttir: *Mannréttindi fatlaðra barna - Njóta fötluð börn þeirrar lagalegu verndar og umönnunar sem velferð þeirra krefst?*, bls. 80-82. Einnig má benda á að barnaréttarnefndin hefur ítrekað lagt áherslu á hið órjúfanlega samspil milli 3. gr. barnasáttmálans, sem vísað er til í athugasemdum með 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar og 12. gr. barnasáttmálans um rétt barna til þátttöku. Sjá til dæmis *General Comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard*, bls. 15. Má einnig benda á *Hrd. frá 23. nóvember 2011, í máli nr. 608/2011*, en í því máli var ósk foreldra um að fá 12 ára barn sitt í sína umsjá til Filippseyja hafnað á þeim grundvelli að barnið hefði aðlagast vel á Íslandi og að það væri eindregin ósk þess að fá að vera áfram hjá fösturforeldrum sínum. Í málinu beitti Hæstiréttur meginreglu 3. gr. barnasáttmálans um það sem er barni fyrir bestu. Rökstuðningur dómstólsins endurspeglar vel samspilið milli 3. og 12. gr. sáttmálans.

¹⁷ Sjá til dæmis Rachel Hodgkin and Peter Newell: *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, bls. 40–41. Hér á landi hefur einnig almennt verið litið svo á að túlka beri mannréttindaákvæði rúmt. Sjá til dæmis Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*, bls. 159 og 161 og Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 298.

¹⁸ Sjá inngang að samningi Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins.

¹⁹ Þórhildur Línadal: *Barnasáttmálinn: rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með visun í íslenskt lagaumhverfi*, bls. 36-37.

gr. stjórnarskrárinnar, 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994, og 16. gr. barnasáttmálans.²⁰

Í 5. gr. barnasáttmálans kemur fram að virða skuli ábyrgð, réttindi og skyldur foreldra, lögráðamanna eða annarra sem að lögum eru ábyrgir fyrir barni, til að veita því tilhlýðilega leiðsögn og handleiðslu í samræmi við vaxandi þroska þess, er það beitir þeim réttindum sem viðurkennd eru í sáttmálanum. Tilvísun ákvæðisins í *tilhlýðilega leiðsögn og handleiðslu* skírskotar til þess að uppeldisaðferðir foreldra þurfi að taka mið af þeim sjálfstæðu réttindum sem börnum eru tryggð í öðrum ákvæðum sáttmálans.²¹ Af ákvæðinu leiðir einnig að foreldrum ber að virða stigvaxandi rétt barna til að hafa áhrif á eigið líf og taka sjálfstæðar ákvarðanir. Má því segja að hlutverk foreldra eigi að breytast smátt og smátt með auknum aldri og þroska barna, úr því að vera nánast takmarkalaust vald til þess að taka ákvarðanir fyrir hönd ungbarna yfir í nokkurs konar verndar- og leiðbeiningahlutverk gagnvart stálpuðum börnum.²²

2.2.2 Forsjá

Líkt og fram hefur komið boðar barnasáttmálinn áherslu á sjálfstæð réttindi barna og um leið breytt viðhorf til foreldra og hlutverks þeirra gagnvart börnum sínum. Þessi breytta sýn á stöðu barna hefur haft mikil áhrif á íslenskt lagaumhverfi og þá ekki síst þegar kemur að löggjöf um stöðu barns innan fjölskyldunnar. Í raun hófst sú þróun þó fyrir tíð barnasáttmálans enda var umræðan um sjálfstæð réttindi barna komin vel af stað áður en sáttmálinn varð loks að veruleika árið 1989.²³ Sem dæmi má nefna að hugtakið *forsjá* kom inn sem nýmæli í barnalög nr. 9/1981 en fram að þeim tíma hafði verið notast við hugtökin *foreldravald* og *forræði*. Þau hugtök þóttu hins vegar leggja of mikla áherslu á vald foreldra yfir börnum sínum fremur en réttindi barnsins og skyldur foreldra gagnvart börnum sínum.²⁴ Í athugasemdum með frumvarpinu kemur fram að eldri hugtök „taki of mikið mið af eldra

²⁰ Sjá til dæmis umfjöllun í Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 313.

²¹ Rachel Hodgkin and Peter Newell: *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, bls. 91.

²² Sjá til dæmis Sheila Varadan: „The principle of evolving capacities under the UN Convention on the Right of the Child“, bls. 318-320.

²³ Undirbúningur að barnasáttmálanum hófst árið 1979, sem var jafnframt „ár barnsins“. Sjá til dæmis Javaid Reham: *International Human Rights Law: A Practical Approach*, bls. 377-378.

²⁴ Sjá til dæmis Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 169 og Ármann Snævarr: *Barnaréttur*, bls. 102.

réttarástandi, þegar foreldrar höfðu takmarkalítið vald að lögum yfir börnum sínum.²⁵ Þrátt fyrir þetta eru hugtökin *forræði* og *forráðamaður* enn mikið notuð í daglegu tali og leynast jafnvel enn í einhverjum lögum og reglugerðum.²⁶

Í 28. gr. núgildandi barnalaga nr. 76/2003 er að finna almennt ákvæði um inntak forsjár. Í samræmi við fyrrnefnda áherslu barnasáttmálans hefur í ákvæðinu verið leitast við að skipa réttindum barna í öndvegi.²⁷ Þannig hefst ákvæðið á áréttingu þess að barn eigi rétt á forsjá foreldra sinna, annars eða beggja, uns það verður sjálfráða og eru þeir forsjárskyldir við það. Einnig kemur fram að foreldrum beri að annast barn sitt og sýna því umhyggju og virðingu og gegna forsjár- og uppeiddisskyldum sínum svo sem best hentar hag barns og þörfum. Enn fremur er tekið fram að foreldrum beri að hafa samráð við barn sitt áður en málefnum þess er ráðið til lykta eftir því sem aldur og þroski barnsins gefur tilefni til. Skal afstaða barns fá aukið vægi eftir því sem barnið eldist og þroskast. Í athugasemdum með ákvæðinu er tekið fram að því sé ætlað að ítreka skyldu foreldra til þess að hafa samráð við barn og er í því sambandi vísað í 12. gr. barnasáttmálans. Tekið er fram að ekki hafi þótt heppilegt að „afmarka nánari sjálfákvörðunarrétt barna í tilteknum málum heldur beri að leggja á það áherslu að barn njóti almennt stigvaxandi réttinda miðað við aldur og þroska.“²⁸

Í 5. mgr. 28. gr. barnalaga kemur fram að forsjá barns feli í sér rétt og skyldu fyrir foreldri til að ráða *persónulegum högum barns* og ákveða búsetustað þess. Í 51. gr. lögræðis laga nr. 71/1997 kemur sömuleiðis fram að foreldrar barns, sem ólögráða er fyrir æsku sakir, ráða *persónulegum högum* þess og tekið er fram að þau lögráð nefnist forsjá. Jafnframt segir að forsjárforeldrar fari með fjárhald barna sinna. Í umræddum lögum er ekki nánar afmarkað hvað felst í því að ráða *persónulegum högum* barns. Bent hefur verið á að erfitt geti verið að setja of nákvæmar reglur um inntak forsjár enda sé það vandkvæðum

²⁵ Alþt. 1978-1979, A-deild, bls. 2729-2730.

²⁶ Má til dæmis nefna að hugtakið *forráðamaður* kemur fram í barnaverndarlögum nr. 80/2002, sbr. 43., 79. og 94. gr. lagaanna og 14. gr. laga um þjónustu við fatlað fólk með langvarandi stuðningsþarfir nr. 38/2018. Umboðsmaður barna sendir reglulega inn umsagnir vegna lagafrumvarpa þar sem hann bendir á að það sé heppilegra og betur í samræmi við nútímavíðhorf til barna að nota hugtökin forsjá eða forsjáraðilar í stað hugtakanna *forræði* eða *forráðamenn*. Sjá til dæmis *Helstu áhyggjuefni 2017*, bls. 8 og *Umsögn umboðsmanns barna um frumvarp um breytingu á ýmsum lögum vegna réttar barna sem aðstandenda*, 255. mál.

²⁷ Alþt. 2011-2012, A-deild, þskj. 328 – 290. mál og Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók: Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*, bls. 81.

²⁸ Alþt. 2002-2003, A-deild, bls. 915.

bundið að ætla útfæra alla þá þætti sem felast í daglegum samskiptum foreldra og barna bæði innan fjölskyldunnar og utan.²⁹ Í stað þess er gengið út frá því að í forsjá felist að foreldrum sé ætlað að tryggja velferð barna sinna og taka ákvarðanir um persónuleg málefni þeirra.³⁰ Er því ljóst að forsjá foreldra takmarkar að vissu leyti einkalífsvernd barna og rétt þeirra til að taka sjálfstæðar ákvarðanir, sbr. nánari umfjöllun í kafla 2.3.

2.2.3 Lögformlegt fyrirvar

Auk þess að ráða persónulegum högum barns fara forsjáforeldrar með *lögformlegt fyrirvar* þess, sbr. fyrirnefnd 5. mgr. 28. gr. barnalaga. Líkt og á við um hugtakið persónulegir hagir er ekki nánar skilgreint í lögum hvað felst í lögformlegu fyrirvari foreldra. Lögformlegt fyrirvar forsjáraðila byggir á því að börn hafa oft ekki náð nægilegum þroska til þess að koma fram í eigin nafni og gæta réttar síns.³¹ Foreldrar hafa því almennt það hlutverk að koma fram fyrir hönd barna sinna og gæta hagsmuna þeirra. Í sumum tilvikum er hins vegar ljóst að forsjáraðilar eru ekki hæfir til þess að gegna því hlutverki, til dæmis þegar hagsmunir barns og foreldra fara ekki saman. Við slíkar aðstæður er mögulegt að skipa barni sérstakan lögráðamann til þess að reka tiltekið erindi fyrir barnið, sbr. 53. gr. lögræðislaga.³²

Þegar fjallað er um lögformlegt fyrirvar foreldra og áhrif þess á aðild barna að stjórnsýslumálum er fróðlegt að skoða til samanburðar hvernig málum er skipað á sviði réttarfars. Í 3. mgr. 17. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 kemur fram að lögráðamaður komi fram sem fyrirvarsmaður ólögráða manns sem á aðild að máli og brestur hæfi til að ráðstafa sakarefninu. Ákvæðið gerir ekki skilyrðislaust ráð fyrir að forsjáraðilar þurfi að koma fram fyrir hönd barna sinna heldur einungis í þeim tilvikum sem barn „nýtur ekki réttar til að ráðstafa hagsmunum sínum í [málinu]“.³³ Í lögum um meðferð sakamála nr.

²⁹ Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 173-174.

³⁰ Ragnheiður Thorlacius: *Friðhelgi einkalífs*, bls. 13-14.

³¹ Sjá til dæmis *Skýrsla umboðsmanns barna 2015*, bls. 51.

³² Í svari innanríkisráðuneytisins við fyrirspurn umboðsmanns barna árið 2014 kom fram að börnum hafði verið skipaður sérstakur lögráðamaður 70 sinnum á síðustu fimm árum. Var það oftast gert vegna skipta á dánarbúum, bótakrafna eða meðferð sakamála þar sem börn voru brotþolar. Engin dæmi voru nefnd um það að barn hefði sjálft óskað eftir skipun sérstaks lögráðamanns. *Skýrsla umboðsmanns barna 2014*, bls. 11.

³³ Alþt. 1991-1992, A-deild, þskj. 72 – 71. mál. Þess má geta að í athugasemdum við 1. mgr. 17. gr. kemur fram að reglan um hæfi til að ráðstafa sakarefninu feli í meginatriðum í sér

88/2008 er einnig að finna ákvæði um fyrirvar forsýraðila fyrir hönd barna sinna. Í 2. mgr. 27. gr. laganna kemur fram að ef sakborningur er ólögráða komi lögráðamaður fram sem fyrirvarsmáður hans eftir því sem þörf krefur. Lögráðamaður tekur einnig ákvarðanir fyrir hönd hins ólögráða sem hann er ekki talinn bera skynbragð á eða fær um að taka. Þá kemur fram í 2. mgr. 39. gr. að ef brotþoli er ólögráða komi lögráðamaður fram sem fyrirvarsmáður hans auk þess sem lögráðamaður tekur ákvarðanir fyrir hönd hins ólögráða sem hann er ekki talinn bera skynbragð á eða vera fær um að taka. Sömuleiðis er gert ráð fyrir því í 120. gr. laganna að vitni sem eru yngri en 18 ára séu ávallt boðuð fyrir milligöngu lögráðamanns.

Af framangreindu má ráða að börn sem eru sakborningar, sem eru ávallt 15 ára eða eldri, sbr. 14. gr. almennra hegningarлага nr. 19/1940 um sakhæfisaldur, komi fram í eigin nafni nema talin sé þörf á öðru. Sömuleiðis opna lög um meðferð einkamála á þann möguleika að börn geti komið fram í eigin nafni ef þau hafa hæfi til þess að ráðstafa sakarefninu. Hins vegar er gert ráð fyrir að forsýraðilar komi ávallt fram fyrir hönd barna þegar þau eru brotþolar. Velta má fyrir sér hvaða ástæður liggi þar að baki. Ef til vill er verndarþörfin talin meiri í þeim tilvikum sem börn eru brotþolar auk þess sem brotþolar geta verið börn á öllum aldri á meðan sakborningar eru ávallt 15 ára eða eldri. Inntak umræddra ákvæða er þó ekki fyllilega skýrt, til dæmis varðandi það hvenær börn geta talist hæf til að ráðstafa sakarefni við meðferð einkamála.

Í ljósi þeirrar viðhorfsbreytingar sem orðið hefur til réttarstöðu barna og hlutverks foreldra verður að telja fulla ástæða til þess að skilgreina nánar í lögum hvað felst í lögformlegu fyrirvari foreldra. Líkt og leiða má af 5. gr. barnasáttmálans er rétt að líta svo á að hlutverk foreldra þróist og breytist með auknum aldri og þroska barna. Börn eiga því í auknum mæli að fá svigrúm til þess að taka sjálfstæðar ákvarðanir og koma fram í eigin nafni, óháð vilja eða afstöðu foreldra sinna.³⁴ Með hliðsjón af því má ætla að það sé betur í samræmi við sjálfstæð mannréttindi barna að túlka hið lögformlega fyrirvar með þeim hætti að skylda foreldra til þess að koma fram fyrir hönd barna sinna og gæta hagsmuna þeirra, þegar þau eru ekki fær um það sjálf, útiloki ekki endilega möguleika barna til þess að koma í ákveðnum tilvikum fram í eigin nafni, sbr. nánari umfjöllun í 4. kafla um forræði barna á stjórnsýslumálum.

skírskotun til reglna um lögræði, en ekki er loku fyrir það skotið að aðrar réttareglur geti komið til skoðunar í því sambandi.

³⁴ Sjá til dæmis *Hvenær ráða börn sjálf?*

2.3 Stigvaxandi réttur barna til að hafa áhrif á eigið líf

2.3.1 Friðhelgi einkalífs

Fyrirnefnd grundvallarregla 12. gr. barnasáttmálans er án efa sú grein sáttmálans sem endurspeglar best þá nýju og byltingarkenndu sýn á stöðu barna sem barnasáttmálinn felur í sér.³⁵ Hefur barnaréttarnefndin ítrekað lagt áherslu á mikilvægi þessarar greinar og stigvaxandi rétt barna til að taka þátt í ákvörðunum sem varða þau sjálf.³⁶ Þar að auki er börnum tryggður sjálfstæður réttur til friðhelgi einkalífs, sbr. meðal annars 71. gr. stjórnarskrárinnar, 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu og 16. gr. barnasáttmálans. Rétturinn til friðhelgi einkalífs nær til þess sem varðar persónuleg málefni einstaklinga og felur meðal annars í sér réttinn til þess að taka ákvarðanir um eigið líf og líkama sem og njóta friðar um einkahagi og lífshætti.³⁷ Þannig nýtur sjálfsákvörðunarréttur einstaklinga ákveðinnar verndar ákvæða um friðhelgi einkalífs.³⁸

Vegna þroska- og reynsluleysis hefur verið talið nauðsynlegt að takmarka friðhelgi einkalífs barna og um leið sjálfsákvörðunarrétt þeirra í ýmsum málum með því að fela foreldrum forsjá.³⁹ Eins og framangreind umfjöllun ber með sér felur forsjá foreldra þó ekki í sér að foreldrar hafi rétt til þess að taka allar ákvarðanir fyrir hönd barna sinna. Í ýmsum ákvæðum er sérstaklega kveðið á um rétt barna til þess að taka beinlínis þátt í ákvörðunum eða jafnvel taka sjálfstæðar ákvarðanir. Þá hafa viðhorf til þess hvort og þá hvenær börn geta tekið sjálfstæðar ákvarðanir, þegar slíkum lagaákvæðum sleppir, þróast mikið á undanförunum árum.⁴⁰

2.3.2 Með- og sjálfsákvörðunarréttur barna

Fjöldmörg ákvæði í íslenskum lögum tryggja börnum samráðsrétt, þ.e. rétt til þess að tjá sig og hafa stigvaxandi áhrif á þær ákvarðanir sem varða þau með einum eða öðrum hætti, í samræmi við 12. gr. barnasáttmálans og 3. mgr. 1. gr. barnalaga. Slíkan samráðsrétt er til dæmis að finna í ákvæðum barnalaga um forsjá, umgengni og búsetu, í barnaverndarlögum, og skólalöggjöfni.⁴¹ Í sumum tilvikum hefur

³⁵ Sjá til dæmis Aisling Parkes: *Children and International Human Rights Law: The Right of the Child to Be Heard*, bls. 1-2.

³⁶ Sjá til dæmis *General Comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard*.

³⁷ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2099.

³⁸ Sjá til dæmis Henricus J. Snijders: „Privacy of contract“, bls. 106.

³⁹ Ragnheiður Thorlacius: *Friðhelgi einkalífs*, bls. 13-14.

⁴⁰ Sjá til dæmis *Hvenær ráða börn sjálf*.

⁴¹ Á vef umboðsmanns barna má sjá yfirlit yfir öll ákvæði íslenskra laga sem tryggja börnum samráðsrétt. Sjá *Hvenær ráða börn sjálf?* Í flestum tilvikum eru ákvæði um

verið talið rétt að ganga lengra og veita viðhorfum barna meira vægi við ákvarðanatöku. Þannig eru dæmi um ákvæði sem kveða á um svokallaðan *meðákvörðunarrétt* barna en í honum felst að börn þurfa að samþykkja ákvörðun ásamt forsjáradilum sínum. Dæmi um slíkt má finna í 13. og 14. gr. laga um mannanöfn nr. 45/1996, þar sem fram kemur að barn þurfi að samþykkja breytingu á nafni frá 12 ára aldri. Með sama hætti þarf barn að samþykkja ættleiðingu frá 12 ára aldri, sbr. 6. gr. laga um ættleiðingar nr. 130/1999. Barn þarf einnig að samþykkja ákveðnar ráðstafanir barnaverndar frá 15 ára aldri samkvæmt 46. gr. barnaverndarlaga en nánar verður fjallað um aðild barna að slíkum málum í kafla 3.3.2.

Sumar ákvarðanir eru taldar vera þess eðlis að rétt sé að tryggja barni svokallaðan *sjálfsákvörðunarrétt*, þ.e. að barn ráði því alfarið hvaða ákvörðun er tekin. Börn á öllum aldri eiga almennt sjálfsákvörðunarrétt þegar kemur að ráðstöfun sjálfsafla- og gjafafjár, sbr. 75. gr. lögræðis-laga. Sömuleiðis geta stúlkur á öllum aldri tekið sjálfstæða ákvörðun um að rjúfa þungun, án samþykkis foreldra, sbr. 5. gr. laga um þungunarrof nr. 43/2019.⁴² Í 26. gr. laga um réttindi sjúklinga nr. 74/1997 kemur fram að börn eigi sjálfsákvörðunarrétt um læknismeðferðir frá 16 ára aldri. Frá sama aldri geta börn tekið sjálfsæða ákvörðun um skráningu í eða úr trú- eða lífsskoðunarfélagi, sbr. 8. gr. laga nr. 108/1999 um skráð trúfélög og lífsskoðunarfélög.

2.3.3 Áhrif barna þegar lögum sleppir

Þegar lagaákvæðum um með- og sjálfsákvörðunarrétt barna sleppir er ekki að finna almenn ákvæði í íslenskum lögum sem tekur af skarið með það hversu mikil áhrif barn á að hafa á ákvarðanir um eigið líf. Sem fyrr segir kemur fram í athugasemdum með frumvarpi því er varð að barnalögum nr. 76/2003 að ekki hafi þótt ástæða til að afmarka sérstaklega sjálfsákvörðunarrétt barna í tilteknum málum heldur eigi að

samráðsrétt ekki bundin við nein aldursmörk, en þó má enn finna ákvæði í lögum sem tryggja börnum rétt til þess að tjá sig frá 12 ára aldri, sbr. til dæmis 8. gr. laga nr. 108/1999 um skráð trúfélög og lífsskoðunarfélög. Rétt er að túlka slík ákvæði til samræmis við 12. gr. barnasáttmáls og 1. gr. barnalaga, þannig að yngri börn eigi jafnframt rétt á að tjá sig.

⁴² Í athugasemdum með umræddu ákvæði kemur fram að tillagan mótist af athugasemdum frá umboðsmanni barna og dómsmálaráðuneytinu. Tekið er fram að „í ljósi þess hversu persónuleg og afdrifarík ákvörðun um þungunarrof er að það samræmdist betur sjálfstæðum rétti barna til friðhelgi einkalífs og rétti þeirra til stigvaxandi áhrifa á eigið líf, sem endurspegladist m.a. í barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna, sbr. lög um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, nr. 19/2013, að stúlkur eigi sjálfsákvörðunarrétt um það hvort þær fari í þungunarrof eða ekki“. Alpt. 2018-2019, A-deild, þskj. 521 - 393. mál.

miða við stigvaxandi réttindi barna í samræmi við aldur og þroska.⁴³ Þrátt fyrir þessa áherslu á stigvaxandi rétt barna hefur hið ríkjandi viðhorf lengi verið að foreldrar eigi lokaorð um allar ákvarðanir sem snúa að börnum nema skýrlega sé kveðið á um annað í lögum. Líkt og viðhorfin til barna almennt hefur þessi afstaða þó breyst á undanförunum árum og hefur því verið haldið fram að réttur barna til friðhelgi einkalífs og til þess að hafa áhrif á eigið líf leiði til þess að meta eigi rétt barna til að taka sjálfstæðar ákvarðanir í hverju tilviki fyrir sig, meðal annars út frá aldri, þroska og reynslu barns sem og aðstæðum og málsatvikum hverju sinni. Er það í takt við það breytta viðhorf til hlutverks foreldra sem barnasáttmálinn boðar, sem felur í sér að foreldrum sé treyst til þess að taka allar ákvarðanir fyrir hönd mjög ungra barna en smám saman fái börn tækifæri til þess að hafa áhrif á eigið líf og loks til þess að taka eigin ákvarðanir.⁴⁴

2.4 Réttur barna til að leita réttar síns

Allir einstaklingar sem telja að brotið hafi verið gegn réttindum sínum eiga rétt á því að til staðar séu raunhæf úrræði fyrir þá til þess að leita réttar síns, sbr. meðal annars 13. gr. mannréttindasáttmála Evrópu og 3. mgr. 2. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og stjórn-málaleg réttindi. Þessi réttur nær jafnt til barna sem fullorðinna, þótt taka þurfi tillit til stigvaxandi getu barna til þess að beita þessum rétti sjálf.⁴⁵ Sömuleiðis eiga börn sjálfstæðan rétt til þess að bera mál undir dómstóla samkvæmt 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, í þeim tilvikum sem þau eiga lögvarinna hagsmuna að gæta.⁴⁶

Í ljósi framangreindra réttinda hefur verið lögð áhersla á að tryggja beri börnum aðgang að kæruleiðum og öðrum úrræðum, jafnt fyrir dómstólum og hjá stjórnvöldum. Talið hefur verið að sérstaklega beri að forðast að takmarka þennan rétt barna undir því yfirsýni að það sé

⁴³ Alþt. 2002-2003, A-deild, bls. 915.

⁴⁴ Sjá nánari umfjöllun í *Hvenær ráða börn sjálf?*

⁴⁵ *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child-Friendly Justice*, bls. 14.

⁴⁶ Sem dæmi um mál þar sem reyndi á rétt barns til að bera mál undir dómstóla má nefna dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Stagni gegn Belgíu frá 7. júlí 2009, í máli nr. 1062/07*. Í því máli taldi dómstóllinn að fortakslaus beiting á þriggja ára fresti til að láta reyna á kröfur á grundvelli váttryggingaskilmála, án þess að taka mið af aðstæðum í málinu, hefði verið andstæð 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Þegar fresturinn hafði byrjað að líða voru kærendur börn og gátu ekki gætt hagsmuna sinna á viðhlítandi hátt.

nauðsynlegt til þess að tryggja „það sem er barni fyrir bestu“ enda hafi barnaréttarnefndin ítrekað bent á að mat fullorðinna á því hvað sé barni fyrir bestu eigi ekki að takmarka önnur mannréttindi barnsins.⁴⁷ Grundvallarreglan um það sem er barninu fyrir bestu gerir aftur á móti þá kröfu að þau úrræði sem standa börnum til boða séu barnvæn og taki mið af sérstökum þörfum barna.⁴⁸ Einnig þarf að tryggja að börnum séu veittar upplýsingar sem taka mið af aldri þeirra og þroska og sú aðstoð sem þau þurfa til þess að ná fram rétti sínum.⁴⁹

Vegna þeirrar viðkvæmu stöðu sem börn eru í og hlutverks foreldra gagnvart börnum sínum hefur reyndin oft verið sú að börn eiga erfitt með að leita réttar síns.⁵⁰ Í þeim tilgangi að auka möguleika barna að þessu leyti var árið 2011 samþykkt þriðja valfrjálsa bókunin við barnasáttmálann, sem kveður á um sjálfstæða kvörtunarheimild barna og/eða fulltrúa þeirra til barnaréttarnefndarinnar.⁵¹ Bókunin tók gildi árið 2014, þremur mánuðum eftir að tíu ríki höfðu fullgilt hana.⁵² Börn geta sjálf leitað til nefndarinnar á grundvelli bókunarinnar án tillits til þess hvaða reglur gilda um aðild þeirra innan aðildarríkis.⁵³ Samkvæmt 7. gr. bókunarinnar þurfa öll innlend úrræði að hafa verið tæmd áður en barnaréttarnefndin tekur málið til skoðunar. Hins vegar getur nefndin tekið málið fyrir án þess að úrræði hafi verið tæmd ef úrræðin

⁴⁷ *General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art 3, para. 1)*, bls. 3.

⁴⁸ Má til hliðsjónar benda á dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Blokhan gegn Rússlandi frá 23. mars 2016 í máli nr. 47152/06*, en þar tók dómstóllinn fram að fullnægjandi málsmeðferðarreglur (e. adequate procedural safeguards) yrðu að vera til staðar til að vernda hagsmuni og velferð barna, sérstaklega í málum þar sem reynir á frelsissviptingu þeirra. Í málinu var um fatlað barn að ræða og var tekið fram að í slíkum tilvikum væri þörf á að gæta enn frekar að réttaröryggi þess.

⁴⁹ *General Comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard.*, bls. 8.

⁵⁰ Rhona Smith: „The Third Optional Protocol to the UN Convention on the Rights of the Child? – Challenges Arising Transforming the Rhetoric into Reality“, bls. 21 og *In Focus: Access to Justice for Children*, bls. 2.

⁵¹ Árið 2000 voru samþykktar tvær fyrstu valfrjálsu bókanimar við sáttmálann, annars vegar um sölu á börnum, barnavændi og barnaklám og hins vegar um þátttöku barna í vopnuðum átökum. Voru þær báðar lögfestar hér á landi samhliða sáttmálanum með lögum nr. 19/2013.

⁵² Í júní 2019 höfðu alls 44 ríki fullgilt bókunina, þar á meðal Danmörk og Finnland. Sjá *Status of Treaties: Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure*.

⁵³ Leiðir það meðal annars af 1. mgr. 13. gr. málsmeðferðarreglna barnaréttarnefndarinnar. Sjá *Rules of procedure under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure*.

hafa tekið óvenju langan tíma eða ólíklegt er að þau beri árangur.⁵⁴ Talið hefur verið að í því felist meðal annars að nefndin myndi taka til umfjöllunar mál barns sem gæti sýnt fram á það hafi ekki haft tækifæri til að leita réttar síns vegna takmarkandi reglna um aðild.⁵⁵

Ísland hefur hvorki skrifað undir né fullgilt þriðju valfrjálsu bókunina við barnasáttmálann.⁵⁶ Engu að síður má leiða af skyldum íslenska ríkisins samkvæmt stjórnarskrá, barnasáttmálanum og öðrum alþjóðlegum sáttmálum að tryggja þurfi börnum raunhæfa möguleika til þess að leita réttar síns þegar þau telja á sér brotið. Má í því sambandi benda á að barnaréttarnefndin hefur lagt áherslu á að það sé grundvallarforsenda þess að réttindi barna séu virk í framkvæmd að til staðar séu skilvirkar og barnvænar keruleiðir fyrir börn.⁵⁷

3. Börn sem aðilar stjórnsýslumála

3.1 Aðildarhæfi barna

Að framan hefur verið gerð grein fyrir þeirri viðhorfsbreytingu sem átt hefur sér stað til barna og stöðu þeirra í samfélaginu. Lengi vel var ekki litið á börn sem fullgilda einstaklinga með sjálfstæð réttindi og í samræmi við það hefur ekki endilega verið talið sjálfsgagt að viðurkenna aðild barna í stjórnsýslumálum. Í þessu sambandi er rétt að undirstrika mikilvægi þess að greina á milli aðildar annars vegar og fyrirvars hins vegar. Í þessum kafla verður fjallað um aðild barna en í kafla 4 verður farið yfir álitafni sem tengjast forræði þeirra á stjórnsýslumálum.

Þegar metið er hvort börn geti talist aðilar stjórnsýslumála þarf fyrst að skera úr um það hvort þau njóti yfir höfuð aðildarhæfis. Með aðildarhæfi er vísað til þeirra eiginleika sem einstaklingur eða eftir atvikum lögpersóna þarf að hafa til þess að geta notið aðildar.⁵⁸ Talið hefur verið að „hver sá einstaklingur, félag eða stofnun, sem átt getur réttindi eða borið skyldur að landslögum“ geti talist aðili

⁵⁴ Sjá nánari umfjöllun um inntak þriðju valfrjálsu bókunarinnar í Stella Hallsdóttir: *Þriðja valfrjálsa bókunin við samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins*, bls. 19-51.

⁵⁵ Lina Johansson: „The Third Optional Protocol to the International Convention on the Right of the Child: A Success or a Failure for the Enforcement of Children’s Rights?“, bls. 68.

⁵⁶ *Status of Treaties: Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure*. Árið 2014 gáfu umboðsmenn barna á Norðurlöndum út sameiginlega yfirlýsingu um mikilvægi þess að Norðurlöndin fullgildi bókunina og styrki þannig réttindi bana. Sjá *Skýrsla umboðsmanns barna 2014*, bls. 12-13.

⁵⁷ *General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)*, bls. 7.

⁵⁸ Björn Þ. Guðmundsson: *Lögbókin þín*, bls. 14.

stjórnsýslumáls.⁵⁹ Þannig er *rétthæfi*, þ.e. að geta samkvæmt lögum átt rétt og borið skyldur, skilyrði aðildar.⁶⁰ Eins og framangreind umfjöllun ber með sér er ljóst að börn eiga sjálfstæð réttindi samkvæmt lögum og njóta í samræmi við það rétthæfis. Eru börn því aðildarhæf. Hins vegar skortir börn í ákveðnum tilvikum *gerhæfi*, þ.e. heimild til að ráðstafa og fara með réttindi sín í eigin nafni og takast á hendur skuldbindingar.⁶¹

Lögræði, þ.e. *sjálfræði* og *fjárræði*, hefur verið talin sú tegund gerhæfis sem skiptir einstaklinga almennt mestu máli.⁶² Þar sem börn eru ekki lögráða eru takmörk fyrir því að hvaða marki þau geta ráðstafað réttindum sínum.⁶³ Til að mynda skortir börn almennt hæfi til að gera skuldbindandi samninga, sbr. 1. mgr. 76. gr. lögræðisлага. Gerhæfi er þó ekki ávallt bundið við lögræði og geta skilyrði þess verið breytileg eftir því um hvaða ráðstafanir er að ræða hverju sinni.⁶⁴ Þannig geta börn haft hæfi til bera ábyrgð og ráðstafa réttindum sínum í ákveðnum tilvikum, sbr. meðal annars fyrrnefnd ákvæði um sjálfsákvörðunarrétt barna.⁶⁵

3.2 Aðildarhugtak stjórnsýsluréttar

Þar sem börn geta átt réttindi og borið skyldur í ákveðnum tilvikum leikur enginn vafi á aðildarhæfi þeirra almennt séð. Lög svara því hins vegar ekki með beinum hætti hvort og þá hvenær börn geta talist aðilar stjórnsýslumáls. Til þess að varpa ljósi á það er mikilvægt að skilgreina nánar aðildarhugtak stjórnsýsluréttarins, þ.e. hver telst aðili í skilningi stjórnsýslulaga. Sem fyrir segir er í stjórnsýslulögum ekki að finna almenna skilgreiningu á hugtakinu *aðili máls*. Þó getur skipt miklu máli

⁵⁹ Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin: skýringarrit*, bls. 48.

⁶⁰ Sjá nánari umfjöllun um rétthæfi í Páll Sigurðsson: *Mannhelgi: höfuðþættir almennrar persónuverndar*, bls. 31.

⁶¹ Sjá nánari umfjöllun um gerhæfi í Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur*, bls. 42-44.

⁶² Páll Sigurðsson: *Mannhelgi: höfuðþættir almennrar persónuverndar*, bls. 83.

⁶³ Með núgildandi lögræðislagum var sjálfræðisaldur hækkaður úr 16 árum í 18 ár. Var sú breyting umdeild og hefur verið gagnrýnt að ekki hafi verið nægileg áhersla lögð á hver væru raunveruleg réttindi barna eða hver sjálfsákvörðunarréttur þeirra væri, óháð aldri og sjálfræði. Sjá Hrefna Friðriksdóttir: „Sjálfræði og réttindi barna“, bls. 734-735.

⁶⁴ Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur*, bls. 43-44.

⁶⁵ Í þessu sambandi má einnig benda á að börn geta borið *refsíabyrgð* frá 15 ára aldri, sbr. 14. gr. almennra hegningarlaga. Þá er *skaðabótaábyrgð* barna ekki bundin við lögræði eða ákveðinn lágmarksaldur heldur er metið í hverju tilviki fyrir sig hvort venjulegt barn á sama aldri hefði verið líklegt til að skilja að háttsemi þess gæti talist líkleg til að valda tjóni. Sjá Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 402, Viðar Már Matthíasson: „Skaðabótaréttur“, bls. 304-305 og Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I. Skaðabótaréttur*, bls. 567-569.

að skýra nánar hver telst aðili máls vegna þess að aðildinni fylgja margvísleg réttindi samkvæmt stjórnýslulögum, þar á meðal andmælaréttur, sbr. 13. gr. laganna, upplýsingaréttur, sbr. 15. gr. laganna, rétturinn til að óska eftir rökstuðningi, sbr. 21. gr. laganna, og rétturinn til þess að kæra ákvörðun, sbr. 26. gr. laganna.

Skilgreiningu á hugtakinu aðili máls var að finna í eldra frumvarpi til stjórnýslulaga sem lagt var fram á 109. löggjafarþingi 1986-1987 en náði ekki fram að ganga. Í því frumvarpi kom fram að sá sem hefur lögmatra hagsmuna að gæta varðandi stjórnvaldsákvörðun teldist aðili málsins.⁶⁶ Í núgildandi lögum er hins vegar gengið út frá almennt viðurkenndri skilgreiningu stjórnýsluréttarins á hugtakinu, þ.e. að aðili máls sé sá sem stjórnvaldsákvörðun beinist gegn.⁶⁷ Er það í samræmi við þá skilgreiningu sem er notuð í öðrum Norðurlöndum.⁶⁸ Af því leiðir að í flestum tilvikum ætti það að vera nokkuð augljóst hver telst aðili máls.⁶⁹ Í athugasemdum með frumvarpi því er varð að stjórnýslulögum er hins vegar tekið fram að túlka beri hugtakið aðili máls rúmt. Þannig nái það ekki einungis til þeirra sem eiga beina aðild að máli heldur geti einstaklingur sem á óbeinna hagsmuna að gæta einnig talist aðili máls í ákveðnum tilvikum. Nánari leiðbeiningar voru þó ekki gefnar en tekið var fram að slíkt yrði að ráðast af málsatvikum hverju sinni.⁷⁰ Þegar upp koma vafatilvik hefur verið talið að leggja beri heildstætt mat á atvik máls hverju sinni með hliðsjón af því hvort einstaklingur eigi *beinna, sérstakra, verulegra og lögvarinna hagsmuna* að gæta við úrlausn málsins.⁷¹ Í framkvæmd hefur einnig verið litið til þess hvort aðili hafi raunverulega og beina þörf á að njóta þeirra réttinda sem stjórnýslulög mæla fyrir um til þess að geta gætt hagsmuna sinna í málinu.⁷²

⁶⁶ Alþt. 1986 – 1987, A-deild, bls. 2548.

⁶⁷ Páll Hreinsson: „Aðili stjórnýslumáls“, bls. 388.

⁶⁸ Má til dæmis benda á að í e-lið 1. mgr. 2. gr. norsku stjórnýslulaganna (lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) LOV-1967-02-10) er aðildarhugtakið skilgreint þannig að það nái til þeirrar persónu sem ákvörðun er beint til eða mál varðar beint að öðru leyti.

⁶⁹ Páll Hreinsson: *Stjórnýslulögin: skýringarrit*, bls. 46.

⁷⁰ Alþt. 1992-93, A-deild, bls. 3282.

⁷¹ Páll Hreinsson: „Aðili stjórnýslumáls“, bls. 389, Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnýslulaga*, bls. 314, Páll Hreinsson: *Stjórnýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 174-175 og Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnýsluréttur“, bls. 113. Þetta endurspeglast í ýmsum álitum umboðsmanns Alþingis. Sjá til dæmis *UA frá 13. nóvember 2007 í máli nr. 5073/2007* og *UA frá 7. apríl 2006 í máli nr. 4474/2005*.

⁷² Sjá til hliðsjónar Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnýsluréttur“, bls. 114-115, þar sem gerð er grein fyrir álitum umboðsmanns Alþingis en í þeim er lagt mat á stöðu einstaklinga í ljósi hagsmuna þeirra.

3.3 Aðild barna að stjórnsýslumálum

3.3.1 Ákvarðanir sem beinast að börnum

Stjórnvaldsákvarðanir geta beinst að börnum og þau geta átt beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta í stjórnsýslumálum af ýmsu tagi. Á það til dæmis við í þeim málum sem nefnd voru í dæmaskyni í inngangi. Er því ljóst að börn geta fallið undir hina almenna skilgreiningu stjórnsýsluréttarins á hugtakinu aðili máls og átt aðild að stjórnsýslumálum. Þessu er meðal annars slegið föstu í álitni *UA frá 7. maí 2018 í máli nr. 9524/2017 (myndbirting af barni)*, sem nánar verður fjallað um hér á eftir. Þar reyndi á frávísun Persónuverndar á kvörtun móður vegna myndbirtingar af 14 ára dóttur hennar. Í álitinu er meðal annars fjallað um aðild barna og í því sambandi vísað í almennar reglur stjórnsýsluréttarins um aðild. Umboðsmaður tekur fram að „kvörtun A varðaði myndbirtingu af dóttur hennar og laut því að sérstökum lögvörðum hagsmunum dótturinnar. Dóttir A hafði því stöðu aðila máls í því tilviki sem um ræðir enda þótt kvörtunin væri borin fram af A, sem forsjárforeldri og fyrirsvarsmanni dótturinnar.“

Af álitni umboðsmanns má ráða að meta beri aðild barna að stjórnsýslumálum í hverju tilviki fyrir sig út frá almennum reglum stjórnsýsluréttarins. Matið er því sambærilegt í tilviki barna og fullorðinna en um nánari umfjöllun um þau almennu atriði sem huga þarf að við slíkt mat vísast til annarra skrifa.⁷³ Í ljósi hlutverks foreldra gagnvart börnum sínum þarf þó jafnframt að huga að því hvenær ákvörðun er talin beinast að barni og hvenær hún er talin beinast að foreldri. Við mat á því þarf að huga að breyttu viðhorfi til stöðu barna og sjálfstæðum réttindum þeirra samkvæmt barnasáttmálanum. Í samræmi við það ættu þær ákvarðanir sem varða beinlínis réttindi eða hagsmuni barns almennt að beinast að barninu sjálfu en ekki foreldrum. Í mörgum tilvikum getur þó vissulega verið erfitt að greina á milli hagsmuna foreldra og barna, enda fara þeir oftar en ekki saman. Einnig eru dæmi um ákvarðanir sem snúa að hagsmunum og réttindum bæði foreldris og barns.⁷⁴ Í vafatilvikum er gott að líta til réttinda barns og hlutverks foreldra samkvæmt barnasáttmálanum. Þannig þarf að meta hvort um sé að ræða ákvörðun sem snýr að sjálfstæðum réttindum og hagsmunum barnsins eða þeirri aðstoð sem

⁷³ Sjá til dæmis Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 167-186 og Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnsýsluréttur“, bls. 113-115.

⁷⁴ Dæmi um það eru ákvarðanir um gagnkvæman umgengnisrétt foreldris og barns, sbr. 46. gr. barnalaga. Um aðild barna að umgengismálum er fjallað í kafla 3.3.3.

skylt er að veita foreldrum til þess að rækja hlutverk sitt, sbr. 2. mgr. 18. gr. barnasáttmálans. Þannig myndi barn almennt teljast aðili að ákvörðunum sem snúa beint að barninu, svo sem ákvörðun Þjóðskrár Íslands um hvort heimila eigi breytingu á kenninafni barns eða ákvörðun skóla um hvort veita eigi barni skólavist.⁷⁵ Aftur á móti teljast foreldrar almennt einir aðilar að málum sem varða fjárhagsstyrki til framfærslu barns, enda bera þeir meginábyrgð á framfærslu barna sinna og slíkir styrkir ætlaðir til að aðstoða foreldra í því hlutverki.⁷⁶

Í ljósi framangreinds vekur athygli að í barnaverndarlögum nr. 80/2002 er að finna sérstakt ákvæði um aðild barna. Þar er kveðið á um að börn frá 15 ára aldri teljist ávallt aðilar ákveðinna barnaverndarmála. Einnig er athyglisvert að börn eru almennt ekki talin geta átt aðild að ákveðnum málum sem rekin eru á grundvelli barnalaga nr. 76/2003, svo sem umgengnismálum. Verður nú nánar vikið að þessum sérreglum um aðild barna.

3.3.2 Sérregla barnaverndarlaga um aðild barna

Í barnaverndarlögum nr. 80/2002 er ekki að finna sérstaka skilgreiningu á hugtakinu aðili máls. Á því fyrrnefnd skilgreining stjórnsýsluréttarins við um aðild að barnaverndarmálum eins og öðrum stjórnsýslumálum. Í lögunum er þó að finna ákvæði sem veita tilteknum einstaklingum aðild að barnaverndarmálum við vissar aðstæður. Í 1. mgr. 46. gr. laganna segir til dæmis að barn, sem náð hefur 15 ára aldri, sé aðili barnaverndarmáls samkvæmt nánar tilteknum ákvæðum laganna. Þannig er barni veitt aðild í þeim tilvikum sem taka á ákvörðun um úrræði eða vistun utan heimilis eða endurskoðun slíkra ráðstafana sem

⁷⁵ Sjá til dæmis *úrskurð mennta- og menningarmálaráðuneytisins frá 9. nóvember 2012*, þar sem staðfest var ákvörðun skólustjóra um að synja barni um skólavist í sérskóla. Barnið var sjálf aðili máls, þó að foreldrar þess hafi komið fram sem fyrirvarsmenn þess í málinu. Einnig má benda á bréf umboðsmanns barna til Þjóðskrár Íslands um nafnbreytingar barna. Þar er vísað til tveggja mála þar sem ósk stálpaðs barns um breytingu kenninafns var hafnað. Voru börnin sjálf aðilar að umræddum málum. *Skýrsla umboðsmanns barna 2014*, bls. 38.

⁷⁶ Má nefna 4. gr. laga um félagslega aðstoð nr. 99/2007 um umönnunargreiðslur til foreldra og lög um greiðslur til foreldra langveikra og alvarlega fatlaðra barna nr. 22/2006. Sama á almennt við um aðra sambærilega styrki eða greiðslur til foreldra. Þó geta komið upp vafatilvik sem þarf þá að meta í hverju tilviki fyrir sig. Sérstaklega má nefna að þó að kaup á hjálpartækjum fyrir fötluð börn gætu talist falla undir skyldu foreldra til að tryggja velferð barna sinna þarf á móti að taka tillit til þeirra ríku sjálfstæðu hagsmuna sem börn hafa af því að fá þau hjálpartæki sem þau þurfa til þess að geta tekið þátt í samfélaginu til jafns við aðra. Er því gengið út frá að börn séu aðilar slíkum málum, sbr. reglugerð um styrki vegna hjálpartækja nr. 1155/2013.

og málum sem varða umgengni barns við foreldra.⁷⁷ Jafnframt er gert ráð fyrir því að börn á þessum aldri geti talist aðilar að barnaverndarmálum sem rekin eru fyrir dómi og njóti sem slíkir allra þeirra réttinda sem aðild fylgja, sbr. 55. gr., 62. gr. og 63. gr. laganna.

Ákvæðið um aðild barna var nýmæli sem kom inn með núgildandi barnaverndarlögum. Í athugasemdum með 46. gr. laganna er tekið fram að þetta sé í samræmi við gildandi reglur í nágrannaríkjum og að með þessu sé tryggt að barn sem náð hefur umræddum aldri sé sjálfstæður aðili málsins með öllum þeim réttindum sem því fylgja.⁷⁸ Á það meðal annars við um öll réttindi sem tryggð eru í stjórnýslulögum auk þeirra réttinda sem sérstaklega eru tryggð í barnaverndarlögum. Þannig ber barnaverndarnefnd til dæmis með nægilegum fyrirvara að láta barni sem er aðili máls í té öll gögn sem málið varða og koma til álita við úrlausn þess, sbr. 1. mgr. 45. gr. laganna. Þá skal barnaverndarnefnd veita barni sem er aðili máls fjárstyrk til að greiða fyrir lögmannsaðstoð, sbr. 2. mgr. 47. gr. laganna.

Í barnaverndarlögum virðist gengið út frá því að börn undir 15 ára aldri geti ekki talist aðilar barnaverndarmáls. Réttur barna til samráðs er þó tryggður í 2. mgr. 46. gr. barnaverndarlaga, þar sem fram kemur að gefa skuli barni kost á að tjá sig um mál sem það varðar í samræmi við aldur og þroska og að taka skuli réttmætt tillit til skoðana þess við úrlausn málsins. Enn fremur skal ávallt taka afstöðu til þess hvort skipa eigi barni talsmann og skal það að jafnaði gert ef til skoðunar kemur að vista barn utan heimilis, sbr. 3. mgr. 46. gr. laganna. Hlutverk talsmanns er að ræða við barn og koma sjónarmiðum þess á framfæri, sbr. 31. gr. reglugerðar nr. 56/2004, um málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd. Aftur á móti á hvorki barnið sjálft né talsmaður þess óskoraðan rétt til aðgangs að gögnum málsins heldur ber barnaverndarnefnd að meta það hverju sinni hvaða upplýsingar er talið rétt að talsmaður fái til að geta sinnt hlutverki sínu.⁷⁹

Velta má fyrir sér hvort sú sérregla sem gildir um aðild barna í barnaverndarmálum sé til þess fallin að tryggja betur réttindi barna eða hvort hún geti jafnvel í einhverjum tilvikum haft takmarkandi áhrif. Vissulega tryggir hún betur rétt barna sem hafa náð 15 ára aldri að því

⁷⁷ Barni sem náð hefur 15 ára aldir er veitt aðild að málum samkvæmt 25., 27., 2. mgr. 34., 74. og 81. gr. barnaverndarlaga.

⁷⁸ Alþt. 2001-02, A-deild, bls. 1797.

⁷⁹ Í framkvæmd virðist afar sjaldgæft að börnum sé skipaður talsmaður við upphaf könnunar máls. Auk þess er það gert í minnihluta tilvika jafnvel þótt til standi að taka ákvörðun um vistun barns utan heimilis. Sjá Hrefna Friðriksdóttir og Hafdís Gísladóttir: „Skipan talsmanns fyrir börn - grundvöllur ákvörðunar og framkvæmd“, bls. 330.

leyti að aðild þeirra er ávallt tryggð í þeim málum sem tilgreind eru í 1. mgr. 46. gr. barnaverndarlaga. Á móti fer ekki fram neitt mat á því hvort yngri börn eða börn í öðrum málum en þeim sem vísað er til í ákvæðinu geti í einhverjum tilvikum talist aðilar máls. Þó er ljóst að þau eiga oftast en ekki beina, sérstaka, verulega og lögvarða hagsmuni af úrlausn barnaverndarmála. Gætu þau því haft ríka hagsmuni af því að teljast aðilar máls og hafa þannig rétt á að kynna sér öll gögn málsins, kæra ákvörðun o.s.frv.

Áhugavert er að huga að því hvaða reglur myndu gilda um aðild barna að barnaverndarmálum ef ekki væri til staðar sérregla um aðild barna frá 15 ára aldri. Ljóst er að áður en ákvæðið kom inn í núgildandi barnaverndarlög árið 2002 voru börn ekki talin aðilar barnaverndarmála.⁸⁰ Ætla má að rökin fyrir því séu fyrst og fremst þau að rétt sé talið að hlífa börnum við meðferð barnaverndarmála og forðast að blanda þeim með beinum hætti inn í málin.⁸¹ Á það ekki síst við í ljósi þess að hlutverk barnaverndar hefur fyrst og fremst verið talið að aðstoða foreldra í uppeldishlutverki sínu með áherslu á vernd barna og byggjast úrræði barnaverndaryfirvalda því oftast nær á samvinnu og stuðningi við foreldra. Á móti verður þó að líta til fyrrnefndra sjónarmiða um þá gríðarlega miklu hagsmuni sem börn hafa af meðferð og úrlausn barnaverndarmála enda á vernd barna og það sem er þeim fyrir bestu að vera leiðarljós alls barnaverndarstarfs, sbr. meðal annars 2. og 4. gr. barnaverndarlaga. Sem fyrr segir hefur einnig verið lögð áhersla á að mat fullorðinna á því hvað sé barni fyrir bestu eigi ekki að takmarka sjálfstæð réttindi þess. Í ljósi þess má velja fyrir sér hvort það væri betur í samræmi við sjálfstæð réttindi barna og hið almenna aðildarhugtak stjórnsýsluréttarins að endurskoða sérreglu barnaverndarlaga um aðild barna í þeim tilgangi að tryggja betur réttarstöðu yngri barna að þessu leyti. Til samanburðar má benda á að norsku barnaverndarlögin veita börnum, sem náð hafa 15 ára aldri almennt aðild að barnaverndarmálum, en jafnframt er þó gert ráð fyrir að hægt sé að veita yngri börnum aðild í sérstökum tilvikum. Enn fremur er tekið fram að börn skuli ávallt teljast aðilar að málum þar sem brugðist er við hegðunarvanda barns eða grunur leikur á að barn sé fórnalamb mansals.⁸²

⁸⁰ Sjá til dæmis Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 343-344.

⁸¹ Sjá til dæmis *Handbók*, bls. 44. Færa má rök fyrir því að sjónarmið um vernd barna lúti fremur að fyrirsvari þeirra en aðild. Má því velja fyrir sér hvort rétt sé að greina betur á milli aðilar og fyrirsvars í barnaverndarlögum.

⁸² Sjá grein 6-3 í norsku barnaverndarlögunum (Lov om barneverntjenster – LOV-1992-07-17-100).

3.3.3 Sérregla um aðild að umgengnismálum

Barnaverndarmál eru ekki einu málin þar sem börn eru almennt ekki talin aðilar máls þrátt fyrir að eiga óneitanlega lögvarða hagsmuni af niðurstöðu þess. Í framkvæmd hafa börn til dæmis ekki verið talin eiga aðild að stjórnslumálum sem varða ákvörðun um umgengni þeirra við foreldri samkvæmt 47. gr. barnalaga nr. 76/2003.⁸³ Í athugasemdum með frumvarpi því er varð að barnalögum er sérstaklega vikið að hugsanlegri aðild barna við málsmeðferð fyrir dómi og tekið fram að sífjalaganefnd hafi talið mikilvægt að forðast að blanda börnum í deilur foreldra til þess að „hlífa börnum við óþarfa sársauka og erfiðleikum“. Bent var á að það væri álit sérfræðinga að óæskilegt væri að barn teldist aðili máls, þar sem með því yrði barnið beinn þátttakandi í deilu foreldra, sem gæti haft „ófyrirsjáanlegar afleiðingar fyrir samskipti foreldra og barns eftir að máli lýkur.“⁸⁴ Ætla má að sömu sjónarmið hafi verið talin eiga við um aðild barna við málsmeðferð stjórnslumála á grundvelli barnalaga, en í því sambandi má benda á að ákvæði 43. gr. laganna um rétt barna til að tjá sig um mál fyrir dómi gildir einnig um rétt barna við meðferð umgengnismála hjá sýslumanni, sbr. 4. mgr. 71. gr.

Þrátt fyrir fyrrnefnd sjónarmið virðist þróunin vera í þá átt að veita börnum aukna aðkomu að umgengnismálum í samræmi við aldur og þroska. Með lögum nr. 50/2019 um breytingu á ýmsum lögum vegna réttar barna sem aðstandenda kom inn nýtt ákvæði í 46. gr. b. barnalaga um umgengni við aðra þegar annað foreldri barns er látið eða bæði. Ákvæðið gerir ráð fyrir því að barn geti sjálft gert kröfu um umgengni við nána vandamenn eftir andlát foreldris. Þegar frumvarpið var upphaflega lagt fram á Alþingi var miðað við að þessi heimild yrði bundin við 15 ára aldur en aldurstakmarkið var fellt niður við meðferð málsins á þingi. Í nefndaráli velferðarnefndar er meðal annars vísað í umsögn umboðsmanns barna, þar sem bent var á „að ekki væri ástæða til að miða við 15 ára aldur í þessum efnum“ og var í því sambandi vísað til grundvallarreglunnar um stigvaxandi rétt barna til þátttöku.⁸⁵ Einnig má nefna að í drögum að frumvarpi til breytinga á barnalögum nr. 76/2003, sem birt voru á samráðsgátt Stjórnarráðsins í febrúar 2019,

⁸³ Sama á við um forsjár- og lögheimilismál, sem eru ávallt rekin fyrir dómi, sbr. 34. gr. barnalaga.

⁸⁴ Alþt. 2002-2003, A-deild, þskj. 181 - 180. mál.

⁸⁵ Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 1511 - 255. mál. Velta má fyrir sér hvort sömu rök ættu ekki að leiða til þess að börn á öllum aldri fái heimild til að óska eftir umgengni við foreldra eða gera kröfu um að fyrirkomulag umgengni verði endurskoðað.

er gert ráð fyrir að barn geti snúið sér til sýslumanns með ósk um að sýslumaður boði foreldra til samtals um fyrirkomulag forsjár, lögheimilis, búsetu og umgengi, sbr. 9. gr. draganna.⁸⁶

Velta má fyrir sér hvort rétt sé að ganga enn lengra og veita börnum beina aðild að umgengismálum. Vissulega er að nokkru leyti hægt að taka undir fyrrnefnd sjónarmið um mikilvægt þess að tryggja börnum viðeigandi vernd og forðast að setja þau í aðstæður sem þau hafa ekki forsendur til þess að ráða við. Auk þess bera foreldrar meginábyrgð á uppeldi og velferð barna sinna og því rök fyrir því að þau eigi að bera ábyrgð á ákvörðunum sem teknar eru á grundvelli barnalaga. Aftur á móti er ekki hægt að líta framhjá þeim ríku hagsmunum sem börn geta í ákveðnum tilvikum haft af því að teljast aðilar stjórnsýslumála af þessu tagi. Má til dæmis nefna mál þar sem stálpað barn er verulega ósátt við úrskurð sýslumanns um umgengni þó að báðir foreldrar séu sáttir við hann. Í slíku máli gæti aðild barnsins að málinu og heimild þess til að kæra úrskurðinn til dómsmálaráðuneytisins skipt miklu máli.⁸⁷ Má því færa rök fyrir því að réttara væri að meta aðkomu barna að slíkum málum í hverju tilviki fyrir sig fremur en að ganga út frá því að bein þátttaka sé ávallt of íþyngjandi fyrir barnið. Þannig beri að líta á umrædd rök sem eitt sjónarmið í heildarmatinu í stað þess að undirbyggja fortakslausa reglu á kostnað annarra sjónarmiða. Með sama hætti og varðandi aðild að barnaverndarmálum er í þessi samhengi rétt að hafa hugfast að ekki ber að túlka grundvallarregluna um það sem er barni fyrir bestu þannig að hún takmarki önnur réttindi barnsins, sérstaklega ekki rétt þess til stigvaxandi þátttöku og til að taka sjálfstæðar ákvarðanir.⁸⁸ Má því draga í efa að það sé rétt að reyna „hlífa barni“ við deilum foreldra með því að takmarka afdráttarlaust

⁸⁶ Í almennum athugasemdum með umræddum drögum segir meðal annars: „Með nýju ákvæði er stefnt að því að styrkja rétt barns til að beita sér í málum sem líkleg eru til að hafa grundvallar áhrif á velferð þess og líðan. Markmið með samtali er að leiðbeina barni og foreldrum og leitast við að stuðla að fyrirkomulagi sem er barni fyrir bestu að teknu tilliti til sjónarmiða barnsins. Ekki er gerð krafa um tiltekinn lágmarksaldur barns en gengið út frá því að barnið taki sjálfstæða ákvörðun og hafi frumkvæði að því að nýta þennan rétt. Þá þarf sýslumaður samkvæmt framansögðu að meta þarfir barns á ólíkum aldurs- og þroskaskiðum.“ *Drög að frumvarpi til breytinga á barnalögum nr. 76/2003 og fleiri lögum (skipt búseta og meðlag).*

⁸⁷ Samkvæmt 1. mgr. 78. gr. barnalaga er aðilum máls heimilt að kæra úrskurð sýslumanns til dómsmálaráðherra innan tveggja mánaða frá dagsetningu hans.

⁸⁸ *General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art 3, para. 1),* bls. 3.

möguleika þess til að njóta þeirra réttinda sem fylgja aðild að máli.⁸⁹ Þvert á móti ætti frekar að tryggja barnvæna málsmeðferð og viðeigandi aðstoð við barnið, til þess að tryggja að það geti nýtt réttindi sín í samræmi við það sem er því sjálfu fyrir bestu.⁹⁰

4. Forræði barna á stjórnýslumálum

4.1 Fyrirsvar barna

4.1.1 Mismunandi viðhorf

Eins og þegar hefur verið slegið föstu geta börn átt aðild að stjórnýslumálum þótt aðild þeirra sé takmörkuð á ákveðnum sviðum. Í ljósi þess að börn eru ólögráða til 18 ára aldurs og foreldrar fara með lögformlegt fyrirsvar fyrir þeirra hönd vaknar þó sú spurning hvort og þá hvenær þau geta sjálf farið með forræði á slíkum málum, þ.e. komið fram í eigin nafni, án aðkomu og jafnvel gegn vilja foreldra sinna. Ef við lítum aftur á dæmið sem nefnt var í inngangi um brottvísun úr skóla er auðvelt að sjá mikilvægi þess að börn geti haft forræði á málum í ákveðnum tilvikum. Samkvæmt 1. mgr. 14. gr. laga um grunnskóla nr. 91/2008 bera nemendur ábyrgð á eigin námi og framkomu og samskiptum með hliðsjón af aldri og þroska. Samkvæmt 3. mgr. sömu greinar er skólastjóra heimilt í ákveðnum tilvikum, þegar hegðun nemanda er verulega áfátt og ekki hefur tekist að leysa úr því með öðrum hætti, að vísa nemanda úr skóla um stundasakir eða ótímabundið. Tekið er fram að um slíka ákvörðun gildi ákvæði stjórnýslulaga. Þá er slík ákvörðun kæránleg til mennta- og menningarmálaráðuneytisins, sbr. 47. gr. laganna. Ímyndum okkur að barnið í dæminu sé 15 ára unglingur sem hafi verið vikið úr skóla án þess að fá að tjá sig um þá ákvörðun. Ef til vill væri nærtækast að foreldrar myndu kæra ákvörðunina fyrir hönd barnsins en hvað ef þeir eru sammála ákvörðun skólans eða skammast sín fyrir málið og hafa engan áhuga á að kæra? Gæti barnið þá sjálft kært ákvörðunina til ráðuneytisins á þeirri forsendu að um er að ræða stálpað barn sem ber

⁸⁹ Má í þessu sambandi enn og aftur ítreka mikilvægi þess að greina á milli aðildar annars vegar og fyrirsvars hins vegar. Þó að börnum verði veitt frekari aðild að þessum málum er ekki endilega þar með sagt að þau þurfi að fara með forræði á öllum þáttum málsins sjálf, sbr. nánari umfjöllun í næsta kafla.

⁹⁰ Sjá til dæmis *In Focus: Access to Justice for Children*, bls. 2.

ábyrgð á eigin námi og hegðun samkvæmt fyrrnefndu ákvæði grunnskólalaga?⁹¹

Svarið við þessari spurningu ræðst að hluta til af því hvenær börn geta sjálf ráðstafað réttindum sínum í stjórnáslumálum. Eins og fyrr segir geta börn notið gerhæfis í ákveðnum tilvikum, svo sem þegar lagaákvæði veita þeim beinlínis ákvörðunarvald. Auk þess eiga börn sjálfstæðan rétt til friðhelgi einkalífs og eiga að fá stigvaxandi rétt til að taka sjálfstæðar ákvarðanir, sbr. meðal annars 5. og 16. Barna-sáttmálans. Þrátt fyrir þetta hefur því verið haldið fram að sú staðreynd að forsjáaraðilar fari með lögformlegt fyrirvar barna sinna leiði til þess að þeir þurfi ávallt að koma fram í stjórnáslumálum sem fyrirvars-menn þeirra. Þannig hefur hið hefðbundna viðhorf verið að forsjáaraðilar barns verði að taka þátt í meðferð stjórnáslumáls þegar ætlunin er að taka stjórnvaldsákvörðun í máli þess.⁹²

Þó að hið hefðbundna viðhorf hafi verið nokkuð ríkjandi eru alls ekki allir sammála því að börn geti ekki sjálf farið með forræði á stjórnáslumálum við vissar aðstæður.⁹³ Mismunandi afstaða opinberra aðila til þessa álitæfnis endurspeglast meðal annars í könnun sem framkvæmd var af umboðsmanni barna árið 2014. Þar voru helstu úrskurðaraðilar og kæruneindir sem starfa á vegum ríkisins spurðar út í það hvort börn hefðu leitað til þeirra án aðkomu forsjáaraðila og hvernig brugðist hefði verið við því. Ef svarið var neikvætt var spurt hvernig talið væri að brugðist yrði við ef slík aðstaða myndi koma upp. Af svörunum má ráða að börn reyni sjaldan að leita réttar síns hér á landi án aðkomu foreldra. Þá er sérstaklega áhugavert að sjá hversu ólík svör hinna ýmsu kærunefnda og úrskurðaraðila voru. Hjá sumum úrskurðaraðilum voru dæmi um að börn hefðu leitað til þeirra án aðkomu foreldra og í þeim tilvikum hafði verið leyst úr máli barnsins með sama hætti og gert hefði verið hjá fullorðnum aðila. Átti það til dæmis við um málskotsnefnd Lánasjóðs íslenska námsmanna og

⁹¹ Til hliðsjónar má benda á *UA 29. desember 2017 í máli nr. 8749/2015* um brottvísun 16 ára barns úr framhaldsskóla. Niðurstaða umboðsmanns var meðal annars sú að brottvísunin hefði ekki verið í samræmi við meðalhófsreglu stjórnáslulaga. Auk þess var fundið að málsmeðferð og leiðbeiningum mennta- og menningarmálaráðuneytisins. Í umræddu máli kom lögmaður fram fyrir hönd barnsins og foreldrar tóku virkan þátt við meðferð þess. Velta má fyrir sér hvort barnið í umræddu máli hefði haft tækifæri til að leita réttar síns ef foreldrar hefðu ekki staðið með því.

⁹² Sjá til dæmis Páll Hreinsson: *Stjórnásluréttur. Málsmeðferð*, bls. 189-190.

⁹³ Til dæmis hefur umboðsmaður barna bent á að „afstaða foreldra eigi ekki að ráða úrslitum um það hvort barn geti fengið úrlausn mála sinna“. Sjá nánar í *Helstu áhyggjuefni 2017*, bls. 12

umboðsmann Alþingis.⁹⁴ Einnig má benda á að Persónuvernd hefur tekið við kvörtunum frá börnum í eigin nafni.⁹⁵ Aðrir úrskurðaraðilar vísuðu einfaldlega til þess að foreldrar færu með lögformlegt fyrirvar barna sinna og því væri ekki heimilt að taka við erindi frá barni. Loks voru einhverjir sem sögðu að ekki hefði reynt á slíkt, en tóku fram að ef slík staða kæmi upp yrði málið metið með hliðsjón af réttindum barna sem og öðrum lögum.⁹⁶

4.1.2 Álit umboðsmanns Alþingis um aðild og fyrirvar barns

Niðurstaða fyrrnefndrar könnunar umboðsmanns barna bendir til þess að réttaróvissa ríki um það hvort börn geti sjálf farið með forræði á stjórnsýslumálum eða í það minnsta að þekking eða viðhorf stjórnvalda til fyrirvars barna sé mismunandi. Í fyrrnefndu álti umboðsmanns Alþingis er að nokkru leyti vikið að þessu álitafni og þýðingu þess að foreldrar fari með lögformlegt fyrirvar barna.

⁹⁴ Hafa verið í huga að stjórnsýslulög og reglur stjórnsýsluréttar um aðild gilda ekki um umboðsmann Alþingis, enda heyrir hann undir löggjafarvaldið og úrlausnir hans eru óbindandi, sbr. t.d. 1. og 10. gr. laga nr. 85/1997 um umboðsmann Alþingis. Fjallað er um skilyrði þess að bera upp kvörtun í 4. gr. og í 2. mgr. segir: Hver sá sem telur sig hafa verið beittan rangsleitni af hálfu einhvers þess aðila, sem fellur undir ákvæði 1. eða 2. mgr. 3. gr., getur kvartað af því tilefni til umboðsmanns. Sem dæmi um mál þar sem börn kvörtuðu til umboðsmanns má nefna *Álit UA frá 29. desember 2011 í málum nr. 5994/2010 og 6009/2010*. Þar leituðu grunnskólanemendur sjálfir til umboðsmanns Alþingis og kvörtuðu yfir því að nemendur útskrifuðust úr ákveðnum hverfisgrunnskólum hefðu forgang við innritun í ákveðna framhaldsskóla.

⁹⁵ Má til dæmis benda á *úrskurð Persónuverndar í máli nr. 2017/1182*, þar sem 14 ára barn kvartaði í eigin nafni undan myndbirtingu foreldris á Facebook. Persónuvernd hefur jafnvel haldið því fram að í sumum tilvikum verði kvörtun að koma frá barni, sbr. *ákvörðun Persónuverndar í máli nr. 2016/581*, en sú ákvörðun var ekki talin í samræmi við lög að mati umboðsmanns Alþingis, sbr. *UA frá 7. maí 2018 í máli nr. 9524/2017 (myndbirting af barni)*. Til hliðsjónar má einnig benda á *úrskurð Persónuverndar í máli nr. 2014/656* þar sem fram kemur að það sé ekki skilyrði þess að fara með upplýsingarétt að vera lögráða, heldur geti börn „farið með hann hafi þau til þess nægan þroska eða hafi vísa aðstoð í þessum efnum.“

⁹⁶ *Skýrsla umboðsmanns barna 2014*, bls. 11. Staðan virðist vera svipuð á öðrum Norðurlöndum. Má í því sambandi nefna að umboðsmaður barna í Svíþjóð hefur gert úttekt á aðgangi barna að dómstólum og öðrum kæruleiðum. Komst hann að því að aðgangur barna að slíkum úrræðum væri verulega takmarkaður. Sjá *Barns och ungas klagomöjligheter - Barnombudsmannens kartläggning av barns och ungas möjlighet att framföra klagomål och få sin sak prövad när deras rättigheter kränks*, bls. 26. Einnig hefur umboðsmaður barna í Noregi bent á að það sé sjaldgæft að börn leiti réttar síns. Sjá *Status for barns rettigheter*, bls. 15.

Álit UA frá 7. maí 2018 í máli nr. 9524/2017 (myndbirting af barni). A kvartaði yfir því að Persónuvernd hefði vísað frá kvörtun hennar sem laut að birtingu barnsföður hennar af mynd af dóttur þeirra á Facebook, gegn vilja dótturinnar sem var 14 ára gömul. Afstaða Persónuverndar var sú að ekki hefði verið fært að úrskurða í málinu einungis á grundvelli upplýsinga frá móður. Byggðist sú afstaða meðal annars á því að barnið ætti rétt á að vera með í ráðum, þegar ákvörðun væri tekin um persónuleg málefni þess, í samræmi við aldur og þroska. Taldi Persónuvernd því með hliðsjón af eðli álitaefnisins, aldri stúlkunnar og sjónarmiða um sjálfsákvörðunar-rétt barna að nauðsynlegt væri að kvörtunin kæmi frá henni sjálfri, en ekki móður hennar.

Afstaða Persónuverndar í málinu endurspeglar þá auknu áherslu sem hefur verið lögð á stigvaxandi sjálfsákvörðunarrétt barna. Í álitinu víkur umboðsmaður meðal annars almennt að aðild að stjórnýslumálum og kemst að því að barnið í málinu hafi stöðu aðila máls þó að kvörtunin hafi verið borin fram af móður þess. Í álitinu segir svo:

„Með lögum hefur hins vegar verið ákvæðið að sá sem fer með forsjá viðkomandi skuli koma fram fyrir þess hönd sem fyrirvarsmaður og getur í því umboði almennt staðið að ráðstöfun á lögætum hagsmunum þess. Nánara inntak þess fyrirvars sem forsjáraðilar fara með í málum sem varða börn þeirra, og hvernig það spilar saman við hæfi barna til að ráðstafa eigin hagsmunum, er þó ekki einhlítt og veltur á ákvæðum þeirra laga sem við eiga í hverju tilviki. Eins og rakið verður hér á eftir hefur börnum og ungmennum með lögum verið fengin aukin aðkoma að eigin málum með tilliti til þroska og aldurs þeirra og sú réttarþróun kann að leiða til þess að þau verði í auknum mæli talin hæf til að fara með það fyrirvar sem forsjáraðila er nú fengið að lögum.“

Umboðsmaður virðist að nokkru leyti taka undir með Persónuvernd að mikilvægt sé að taka tillit til réttinda barna og vísar í því sambandi meðal annars í grundvallarreglur 3. og 12. gr. barnasáttmálans. Auk þess vísar hann í hina almennu rannsóknarreglu stjórnýsluréttarins, sbr. 10. gr. stjórnýslulaga, og bendir á skyldu stjórnvalda til að tryggja að atvik stjórnýslumáls séu nægilega rannsökuð áður en ákvörðun er tekin. Þá segir:

„Þegar málefni barna og ungmenna undir 18 ára aldri eru til úrlausnar hjá stjórnvöldum, hvort sem það er að frumkvæði forsjáraðila þeirra, þeirra sjálfra, stjórnvalda eða annarra, þurfa þau stjórnvöld sem í hlut eiga að gæta að áður nefndum reglum um að það sem barni er fyrir bestu skuli ávallt hafa forgang, um rétt barns til að tjá sig og að tekið skuli réttmætt tillit til skoðana þess. Þetta á við hvort sem barnið sjálft kemur fram sem aðili málsins eða forsjáraðili sem fyrirvarsmaður þess. Stjórnvöld verða sjálfstætt að

gæta að þessum reglum óháð afstöðu þess sem kemur fram sem formlegur aðili eða fyrirvarismaður barns. Af þessu leiðir líka að rannsókn máls þarf að taka mið af því að upplýsa um hagsmuni viðkomandi barns. Liður í því er, ef aldur og þroski barns stendur því ekki í vegi, að gefa barni kost á að tjá sig um það málefni sem til úrlausnar er. Við þetta bætist síðan að almennt er það í þágu hagsmuna barns að ekki verði óþarfa tafir á því að stjórnvöld ráði til lykta málum sem þau varða.“

Með vísan til þessa taldi umboðsmaður það ekki í samræmi við lög að vísa málinu frá án þess að afla afstöðu dótturinnar til málsins. Þó segir í álitinu:

„Rétt er að taka fram [...] að hér hef ég aðeins tekið afstöðu til þess álitaefnis hvort rétt hafi verið að vísa máli A frá á þeim grundvelli sem byggt var á í málinu. Í framangreindu felst ekki afstaða til þess í hvaða tilvikum ólöggráða einstaklingur kunni sjálfur, eftir atvikum, að hafa hæfi án aðkomu forsjáraðila til að beina erindum til Persónuverndar...“

Af áliti umboðsmanns má ráða að stjórnvöld geti ekki gert þá kröfu að börn fari sjálf með fyrirvar í stjórnsýslumálum sem þau eiga aðild að, a.m.k. ekki án þess að fyrst sé leitað eftir afstöðu barnsins og málið metið út frá því hvað sé talið því fyrir bestu. Þannig felist í lögformlegu fyrirvari foreldra að þeir geti komið fram fyrir hönd barna sinna en að stjórnvöld þurfi jafnframt að gæta þess að leita eftir afstöðu barna og taka tillit til hennar. Í álitinu tekur umboðsmaður ekki afdráttarlausa afstöðu til þess hvort og þá í hvaða tilvikum börn kunni sjálf að hafa hæfi til að þess að hafa forræði á stjórnsýslumálum. Þó virðist orðalag álitsins fremur opna á þann möguleika, sbr. tilvísun til þess að stjórnvöld þurfi að gæta að réttindum barna „hvort sem barnið sjálf kemur fram sem aðili málsins eða forsjáraðili sem fyrirvarismaður þess.“ Enn fremur nefnir umboðsmaður sérstaklega að sú réttarþróun um ríkari áherslu á rétt barna til að fá aukna aðkomu að eigin málum með tillit til aldurs og þroska kunni „að leiða til þess að þau verði í auknum mæli talin hæf til að fara með það fyrirvar sem forsjáraðila er nú fengið að lögum“.⁹⁷ Loks er vísað til þess í álitinu að Persónuvernd hafi þegar tekið við kvörtun frá barninu í umræddu máli, sbr. *úrskurð Persónuverndar í máli nr. 2017/1182*, og virðist ekki gerð athugasemd við það.

⁹⁷ Þó er rétt að taka fram að ekki kemur skýrt fram í álitinu hvort skilja beri „réttarþróun“ sem vísun til þess að lög kunni að breytast í þá átt í framtíðinni eða hvort vísað sé til breytinga á viðhorfi til þess hvernig beri að túlka t.d. samspil barnasáttmálans og önnur lög í framkvæmd.

4.1.3 *Hvenær geta börn komið fram í eigin nafni?*

Í ljósi framangreindrar umfjöllunar má draga í efa hið hefðbundna viðhorf sem felur í sér að foreldrar þurfi ávallt að koma fram fyrir hönd barna sinna í stjórnslumálum. Telja verður að slík afstaða sé of fortakslaus, þar sem hún tekur ekki tillit til lagaákvæða um gerhæfi barna á ákveðnum sviðum. Til samanburðar er áhugavert að rífa upp að í réttarfarslöggjöfinni er gengið út frá því að börn geti í ákveðnum tilvikum sjálf farið með fyrirvar mála fyrir dómi. Á það til dæmis við þegar þau eru talin hæf til þess að ráðstafa því sakarefni sem reynir á í einkamáli. Má í því sambandi nefna aftur dæmið sem nefnt var í inngangi um barn sem keypti gallaða vöru fyrir eigið sjálfsafla- eða gjafafé. Barni er falið ákvörðunarvald um ráðstöfun slíkra fjármuna með lögum og því ekki rök fyrir því að takmarka forræði þess á málum sem varða slíka fjármuni. Nefna mætti fjölmörg fleiri dæmi þar sem til greina kæmi að barn hefði forræði á máli eða þáttum í því, svo sem í þeim tilvikum sem sótt er um einhvers konar leyfi, styrk eða skólavist til opinbers aðila. Eitt algengt dæmi er það þegar 17 ára barn, sem telur sig uppfylla öll skilyrði umferðarlaga nr. 50/1987 til þess að öðlast ökuréttindi, sækir um öksuskírteini til sýslumanns.

Hið hefðbundna viðhorf til fyrirvars barna samræmist enn fremur illa sjálfstæðum réttindum barna samkvæmt barnasáttmálanum og almennum ákvæðum um friðhelgi einkalífs. Viðmið stjórnsluréttarins á fyrirvari barna ræðst af öðrum lögum og þá einkum ákvæði 5. mgr. 28. gr. barnalaga um lögformlegt fyrirvar. Það ákvæði ber að túlka til samræmis við barnasáttmálann, líkt og aðra alþjóðlega mannréttinda-samninga.⁹⁸ Þar að auki hefur sáttmálinn sem fyrr segir lagagildi hér á landi, auk þess sem færa má rök fyrir því að ákveðið inntak hans njóti verndar 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar. Af því leiðir að sú áhersla sem barnasáttmálinn leggur á friðhelgi einkalífs barna og stigvaxandi rétt þeirra til að taka ábyrgð á eigin lífi hefur sérstaka þýðingu við mat á fyrirvari barna við meðferð stjórnslumála. Ef enn og aftur er hugað að dæminu um brottvísun úr skóla má benda á að gengið er út frá því að 15 ára börn beri ábyrgð á eigin námi enda eru þau talin nægilega þroskuð til þess að taka ýmsar ákvarðanir. Til að mynda bera þau refsíábyrgð samkvæmt almennum hegningarlögum. Vegna þess er ekki sannfærandi að túlka núgildandi lög með þeim hætti að 15 ára unglingur teljist ekki hæfur til þess að fara með forræði á máli sem varðar brottvísun hans úr skóla. Það á að minnsta kosti við um ákveðna

⁹⁸ Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 250-251 og Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinmi lagalegu aðferð*, bls. 156-157.

þætti slíks máls eins og forræðið á því að kæra málið til æðra stjórnvalds, óska eftir aðgangi að gögnum málsins, tjá sig um málið og fá leiðbeiningar frá viðkomandi stjórnvaldi.

Miðað við öll þau sjónarmið sem fram hafa komið verður að telja réttast að túlka núgildandi lög með þeim hætti að meta þurfi í hverju tilviki fyrir sig hvort barn, sem á aðild að máli, geti sjálft farið með forræði á málinu eða einstökum þáttum þess. Við það mat þarf meðal annars að líta til réttinda og hagsmuna barnsins, aldurs, þroska, eðli málsins sem og aðstæðna að öðru leyti. Hafa má hliðsjón af þeim sjónarmiðum sem sett hafa verið fram um almennan rétt barna til sjálfsákvörðunar. Í samantekt umboðsmanns barna *Hvenær ráða börn sjálf?* er til að mynda að finna leiðbeiningar um stigvaxandi rétt barna til að taka sjálfstæðar ákvarðanir í samræmi við aldur og þroska. Þar kemur fram að eftir því sem börn eldast og þroskast aukist réttur þeirra til að taka sjálfstæðar ákvarðanir. Jafnframt er þó bent á að mikilvægt sé að huga að því hversu afdrifarík ákvörðun er. „Því varanlegri og mikilvægari sem ákvörðun er, því meiri ástæða er til þess að foreldrar beri ábyrgð. Sömuleiðis eykst vægi foreldra eftir því sem þörfin fyrir vernd er meiri, til dæmis ef barn hegðar sér þannig að það getur talist hættulegt sér og umhverfi sínu.“⁹⁹ Falla þessi sjónarmið vel við að því sem áður hefur komið fram um hið breytilega hlutverk foreldra með aldri og þroska barna.

Í fyrrnefndri samantekt er tekið fram að hafa megi hliðsjón af því að í íslenskum lögum sé almennt gert ráð fyrir því að börn hafi ríkan rétt til þátttöku frá 12 ára aldri.¹⁰⁰ Má því ætla að 12 ára börn teljist almennt hafa öðlast þann þroska sem þarf til að geta komið fram í eigin nafni sem aðilar stjórnsýslumáls. Á sama tíma verður þó að forðast að miða afdráttarlaust við 12 ára aldur enda geta yngri börn vel verið hæf til þess að fara með forræði á ýmsum málum.¹⁰¹ Má í því sambandi benda á að barnaréttarnefndin hefur lýst yfir áhyggjum sínum af því að hæfni yngri barna sé gjarnan vanmetin og þeim oft ekki veitt tækifæri til þess að beita réttindum sínum með virkum hætti.¹⁰² Í raun mætti ætla að

⁹⁹ *Hvenær ráða börn sjálf?*

¹⁰⁰ Sama heimild. Sambærileg sjónarmið birtast einnig í álitum umboðsmanns barna um rétt barna til upplýsinga um sig sjálf, sjá *Skýrsla umboðsmanns barna 2015*, bls. 44-45.

¹⁰¹ Í því sambandi má benda á að áður voru mun fleiri lagaákvæði sem miðuðu þátttöku við 12 ára aldur. Á undanförunum árum hefur markvisst verið stefnt að því að fjarlægja það aldurstakmark úr lögum einmitt í þeim tilgangi að tryggja betur rétt yngri barna til þátttöku. Sjá til hliðsjónar *Hvenær ráða börn sjálf?*

¹⁰² Sjá til dæmis *General Comment No. 7 (2005): Implementing child rights in early childhood*, bls. 8.

börn sem eru fær um að óska eftir því að fara sjálf með fyrirvar í máli ættu að hafa heimild til þess nema talin sé hætt á að slíkt stefni hagsmunum þeirra í hættu, svo sem ef þau eru ekki fær um að gæta hagsmuna sinna á forsvaranlegan hátt. Slíkt leggur þó ríkari kröfur á stjórnvöld að tryggja að málsmeðferðin sé barnvænleg og börnum tryggð sú aðstoð sem þau þurfa, sbr. nánari umfjöllun í kafla 4.2.

Ef barn leitar til stjórnvalds án aðkomu forsjáraðilar vakna ýmsar spurningar. Til dæmis má velja því upp hvort stjórnvaldi beri, á grundvelli rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga, að leita eftir afstöðu forsjárforeldris í slíkum tilvikum. Hvað ef um er að ræða barn sem hefur engan áhuga á því að haft sé samband við foreldra út af málinu? Erfitt er að gefa algild svör að þessu leyti enda eru málin eins misjöfn og þau eru mörg. Þó verður að telja rétt að stjórnvöld meti fyrst hvort talið sé að viðkomandi barn sé hæft til að fara með fyrirvar í málinu. Slíkt krefst vandaðs og einstaklingsbundins mats af hálfu stjórnvalda. Ef barnið er talið hæft til þess ætti það almennt sjálf að ráða því hvort óskað sé eftir aðkomu forsjáraðila eða jafnvel annarra fullorðinna til að aðstoða í málinu.¹⁰³ Þegar barn er hins vegar ekki talið hafa hæfni til að koma fram í eigin nafni þarf að meta hvort rétt sé að hafa samband við forsjáraðila, með hliðsjón af vilja barnsins, hagsmunum þess og eðli málsins sem um ræðir.¹⁰⁴ Einnig þarf í sumum tilvikum að leiðbeina barni og eftir atvikum aðstoða það ef talin er ástæða til að nýta þann möguleika að skipa því sérstakan lögráðamann til þess að fara með fyrirvar í málinu, sbr. fyrrnefnd 53. gr. lögræðislaga. Loks er mikilvægt að hafa í huga að í einhverjum tilvikum gæti sú staða verið uppi að foreldrar séu að vanrækja hlutverk sitt svo alvarlega eða barn sé að stefna sér í slíka hættu að nauðsynlegt sé að tilkynna málið til barnaverndar, sbr. IV. kafla barnaverndarlaga. Í þeim tilvikum verður að telja æskilegt barnið sé upplýst um þann farveg sem setja þarf málið í þannig að það sé útskýrt fyrir barninu hvers vegna aðkoma barnaverndar sé nauðsynleg.

¹⁰³ Í einhverjum tilvikum gæti þó verið að forsjárhlutverk foreldra, sbr. 28. gr. barnalaga, leiði til þess að mikilvægt sé talið að þeir séu upplýstir um málið.

¹⁰⁴ Má í því sambandi benda á að börn geta átt rétt á að eiga trúnaðarsamskipti við opinbera aðila í ákveðnum tilvikum, sem takmarkast þá einungis af tilkynningarskyldu til barnaverndaryfirvalda. Við slíkar aðstæður er ekki rétt að hafa samband við forsjáraðila. Sjá til hliðsjónar Ragnheiður Thorlacius: *Friðhelgi einkalífs*, bls. 54-73.

4.1.4 Umboðsmenn eða aðstoðarmenn barna

Ýmsar ástæður geta legið að baki því að barn kjósi að leita sjálft réttar síns og sækja stjórnslumál í eigin nafni fremur en að foreldrar þess fari með fyrirvar. Í einhverjum tilvikum er ástæðan, eins og áður hefur verið nefnt, að foreldrar hafa einfaldlega ekki áhuga á að sækja málið fyrir hönd barnsins. Auk þess getur verið að barnið, af ýmsum ástæðum, kæri sig alls ekki um aðkomu foreldra. Þá geta önnur sjónarmið mælt með því að aðstoð annars einstaklings sé haganleg vegna eðlis máls eða annarra aðstæðna. Við slíkar aðstæður má velta fyrir sér hvort barn geti valið einhvern annan fullorðinn til þess að koma fram í málinu fyrir sína hönd. Meginreglan er sú að einstaklingar eiga rétt á að hafa aðstoðar- eða umboðsmanni þegar taka á stjórnvaldsákvörðun.¹⁰⁵ Má því ætla að það eigi einnig við um börn sem eru aðilar máls og fara sjálf með fyrirvar í málinu.¹⁰⁶ Sömuleiðis geta foreldrar, þegar þeir fara með fyrirvar, ákveðið að fá aðstoðar- eða umboðsmann til þess að liðsinna barninu við meðferð málsins.

Með umboðsmanni er átt við einstakling sem kemur fram í málinu fyrir hönd aðila máls samkvæmt umboði. Algengt dæmi er þegar lögmann reka mál fyrir hönd skjólstaðinga sinna. Þó er einnig hægt að hugsa sér að vinir, ættingjar eða fagaðilar taki að sér slíkt hlutverk. Aðstoðarmaður veitir hins vegar aðila aðstoð við undirbúning og meðferð málsins. Í lögum er ekki að finna skilyrði þess að einhver geti tekið að sér að vera umboðs- eða aðstoðarmaður í stjórnslumáli. Því hefur verið haldið fram að rétt sé að gera þá kröfu að umboðsmaður sé lögráða þar sem hann sé að taka á sig ákveðnar skuldbindingar og gæti bakað sér refsí- eða bótaábyrgð í málinu.¹⁰⁷ Í þessu tilliti verður þó vart litið framhjá því með öllu að sum börn geta borið refsí- og bótaábyrgð. Í því ljósi verður ekki séð að þessi rök, ein og sér, leiði sjálfkrafa til þeirrar niðurstöðu að börn geti aldrei verið umboðsmenn. Má því draga

¹⁰⁵ Sjá til hliðsjónar Pál Hreinsson: *Stjórnsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 188 -189.

¹⁰⁶ Því hefur verið haldið fram að það leiði af lögformlegu fyrirvari forsjarforeldra að barn geti ekki fengið skipaðan umboðsmann nema með sérstakri lagaheimild. Sjá Pál Hreinsson: *Stjórnsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 190. Í því sambandi er þó rétt að hafa í huga að um er að ræða óskráðar reglur og virðist almennt lítið hafa verið fjallað um réttarheimildarlegan grundvöll þeirra í íslenskum rétti. Eðli óskráðra réttarheimilda mælir með því að við mat á inntaki þeirra sé tekið mið af grundvallarmannréttindum, þar á meðal sjálfstæðum réttindum barna samkvæmt barnasáttmálanum. Sé fallist á að börn geti við ákveðnar aðstæður farið sjálf með fyrirvar í máli eða hlutum þess leiðir af eðli máls að þau eiga, eins og fullorðnir, rétt á aðstoðar- eða umboðsmanni.

¹⁰⁷ Pál Hreinsson: *Stjórnsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 191.

í efa að lögræði sé afdráttarlaust skilyrði í öllum tilfellum.¹⁰⁸ Hvað sem því líður þá hefur ekki verið talið að sama krafa eigi við um aðstoðarmenn. Er því ekkert sem kemur í veg fyrir það að barn fái annað barn sér til aðstoðar við meðferð stjórnsýslumáls, svo sem systkini, vin eða vinkonu.¹⁰⁹

Hlutverk foreldra, sem fara með fyrirvar, er að ýmsu leyti sambærilegt hlutverki umboðsmanns aðila hvað varðar rekstur stjórnsýslumáls. Grundvallarmunurinn felst í því að forsjáradilar taka ákvörðun á grundvelli lögbundins hlutverks á meðan hlutverk umboðsmanns er bundið við það umboð sem er veitt hverju sinni. Miðað við breytilegt hlutverk foreldra má þó ef til vill segja að fyrirvar foreldra verði æ líkara hlutverki umboðsmanns eftir því sem börn eldast og þroskast og öðlast þar með aukna hæfni til að fara sjálf með forræði á máli.¹¹⁰ Líkt og áður segir hefur verið talið mikilvægt að fela foreldrum lögformlegt fyrirvar barna sinna vegna þroska- og reynsluleysis þeirra. Þannig hefur verið talið nauðsynlegt að fela fullorðnum einstaklingum það hlutverk að vernda barnið og veita því aðstoð og leiðbeiningar við meðferð mála í samræmi við aldur og þroska. Út frá sömu rökum má ætla að það skipti sérstaklega miklu máli að leiðbeina börnum, sem fara sjálf með fyrirvar í stjórnsýslumálum, um þann möguleika að fá að velja sér einhvern einstakling sem umboðs- eða aðstoðarmann.

4.2 Barnvænleg málsmeðferð

Sú staðreynd að börn eigi rétt á því að leita réttar síns og að þau geti í ákveðnum tilvikum sjálf farið með forræði á stjórnsýslumálum, sem þau eru aðilar að, leggur ýmsar skyldur á herðar stjórnvalda. Samhliða aukinni umræðu um sjálfstæð réttindi barna hefur verið lögð æ ríkari

¹⁰⁸ Í þessu sambandi er rétt að hafa í huga stjórnvöld hafa heimild til að hafna umboðsmanni við vissar aðstæður, til dæmis ef umboðsmaður er talin augljóslega ófær um að sinna starfi sínu. Sjá Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 191. Við það mat verður að hafa í huga það sem er viðkomandi barni fyrir bestu og gæta þess að það taki ekki á sig meiri ábyrgð en það hafa forsendur til að ráða við.

¹⁰⁹ Sama heimild. Má í því sambandi einnig benda á að börn geta jafnvel tekið að sér að vera aðstoðarmenn fullorðinna við meðferð stjórnsýslumáls, svo sem þegar börn aðstoða foreldra sína.

¹¹⁰ Hér verður þó að hafa í huga að hlutverk foreldra gagnvart börnum er annað og meira en hlutverk umboðsmanns gagnvart umbjóðanda enda bera foreldrar ábyrgð á velferð og hagsmunum barna sinna. Er foreldri, sem fer með fyrirvar, því almennt ekki bundið við fyrirsmæli barns með sama hætti og umboðsmaður er bundinn við fyrirsmæli umbjóðanda.

áhersla á svokallað *barnvænlegt réttarkerfi*.¹¹¹ Hugmyndin um barnvænlegt réttarkerfi kallar á að allt réttarkerfið, bæði dómstólar og stjórnýslan, taki mið af réttindum barna, ekki síst ákvæðum barnasáttmálans um það sem er barni fyrir bestu og rétti barna til virkrar þátttöku.¹¹² Af þessum grundvallarreglum leiðir meðal annars að tryggja þarf að leiðbeiningar, upplýsingagjöf og öll málsmeðferð stjórnvalda taki mið af aldri og þroska barna, þannig að hagsmunir þeirra séu tryggðir og þau hafi forsendur til að taka virkan þátt og að koma sjónarmiðum sínum á framfæri.¹¹³ Á það í raun við óháð því hvort börn teljist aðilar máls, fari sjálf með forræði á máli, þau njóti aðstoðar í málinu eða forsjáradili fari með fyrirvar fyrir þeirra hönd.

Þær leiðir sem börnum standa til boða innan stjórnýslunnar hér á landi virðast almennt ekki sérstaklega barnvænar.¹¹⁴ Börn geta þó leitað til umboðsmanns barna, sem starfar á grundvelli laga nr. 83/1994. Samkvæmt 4. gr. þeirra laga er öllum heimilt að leita til umboðsmanns barna með erindi sín en erindi frá börnum njóta forgangs. Umboðsmaður tekur hins vegar ekki stjórnvaldsákvæðanir í málum einstakra barna og getur ekki endurskoðað ákvæðanir stjórnvalda. Aftur á móti leiðbeinir hann börnum, til dæmis um það hvaða leiðir eru færar innan stjórnýslunnar. Á vef umboðsmanns barna er að finna einfaldar upplýsingar fyrir börn, þar á meðal um réttindi barna.¹¹⁵ Að öðru leyti virðist ekki algengt að til staðar sé upplýsingar um stjórnvöld og hlutverk þeirra sem taka mið af þörfum barna, til dæmis grundvallarupplýsingar um starfsemi og eðli ákveðinna úrskurðaraðila á barnvænu máli.

Mikilvægt er að stuðla að því að íslensk stjórnýsla sem og réttarkerfið í heild verði barnvænna og taki í auknu mæli mið af þörfum og

¹¹¹ Má til dæmis nefna leiðbeiningar sem samþykktar voru árið 2010 af ráðherranefnd Evrópuráðsins um barnvænlega réttarvörslu. Markmið þeirra er meðal annars að tryggja að réttur barns sé virtur við sérhverja málsmeðferð, hvort sem það er fyrir dómstólum eða stjórnvöldum. *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child-Friendly Justice*, bls. 3. Til hliðsjónar má einnig benda á *General Comment No. 24 (2019) on children's right in the child justice system*.

¹¹² Sjá til hliðsjónar Hrefna Friðriksdóttir: „Relational Representation: The Empowerment of Children in Justice Systems“.

¹¹³ Sjá til dæmis *Skýrsla umboðsmanns Alþingis fyrir árið 2018*, bls. 58.

¹¹⁴ Athygli vekur hversu sjaldgæft það er að börn reyni að leita réttar síns hér á landi, án aðkomu foreldra sinna. Má það ef til vill rekja til þess að börn viti einfaldlega ekki hvert þau eiga að leita. *Skýrsla umboðsmanns barna 2015*, bls. 46.

¹¹⁵ *Vefur umboðsmanns barna*.

hagsmunum barna.¹¹⁶ Tryggja þarf betri upplýsingagjöf til barna áður en ákvarðanir eru teknar en það er algjör grundvallarforsenda þess að barn geti tekið virkan þátt við málsmeðferð að það fái upplýsingar sem henti aldri þess og þroska.¹¹⁷ Þegar stjórnvald tekur ákvörðun í máli barns, óháð því hvort það fari sjálft með fyrirvar eða ekki, ætti það auk þess að vera sjálfsagt að orðalag ákvörðunarinnar sé þannig að barnið hafi forsendur til þess að skilja hvað í henni felst. Þá þarf að tryggja að efni rökstuðnings sé þannig að barn geti áttað sig á því á hverju ákvörðun er byggð og hvaða meginsjónarmið búa henni að baki, sbr. 22. gr. stjórnsýslulaga. Enn fremur ætti ávallt að leiðbeina barni á barnvænan hátt, sbr. 7. gr. stjórnsýslulaga, til dæmis um hvernig hægt sé að kæra ákvörðun, hvaða réttaráhrif slíkt hefði í för með sér og tímalengd. Á meðan þetta er ekki raunin er erfitt að halda því fram að Ísland hafi raunverulega innleitt barnasáttmálann, þ.e. að barnasáttmálinn hafi full réttaráhrif og afleiðingar samkvæmt efni sínu, og fullnægt skyldum sínum samkvæmt honum.¹¹⁸

5. Lokaorð

Í ljósi þess að börn skortir oft reynslu og þroska til að bera ábyrgð á eigin lífi hefur foreldrum verið falin meginábyrgð á velferð þeirra. Er því almennt gengið út frá því að foreldrar ráði persónulegum högum barna sinna og fari með lögformlegt fyrirvar fyrir þeirra hönd. Á sama tíma er þó brýnt að huga að þeim sjálfstæðu réttindum sem börn njóta samkvæmt stjórnarskrá Íslands, barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna sem og ýmsum öðrum lögum. Þannig ber að veita börnum stigvaxandi rétt til þess að hafa áhrif á eigið líf og taka sjálfstæðar ákvarðanir. Endurspeglast það meðal annars í ákvæðum íslenskra laga um með- og sjálfsákvörðunarrétt barna. Hlutverk foreldra breytist því með vaxandi aldri og þroska barna og ber smám saman að veita börnum aukið

¹¹⁶ Má til hliðsjónar benda á verkefnið barnvæn sveitarfélög sem unnið var af UNICEF á Íslandi og umboðsmanni barna. Verkefnið miðar að því að aðstoða sveitarfélög við að innleiða barnasáttmálann og felst einn af svokölluðum grunnþáttum þess í barnvænni nálgun. Með því er átt við að tryggja þurfi að „umhverfi, viðhorf, stjórnsýsla og þjónusta sé barnvæn og taki mið af þörfum og hagsmunum barna.“ *Barnvæn sveitarfélög*.

¹¹⁷ Helen Stalford, Liam Cairns og Jeremy Marshall: „Achieving Child Friendly Justice through Child Friendly Methods: Let’s Start with the Right to Information“, bls. 207.

¹¹⁸ Til hliðsjónar má benda á að í skýrslu íslenska ríkisins til barnaréttarnefndarinnar um framkvæmd barnasáttmálans hér á landi árin 2008 til 2018 er nefnt að innleiðing barnasáttmálans sé sífellt í gangi og bent á að gagnrýnt hafi verið að skort hafi upp á markvissa innleiðingu sáttmálans í kjölfar lögfestingar hans með lögum nr. 19/2019. *Fimmta og sjötta skýrsla Íslands um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins*, bls. 6.

svigrúm til þess að ráðstafa málum sínum sjálf, sbr. meðal annars 5. gr. barnasáttmálans.

Þar sem börn njóta sjálfstæðra réttinda er ljóst að þau eru aðildarhæf. Enn fremur beinast ýmsar stjórnvaldsákvæðanir að þeim eða þau eiga beinna, sérstakra, verulegra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn þeirra. Þau geta því fallið undir hina almennu skilgreiningu stjórnvöldsréttarins á hugtakinu aðili máls með þeim afleiðingum að þau geta átt aðild að ýmsum málum, líkt og þau dæmi sem nefnd hafa verið í greininni bera með sér. Í ákveðnum tilvikum eru börn þó ekki talin njóta aðildar að stjórnvöldsmálum þó ljóst sé að þau eigi beinna, sérstakra og verulegra hagsmuna að gæta. Á það til dæmis við um barnaverndarmál í tilvikum barna yngri en 15 ára og umgengnismál sem rekin eru á grundvelli barnalaga. Rökin fyrir þessu fyrirkomulagi hafa meðal annars verið þau að mikilvægt sé að hlífa börnum enda geti það beinlínis haft skaðleg áhrif á þau að vera beinir þátttakendur í svo erfiðum málum. Hér hefur þó verið bent á að börn geti haft þýðingarmikla hagsmuni af því að geta talist aðilar slíkra mála við vissar aðstæður, til dæmis ef þau vilja fá aðgang að upplýsingum máls eða vilja af einhverjum ástæðum kæra stjórnvaldsákvörðun, sé kæruúrræði til að dreifa. Til samanburðar var bent á að í norsku barnaverndarlögunum er börnum almennt veitt aðild að málum frá 15 ára aldri en opnað fyrir aðild yngri barna í sérstökum tilvikum. Vel mætti hugsa sér að íslensk löggjöf verði endurskoðuð með það fyrir augum að opna frekar á möguleika barna til þess að eiga aðild að málum á grundvelli barnalaga og barnaverndarlaga.

Á meðan auðvelt er að slá því föstu að börn geti talist aðilar máls er meira álitamál um það hvort og þá hvenær þau geta sjálf farið með forræði á máli. Þannig virðast opinberir aðilar almennt ekki sammála um hvernig túlka beri ákvæði um lögformlegt fyrirvar foreldra, það er hvort það feli í sér fortakslausa reglu um að forsvaraðilar þurfi ávallt að koma fram fyrir hönd barns í stjórnvöldsmáli. Þó að hið hefðbundna viðhorfi feli í sér að foreldrar verði að fara með fyrirvar barna sinna var bent á að slíkt viðhorf samræmist illa ákvæðum laga sem veita börnum með- og sjálfsákvörðunarrétt í ýmsum málum. Þar að auki samræmist það illa barnasáttmálanum og þeirri áherslu sem hann leggur á stigvaxandi rétt barna til að bera ábyrgð á eigin líf og rétti þeirra til að hafa aðgang að virkum úrræðum til að leita réttar síns án aðkomu foreldra. Var niðurstaðan því sú að rétt væri að túlka núgildandi lög þannig að börn geti í ákveðnum tilvikum sjálf farið með forræði á stjórnvöldsmálum. Þurfa stjórnvöld því að meta það í hverju tilviki fyrir sig hvort barn sé talið hæft til þess að fara með forræði á

málinu. Við slíkt mat þarf að meta málið heildstætt, meðal annars með hliðsjón af aldri og þroska barns en einnig eðli þeirrar ákvörðunar sem um ræðir og hversu varanleg og afdrifaríkar afleiðingar hún getur haft fyrir barnið. Réttur barna til þess að fara með fyrirvar í málum gerir sérstakar kröfur til stjórnvalda og kallar á barnvænna réttarkerfi, þar sem tekið er tillit til þarfa og hagsmuna barna.

Í ljósi þess hversu ríkjandi hið hefðbundna viðhorf til fyrirvars barna í stjórnýslumálum virðist vera má velta upp þeirri spurningu hvort ástæða sé til að setja lagaákvæði sem skýrir frekar aðild og fyrirvar barna. Færa má rök fyrir því að slíkt væri heppilegt, sérstaklega í ljósi þeirrar réttaróvissu sem virðist ríkja um hvaða reglur gilda að þessu leyti. Enn fremur gæti slíkt ákvæði aukið kröfurnar til stjórnvalda til þess að tryggja barnvænlega málsmeðferð. Á sama tíma þarf þó að gæta sérstaklega að því að slíkt ákvæði takmarki ekki í raun aðild barna eða möguleika þeirra til þess að hafa forræði á málum, til dæmis með því að miða afdráttarlaust við ákveðinn aldur. Mögulega væri hægt að ákveða einhver efri mörk, sem myndu tryggja að börn frá þeim aldri gætu ávallt komið fram í eigin nafni. Jafnframt mætti hugsa sér að ákvæðið yrði matskennt og kvæði á um skyldu stjórnvalda til þess að meta það í hverju tilviki fyrir sig hvort yngra barn væri hæft til þess að fara með fyrirvar máls. Miðað við hversu oft vantar upp á að stjórnýslan hér á landi taki mið af þörfum barna verður enn fremur að telja æskilegt að slíkt ákvæði ítreki þær skyldur sem 3. gr. barnasáttmálans leggur á stjórnvöld, hvort sem það væri gert í texta ákvæðisins eða athugasemdum við það. Þannig væri ástæða til að kveða skýrt á um skyldu stjórnvalda til þess að taka ávallt tillit til hagsmuna barnsins og tryggja að við málsmeðferðina væri tekið mið af aldri og þroska barns, svo sem við upplýsingagjöf, leiðbeiningar, orðalag ákvarðana o.s.frv. Með slíkum hætti væri hægt að tryggja betur möguleika barna til þess að leita réttar síns hér á landi og stuðla að barnvænni stjórnýslu, þar sem tekið er tillit til réttinda og hagsmuna barna.

Abstract

This article discusses children as parties to administrative proceedings according to Icelandic law and seeks to answer whether they are, under any circumstances, legally capable to represent themselves during such proceedings. Children have rights independent of their parents and can therefore be independent parties to administrative cases where they have a direct and specific legal interest in the outcome of the case.

Additionally, this article argues that it would be in better accordance with children's rights to interpret Icelandic law in a way that allows children to represent themselves under certain circumstances. However, since there appears to be no clear consensus on this interpretation, it can be argued that Icelandic administrative law should be amended to include a provision on children as parties to administrative cases, which clearly gives children the right to represent themselves in such cases, in accordance with their age, maturity and the circumstances of the case.

Heimildir

- Aisling Parkes: *Children and International Human Rights Law: The Right of the Child to Be Heard*. New York 2013.
- Alþingistiðindi.
- Árman Snævarr: *Barnaréttur*. Reykjavík 1987.
- Barns och ungas klagomöjligheter - Barnombudsmannens kartläggning av barns och ungas möjlighet att framföra klagomål och få sin sak prövad när deras rättigheter kränks. Barnombudsmannen, Stokkhölmur 2016.
- Barnvæn sveitarfélög - <http://barnvaensveitarfelog.is/barnvaen-samfelog/grunnthaettir-barnvaenna-sveitarfelaga/hornsteinn-5/>.
- Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*. Reykjavík 2008.
- Björg Thorarensen: „Staða og áhrif mannréttindasamninga Sameinuðu þjóðanna í íslenskum rétti“. *Mannréttindasamningar Sameinuðu þjóðanna. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*, Reykjavík 2009, bls. 349-381.
- Björn Þ. Guðmundsson: *Lögbókin þín*. Reykjavík 1989.
- Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*. Reykjavík 1995.
- Davíð Þór Björgvinsson: „Beiting Hæstaréttar á lögum um mannréttindasáttmála Evrópu“. *Timarit lögfræðinga*, 1. hefti 2004, bls. 345-371.
- Drög að frumvarpi til breytinga á barnalögum nr. 76/2003 og fleiri lögum (skipt búseta og meðlag). Samráðsgátt – opið samráð stjórnvalda við almenning ([https://samradsgatt.island.is/oll-mal/\\$Cases/Details/?id=1312](https://samradsgatt.island.is/oll-mal/$Cases/Details/?id=1312)) skoðað 17. júlí 2019.
- Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I*. Reykjavík 2015.
- Elísabet Gísladóttir: „Children's Right to Participation in Iceland“ (óbirt grein).
- Eugeen Verhellen: „The Convention on the Rights of the Child: Reflections from a historical, social policy and educational perspective“. *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, London 2015, bls. 43–59.
- Fimmta og sjötta skýrsla Íslands um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins. Dómsmálaráðuneytið 2019.
- General comment No. 5 (2003): *General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)*. UN Committee on the Rights of the Child (CRC), Geneva 2003.
- General comment No. 7 (2005): *Implementing child rights in early childhood*. UN Committee on the Rights of the Child (CRC), Geneva 2005.
- General comment No. 12 (2009): *The right of the child to be heard*. UN Committee on the Rights of the Child (CRC), Geneva 2009.
- General comment No. 14 (2013) *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art 3, para. 1)*, Geneva 2013.
- General comment No. 24 (2019) *on children's right in the child justice system*, Geneva 2019.
- Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*. The Council of Europe, Strasbourg 2011

- Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. Reykjavík 1999.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*. Reykjavík 2015.
- Handbók*. Barnaverndarstofa. Reykjavík 2015.
- Helen Stalford, Liam Cairns og Jeremy Marshall: „Achieving Child Friendly Justice through Child Friendly Methods: Let’s Start with the Right to Information”. *Social Inclusion*, 3. tbl. 5. árg. 2017, bls. 207-218.
- Helstu áhyggjuefni 2017*. Umboðsmaður barna, Reykjavík 2017.
- Hrefna Friðriksdóttir: „Sjálfræði og réttindi barna”. *Úlfliótur*, 4. tbl. 1997, bls. 731-750.
- Hrefna Friðriksdóttir: „Samningur um réttindi barnsins”. Mannréttindasamningar Sameinuðu þjóðanna. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt, Reykjavík 2009, bls. 289-338.
- Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók: Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*. Reykjavík 2013.
- Hrefna Friðriksdóttir: „Relational Representation: The Empowerment of Children in Justice Systems”. *Child-friendly Justice: a quarter of a century of the Un Convention on the Rights of the Child*, Leidein 2015, bls. 55-72.
- Hrefna Friðriksdóttir og Hafdís Gísladóttir: „Skipa talsmanns fyrir börn - grundvöllur ákvörðunar og framkvæmd”. *Stjórnmál og stjórnsýsla*, 2 tbl. 11. árg. 2015, bls. 313-332.
- Hvenær ráða börn sjálf*. Vefur umboðsmanns barna (<https://barn.is/um-embattid/verkefni/hvenaer-rada-boern-sjalf/>), skoðað 9. júní 2019.
- In Focus: Access to Justice for Children*. UNICEF Europe and Central Asia Regional Office. Geneva 2018.
- Javaid Reham: *International Human Rights Law: A Practical Approach*. London 2003.
- Julia Sloth-Nielsen og Ton Liefgaard: *The United Nations Convention on the Rights of the Child: Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*. Leidein 2016.
- Lina Johansson: „The Third Optional Protocol to the International Convention on the Right of the Child: A Success or a Failure for the Enforcement of Children’s Rights?”. *The Queen Mary Human Rights Law Review*, 2. tbl., London 2015, bls. 54-83.
- Männskliga rättigheter för barn. Ett informationsmaterial om FN:s konvention om barnets rättigheter. Barnombudsmannen, Stokkhólmur 2000.
- Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin: skýringarrit*. Reykjavík 1994.
- Páll Hreinsson: „Aðili stjórnsýslumáls.” *Timarit lögfræðinga*, 5. hefti 2005, bls. 561-567.
- Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnsýslulaga*. Reykjavík 2005.
- Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*. Reykjavík 2013.
- Páll Sigurðsson: *Mannhelgi: höfuðþættir almennrar persónuverndar*. Reykjavík 2010.
- Rachel Hodgkin og Peter Newell: *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. Geneva 2007.
- Ragnheiður Thorlacius: *Friðhelgi einkalífs*. Reykjavík 2003.
- Rhona Smith: „The Third Optional Protocol to the UN Convention on the Rights of the Child? – Challenges Arising Transforming the Rhetoric into Reality”. *The International Journal of Children’s Right*. 21. tbl. Leiden 2013, bls. 305-322.
- Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*. Reykjavík 2007.
- Róbert R. Spanó: *Stjórnaðarkráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*. Ákvæði 1. mgr. 68. gr. og 1. mgr. 69. gr. stjórnaðarkrárinnar og 3. og 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Reykjavík 2012.
- Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnsýsluréttur.” *Um lög og rétt*. 3. útg. Ritstj. Björg Thorarensen. Reykjavík 2017, bls. 93-145.
- Rules of procedure under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure*. Committee on the Rights of the Child. Geneva 2013.
- Sheila Varadan: „The principle of evolving capacities under the UN Convention on the Right of the Child”. *The International Journal of Children’s Right*. 27. tbl. Leiden 2019, bls. 306-388.
- Silja Stefánsdóttir: *Mannréttindi fatlaðra barna - Njóta fötluð börn þeirrar lagalegu verndar og umönnunar sem velferð þeirra krefst?* Reykjavík 2018
- Status for barns rettigheter*. Barneombudet, Oslo 2012.

- Status of Treaties: Convention on the Rights of the Child.* United Nations Treaty Collection. (https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=ind&mtdsg_no=iv-11&chapter=4&clang=_en) skoðað 6. júní 2019.
- Status of Treaties: Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure.* United Nations Treaty Collection. (https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=ind&mtdsg_no=iv-11-d&chapter=4&clang=_en) skoðað 6. júní 2019.
- Stella Hallsdóttir: *Þriðja valfrjálsa bókunin við samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins.* Reykjavík 2018.
- Skýrsla umboðsmanns Alþingis fyrir árið 2018.* Umboðsmaður Alþingis, Reykjavík 2019.
- Skýrsla umboðsmanns barna 2014.* Umboðsmaður barna, Reykjavík 2015.
- Skýrsla umboðsmanns barna 2015.* Umboðsmaður barna, Reykjavík 2016.
- Umsögn umboðsmanns barna um frumvarp um breytingu á ýmsum lögum vegna réttar barna sem aðstandenda, 255. mál.* Vefur Alþingis (<https://www.althingi.is/altext/erindi/149/149-4585.pdf>) skoðað 17. júlí 2019.
- Vefur umboðsmanns barna - barn.is.*
- Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur.* Reykjavík 2005.
- Viðar Már Matthíasson: „Skaðabótaréttur.“ *Um lög og rétt.* 3. útg. Ritstj. Björg Thorarensen. Reykjavík 2017, bls. 269-329.
- Þórhildur Lindal: *Barnasáttmálinn: rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi.* Reykjavík 2007.
- Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur.* Reykjavík 1967.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar Íslands

- Hrd. frá 29. nóvember 2017 í máli nr. 703/2017.
Hrd. frá 23. nóvember 2011 í máli nr. 608/2011.

Álit umboðsmanns Alþingis

- UA 7. apríl 2006 í máli nr. 4474/2005.
UA 13. nóvember 2007 í máli nr. 5073/2007.
UA frá 29. desember 2011 í málum nr. 5994/2010 og 6009/2010.
UA frá 29. desember 2017 í máli nr. 8749/2015.
UA frá 7. maí 2018 í máli nr. 9524/2017.

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu

- Stagni gegn Belgíu frá 7. júlí 2009 í máli nr. 1062/07.
Blokhan gegn Rússlandi frá 23. mars 2016 í máli nr. 47152/06).

Aðrir úrskurðir og ákvarðanir

- Úrskurður mennta- og menningarmálaráðuneytisins frá 9. nóvember 2012.
Úrskurður Persónuverndar í máli nr. 2014/656.
Ákvörðun Persónuverndar í máli nr. 2016/581.
Úrskurð Persónuverndar í máli nr. 2017/1182.

Kristín Benediktsdóttir

AÐSTOÐARMENN OG UMBOÐSMENN SJÚKLINGA*

Efnisyfirlit

1. Inngangur	158
2. Hugtakið sjúklingur	160
3. Gildissvið reglunnar um aðstoðarmenn og umboðsmenn	162
4. Hver tekur ákvörðun um aðstoð aðstoðarmanns eða umboðsmanns?... 163	
4.1 Almennt	163
4.2 Börn sem sjúklingar	164
4.3 Aðrir ólöggráða sjúklingar og önnur takmarkatilvik.....	166
4.4 Forráðamaður sem umboðsmaður samkvæmt lögum um sjúkraskrár.....	169
5. Hverjir geta verið aðstoðarmenn og umboðsmenn?.....	170
6. Umfang aðstoðar umboðsmanns.....	171
7. Umfang aðstoðar aðstoðarmanns.....	173
8. Kostnaður vegna aðstoðarmanns eða umboðsmanns	173
9. Synjun stjórnvalds á aðkomu aðstoðarmanns eða umboðsmanns	174
10. Hvílir skylda á stjórnvöldum að tryggja að einstaklingur njóta líðsinnis aðstoðarmanns eða umboðsmanns?	175
11. Niðurstöður	176
Abstract.....	177
Ágrip	177
Heimildir	178

1. Inngangur

Öll eigum við í einhverjum samskiptum við stjórnvöld um ævina, ýmist sjálf eða með aðstoð annarra. Margskonar ástæður geta verið fyrir því að einstaklingur getur ekki eða á erfitt með að sjá um þessi samskipti sjálfur og þarf á aðstoð að halda við þau. Oft er um að ræða mál sem varða mikilsverða hagsmuni fyrir viðkomandi einstakling. Vegna þess getur skipt hann miklu máli að fá aðstoð eða jafnvel að geta falið öðrum að koma fram fyrir sína hönd gagnvart stjórnvöldum. Ekkert ákvæði er í stjórnisýslulögum nr. 37/1993 sem kveður á um heimild aðila¹ til að njóta liðsinnis aðstoðarmanns eða umboðsmanns.² Þrátt fyrir það má ráða af lögnum að gert er ráð fyrir aðkomu aðstoðarmanna eða umboðsmanna í málum sem falla undir lög, sbr. 1. og 3. tölul. 3. gr. sem fjallar um vanhæfisástæður og 1. mgr. 45. gr. stjórnisýslulaga, sbr. 3. gr. laga nr. 71/2019, sem fjallar um þagnarskyldu málsaðila, vitna og umsagnaraðila. Gengið hefur verið út frá því að reglur um aðkomu aðstoðarmanna og umboðsmanna að málum fyrir stjórnvöldum byggist á ólögfestum grundvelli og er aðila í samræmi við það því heimilt að leita aðstoðar annarra í samskiptum sínum við stjórnvöld.³ Að baki reglum um aðstoðarmenn og umboðsmenn býr m.a. það markmið að tryggja að einstaklingar hafi möguleika á að gæta hagsmuna sinna með fullnægjandi hætti í samskiptum sínum við stjórnvöld. Af þeim sökum er ljóst að reglurnar eru þýðingarmiklar út frá réttaröryggis-

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Stjórnisýslulögin eru að meginstefnu til bundin við stjórnisýslumál en með því hugtaki er átt við mál sem er til meðferðar fyrir stjórnvöldum sem mögulega getur lokið með töku stjórnvaldsákvörðunar. Sjá nánari umfjöllun um hugtakið stjórnisýslumál í Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnisýslulaga*, bls. 137.

² Það á hins vegar ekki við um hin Norðurlöndin þar sem slík ákvæði eru í stjórnisýslulögum þeirra landa, sbr. 8. gr. dönsku stjórnisýslulaganna, 12. gr. norsku stjórnisýslulaganna, 14. gr. sænsku stjórnisýslulaganna og 12. gr. finnsku stjórnisýslulaganna. Þess ber að geta að ákvæði um aðstoðarmenn var að finna í 8. gr. frumvarps til stjórnisýslulaga sem lagt var fram á 112. löggjafarþingi 1989-1990, þskj. 1244 og frumvarps til sömu laga sem lagt var fram á 113. löggjafarþingi 1990-1991, þskj. 256, en bæði frumvörpin dögðu uppi. Í drögum að frumvarpi til núgildandi stjórnisýslulaga var að finna ákvæði um aðstoðarmenn og umboðsmenn aðila máls en ákveðið var að falla frá að hafa ákvæðið inn í frumvarpi því sem síðar varð að stjórnisýslulögum nr. 37/1993. Sjá nánar um síðast greint: Páll Hreinsson: *Stjórnisýsluréttur – Málsmeðferð*, bls. 187.

³ Sjá hér umfjöllun Páls Hreinssonar: *Stjórnisýsluréttur – Málsmeðferð*, bls. 187. Þess ber að geta að ákvæði í stjórnisýslulögum hinna Norðurlandanna byggir á óskráðri meginreglu. Sjá um það t.d. *FOB 1997.299*, og Niels Fenger: *Forvaltningsloven med kommentarer*, bls. 295 og sérstaklega er varðar sjúklinga Asbjørn Kjønstad: *Helserett*, bls. 210.

sjónarmiðum. Þá styrkir slík aðstoð við einstaklinginn málsmeðferð stjórnvaldsins auk þess sem hún getur mögulega orðið skilvirkari ef til að mynda aðstoðin er veitt af sérfræðingi.⁴

Í þessari grein er ætlunin að fjalla um þær reglur stjórnsýsluréttarins sem gilda um aðstoðarmenn og umboðsmenn þegar í hlut eiga sjúklingar sem eiga í samskiptum við stjórnvöld og þá einkum til að varpa ljósi á það hvort einhver sér sjónarmið gilda í slíkum tilvikum.⁵ Jafnvel þótt sjúklingar séu á öllum aldri, lögráða eða ólögráða, og sjúkir á mismunandi hátt, má ganga út frá að um sé að ræða einstaklinga sem eru oft í viðkvæmri og vandasamri stöðu og þurfi oft en ekki að njóta liðsinnis aðstoðarmanns eða umboðsmanns. Á þetta einkum við um þá sem eiga erfitt með samskipti við heilbrigðisyfirvöld. Að auki er ljóst að samskiptin varða heilsufarsupplýsingar sjúklinga sem teljast til viðkvæmra persónuupplýsinga, sbr. 3. tölul. 3. gr. laga nr. 90/2018 um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga, sem bundnar eru trúnaði. Þegar allt þetta er haft í huga er ekki loku fyrir það skotið að það kunni að reyna á reglurnar um aðstoðarmenn og umboðsmenn með sérstökum hætti við þessar aðstæður. Gengið verður út frá því að aðstoðarmaður sé sá sem aðstoðar annan einstakling í samskiptum hans við heilbrigðisyfirvöld, þar með talið með því að fara með honum á fund heilbrigðisstarfsmanns.⁶ Umboðsmaður er hins vegar sá sem kemur fram fyrir hönd annars einstaklings í tilteknum samskiptum samkvæmt sérstakri viljayfirlýsingu hans þar um, þ.e. samkvæmt umboði, og sem hann beinir til viðkomandi stjórnvalds.⁷

Við umfjöllunina verður gerð grein fyrir dómaframkvæmd og álitum umboðsmanns Alþingis eftir því sem við á auk þess sem horft verður til sjónarmiða í dönskum rétti, þar með talið álita danska umboðs-

⁴ Sjá Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð*, bls. 187-188, þar sem Páll bendir meðal annars á ályktun ráðherra nefndar Evrópuráðsins frá 1977 (Resolution (77) 31 On the Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities) þar sem mælt er fyrir um þá meginreglu að aðila að máli eigi að vera heimilt að fá annan mann sér til aðstoðar eða til að vera í fyrirsvari fyrir sig við meðferð stjórnsýslumáls. Sjá einnig Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret - Retsikkerhed, proces, sagsbehandling*, bls. 293.

⁵ Ekki verður í þessari grein fjallað um álitafni í tengslum við það hvaða aðilar teljast til stjórnvalda í skilningi stjórnsýsluréttarins eða hvaða reglur gilda þegar í hlut eiga einkaaðilar sem veita slíka þjónustu og sem fá greiðslur frá hinu opinbera til að sinna þjónustunni.

⁶ Með heilbrigðisstarfsmanni er átt við einstakling sem starfar við heilbrigðisþjónustu og hefur hlotið leyfi landlæknis til að nota starfsheiti löggiltrar heilbrigðisstéttar. Sjá sömu skilgreininguna í 7. tölul. 4. gr. laga nr. 40/2007, 3. tölul. 3. gr. laga nr. 41/2007, 2. mgr. 2. gr. laga nr. 74/1997 og 4. tölul. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 112/2008.

⁷ Sjá Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur - Málsmeðferð*, bls. 188.

mannsins, þar sem að mörgu leyti er um sambærilegar reglur að ræða og hér á landi. Áður en lengra er haldið er hins vegar rétt að gera grein fyrir því hvað felst í hugtakinu *sjúklingur* í þeirri merkingu sem hér verður notuð.

2. Hugtakið *sjúklingur*

Í 1. mgr. 2. gr. laga nr. 74/1997 um réttindi sjúklinga og 1. tölul. 3. gr. laga nr. 55/2009 um sjúkraskrár er hugtakið *sjúklingur* skilgreint sem *notandi heilbrigðisþjónustu*. Í athugasemdum með 2. gr. í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 74/1997 kemur fram að „[m]eð sjúklingi [sé] átt við hvern þann einstakling, heilbrigðan eða sjúkan, sem notar heilbrigðisþjónustu.“ Jafnframt er tekið fram að „[þ]egar sjúklingur hefur samskipti við starfsmenn heilbrigðisþjónustunnar verða virk réttindin sem frumvarpið fjallar um. Gert er ráð fyrir því sem meginreglu að sjúklingur sé sjálfráða, en í einstökum ákvæðum frumvarpsins er vísað til þess hvað gildi þegar um er að ræða sjúklinga sem ekki eru sjálfráða.“⁸ Í athugasemdum með 3. gr. í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 55/2009 er vísað til framangreindra athugasemda og tekið fram að þær eigi við um notkun hugtaksins í því frumvarpi eftir því sem við getur átt.⁹ Samkvæmt þessu er við það miðað að um sé að ræða heilbrigðan eða sjúkan einstakling sem notar heilbrigðisþjónustu. Þá skiptir aldur hans ekki máli og á skilgreiningin því við allt frá fæðingu hans og þar til hann deyr. Í þessu felst jafnframt að einstaklingurinn getur verið lögráða eða ólögráða óháð því hvort hann sé það fyrir æsku sakir, þ.e. yngri en 18 ára, eða hafi verið svipur sjálfræði einu sér eða hvoru tveggja sjálfræði og fjárræði, sbr. 1. mgr. 1. gr. og 1. mgr. 4. gr. lögræðislaga nr. 71/1997. Af framangreindu er því ljóst að sjúklingur getur verið barn eða aldraður einstaklingur og allt þar á milli. Þá getur hann verið fatlaður, þ.m.t. haldinn hrörnunar-sjúkdómum af ýmsu tagi.

Í ljósi þess að sjúklingur er skilgreindur sem notandi *heilbrigðisþjónustu* er nauðsynlegt að gera grein fyrir því hvernig það hugtak hefur verið skilgreint í lögum. Í 1. tölul. 4. gr. laga nr. 40/2007 um heilbrigðisþjónustu, 2. tölul. 3. gr. laga nr. 41/2007 um landlækni og lýðheilsu, 3. tölul. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 112/2008 um sjúkratryggingar og 2. tölul. 3. gr. laga nr. 55/2009 er heilbrigðisþjónusta skilgreind sem hvers kyns heilsugæsla, lækningar, hjúkrun, almenn og sérhæfð

⁸ Alþt. 1996-1997, A-deild, bls. 2705-2706.

⁹ Alþt. 2008-2009, A-deild, bls. 1026.

sjúkrahúspjónusta, sjúkraflutningar, hjálpartækjapjónusta og þjónusta heilbrigðisstarfsmanna innan og utan heilbrigðisstofnana sem veitt er í því skyni að efla heilbrigði, fyrirbyggja, greina eða meðhöndla sjúkdóma og endurhæfa sjúklinga. Eins og fram kemur í athugasemdum við 4. gr. í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 40/2007 er um að ræða mjög víðtæka skilgreiningu sem ætlað er þó að afmarka með ákveðnum hætti hvaða þjónusta teljist heilbrigðisþjónusta í skilningi laganna.¹⁰ Skilgreiningin í lögum nr. 55/2009 og 112/2008 byggir á skilgreiningunni í lögum nr. 40/2007, sbr. athugasemdir í frumvörpum sem urðu að þeim lögum.¹¹

Rétt er að benda á að skilgreiningar á þeim hugtökum sem felast í hugtakinu *heilbrigðisþjónusta* eru í 4. gr. laga nr. 40/2007. Sömu skilgreiningar er að einhverju leyti að finna í 3. gr. laga nr. 55/2009 og 3. gr. laga nr. 112/2008 en samkvæmt þeim getur sem dæmi verið um að ræða almenna eða sérhæfða þjónustu lækna og hjúkrunarfræðinga á heilbrigðisstofnunum eins og heilsugæslum og sjúkrahúsum, utan heilbrigðisstofnana eins og á starfsstöðvum sjálfstætt starfandi heilbrigðisstarfsmanna þar sem heilbrigðisþjónusta er veitt með eða án greiðsluþátttöku ríkisins, hjúkrunarheimilum og dvalarheimilum og við sjúkraflutninga. Hugtakið heilbrigðisþjónusta er einnig nátengt hugtakinu *meðferð* sem samkvæmt 3. mgr. 2. gr. laga nr. 74/1997 er skilgreint sem rannsókn, aðgerð eða önnur heilbrigðisþjónusta sem læknir eða annar heilbrigðisstarfsmaður veitir til að greina, lækna, endurhæfa, hjúkra eða annast sjúkling. Varðandi *gæði* heilbrigðisþjónustu er í 3. gr. laganna tekið fram að sjúklingur eigi rétt á fullkomnustu heilbrigðisþjónustu sem á hverjum tíma er völ á að veita, þjónustu sem miðast við ástand hans og horfur á hverjum tíma og bestu þekkingu sem völ er á en heilbrigðisstarfsmaður skal leitast við að koma á traustu sambandi milli sín og sjúklings. Þá á sjúklingur rétt á samfelldri þjónustu og að samstarf ríki milli allra heilbrigðisstarfsmanna og stofnana sem hana veita.

Af framangreindu er ljóst að mikið er lagt upp úr þjónustu þeirri sem veita á sjúklingum í lögum, er hún bæði mjög fjölbreytt og af tilteknum gæðum. Þannig getur verið um að ræða þjónustu á sjúkrahúsum, heilsugæslum, hjúkrunarheimilum eða dvalarheimilum sem veitt er af heilbrigðisstarfsmönnum sem hafa hlotið til þess leyfi landlæknis, sbr.

¹⁰ Alþt. 2006-2007, A-deild, bls. 1347. Nákvæmlega sömu ummæli eru í athugasemdum með 3. gr. í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 41/2007, sbr. Alþt. 2006-2007, A-deild, bls. 1381.

¹¹ Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 5383 og Alþt. 2008-2009, A-deild, bls. 1026.

7. tölul. 4. gr. nr. 40/2007, 3. tölul. 3. gr. laga nr. 41/2007 og 2. mgr. 2. gr. laga nr. 74/1997. Aðkoma aðstoðarmanna og umboðsmanna í þessu sambandi er ekki síst mikilvæg til að tryggja að sjúklingurinn sem notandi heilbrigðisþjónustunnar fái í reynd notið þeirrar þjónustu og af þeim gæðum sem lög gera ráð fyrir.

3. *Gildissvið reglunnar um aðstoðarmenn og umboðsmenn*

Eins og áður segir hefur verið gengið út frá því að einstaklingar getið notið liðsinnis aðstoðarmanns eða umboðsmanns við meðferð mála fyrir stjórnvöldum á grundvelli ólögfestrar meginreglna stjórnsýsluréttarins. Gildir reglan því almennt í samskiptum þeirra við stjórnvöld óháð því hvort taka á stjórnvaldsákvörðun í máli, gera á samninga eða þegar um er að ræða þjónustustarfsemi á vegum stjórnvalda, eins og umönnun sjúkra, fatlaðra eða aldraðra, sbr. framangreindar skilgreiningar á hugtökunum heilbrigðisþjónusta og meðferð.¹² Samkvæmt því er gildissvið reglunnar víðtækt og er einstaklingum, þar með talið sjúklingum, að meginstefnu til því alltaf heimilt að hafa með sér aðstoðarmann og umboðsmann í samskiptum sínum við stjórnvöld. Í þessu felst að þegar einstaklingur sækir sér þjónustu á hann almennt rétt á því að vera með aðstoðarmann eða jafnvel umboðsmann ef svo ber undir. Sem dæmi má nefna samskipti sjúklinga við heilbrigðisstarfsfólk sem starfar á heilsugæslum og sjúkrahúsum. Hins vegar getur

¹² Sjá Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð*, bls. 188, Hans Gammeltoft-Hansen o.fl.: *Forvaltningsret*, bls. 537 og Karsten Revsbech: „Aktuelle udviklingstendenser i dansk forvaltningsret“, bls. 17, Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret - Retsikkerhed, proces, sagsbehandling*, bls. 293 og Niels Fenger: *Forvaltningsloven med kommentarer*, bls. 296. Í síðastnefnda ritinu er meðal annars vísað til álits danska umboðsmannsins FOB 1997.299 þar sem tekið var fram að sjúklingur eigi rétt á að hafa aðstoðarmann með sér við læknisfræðilega rannsókn. Gildissvið stjórnsýslulaganna er afmarkað við stjórnvaldsákvörðanir, sbr. 2. mgr. 1. gr. laganna og tekur því ekki til þjónustustarfsemi. Varðandi muninn á stjórnvaldsákvörðun og þjónustustarfsemi og álitamál því tengdu vísat til athugasemda með 1. gr. í frumvarpi því sem varð að stjórnsýslulögum en þar segir meðal annars svo: „Í því efni verður að skoða hvort ákvörðunin lýtur fyrst og fremst að framkvæmdinni, svo sem því hvenær og hvernig lækniáðgerð skuli framkvæmd [...] eða hvort ákvörðunin er fremur lagalegs eðlis, þ.e. fær mönnum réttindi eða skerðir þau, léttir skyldum af mönnum eða leggur á þá auknar byrðar. Þannig verður að líta til þess hvers eðlis ákvörðunin er, en ekki eingöngu til þess hver tekur ákvörðunina og hvers efnis hún er. Sem dæmi má taka þá ákvörðun lækni að framkvæma lækniáðgerð eða synja um framkvæmd hennar. Slík ákvörðun getur augljóslega fallið undir gildissvið laganna, svo sem synjun lækni um að framkvæma fóstureyðingu, meðan synjun um að framkvæma minni háttar læknisverk mundi tæplega teljast stjórnvaldsákvörðun í skilningi laganna.“ Sjá Alpt. 1992-93, A-deild, bls. 3283.

reglan sætt takmörkunum samkvæmt ákvæðum í lögum eða eðli máls samkvæmt einkum þegar um er að ræða heilbrigðisþjónustu eins og nánar verður gerð grein fyrir hér á eftir. Að lokum er rétt að hafa í huga að samkvæmt 1. mgr. 1. gr. laga nr. 74/1997 er markmið laganna að tryggja sjúklingum tiltekin réttindi í samræmi við almenn mannréttindi og mannhelgi og styrkja þannig réttarstöðu þeirra gagnvart heilbrigðisþjónustunni og styðja trúnaðarsambandið sem ríkja ber milli sjúklinga og heilbrigðisstarfsmanna. Reglur um aðstoðarmenn og umboðsmenn aðila skipta miklu í þessu sambandi þar sem slíkir aðilar geta stuðlað að því að framangreind réttindi séu enn frekar tryggð og að komið sé fram að virðingu við sjúklingana. Síðast greint á einnig við um samskipti heilbrigðisstarfsmanna og þeirra sem taka að sér að aðstoða sjúklinga.

4. *Hver tekur ákvörðun um aðstoð aðstoðarmanns eða umboðsmanns?*

4.1 *Almennt*

Í rauninni má segja að reglurnar um aðstoðarmenn og umboðsmenn einstaklinga sem eiga í samskiptum við stjórnvöld byggja almennt á því að einstaklingurinn geti sjálfur tekið ákvörðun hvenær sem er að hafa aðstoðarmann sér til halds og trausts í þessum samskiptum eða veita öðrum umboð til að koma fram fyrir sína hönd. Í þessu felst nánar að einstaklingurinn ákveður sjálfur hvort og hvenær hann vilji njóta þessarar aðstoðar. Þannig getur sjúklingur ákveðið að hafa aðstoðarmann með sér í lækni skoðun eða ákveðið að hafa umboðsmann í tilteknum bréfasamskiptum eftir að hann hefur farið í lækni skoðun. Í síðastgreinda tilvikinu kemur umboðsmaður fram fyrir hönd einstaklingsins eða í stað hans, þar með talið getur hann tekið við upplýsingum, veitt upplýsingar, óskað eftir upplýsingum og tekið ákvarðanir fyrir hann, allt í skjóli umboðs sem sjúklingurinn hefur veitt honum.

Almennt vakna ekki spurningar í tengslum við það hvort sjúklingur geti tekið ákvörðun um að hafa aðstoðarmann eða umboðsmann í samskiptum sínum við stjórnvöld þegar hann er sjálfráða. Slíkt getur þó valdið ákveðnum vanda þegar sjálfráða einstaklingur er haldinn heilahrörnunarsjúkdómi eða heilabilun. Verður nánar vikið að álitaefnum því tengdu í kafla 4.3. Þegar einstaklingar eru hins vegar ekki sjálfráða eða ólögráða er mælt fyrir um það í lögum hver fari með fyrirsvaer fyrir þá, jafnvel þótt aðkoma þeirra, einkum þegar þeir eru sjúklingar, geti engu að síður verið nauðsynleg eða æskileg auk þess að

geta verið lögbundin.¹³ Fyrirsvar í slíkum tilvikum getur til að mynda verið í höndum foreldra og þeirra sem koma barni í foreldra stað eða lögráðamanna, sbr. ákvæði V. kafla lögræðislaga.¹⁴ Verður nánar vikið að þessu í næsta kafla. Rétt er að áréttta að sá sem fer með fyrirsvar sjúklings getur tekið ákvörðun um að njóta liðsinnis aðstoðarmanns eða umboðsmanns í samskiptum sínum við heilbrigðisþjónustuna.

4.2 Börn sem sjúklingar

Samkvæmt 1. mgr. 28. gr. barnalaga nr. 76/2003 á barn rétt á forsjá foreldra sinna, annars eða beggja, uns það verður sjálfráða og eru þeir forsjárskyldir við það. Í 5. mgr. ákvæðisins segir jafnframt að forsjá barns felur í sér rétt og skyldu fyrir foreldra til að ráða persónulegum högum barns og ákveða búsetu þess og að forsjáforeldri fari með lögformlegt fyrirsvar barns. Af 1. mgr. 1. gr. lögræðislaga er ljóst að tímamörkin eru 18 ára aldur, þ.e. þegar einstaklingur er orðinn 18 ára er hann ekki lengur barn þar sem hann verður á þeim tímamarki lögráða, þ.e. bæði sjálfráða og fjárráða. Samkvæmt 1. mgr. 51. gr. lögræðislaga ráða foreldrar persónulegum högum barns sem er ólögráða fyrir æsku sakir og þeir sem koma barni í foreldra stað. Samkvæmt ákvæðinu nefnast þau lögráð forsjá og fer um hana samkvæmt ákvæðum barnalaga og barnaverndarlaga. Samkvæmt 32. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002 hverfur forsjá tímabundið til barnaverndarnefndar hafi foreldrar afsalað sér eða verið sviptir forsjá barns eða barn verður forsjárlaust af öðrum ástæðum. Fer barnaverndarnefnd með lögráð barnsins þar til hún ákveður annað. Getur nefndin óskað eftir því að barni verði skipaður lögráðamaður eða sérstakur fjárhaldsmaður ef hún telur það þjóna hagsmunum barnsins.

Af framgreindu má ráða að þegar um er að ræða barn fara forsjáraðilar með fyrirsvar þess. Hvort þeir hafi heimild til að ráðstafa hagsmunum barnsins án takmarkana er hins vegar ekki eins ljóst. Þannig er almennt ekki hægt að líta fram hjá hæfi barnsins til að ráðstafa eigin hagsmunum miðað við aldur þess og þroska. Verður því

¹³ Hér má benda á 5. gr. laga nr. 43/2019 um þungunarrof þar sem mælt er fyrir um að stúlkubarn sem er ólögráða fyrir æsku sakir geti sjálft tekið ákvörðun um þungunarrof án samþykkis foreldra eða forráðamanna. Samkvæmt því getur barnið komið sjálft fram í máli sínu þó ekki sé óheimilt að síðast greindu aðilarnir komi fram í málinu sem fyrirsvarsmenn þess.

¹⁴ Rétt er að benda á að fyrirsvar getur einnig verið í höndum ráðsmanna samkvæmt lögræðislögum einkum í tengslum við umsjón eigna. Verður ekki vikið að ráðsmönnum frekar hér.

að taka það til athugunar hverju sinni hvaða hagsmuni barnsins um er að ræða og meta út frá þroska þess hver aðkoma þess er í máli. Sjá nánar um þetta í *áliti umboðsmanns Alþingis frá 7. maí 2018 í máli nr. 9524/2017* sem varðaði myndbirtingu af 14 ára barni. Hér er einnig rétt að víkja nánar að nokkrum reglum í ákvæðum laga nr. 74/1997 sem varða sjálfsákvörðunarrétt barna þegar þau eru sjúklingar.

Í 1. mgr. 25. gr. laga nr. 74/1997 er sérstaklega tekið fram að ef sjúklingur er yngri en 16 ára skulu upplýsingar um heilsufar og meðferð samkvæmt 5. gr. laganna svo og aðrar upplýsingar samkvæmt lögnum veittar foreldrum. Af þessu ákvæði má ráða að veita á börnum sem eru 16 ára og eldri þessar upplýsingar. Í 2. mgr. er einnig tekið fram að sjúkum börnum skulu veittar upplýsingar að teknu tilliti til aldurs þeirra og þroska. Í niðurlagi þessarar málsgreinar er hins vegar tekið fram að þau eigi þó sama rétt og aðrir á að hafna því að fá upplýsingar um heilsufar og batahorfur, sbr. 6. gr. laganna. Með öðrum orðum hvílir skylda á heilbrigðisstarfsmönnum í heilbrigðisþjónustunni að tryggja að börn sem eru yngri en 16 ára geti fengið þessar sömu upplýsingar miðað við aldur þeirra og þroska en þau eigi óháð aldri rétt á að hafna því að fá þessar upplýsingar. Ákvæði 25. gr. miðar einkum að upplýsingagjöf um heilsufar og meðferð sjúkra barna. Ákvæði 26. gr. fjallar hins vegar um samþykki vegna meðferðar sjúkra barna. Samkvæmt 1. mgr. ákvæðisins skulu foreldrar sem fara með forsjá barns veita samþykki fyrir nauðsynlegri meðferð barns yngra en 16 ára. Tekið er fram að eftir því sem kostur er skulu sjúk börn höfð með í ráðum og alltaf ef þau eru 12 ára og eldri. Þetta er einnig í samræmi við 12. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sem hefur lagagildi hér á landi, sbr. lög nr. 19/2013.

Af framangreindu er a.m.k. ljóst að börn sem eru sjúklingar og eru orðin 16 ára hafa sömu stöðu og aðrir sjálfráða einstaklingar í heilbrigðisþjónustunni. Í þessu felst jafnframt að börn sem eru sjúklingar hafa í rauninni meiri rétt lögum samkvæmt til að taka ákvörðun um eigið líf frá 16 ára aldri en börn í öðrum tilvikum. Þetta takmarkast þó af því að börnin séu ekki haldin sjúkdómi sem getur haft áhrif á dómgreind þeirra við að nýta þennan rétt. Hins vegar verður að líta svo á að þar sem börn eru enn ósjálfráða fyrir æsku sakir, sbr. 1. gr. lögræðis laga, hafi þetta ekki áhrif á stöðu forsjáraðilanna að öðru leyti. Þannig gætu foreldrar eða aðrir forsjáraðilar áfram komið fram í samskiptum sínum við heilbrigðisþjónustuna sem fyrirvarsmenn og ákveðið að leita aðstoðar annarra ef því er að skipta. Sjálfsákvörðunarréttur varðandi upplýsingar um heilsufar og meðferð og batahorfur og

veiting samþykkis fyrir tiltekinni meðferð þegar í hlut eiga börn sem eru sjúklingar er hins vegar í höndum þeirra þegar þau verða 16 ára.

4.3 *Aðrir ólögráða sjúklingar og önnur takmarkatilvik*

Eins og áður hefur komið fram verða menn lögráða 18 ára, en lögráða maður er sjálfráða og fjárráða. Lögráðamenn eru fyrirvarsmenn einstaklinga sem hafa verið sviptir sjálfræði eða fjárræði, eða hvoru tveggja, sbr. 52. gr. laga lögræðislaga, og verða þeir þá ólögráða. Geta lögráðamenn verið skipaðir til þess að reka tiltekið erindi fyrir ólögráða einstakling ef þess gerist þörf, sbr. 53. gr. laganna. Þannig geta lögráðamenn komið fram í máli ólögráða sjúklings með þeim fyrirvara að einstaklingurinn getur sjálfur þurft að mæta í læknisskoðun. Þá getur verið mælt fyrir um það í lögum að lögráðamenn séu fyrirvarsmenn sjúklings í samskiptum hans við stjórnvöld en að sjúklingurinn skuli hafður með í ráðum eins og kostur er. Sem dæmi má nefna að samkvæmt 2. mgr. 7. gr. laga nr. 74/1997 gilda ákvæði lögræðislaga um samþykki fyrir meðferð sjúklinga sem vegna greindarskorts, eða af öðrum ástæðum sem þau lög tilgreina, eru ófærir um að taka ákvörðun um meðferð. Í þessum tilvikum skal þó hafa sjúkling með í ráðum eftir því sem kostur er. Það ákvæði lögræðislaga sem einkum kemur til skoðunar hér er 58. gr. Í 1. mgr. ákvæðisins er mælt fyrir um að lögráðamaður sjálfræðissvipts manns hafi heimild til að taka nauðsynlegar ákvarðanir um þá persónuhagi hins sjálfræðissvipta sem hann er ófær um að taka sjálfur. Þrátt fyrir það getur lögráðamaðurinn ekki ákveðið að sá sjálfræðissvipti skuli vistaður á stofnun gegn vilja sínum nema lífi eða heilsu hins svipta sé hættu búin að mati læknis. Lögráðamaðurinn getur þá ákveðið að hinn sjálfræðissvipti verði vistaður á stofnun sem rekin er samkvæmt lögum um heilbrigðisþjónustu eða lögum um málefni fatlaðs fólks, sbr. 2. mgr. ákvæðisins, en lögráðamanninum ber að tilkynna yfirlögráðanda um ákvörðun sína. Verður því ekki betur séð en að í ljósi hagsmuna sjúklingsins geti skipt máli að hann hafi almennt aðkomu að málum sem varða heilsu hans hafi hann heilsu til þess að öðru leyti. Sem fyrr geta lögráðamenn notið aðstoðar aðstoðarmanns eða umboðsmanns í samskiptum sínum við stjórnvöld til að gæta hagsmuna sjúklingsins sem þeir eru í fyrirvari fyrir.

Spurningar vakna hvernig með skuli fara þegar í hlut eiga eldri sjúklingar sem eru sjálfráða en glíma við mikinn heilsubrest eins og heilahrörnun eða vitglöp. Í slíkum tilvikum hefur í framkvæmd verið litið svo á að nánir vandamenn komi fram sem fyrirvarsmenn sjúklings að því gefnu að ekki sé um að ræða meiriháttar ákvarðanir

heldur ákvarðanir sem varða daglegar þarfir sjúklingsins og þjónustu stjórnvaldsins, en ekki er sérstaklega mælt fyrir um slíkt fyrirvar í lögum.¹⁵ Sem fyrr er aðkoma sjúklingsins sjálfs alltaf mikilvæg ef heilsa hans leyfir. Þá er í lögum nr. 74/1997 sérstaklega mælt fyrir um hver sé fyrirvarsmaður í tveimur tegundum mála. Í 3. mgr. 6. gr. laganna er tekið fram að þegar sjúklingur getur ekki tileinkað sér *upplýsingar* um heilsufar og meðferð samkvæmt 5. gr. þeirra, beri að veita þær nánum vandamanni *eða* lögráðamanni hafi sjúklingur verið sviptur lögræði. Í þessu felst nánar tiltekið að nægjanlegt er að upplýsa skyldmenni *eða* venslamann sem er náinn sjúklingnum um heilsufar og meðferð sé þeim fyrir að fara *eða* lögráðamanni hafi sjúklingurinn verið sviptur sjálfræði *eða* hvoru tveggja sjálfræði og fjárræði. Þannig er ekki gerð krafa um að sjúklingurinn sé fyrst sviptur sjálfræði áður en upplýsingarnar eru veittar nánum fjölskyldumeðlimi sem fyrirvars-
manni sjúklingsins.

Sama regla gildir hins vegar ekki þegar um er að ræða *meðferð* en þá er gert að skilyrði að sjúklingurinn hafi lögráðamann. Þegar sjúklingur er ófær um að taka ákvörðun um það hvort hann þiggur meðferð gilda ákvæði lögræðisлага en hafa skal sjúkling með í ráðum eftir því sem kostur er, sbr. 2. mgr. 7. gr. Sérstaklega er tekið fram í 3. mgr. 7. gr. að enga meðferð megi framkvæma án samþykkis sjúklings, sbr. þó þegar um bráðnauðsynlega aðgerð er að ræða, sbr. 9. gr. laganna, en þá er gengið út frá því sem gefnu *eða* veittu samþykki nema fyrir liggi örugg vitneskja um að hann hafi hafnað meðferðinni. Samþykkið skal eftir því sem kostur er vera skriflegt, þar sem fram kemur hvaða upplýsingar voru gefnar sjúklingi og að hann hafi skilið upplýsingarnar, sbr. 3. mgr. 7. gr.

Rétt er að vekja athygli á því að samkvæmt a. lið 1. mgr. 4. gr. lögræðisлага, sbr. 1. gr. laga nr. 84/2015 um breytingu á þeim lögum, er einungis heimilt að svipta mann tímabundið lögræði með úrskurði dómara *standi brýn þörf til*, enda hafi önnur og vægari úrræði í forni aðstoðar verið fullreynd, ef hann er ekki fær um að ráða persónulegum högum sínum *eða* fé vegna andlegs vanþroska, ellisljóleika *eða* geðsjúkdóms *eða* vegna annars konar alvarlegs heilsubrests. Í athugasemdum við þetta ákvæði í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 84/2015 er tekið fram að breytingarnar séu „til þess fallnar að undirstrika það sjónarmið sem þær grundvallast á að svipting lögræðis sé algert neyðarúrræði þegar önnur lögbundin samfélagsleg úrræði

¹⁵ Sjá um sambærilega reglu í dönskum rétti: Niels Fengur: *Forvaltningsloven med kommentarer*, bls. 300-301, Hans Gammeltoft-Hansen o.fl.: *Forvaltningsret*, bls. 464-465 og Jon Vogter: *Forvaltningsloven med kommentarer*, bls. 43.

geta með engu móti nýst viðkomandi.“¹⁶ Af þessu verður ekki annað ráðið en að stíga beri mjög varlega til jarðar varðandi sjálfræðissviptingu sem undanfari þess að taka þarf ákvörðun um meðferð, sbr. 2. mgr. 7. gr. laga nr. 74/1997. Þá má spyrja hvort nánustu aðstandendur séu mögulega betur í stakk búnir til að koma að ákvörðunartöku um meðferð, sbr. að hugtakið meðferð rúmar nánast alla heilbrigðisþjónustu sem heilbrigðisstarfsfólk veitir sjúklingi, í stað lögráðamanns sé sjúklingurinn ekki þegar ósjálfráða en alltaf væri gengið út frá veittu samþykki ef aðgerð væri bráðnauðsynleg, sbr. 9. gr. laganna.¹⁷ Þá ber að hafa í huga að hið læknisfræðilega mat liggur alltaf slíkum ákvörðunum til grundvallar.

Hér vakna einnig spurningar hvernig fara skuli með umsóknir um dvalarheimili, hvíldarinnlögn eða hjúkrunarheimili, sbr. 2. tölul. 1. mgr. 14. gr. laga nr. 125/1999 um málefni aldraðra þegar sjúklingur er með heilahrönnunarsjúkdóm eða vitglöp á háu stigi. Samkvæmt 2. mgr. 15. gr. skulu öll önnur raunhæf úrræði sem miða að því að fólk geti búið í heimahúsi vera fullreynd áður en kemur að dvöl einstaklings í hjúkrunar- eða dvalarrými, samkvæmt umsókn hans. Tekið er fram að enginn geti dvalið til langframa í hjúkrunarrými eða dvalarrými nema að undangengnu mati færni- og heilsumatsnefndar á þörf fyrir slíka dvöl. Ekki er fjallað um það í lögunum hvernig með skuli fara ef um er að ræða sjúkling sem er með heilahrönnunarsjúkdóm á háu stigi, þ.e. hvort nægilegt sé að nánustu ættingjar sæki um slíka dvöl eða hvort rétt sé að lögráðamaður hafi aðkomu að slíkri umsókn, en fyrir liggur að umsækjandinn þarf að vera orðinn mikill sjúklingur til að uppfylla skilyrði til að hljóta dvöl. Hér ber að hafa í huga að um er að ræða ákvörðun sem tekin er að undangengnu mati sérstakrar nefndar þar sem fram fer læknisfræðilegt og félagslegt mat en hvorki er um að ræða meðferðarúrræði né upplýsingar um heilsufar og meðferð. Með

¹⁶ Alþt. 2014-2015, þskj. 1161 – 687. mál, bls. 17. Í athugasemdunum er jafnframt tekið fram að breytingarnar taki mið af ákvæðum 12. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks. Sjá hér sem dæmi um ágreining þessu tengdu í *úrskurði Landsréttar 16. maí 2019 í máli nr. 277/2019*. Í málinu var kona, sem var haldin heilbilun, svipt fjárræði. Dómurinn klofnaði bæði í héraði og í Landsrétti þar sem dómarrar í minnihluta töldu skilyrði 4. gr. lögræðis laga ekki vera uppfyllt.

¹⁷ Tilvik geta komið upp þar sem mögulega slíkt er ekki heppilegt. Sem dæmi má nefna álit danska umboðsmannsins *FOB 2000,338* þar sem ágreiningur var milli ættingja eldri manns sem var illa haldinn af vitglöpum og bjó á sérhæfðu hjúkrunarheimili og gat ekki tekið sjálfur ákvörðun um flutning á annað almennt heimili. Hann var fluttur án samþykkis dætra sinn og féll hann frá skömmu eftir flutninginn. Þar sem ágreiningur var milli ættingja og sveitarfélagsins hefði því borið að leiðbeina ættingjunum að fá skipaðan lögráðamann í málinu.

hliðsjón af 1. mgr. 4. gr. lögræðislaga verður að telja að náinn vandamaður gæti komið í stað sjúklings í þessu tilliti sé hann sjálfráða á annað borð, en í ljósi þeirra hagsmuna sem um er að ræða væri eðlilegt að um það fyrirsvar væri mælt í lögum.

Rétt er að benda á að vandamenn sjúklings skulu hafðir með í ráðum sé dauðvona sjúklingur of veikur andlega eða líkamlega til þess að geta tekið þátt í ákvörðun um meðferð áður en læknir ákveður framhald eða lok meðferðar, sbr. 2. mgr. 24. gr. laga nr. 74/1997. Þá er starfsmönnum heilbrigðisstofnunar skylt að leiðbeina sjúklingi eða vandamanni sem vill koma á framfæri athugasemd eða bera fram kvörtun, sbr. 3. mgr. 28. gr. laganna.

4.4 Forráðamaður sem umboðsmaður samkvæmt lögum um sjúkraskrár

Samkvæmt 2. mgr. 1. gr. laga nr. 55/2009 gilda lögum um sjúkraskrár sem færðar eru þegar meðferð er veitt hér á landi. Í 16. tölul. 3. gr. þeirra er tekið fram að umboðsmaður sjúklings geti verið forráðamaður hans eða sá sem sjúklingur hefur veitt skriflegt umboð til að taka ákvarðanir varðandi sjúkraskrá sína eða heimild til aðgangs að henni.¹⁸

Í þessu felst að forráðamaður getur sem umboðsmaður byggt rétt á lögum nr. 55/2009 fyrir hönd sjúklingsins til að mynda gert athugasemdir við færslu í sjúkraskrá, fengið aðgang að henni í heild eða hluta eða afrit af henni.

Almennt má ganga út frá því að forráðamaður sjúklings sé sá sem fer með forræði á réttindum einstaklings lögum samkvæmt jafnvel þótt þetta hugtak sé ekki að finna í annarri löggjöf en barnaverndarlögum nr. 80/2002. Í þeim lögum er vísað til samþykkis foreldris eða forráðamanns í 43. gr. laganna sem fjallar um rannsóknarheimildir, 79. gr. sem varðar ágreining milli einstaklings og forráðamanns við Barnaverndarstofu um þjónustu og 94. gr. laganna um skyldur foreldra og forráðamanna barna.¹⁹ Þannig má ganga út frá því að forráðamaður í framangreindri merkingu séu til að mynda foreldrar eða aðrir forsjáraðilar barna sem eru yngri en 18 ára. Eins og áður er rakið fara þeir með fyrirsvar barna samkvæmt barnalögum og lögræðislögum en

¹⁸ Þessi skilgreining kom inn í frumvarpið sem varð að lögum nr. 55/2009 við meðferð þess á Alþingi. Í nefndaráli til heilbrigðisnefndar segir um þessa viðbót: „...nefndin leggur til skilgreiningu á hugtakinu umboðsmaður sjúklings en það kemur m.a. fyrir í 7. og 14. gr. frumvarpsins.“ Alþt. 2008-2009, A-deild, bls. 4356.

¹⁹ Rétt er að benda á að í 3. mgr. 3. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002 er með hugtakinu foreldri átt við foreldra skv. I. kafla barnalaga. Þá er tekið fram að í lögum sé með foreldrum einnig að jafnaði átt við þá sem fara með forsjá barns.

eru ekki umboðsmenn þeirra. Þá fara lögráðamenn með fyrirvar þeirra sjúklinga sem hafa verið sviptir sjálfræði. Eru þeir því ekki umboðsmenn þeirra þó þeir komi fram í máli þessara sjúklinga í stað þeirra þegar einstaklingar hafa verið sviptir sjálfræði eða hvoru tveggja sjálfræði og fjárræði, sbr. 52. gr. lögræðislaga. Hins vegar virðist sem gengið sé út frá því í framangreindu ákvæði laga nr. 55/2009 að forráðamaður sé forsjáraðili barns og lögráðamaður ósjálfráða sjúklings. Verður því að líta svo á að forsjáraðilar barna og lögráðamenn ósjálfráða sjúklinga geti verið umboðsmenn sjúklinga í skilningi ákvæðisins. Engu að síður væri æskilegt, í ljósi þeirra hagsmuna sem um ræðir, að hugtakanotkunin væri skýrari að þessu leyti og til að mynda beinlínis vísað til forsjáraðila og lögráðamanna í ákvæðinu sjálfu.²⁰ Hins vegar verður að hafa í huga það sem áður var sagt um hæfi barns og aðkomu þess að málum sínum að teknu tilliti til aldurs þess og þroska sem gæti haft áhrif á það hvort það gæti komið sjálft fram í málum á grundvelli laganna. Það sama gæti átt við um ósjálfráða sjúkling.

5. *Hverjir geta verið aðstoðarmenn og umboðsmenn?*

Umboðsmaður sjúklings getur í rauninni verið hver sem er, til að mynda sérfræðingar eins og lögmaður, heilbrigðisstarfsmaður, fulltrúi hagsmunasamtaka, eða einhver sem er persónulega tengdur einstaklingnum eins og vinur eða fjölskyldumeðlimur, þar með talið maki og börn. Þessir aðilar geta einnig verið aðstoðarmenn í máli ef sá sem nýtur aðstoðar kys það frekar.²¹ Þá geta stjórnvöld almennt ekki skipt sér af því hvort sá sem ætlar sér að njóta aðstoðar ákveður að hafa umboðsmann eða aðstoðarmann og hvaða einstaklingar verða fyrir valinu. Stjórnvöld mega ekki heldur krefjast þess eða jafnvel þrýsta á sjúkling að hann komi einn fram í samskiptum sínum við stjórnvöld án aðstoðar.²²

Umboðsmaður þarf ekki að uppfylla nein sérstök hæfisskilyrði önnur en að ganga má út frá að stjórnvöld geti krafist þess að hann sé lögráða þar sem hann getur í ljósi þeirra hagsmuna og eðli þeirra upplýsinga

²⁰ Rétt er benda á að í 5. gr. laga nr. 43/2019 um þungunarrof er vísað til þess að heimilt sé að rjúfa þungun samkvæmt ákvæðum laganna hjá stúlku sem er ólögráða fyrir æsku sakir, að hennar beiðni, án samþykkis foreldra eða forráðamanna. Væntanlega er í síðastgreinda tilvikinu átt við forsjáraðila og lögráðamenn.

²¹ Sjá Hans Gammeltoft-Hansen o.fl.: *Forvaltningsret*, bls. 536.

²² Sjá Jon Andersson: *Socialforvaltningsret*, bls. 231 og álit danska umboðsmannsins *FOB 1992.347* þar sem umboðsmaðurinn komst að þeirri niðurstöðu að dönskum félagsmálafyrirvöldum hefði ekki verið heimilt að meina aðilum að leita utanaðkomandi aðstoðar.

sem um ræðir mögulega bæði sætt bótaábyrgð og refsíábyrgð með athöfnum sínum eða jafnvel athafnaleysi. Hins vegar gildir ekki það sama um aðstoðarmann aðila í samskiptum hans við stjórnvöld, sbr. að börn geta mögulega verið aðstoðarmenn foreldra sinna til að mynda þegar tungumálaerfiðleikar eru fyrir hendi.²³ Í ljósi þess að sú aðstoð sem um ræðir varðar heilsufarsupplýsingar, sem teljast til viðkvæmra persónuupplýsinga, sbr. 3. tölul. 3. gr. laga nr. 90/2018 um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga, verður að ganga út frá að stjórnvöld krefjist alltaf skriflegs umboðs frá umboðsmanni sjúklings. Að sama skapi hvílir þagnarskylda á aðstoðarmönnum og umboðsmönnum.²⁴

6. Umfang aðstoðar umboðsmanns

Hafi sjúklingur ákveðið að hafa umboðsmann sér til aðstoðar í samskiptum sínum við stjórnvald ber stjórnvöldum að snúa sér til umboðsmannsins í þeim samskiptum, þ.e. beina fyrirspurnum og tilkynningum að honum og jafnframt að taka á móti því sem umboðsmaðurinn sendir stjórnvöldum. Umboðsmenn hafa hins vegar ekki heimild til að taka við greiðslum frá stjórnvöldum eða taka bindandi ákvörðun sem er íþyngjandi fyrir umbjóðandann án skýrrar heimildar hans.²⁵ Það er þess sem nýtur aðstoðar að ákveða umfang aðstoðarinnar eða hversu víðtækt umboðið er.²⁶ Í þessu sambandi er rétt að hafa í huga að almennt hvílir ekki skylda til framlagningar umboðs nema mælt sé um slíkt í lögum en stjórnvaldinu er hins vegar ávallt heimilt að krefjast þess.²⁷ Sem dæmi um slíkt lagaákvæði má nefna 16. tölul. 3. gr. laga nr. 55/2009 sem fjallað var um hér að framan þar sem mælt er fyrir um að umboðsmaður sjúklings í skilningi laganna geti verið sá sem sjúklingur *hefur veitt skriflegt umboð* til að taka ákvarðanir varðandi sjúkraskrá sína eða heimild til aðgangs að henni. Í ljósi eðlis þeirra upplýsinga sem eru í sjúkraskrá má gera ráð fyrir að slíkt umboð verði að vera skýrt um að sjúklingurinn veiti umboðsmanninum umboð og um þær heimildir sem hann hefur. Sem

²³ Sjá Niels Fengler: *Forvaltningsloven med kommentarer*, bls. 297.

²⁴ Sjá t.d. 1. mgr. 22. gr. laga nr. 77/1998 um lögmennt þar sem tekið er fram að lögmaður beri þagnarskyldu um hvaðeina sem honum er trúað fyrir í starfi sínu.

²⁵ Sjá Jon Andersson: *Socialforvaltningsret*, bls. 234. Þessa reglu má sem dæmi finna í 3. mgr. 21. gr. laga nr. 77/1998 um lögmennt þar sem fram kemur að lögmaður geti ekki tekið við greiðslu svo bindandi sé gagnvart umbjóðanda nema hann hafi til þess sannanlegt umboð.

²⁶ Sjá Hans Gammeltoft-Hansen: *Forvaltningsret*, bls. 538.

²⁷ Sjá Hans Gammeltoft-Hansen: *Forvaltningsret*, bls. 538.

fyrir verður í ljósi þeirra hagsmuna sem um er að ræða að ganga út frá því að umboðsmaðurinn sé sjálfur lögráða. Hér ber að hafa í huga að sá sem nýtur aðstoðar á þennan hátt getur alltaf haft áhrif á ákvarðanirnar og jafnvel leiðbeint umboðsmanninum auk þess sem hann getur afturkallað umboðið hvenær sem er.²⁸

Gengið hefur verið út frá því að sé stjórnvaldið í vafa með hversu víðtækt umboð er verði stjórnvaldið að eiga frumkvæðið að því að kanna það, sbr. rannsóknarregla stjórnsluréttarins. Að öðrum kosti getur sú hætta verið fyrir hendi að stjórnvaldið brjóti gegn þagnarskyldu. Ef vafi er fyrir hendi hvort umboðsmaður sé í máli þá ber stjórnvöldum að sama skapi að kanna það og að minnsta kosti bregðast þannig við að einstaklingurinn sem á hagsmuna að gæta sé alltaf upplýstur um gang mála.²⁹ Hér vísast til eftirfarandi *álits umboðsmanns Alþingis frá 20. júní 2005 í máli nr. 4252/2004*:

Í málinu reyndi á það álitaefni hvort það hefði áhrif á skyldur stjórnvalds í samskiptum þess við aðila máls að aðillinn hefði notið aðstoðar lögmanns fyrir stjórnvaldinu. Í álitinu sagði svo: „Hér verður líka að hafa í huga að í stjórnslurétti hefur verið byggt á því að leiki vafi á um það hversu víðtækt umboð aðili máls hefur veitt öðrum, þ.m.t. lögmanni sem umboðsmanni, til að koma fram fyrir sína hönd gagnvart stjórnvaldi, beri stjórnvaldinu að leita skýringa á því hjá aðila málsins.“ [...] almennt hefur verið gengið út frá því að einstaklingar og lögaðilar eigi rétt á að njóta aðstoðar lögmanns í samskiptum við stjórnvöld enda hafi löggjafinn ekki fjallað um slík atriði í lagareglum á einstökum sviðum. Á hinn bóginn verður að hafa í huga að þrátt fyrir aðkomu lögmanns að máli á stjórnslustigi beinast lögmaeltar skyldur stjórnvalda fyrst og fremst að málsaðilanum enda þótt aðkoma lögmanns geti, að virtu umfangi og efni þess umboðs sem hann hefur frá skjólstæðingi sínum, haft þar tiltekin réttaráhrif. Þá er ekki útilokað að stjórnvöld verði eftir atvikum í ljósi leiðbeiningarskyldunnar og óskráðra reglna stjórnsluréttar að gera viðhlítandi ráðstafanir ef sýnt þykir af gögnum máls og af samskiptum starfsmanna stjórnvaldsins við aðila máls að lögmaðurinn hefur t.d. ekki upplýst skjólstæðing sinn um breytingu á réttarstöðu hins síðarnefnda sem átt hefur sér stað í samskiptum lögmannsins og stjórnvalds.

²⁸ Sjá Jon Andersson: *Socialforvaltningsret*, bls. 231.

²⁹ Í dönskum rétti hefur verið litið svo á að ef aðili sem nýtur aðstoðar umboðsmanns tekur sjálfur þátt í málsmeðferðinni þannig að vafi kemur upp varðandi það hvort stjórnvaldið eigi að snúa sér til aðilans eða umboðsmannsins, geti stjórnvaldið beðið aðilann um að upplýsa hvort það sé hann sjálfur eða umboðsmaðurinn sem komi fram í málinu. Verði það ekki skýrt af hálfu aðilans getur stjórnvaldið vísað umboðsmanninum frá. Sjá hér Jon Andersson: *Socialforvaltningsret*, bls. 232-233.

Af framangreindu álitni má ráða að litið sé svo á að stjórnvöld hafi skyldur fyrst og fremst gagnvart málsaðilanum þrátt fyrir að hann sé með umboðsmann sem á að koma fram í máli fyrir hönd hans. Samkvæmt því verður stjórnvald að bregðast við ef ljóst þykir að umboðsmaðurinn sé ekki að sinna hlutverki sínu. Ganga má út frá að umboð falli niður þegar sjúklingurinn fellur frá.³⁰

7. Umfang aðstoðar aðstoðarmanns

Ef sjúklingurinn ákveður að njóta aðstoðar aðstoðarmanns í máli þá tekur aðstoðarmaðurinn til að mynda þátt í fundum eða læknisheimsóknnum með sjúklingnum auk þess að tala fyrir eða tala máli hans á slíkum fundum. Hér skiptir máli að oft getur verið nauðsynlegt að taka aðstoðarmann á mikilvæga fundi eða í læknisheimsóknir til að aðstoða sjúklinginn við að muna hvað kom fram eða veita upplýsingar um líðan sjúklings eða heilsu hans. Staða aðstoðarmanns er því allt önnur en umboðsmanns þar sem aðstoðarmaðurinn kemur ekki fram í skjóli umboðs í máli. Almennt eiga stjórnvöld því ekki að beina samskiptum sínum að aðstoðarmanninum þó þeim sé það heimilt hafi sá sem nýtur aðstoðar mælt sérstaklega fyrir um það.

Dæmi er um að mælt sé fyrir um aðstoðarmenn í lögum, sbr. t.d. réttindagæslumenn og persónulega talsmenn fatlaðs fólks á grundvelli samnings milli talsmannsins og hins fatlaða, sbr. lög nr. 88/2011 um réttindagæslu fyrir fatlað fólk. Þá verður ekki betur séð en að gert sé ráð fyrir aðstoðarmönnum í lögum nr. 74/1997 en samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laganna getur sjúklingur tilnefnt annan einstakling til að taka við upplýsingum um heilsufar og meðferð og batahorfur samkvæmt 5. gr. laganna en skrá skal slíkt í sjúkraskrá viðkomandi sjúklings, sbr. 2. mgr. 6. gr.

8. Kostnaður vegna aðstoðarmanns eða umboðsmanns

Kostnaður vegna aðstoðarmanns eða umboðsmanns er á ábyrgð sjúklingsins nema mælt sé fyrir um slíkt í lögum með skýrum hætti. Þó getur stjórnvaldið þurft að greiða slíkan kostnað á grundvelli reglna skaðabótaréttar hafi bótaskylda stofnast.³¹ Hér vísast sem dæmi til *dóms Hæstaréttar Íslands 30. október 2008 í máli nr. 70/2008* en í því máli var

³⁰ Sjá Jon Andersson: *Socialforvaltningsret*, bls. 234.

³¹ Sama regla gildir í dönskum rétti, sjá Hans Gammeltoft-Hansen: *Forvaltningsret*, bls. 537.

meðal annars deilt um lögfræðikostnað sem aðilar höfðu orðið fyrir við meðferð stjórnáslumáls og fyrir umboðsmanni Alþingis. Var fallist á greiðslu skaðabóta á grundvelli reglna skaðabótaréttar og talið sannað að orsakatengsl væru milli hinnar saknæmu og ólögmaetu háttsemi starfsmanna stjórnvaldsins og þess að hinn útlagði kostnaður aðilanna ónýttist þeim. Í dóminum segir nánar:

Það er meginregla íslensks réttar að borgararnir verði sjálfir að bera þann kostnað sem þeir hafa af erindum sínum til stjórnvalda og málarekstri fyrir þeim. Hið sama á við um þann kostnað, sem þeir kunna að hafa af því að leita áhlits umboðsmanns Alþingis. Kjósi þeir að nota aðstoð sérfræðinga við slík erindi og hafi af því kostnað geta þeir ekki krafist þess að sá kostnaður verði þeim bættur, þótt erindið eða málareksturinn verði árangurslaus. Þarf sérstaka lagaheimild til svo unnt sé að krefjast greiðslu slíks kostnaðar úr hendi stjórnvalda. Áfrýjendur telja sig hafa orðið fyrir tjóni vegna þess að útlagður kostnaður ónýttist þeim vegna annmarka á málsmeðferð og niðurstöðu landbúnaðarráðuneytis á máli þeirra. Skilyrði þess að unnt sé að líta svo á, að um tjón sé að ræða, sem áfrýjendur eigi rétt á að fá bætt á grundvelli reglna skaðabótaréttar, eru að orsakatengsl séu milli saknæmrar og ólögmaettrar háttsemi starfsmanna landbúnaðarráðuneytisins og þess að hinn útlagði kostnaður ónýttist. [...] Málsmeðferð og niðurstaða landbúnaðarráðuneytis fól í sér brot á lögum nr. 37/1993 gagnvart áfrýjendum, einkum 9., 10., 12. og 13. gr. þeirra laga. Málsmeðferðin var því ólögmet. Telja verður að meðferð og afgreiðsla málsins af hálfu starfsmanna landbúnaðarráðuneytis hafi verið haldin slíkum annmörkum, að skilyrðinu um saknæmi sé einnig fullnægt og stefndi sé því skaðabótaskyldur vegna tjóns áfrýjenda, sem felst í því að útlagður kostnaður þeirra ónýttist þeim.

9. *Synjun stjórnvalds á aðkomu aðstoðarmanns eða umboðsmanns*

Stjórnvöld geta hafnað að einstaklingur sé með umboðsmann í máli ef nauðsynlegt er að einstaklingurinn komi sjálfur fram í sínu máli. Þetta á t.d. sérstaklega við þegar um er að ræða sjúklinga í lækni- og sálfræðingum eða þegar fram fer mat á heilsu þeirra að öðru leyti. Slíkt á eðli málsins ekki við um aðstoðarmann í máli þar sem aðstoðarmaðurinn getur mætt með sjúklingi í lækni- og sálfræðingum og verið honum til aðstoðar eða innan handar í samskiptum hans við viðkomandi lækni. Þannig má segja að aðkoma aðstoðarmanna sé víðtækari en umboðsmanna í samskiptum sjúklinga við stjórnvöld.³² Umboðsmaðurinn gæti hins vegar komið að málinu á öðrum vettvangi síðar þar sem byggt væri á lækni-

³² Sjá Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð*, bls. 188.

skoðuninni, t.d. við kvörtun til Landlæknis samkvæmt 12. gr. laga nr. 41/2007. Hér ber einnig að hafa í huga að lög gætu mælt fyrir um að einstaklingur þyrfti sjálfur að koma fram í máli eða að slík aðstoð væri ekki heimil.³³

Synjun stjórnvalds á því að tiltekinn einstaklingur gegni hlutverki aðstoðarmanns eða umboðsmanns sjúklings væri einungis heimil í undantekningartilvikum og að undangengnu hagsmunamati þar sem vegast á hagsmunir einstaklingsins að hafa þessa aðstoð og hins vegar þau sjónarmið sem mæla því í mót.³⁴ Í því mati kemur til skoðunar hvort umboðsmaðurinn eða aðstoðarmaðurinn hafi verið að vinna gegn hagsmunum sjúklingsins. Það sama getur átt við ef aðilinn skiptir oft um aðstoðarmenn eða umboðsmenn.³⁵ Það skal tekið fram að synjun stjórnvalds á því að einstaklingur fái að njóta aðstoðar aðstoðarmanns eða umboðsmanns í samskiptum sínum við stjórnvald er ein og sér ekki kæránleg til æðra stjórnvalds þar sem um er að ræða ákvörðun um málsmeðferð.³⁶ Óréttmæt synjun á því að hann njóti þessarar aðstoðar getur leitt til þess að íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun teljist ógildanleg. Það að hún sé haldin slíkum annmarka leiðir þó ekki sjálfkrafa til þess að hún sé ógildanleg ef niðurstaðan er efnislega í samræmi við lög.³⁷ Þá má ganga út frá að ívilnandi ákvarðanir séu alltaf gildar óháð því hvort stjórnvald hafi brotið gegn framangreindum rétti sjúklingsins.³⁸

10. Hvíliir skylda á stjórnvöldum að tryggja að einstaklingur njóta liðsinnis aðstoðarmanns eða umboðsmanns?

Sú staða getur komið upp að stjórnvöldum beri að leiðbeina einstaklingi um möguleikann á að leita til aðstoðarmanns eða umboðsmanns. Þetta getur til að mynda átt við í tilviki sjúklings sem stendur illa andlega eða líkamlega og þarf á aðstoð annarra að halda við málsmeðferðina.³⁹ Hins vegar má ganga út frá því að sjálfráða

³³ Sjá Hans Gammeltoft-Hansen o.fl.: *Forvaltningsret*, bls. 539.

³⁴ Sjá Niels Fenger: *Forvaltningsloven med kommentarer*, bls. 308.

³⁵ Sjá nánar um þetta Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð*, bls. 194.

³⁶ Sjá Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð*, bls. 194.

³⁷ Sjá nánar um þetta Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð*, bls. 198 og Jon Andersson: *Socialforvaltningsret*, bls. 235.

³⁸ Sjá Jon Andersson: *Socialforvaltningsret*, bls. 235 og Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð*, bls. 198.

³⁹ Sjá hér Jon Andersson: *Socialforvaltningsret*, bls. 233-234 og álit danska umboðsmanns FOB 2000.338 sem varðaði flutning manns með vitglöp á háu stigi á milli dvalarheimila sem ættingjar hans voru ósáttir við en hann lést nokkrum dögum eftir flutninginn. Var það niðurstaða umboðsmanns að þar sem það var ágreiningur milli stjórnvalda (í þessu

einstaklingi verði ekki gert að sæta því að stjórnvöld ákveði að hann skuli njóta aðstoðar aðstoðarmanns eða umboðsmanns í máli nema mælt sé fyrir um slíkt í lögum.⁴⁰ Að sama skapi má gera ráð fyrir að einstaklingur sem er ekki nægilega heill heilsu til að geta gætt hagsmuna sinna í samskiptum sínum við stjórnvöld sé ekki heldur hæfur til að aðstoða aðra í því hvort heldur sem aðstoðarmaður eða umboðsmaður.⁴¹

11. Niðurstöður

Hér hefur verið farið yfir helstur reglur um aðstoðarmenn og umboðsmenn þegar í hlut eiga sjúklingar. Ekki er sérstaklega mælt fyrir um slíka reglu í lögum hér á landi og gildir því hin ólögfesta grundvallarregla stjórnisýsluréttarins þó að nokkrar sérreglur eigi hér einnig við. Ljóst er að aðstoðarmenn og umboðsmenn sjúklinga geta gegnt veigamiklu hlutverki í því að tryggja þá þjónustu sem sjúklingar eiga rétt á lögum samkvæmt sem og réttaröryggi þeirra í samskiptum þeirra við heilbrigðisstarfsmenn í heilbrigðisþjónustunni. Almennt er það sjúklingurinn sjálfur sem tekur ákvörðun um það að njóta liðsinnis aðstoðarmanns eða umboðsmanns, en þegar hann er ólöggráða, eru það almennt forsjáraðilar eða lögráðamenn sem taka ákvörðun um slíkt þó mögulega með aðkomu hins ólöggráða allt eftir þroska hans og aldri og heilsu að öðru leyti. Miðað við þá hagsmuni sem um er að ræða er mikilvægt að ákvæði laga sem mæla fyrir um slíkt fyrirvar séu skýr. Þá verður að telja æskilegt, í ljósi þeirra hagsmuna sem um er að ræða og til að tryggja réttaröryggi þeirra einstaklinga sem einna mest þurfa á liðsinni aðstoðarmanna eða umboðsmanna að halda, að slík regla væri lögfest í stjórnisýslulögum sem hefði almennt gildissvið, sambærilegt og hin ólögfesta grundvallarregla. Myndi slík regla því gilda óháð því hvort taka á stjórnvaldsákvörðun í máli, við gerð samninga eða þegar um er að ræða þjónustustarfsemi á vegum stjórnvalda.

Ljóst er að aðkoma aðstoðarmanna að samskiptum sjúklings við heilbrigðisstarfsmenn í heilbrigðisþjónustunni er raunhæfari en aðkoma umboðsmanna þar sem aðstoðarmennirnir eiga þess kost að fylgja sjúklingnum í læknisskoðun og gæta hagsmuna hans að öðru

tilviki amtskommunen) og ættingjanna hefði borið að leiðbeina ættingjunum um þann möguleika að fá skipaðan lögráðamann.

⁴⁰ Sjá Páll Hreinsson: *Stjórnisýsluréttur – Málsmeðferð*, bls. 189. Páll vísar í umfjöllun sinni til heimildar sýslumanns til að skipa erfingja málsvara til að koma fram við dánarútbússkipti, sbr. 2. mgr. 13. gr. laga nr. 20/1991 um skipti á dánarbúum o.fl.

⁴¹ Sjá Páll Hreinsson: *Stjórnisýsluréttur – Málsmeðferð*, bls. 189.

leyti auk þess að aðstoða hann á allan annan hátt, bæði munnlega og skriflega. Takmarkatilvik geta komið upp þegar um er að ræða sjúklinga með heilahrörnunarsjúkdóm á háu stigi sem eru sjálfráða og hvort nægjanlegt sé að vandamenn komi að ákvörðunartöku til að mynda um meðferð eða jafnvel umsóknum um dvöl á hjúkrunarheimili og dvalarheimili. Þótt slíkt sé að mörgu leyti heppilegt og jafnvel eðlilegt, einkum í ljósi nýlegra breytinga sem gerðar voru á lögræðislögum um að lögræðissvipting skuli einungis gerð þegar brýna nauðsyn beri til, séu vandamenn sammála á annað borð, og þess að hið læknisfræðilega, félagslega og faglega mat liggur alltaf til grundvallar slíkum ákvörðunum, verður engu að síðar að telja betur fara á því að um slíkt sé mælt í lögum.

Abstract

The article discusses the rules on assistants and representatives of patients within the field of administrative law. General rules on assistants and representatives are not laid down in the Administrative Act No. 37/1993. Instead the matter is governed by an unwritten principle of administrative law and few special rules regarding patients. The principle has a wider scope than the Administrative Act since it applies to administrative decisions, contracts and public service activities such as caring for the sick, disabled or elderly. The article points out that it is clear that assistants and representatives of patients can play a significant role in ensuring the services that patients are entitled to according to law and their legal security in their dealings with health care professionals. In view of this and together with the interests of the patients, it is concluded that it would be preferable that a general rule would be enacted in the Administrative Act that would have similar scope as the unwritten principle of administrative law. Moreover it is stated that it is of importance that the law requiring the representation of minors should be clear. Finally it would be more appropriate to legislate the representation of relatives when patients with dementia are legally competent.

Ágrip

Í greininni er fjallað um þær reglur stjórnarsýsluréttarins sem gilda um aðstoðarmenn og umboðsmenn sjúklinga. Engin slík regla er í stjórnarsýslulögum nr. 37/1993 og gildir því hin ólögfasta grundvallarregla stjórnarsýsluréttarins ásamt nokkrum sérreglum. Gildissvið

reglunnar er víðtækara en almennt á við um reglur stjórnýslulaga þar sem hún gildir um stjórnvaldsákvarðanir, gerð samninga og þjónustustarfsemi hins opinbera eins og umönnun sjúkra, fatlaðra eða aldraðra. Ljóst er að aðstoðarmenn og umboðsmenn sjúklinga geta gegnt veigamiklu hlutverki í því að tryggja þá þjónustu sem sjúklingar eiga rétt á lögum samkvæmt sem og réttaröryggi þeirra í samskiptum þeirra við heilbrigðisstarfsmenn í heilbrigðisþjónustunni. Í ljósi þessa og hagsmuna sjúklinga að öðru leyti var komist að þeirri niðurstöðu að æskilegt væri að almenn regla væri lögfest í stjórnýslulögum sem hefði sambærilegt gildissvið og hin ólögfesta grundvallarregla stjórnýsluréttarins. Þá var komist að þeirri niðurstöðu að mikilvægt væri að lög sem kvæðu á um fyrirvar ólöggráða sjúklinga væru skýr og að betur færi á því að mælt væri um það í lögum þegar fyrirvar væri í höndum vandamanna þegar í hlut ættu sjálfráða sjúklingar með heilabilun.

Heimildir

Alþingistiðindi.

Asbjörn Kjønstad: *Helserett*. 2. útgáfa. Osló 2013.

Hans Gammeltoft-Hansen o.fl.: *Forvaltningsret*. 2. útgáfa. Kaupmannahöfn 2002.

Jon Andersson: *Socialforvaltningsret*. 4. útgáfa. Kaupmannahöfn 2012.

Jon Votger: *Forvaltningsloven med kommentatarer*. 3. útgáfa. Kaupmannahöfn 1999.

Karsten Revsbech: „Aktuelle udviklingstendenser i dansk forvaltningsret“.

Forvaltningsretlige perspektiver. Ritsstj. Carsten Henrichsen, Steen Rønsholt og Peter Blume. Kaupmannahöfn 2006.

Niels Fenger: *Forvaltningsloven med kommentarer*. Kaupmannahöfn 2013.

Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnýslulaga*. Reykjavík 2005.

Páll Hreinsson: *Stjórnýsluréttur – Málsmæðferð*. Reykjavík 2013.

Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret - Retsikkerhed, proces, sagsbehandling*. 2. útgáfa.

Kaupmannahöfn 2006.

Dómaskrá

Dómur Hæstaréttar Íslands 30. október 2008 (70/2008).

Úrskurður Landsréttar 16. maí 2019 (277/2019).

Álit umboðsmanns Alþingis

Álit umboðsmanns Alþingis 20. júní 2005 (4252/2004).

Álit danska umboðsmannsins

FOB 1992.347.

FOB 1997.299.

FOB 2000.338.

Flóki Ásgeirsson

UNDANTEKNINGAR FRÁ GILDISSVIÐI STJÓRNSÝSLULAGA*

Efnisyfirlit

1. Inngangur.....	180
2. Almennt um gildissvið stjórnsýslulaga.....	181
3. Þinglýsing samkvæmt þinglýsingalögum.....	183
3.1 Eðli og réttaráhrif þinglýsingar.....	183
3.2 Framkvæmd þinglýsingar samkvæmt þinglýsingalögum.....	184
4. Standa rök til þess að undanþiggja þinglýsingu gildissviði stjórnsýslulaga?.....	187
4.1 Rök sem búa að baki almennri afmörkun á gildissviði stjórnsýslulaga.....	187
4.2 Rök fyrir því að undanþiggja þinglýsingu gildissviði stjórnsýslulaga.....	188
4.2.1 Eðli þinglýsingar?.....	188
4.2.2 Ítarleg ákvæði um málsmeðferð?.....	189
4.3 Ályktanir.....	190
5. Lokaorð.....	190
Abstract.....	192
Heimildir.....	192

1. Inngangur

Undir gildissvið stjórnýslulaga nr. 37/1993 falla samkvæmt 1. og 2. mgr. 1. gr. laganna allar stjórnvaldsákvæðanir sem stjórnvöld ríkisins og sveitarfélaga taka. Frá þessari almennu afmörkun á gildissviði laganna er gerð undantekning í 1. mgr. 2. gr. þeirra sem lítið hefur verið fjallað um.¹ Í ákvæðinu er tekið fram að lögin gildi ekki um þinglýsingu, aðfarargerðir, kyrrsetningu, löggeymslu, lögbann, nauðungarsölu, greiðslustöðvun, nauðasamninga, gjaldþrotaskipti, skipti á dánarbúum eða önnur opinber skipti.

Stjórnýslulög eru eins fram kemur í athugasemdum við frumvarp það er varð að lögunum samin meðal annars með hliðsjón af stjórnýslulögum annarra Norðurlanda.² Í samræmi við það eiga flest ákvæði laganna sér einhverja fyrirmynd eða samsvörun í ákvæðum þágildandi stjórnýslulaga í Danmörku, Noregi og Svíþjóð. Það á einnig við um gildissviðsákvæði laganna sem samið er að mestu leyti að danskri fyrirmynd.³ Undantekningin sem fram kemur í 1. mgr. 2. gr. laganna á sér hins vegar hvorki samsvörun í dönsku stjórnýslulögum né í þágildandi stjórnýslulögum í Noregi eða Svíþjóð.

Í athugasemdum við frumvarp það er varð að stjórnýslulögum eru færð tvenns konar rök fyrir þessari undantekningu. Annars vegar segir þar að störf sem töldust til dómstarfa fyrir þá réttarfarsbreytingu sem tók gildi 1. júlí 1992 séu þess eðlis að ekki þyki rétt að láta almennar reglur um málsmeðferð í stjórnýslunni taka til þeirra. Hins vegar segir að ítarleg ákvæði um meðferð þessara mála sé að finna í hinni nýju réttarfarslöggjöf.⁴

Hér verða framangreindar undantekningar og röksemdir fyrir þeim teknar til nánari skoðunar og lagt mat á þær að því er varðar eina tegund þeirra mála sem tilgreind eru í 1. mgr. 2. gr. stjórnýslulaga, en það eru mál sem varða þinglýsingu samkvæmt þinglýsingalögum nr. 39/1978. Leitað verður svara við þeirri spurningu hvort viðhlítandi rök standi til þess að undanskilja þessa tegund mála gildissviði stjórnýslulaga. Í því sambandi verður lítið bæði til þeirra sjónarmiða sem búa að baki hinni almennu afmörkun á gildissviði laganna sem fram kemur í 1.

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Um slíka umfjöllun vísast einkum til Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnýslulaga*, bls. 111-112 og Páll Hreinsson: *Stjórnýsluréttur – málsmeðferð*, bls. 91-92.

² Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 3281-3282.

³ Páll Hreinsson: *Stjórnýslulögin – málsmeðferð*, bls. 95-96.

⁴ Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 3284.

gr. þeirra svo og þeirra sérstöku sjónarmiða sem búa að baki þeirri takmörkun á gildissviði laganna sem fram kemur í 1. mgr. 2. gr. og leitast við að greina hvernig þessi sjónarmið horfa við þinglýsingu samkvæmt þinglýsingalögum nr. 39/1978.

Efnistökur eru með þeim hætti að fyrst verður fjallað stuttlega um þau sjónarmið sem búa að baki hinni almennu afmörkun á gildissviði stjórnsýslulaga samkvæmt 1. og 2. mgr. 1. gr. laganna og skil þeirra gagnvart öðrum lögum samkvæmt 2. mgr. 2. gr.⁵ Því næst verður vikið að þeim röksemdum sem fram koma í lögskýringargögnum til stuðnings þeim undantekningum frá þessu gildissviði sem gerðar eru með 1. mgr. 2. gr. laganna. Að síðustu verður leitast við að leggja mat á það, með hliðsjón af undangenginni umfjöllun, hvort rök standi til þess að undanskilja mál er varða þinglýsingu gildissviði stjórnsýslulaga líkt og nú er gert.

2. Almennt um gildissvið stjórnsýslulaga

Helsta markmið stjórnsýslulaga er að tryggja sem best réttaröryggi einstaklinga og lögaðila í samskiptum þeirra við stjórnvöld ríkis og sveitarfélaga.⁶ Með lögnum er jafnframt stefnt að því að þessu markmiði verði náð án þess að girt sé fyrir að málsmeðferð stjórnvalda verði í senn einföld, hraðvirk og ódýr.⁷

Að baki stjórnsýslulögum býr einnig það sjónarmið að sú málsmeðferð sem þar er mælt fyrir um feli í sér lágmarkskröfur til málsmeðferðar í málum af þeirri tegund sem lögnum er ætlað að taka til.⁸ Í athugasemdum við frumvarp það er varð að stjórnsýslulögum er þessu sjónarmiði lýst með eftirfarandi hætti:

„Á það skal lögð áhersla að með frumvarpinu eru gerðar lágmarkskröfur til stjórnsýslunnar, en ráð er fyrir því gert að á einstökum stjórnsýslusviðum verði gerðar strangari kröfur. Þess er og að vænta að smátt og smátt myndist stjórnsýsluvenjur til fyllingar ákvæðum laganna, þar á meðal fyrir tilstuðlan umboðsmanns Alþingis. Í þessu sambandi verður og að hafa í huga

⁵ Ekki verður fjallað um þau sjónarmið sem búa að baki sérstöku gildissviði hæfisreglna laganna sem kveðið er á um í 3. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga. Umfjöllun um það ákvæði má finna í Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnsýslulaga*. Reykjavík 2005, bls. 191-208.

⁶ Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 3277. Sjá einnig Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – málsmeðferð*. Reykjavík 2013, bls. 77.

⁷ Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 3277. Sjá einnig Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – málsmeðferð*, bls. 77.

⁸ Sjá ítarlega umfjöllun um þetta atriði í Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – málsmeðferð*, bls. 43-48.

hve stjórnýslustörf eru fjölbreytt og ólík innbyrðis þannig að erfitt getur verið að setja almennar reglur sem eiga jafn vel við öll svið stjórnýslunnar.”⁹

Gildissvið stjórnýslulaga samkvæmt 1. og 2. mgr. 1. gr. laganna er í senn þröngt og víðfeðmt. Það er þröngt í þeim skilningi að lögin taka aðeins til einnar tegundar þeirra margvíslegu mála sem stjórnvöld fjalla um. Það er hins vegar víðfeðmt í þeim skilningi að lögin gilda um öll mál af þessari tegund óháð því hvaða stjórnvald á í hlut eða eðli og efni hlutaðeigandi máls að öðru leyti. Þessi afmörkun á gildissviði laganna er er rökrétt í ljósi framanrakinna sjónarmiða sem búa þeim að baki.

Í fyrsta lagi er rökrétt í ljósi þeirra andstæðu markmiða laganna að tryggja sem best réttaröryggi einstaklinga og lögaðila í samskiptum þeirra við stjórnvöld ríkis og sveitarfélaga án þess að málsmeðferð þessara stjórnvalda verði óhóflega flókin, seinvirk eða kostnaðarsöm að afmarka gildissvið laganna við þau mál sem varða ákvörðun um rétt eða skyldu manna. Með því að undanskilja gildissviði laganna önnur mál en þau sem lúta að slíkum ákvörðunum er dregið verulega úr því aukna álagi og kostnaði í starfsemi stjórnvalda sem lögunum fylgir um leið og slegin er skjaldborg um réttaröryggi borgaranna við meðferð þeirra mála þar sem þeir eiga mest í húfi.

Í öðru lagi er lagaskilaregla 1. másl. 2. mgr. 2. gr. laganna rökrétt í ljósi þess sjónarmiðs að með þeim séu gerðar lágmarkskröfur til málsmeðferðar í stjórnýslunni. Þótt ákvæðið girði vitanlega ekki fyrir að löggjafinn geti metið þörfina fyrir réttaröryggi á einstökum sviðum stjórnýslunnar með öðrum hætti síðar endurspeglar þetta ákvæði þá afstöðu löggjafans við setningu stjórnýslulaga að almennt skuli ekki gerðar vægari kröfur til málsmeðferðar stjórnvalda við töku ákvarðana um rétt eða skyldu manna en þar er mælt fyrir um.

Framanrakin lagsjónarmið að baki þeirri afmörkun sem gerð er á gildissviði stjórnýslulaga með 1. og 2. mgr. 1. gr. þeirra og skilum laganna gagnvart öðrum lögum með 1. másl. 2. mgr. 2. gr. hafa þýðingu þegar lagt er mat á þær röksemdir sem færðar hafa verið fram til stuðnings þeim undantekningum sem lögfestar eru í 1. mgr. síðarnefndu greinarinnar. Að því marki sem fyrrnefndu sjónarmiðin fela í sér gildar ástæður fyrir því að láta gildissvið laganna taka til allra stjórnvaldsákvæðana sem teknar eru af stjórnvöldum ríkis og sveitarfélaga þarf við mat á síðarnefndu röksemdunum að svara þeirri spurningu hvers vegna rétt sé þrátt fyrir þessar ástæður að undanþiggja tiltekin mál gildissviði laganna. Með öðrum orðum þarf að svara því

⁹ Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 3277-3278.

hvort þær röksemdir sem færðar eru fyrir undantekningunum séu viðhlítandi að virtum þeim sjónarmiðum sem búa að baki hinni almennu afmörkun á gildissviði laganna.

Til þess að unnt sé að leggja mat á það hvernig framangreindar röksemdir horfa við þinglýsingum samkvæmt þinglýsingalögum nr. 39/1978 er nauðsynlegt að gera fyrst nokkra grein fyrir þeim. Þar sem umræddar röksemdir lúta bæði að *eðli* þeirra mála sem undanþegin eru og *ákvæðum hlutaðeigandi laga um málsmeðferð* er þörf á því áður en lengra er haldið að gera stuttlega grein fyrir þessum atriðum að því er varðar þinglýsingar samkvæmt þinglýsingalögum nr. 39/1978.

3. Þinglýsing samkvæmt þinglýsingalögum

3.1 Eðli og réttaráhrif þinglýsingar

Þinglýsing samkvæmt þinglýsingalögum nr. 39/1978 er stjórnvaldsathöfn sem felst í skrásetningu nánar tilgreindra réttinda með nánar tilgreindum réttaráhrifum.¹⁰ Réttaráhrif skráningar samkvæmt lögum eru þau að skráð réttindi njóta forgangs gagnvart óskráðum eða síðar skráðum ósamrýmanlegum réttindum. Með skráningu samkvæmt lögum er skráðum réttindum þannig veitt aukin réttarvernd.¹¹

Opinber skráning sem skilyrði tiltekinnar réttarverndar réttinda einskorðast ekki við þinglýsingu samkvæmt þinglýsingalögum. Sem dæmi um sambærileg tilvik má nefna skráningu vörumerkja samkvæmt lögum nr. 45/1997 og skráningu hlutafélaga samkvæmt lögum nr. 2/1995. Í öllum þessum tilvikum er um það að ræða að borgararnir geta öðlast tiltekin réttindi með opinberri skráningu sem þar er kveðið á um.

Enginn vafi leikur á að skrásetning réttinda á grundvelli þinglýsingalaga felur í sér stjórnvaldsákvörðun með sama hætti og skrásetning vörumerkis á grundvelli laga um vörumerki eða skrásetning hlutafélags á grundvelli laga um hlutafélög. Með skrásetningu á grundvelli þessara laga er kveðið á bindandi hátt á um réttarstöðu hlutaðeigandi aðila og honum færð þau réttindi sem fylgja skráningunni samkvæmt hlutaðeigandi lögum. Eðli þinglýsingar sem stjórnvaldsákvörðunar er að sjálfsögðu ein af forsendum þess að þessi

¹⁰ Sjá Þorgeir Örlygsson: *Þinglýsingar – mistök í þinglýsingum – réttarreglur*. Reykjavík 1993, bls. 16-18.

¹¹ Sjá Þorgeir Örlygsson: *Þinglýsingar – mistök í þinglýsingum – réttarreglur*, bls. 18-19 og Eyvindur G. Gunnarsson og Þorgeir Örlygsson: *Þinglýsingalög – skýringarrit*, bls. 30.

tegund mála er sérstaklega undanþegin gildissviði stjórnáskilgáttulaga 1. mgr. 2. gr. laganna enda væri ella engin þörf fyrir slíka undantekningu í lögunum.

Við nánara mat á eðli þinglýsingar sem stjórnvaldsákvörðunar er í fyrsta lagi til þess að líta að hún varðar réttindi sem almennt séð hafa fjárhagslegt gildi fyrir hlutaðeigandi borgara og teljast eftir atvikum eign hans í skilningi ákvæða 72. gr. stjórnarskrárinnar og 1. gr. 1. viðauka mannréttindasáttmála Evrópu.¹² Af þessu er ljóst að ákvörðun um þinglýsingu varðar að jafnaði hagsmuni sem almennt teljast mikilvægir og njóta ríkrar verndar þótt vægi þeirra í einstökum tilvikum geti verið misjafnt eftir atvikum hverju sinni.

Í öðru lagi er til þess að líta að réttaráhrif þinglýsingar lúta að réttarvernd hlutaðeigandi réttinda í ákveðnum tilvikum sem leitt geta til þess að þau geta glatast ef hún er ekki til staðar. Af því er ljóst að þinglýsing lýtur ekki aðeins að réttindum sem almennt teljast mikilvæg og njóta almennt séð ríkrar verndar heldur getur ákvörðun um þinglýsingu eftir atvikum haft mjög verulega þýðingu fyrir þessi réttindi og jafnvel leitt til þess að þau glatast með öllu.

3.2 Framkvæmd þinglýsingar samkvæmt þinglýsingalögum

Þinglýsing samkvæmt þinglýsingalögum nr. 39/1978 fer þannig fram að þinglýsingarbeiðandi afhendir þinglýsingarstjóra í því umdæmi þar sem þinglýsingin skal fara fram það skjal sem þinglýsingarbeiðni hans lýtur að í tvíriti, sbr. 4. og 5. gr. laganna. Þinglýsingarstjórar eru sýslumenn hver í sínu umdæmi, sbr. 1. gr. laganna. Skjal telst ekki afhent til þinglýsingar nema þinglýsingarstjóra séu jafnframt gefnar þær upplýsingar sem hann óskar eftir og lögmæt greiðsla sé innt af hendi fyrir meðferð skjalsins, sbr. 1. mgr. 14. gr. Samkvæmt 2. mgr. sömu greinar fær skjal sem er afhent til þinglýsingar tímastimplun kl. 21 þann dag sem það telst afhent. Skjöl sem berast eftir skrifstofutíma teljast afhent næsta virka dag. Rafræn þinglýsingarfærsla í dagbók er tímastimpluð þegar hún berst og telst afhent til þinglýsingar á þeirri stundu, sbr. 3. mgr. Samkvæmt 2. máls. 1. mgr. 15. gr. telst skjal afhent til þinglýsingar á þeirri tímasetningu sem tilgreind er í dagbók nema full sönnun komi fram um hið gagnstæða.

Þegar þinglýsingarbeiðandi hefur afhent þinglýsingarstjóra skjal til þinglýsingar skal þinglýsingarstjóri færa það í dagbók og árita það um

¹² Sjá almennt um þessa vernd Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – mannréttindi*, bls. 466-529.

viðtökudag og -tíma nema þeir annmarkar sem taldir eru í 2. mgr. 6. gr. laganna eigi við um það, sbr. 1. og 5. mgr. sömu greinar. Þessir annmarkar eru nánar tiltekið að skjal sé afhent í röngu umdæmi, fasteign sé ekki skráð í þinglýsingabók, skjal varði bein eða óbein eignarréttindi að fasteign án þess að getið sé fasteignanúmers hennar, afmörkun lands eða lóðar sé ekki í samræmi við fasteignaskrá, ekki sé ótvírætt við hvaða eign skjal á, hvaða aðila skjal varði eða hvert efni þess sé að öðru leyti, skjalið skortir undirritun útgefanda og vitundarvotta eða annarra þeirra er skjal geta staðfest sé þessa þörf og loks að skjal sé aðeins afhent í einu eintaki eða samrit eða endurrit sé ekki ritað á löggiltan þinglýsingapappír. Sé skjal haldið einhverjum þessara annmarka skal þinglýsingarstjóri vísa því frá.

Verði skjali ekki vísað frá dagbók samkvæmt 2. mgr. 6. gr. laganna skal þinglýsingarstjóri, eftir að það hefur verið fært í hana, sannreyna hvort nokkuð sé því til fyrirstöðu að því verði þinglýst, sbr. 1. mgr. 7. gr. laganna. Samkvæmt 2. mgr. sömu greinar ber þinglýsingarstjóra að vísa skjali frá þinglýsingu á þessu stigi ef þeir annmarkar sem þar greinir eiga við um skjalið. Þessir annmarkar eru nánar tiltekið þeir að útgefanda skjals bresti heimild til eignar á þann veg er skjalið greinir, að þinglýsing sé bersýnilega óþörf til verndar rétti, að lesmál skjals eða aðrar áletranir séu ógreinilegar eða lettri svo farið, að sérstök hættu sé á að það máist, að eintök þess séu í verulegum atriðum ósamhljóða eða skjalið hafi aðra svo verulega galla að ekki þyki fært að taka það til þinglýsingar og vörslu.

Verði skjali ekki vísað frá þinglýsingu samkvæmt 2. mgr. 7. gr. laganna skal því þinglýst. Þinglýsingin sjálf fer þannig fram samkvæmt 1. mgr. 9. gr. laganna að meginatriði skjals ásamt tímastimplun dagbókarfærslu er færð í viðeigandi þinglýsingabók, sem samkvæmt 1. mgr. 8. gr. eru fasteignabók, skipabók, bifreiðabók og lausafjárnabók, og stöðu skjalsins breytt úr „daghókarfært“ í „þinglýst“. Í þeim tilvikum sem lýst er í 3. mgr. 7. gr. skal skjal þinglýst með viðeigandi athugasemd. Nánar tiltekið er um að ræða tilvik þar sem í skjali eru atriði sem ekki eru í samræmi við efni þinglýsingarbóka, án þess þó að það valdi því að skjal sé ótækt til þinglýsingar, tvö eða fleiri skjöl um sömu eign eru afhent samtímis til þinglýsingar og réttindum sem þau mæla um lýstur saman, eða aðili sem aðeins nýtur skilorðsbundinnar heimildar að eign gefur út skjal án þess að greina skilorðið.

Þinglýsingarstjóri skal greiða úr því svo fljótt sem föng eru á og eigi síðar en innan tveggja vikna frá því að skjal barst til þinglýsingar hvort það verði fært í þinglýsingabók, sbr. 1. másl. 5. mgr. 7. gr. laganna. Um

hæfi þinglýsingarstjóra til að greiða úr hvort skjali skuli þinglýst fer samkvæmt hæfisreglum stjórnarsýslulaga, sbr. 1. mgr. 2. gr. laganna.

Skjali er þinglýst þegar það hefur verið fært í þinglýsingabók en forgangsáhrif þinglýsingar teljast frá þeirri tímasetningu er það var afhent til þinglýsingar enda sé það tækt til þinglýsingar, sbr. 1. másl. 1. mgr. 15. gr. laganna. Sé þinglýsingar synjað skal þinglýsingarbeiðanda þegar í stað tilkynnt um synjunina og rökstuddar ástæður fyrir henni í ábyrgðarbréfi eða á annan tryggilegan hátt, sbr. 3. másl. 5. mgr. 7. gr. laganna.

Þegar skjal hefur verið fært í þinglýsingabók ritar þinglýsingarstjóri vottorð um þinglýsinguna á eintök skjalsins, sbr. 2. mgr. 9. gr. Þinglýsingarstjóri gerir loks vikulega skrá um þinglýst skjöl sem skal liggja frammi á skrifstofu hans fulla viku, sbr. 3. mgr. 9. gr.

Úrlausn þinglýsingarstjóra um þinglýsingu má bera undir héraðsdómara í lögsagnarumdæmi þinglýsingarstjóra, sbr. 1. másl. 1. mgr. 3. gr. laganna. Heimild til þess hefur hver sá sem á lögvarinna hagsmuna að gæta vegna ákvörðunar þinglýsingarstjóra, sbr. 2. másl. Úrlausnin skal borin undir dóm áður en fjórar vikur eru liðnar frá henni ef þinglýsingarbeiðandi eða umboðsmaður hans var við hana staddur, en ella áður en fjórar vikur eru liðnar frá þeim tíma er hann eða umboðsmaður hans fékk vitneskju um hana, sbr. 3. másl. sömu málsgreinar.

Samkvæmt 3. mgr. 3. gr. fer málskot þannig fram að sá sem bera vill úrlausn um þinglýsingu undir dóm afhendir þinglýsingarstjóra skriflega tilkynningu um það þar sem greina skal úrlausn þá sem borin er undir dóm, kröfu um breytingar á henni og rökstuðning fyrir kröfunni, sbr. 1. og 2. másl. 3. mgr. Samkvæmt 3. másl. skal þinglýsingarstjóri afhenda hlutaðeigandi staðfest ljósrit gagna og endurrit úr þinglýsingabók svo fljótt sem við verður komið. Sá sem bera vill úrlausn þinglýsingarstjóra undir dóm skal síðan án tafar afhenda héraðsdómara málsgögnin, sbr. 4. másl. Þinglýsingarstjóra er jafnframt heimilt að senda héraðsdómara athugasemdir sínar um málið, sbr. 5. másl. Ef annar en þinglýsingarbeiðandi vill bera úrlausn um þinglýsingu undir dóm skal þinglýsingarstjóri tilkynna það þinglýsingarbeiðanda og eftir atvikum öðrum þeim er hagsmunum kunna að eiga og gefa þeim kost á að koma á framfæri skriflegum kröfum sínum og athugasemdum, sbr. 1. másl. 4. mgr.

Héraðsdómari skal kveða upp rökstuddan úrskurð svo fljótt sem kostur er og ekki síðar en þremur vikum eftir að honum bárust málsgögn, sbr. 6. másl. 3. mgr. 3. gr. og 2. másl. 4. mgr. sömu greinar. Ef héraðsdómari telur mál sérstaklega umfangsmikið getur hann ákveðið að fram fari munnlegur málflutningur um ágreiningsefnið áður

en það er tekið til úrskurðar, sbr. 3. másl. 4. mgr. Úrskurður héraðsdómara um úrlausn þinglýsingarstjóra sætir kæru til Landsréttar samkvæmt almennum reglum um kæru í einkamáli, sbr. 4. mgr. 3. gr. Unnt er að óska eftir leyfi Hæstaréttar til að kæra til réttarins úrskurð Landsréttar sem felur í sér lokaákvörðun um ágreiningsefnið, sbr. 5. mgr. 3. gr.

4. Standa rök til þess að undanþiggja þinglýsingu gildissviði stjórnsýslulaga?

4.1 Rök sem búa að baki almennri afmörkun á gildissviði stjórnsýslulaga

Í kafla 2 hér að framan er stuttlega vikið að þeim sjónarmiðum sem búa að baki hinni almennu afmörkun á gildissviði stjórnsýslulaga. Að því marki sem þessi sjónarmið falla vel að þinglýsingum mæla þau jafnframt gegn því að þær verði undanþegnar gildissviði laganna.

Ótvírætt er að sú þörf fyrir réttaröryggi sem einkum býr að baki stjórnsýslulögunum og ákvæðum laganna er ætlað að mæta á ekki síður við í málum sem varða þinglýsingar en í fjölda annarra mála sem ekki er undanþeginn gildissviði laganna. Eins og að framan er lýst varða þinglýsingar réttindi sem almennt eru talin mikilsverð og geta eftir atvikum haft veruleg áhrif á þessi réttindi. Þörfin fyrir réttaröryggi við úrlausn slíkra mála er því síst minni en í mörgum öðrum þeirra fjölbreytilegu tegundum mála sem falla undir lög.

Ekki verður heldur séð að þinglýsingar séu frábrugðnar öðrum tegundum stjórnsýslumála að því er varðar þá fyrirhöfn eða þann kostnað sem fylgir því að viðhafa þá málsmeðferð sem stjórnsýslulögin mæla fyrir um. Þótt kröfur til málskraða samkvæmt þinglýsingalögum séu ríkar eru þær ekki þess eðlis að þær girði fyrir málsmeðferð í samræmi við stjórnsýslulög. Þá verður ekki séð að þinglýsingar skeri sig að öðru leyti frá málum sem falla undir gildissvið stjórnsýslulaga á þann hátt að málsmeðferð samkvæmt lögnum verði ekki við komið í slíkum málum án verulega aukins kostnaðar eða fyrirhafnar.

Samkvæmt framansögðu verður ekki annað séð en að þinglýsingar falli vel að þeim sjónarmiðum sem búa að baki hinni almennu afmörkun á gildissviði stjórnsýslulaga. Má raunar halda því fram að þinglýsingar séu að mörgu leyti dæmigerðar fyrir þau mál sem lögnum er ætlað að taka til, það er mál þar sem stjórnvöldum er falið að taka ákvarðanir sem geta haft veruleg áhrif á mikilsverð réttindi borgaranna og þar sem unnt er að koma við þeirri málsmeðferð sem lög mæla fyrir um án óhóflegrar fyrirhafnar eða kostnaðar.

4.2 Rök fyrir því að undanþiggja þinglýsingu gildissviði stjórnarsýslulaga

4.2.1 Eðli þinglýsingar?

Hér að framan er gerð grein fyrir þeim röksemdum sem færðar eru fram í lögskýringargögnum að baki stjórnarsýslulögum til stuðnings því að undanþiggja meðal annars þinglýsingar gildissviði laganna. Fyrsta röksemdin sem þar er getið lýtur að eðli þeirra starfa sem töldust til dómstarfa fyrir þá réttarfarsbreytingu sem tók gildi 1. júlí 1992. Í lögskýringargögnum segir að þessi störf séu þess eðlis að ekki þyki rétt að láta almennar reglur um málsmeðferð í stjórnarsýslunni taka til þeirra.

Fyrir gildistöku breytingarlaga nr. 85/1989 hinn 1. júlí 1992 var þinglýsing samkvæmt þinglýsingalögum nr. 39/1978 dómsathöfn sem var á höndum sérstakra þinglýsingardómara. Við gildistöku breytingarlaganna var þetta verkefni hins vegar fært frá þinglýsingardómurum til þinglýsingarstjóra og þeim síðarnefndu falið að taka þær ákvarðanir sem þinglýsingardómarar höfðu áður farið með. Við þessar breytingar breyttist ákvörðun um þinglýsingu úr dómsathöfn í stjórnvaldsathöfn, sbr. eftirfarandi athugasemdir við frumvarp það er varð að breytingarlögum nr. 85/1989 sem breyttu ákvæðum þinglýsingalaga:

„[...] Þinglýsingar eru í eðli sínu ekki annað en opinber skráning réttinda, sem á mörgum hliðstæðum sviðum telst stjórnvaldsathöfn, t.d. skráning vörumerkja, einkaleyfa og hlutafélaga. Þetta viðfangsefni hefur ásamt notarialgerðum þótt eiga undir þann flokk viðfangsefna sem í fræðikenningum hefur verið nefndur latneska heitinu „*jurisdictio voluntaria*“. Það einkennir viðfangsefni þessi að engin eðlislæg einkenni þeirra gefa til kynna að þau eigi fremur að teljast til dómstarfa en stjórnvaldsathafna. Þinglýsingar munu vera talsvert algengari hér á landi miðað við íbúafjölda en í nágrannaríkjunum. Eru þær í eðli sínu þáttur í þjónustu sem almenningur þarf að sækja til yfirvalda með greiðum hætti. Er því nauðsynlegt að mæta þeim þörfum með því að tryggja sem best nálægð þessarar þjónustu við þá sem hennar þurfa að leita. Var því við samningu tillagna um aðskilnað dómsvalds og umboðsvalds ákveðið að framvegis teljist þetta stjórnvaldsathöfn sem sýslumenn fari með að breyttri skipan. Með þeirri breytingu yrði samkvæmt áðursögðu ekki brotið gegn grundvallarreglum um skilsmun dómsvalds og framkvæmdarvalds.“¹³

Þegar litið er til framanrakinna athugasemda er í sjálfu sér örðugt að sjá að eðli þinglýsinga sé eftir 1. júlí 1992 frábrugðið eðli annarra verkefna sem sýslumenn fara með og stjórnarsýslulög gilda um. Auk þess sem

¹³ Alþt. 1988-1989, A-deild, bls. 1311.

vandséð er að eðli þinglýsingar sé að þessu leyti frábrugðið eðli annarra sambærilegra ákvarðana sem lúta að skrásetningu réttinda og vísað er til í athugasemdunum er skýrlega tekið þar fram að þinglýsingar skuli eftir framangreindar breytingar teljast stjórnvaldsathöfn með sama hætti og þær. Eins og áður er vikið að verður heldur ekki séð að eðli þinglýsingarmála sé að öðru leyti frábrugðið eðli fjölda annarra stjórnýslumála sem felldar hafa verið undir gildissvið stjórnýslulaga.

4.2.2 Ítarleg ákvæði um málsmeðferð?

Önnur röksemd sem teflt er fram í lögskýringargögnum að baki stjórnýslulögum til stuðnings því að undanþigga þau mál sem talin eru í 1. mgr. 2. gr. laganna gildissviði þeirra er sú að ítarleg ákvæði um meðferð þessara mála sé að finna í hinni nýju réttarfarslöggjöf.

Þessi röksemd er háð eftirfarandi annmörkum að því er varðar þinglýsingar. Í fyrsta lagi eru þinglýsingarmál, ólíkt öðrum málum sem talin eru í 1. mgr. 2. gr. stjórnýslulaga, ekki meðal þeirra mála sem sett var ný heildarlöggjöf um við þann aðskilnað dómvalds og framkvæmdarvalds sem kom til framkvæmda 1. júlí 1992. Ólíkt því sem gildir um aðfarargerðir, kyrrsetningu, löggeymslu, lögbann, nauðungarsölu, greiðslustöðvun, nauðasamninga og opinber skipti voru því ekki samin ný heildarlög um þinglýsingar af þessu tilefni heldur einungis gerðar lítilsháttar breytingar á gildandi þinglýsingalögum. Þinglýsingalög nr. 39/1978 eru því strangt til tekið ekki hluti hinnar nýju réttarfarslöggjafar sem vísað er til í framangreindum lögskýringargögnum.

Í öðru lagi er ekki ljóst, þótt þinglýsingalög nr. 39/1978 hafi að sönnu að geyma allítarleg fyrirmæli um málsmeðferð, að þessi ákvæði gegni sambærilegu hlutverki og ákvæðum stjórnýslulaga er ætlað að gegna. Þótt fyrirmæli fyrrnefndu laganna um málshraða, málskot og birtingu og rökstuðning í vissum tilvikum séu strangari en ákvæði stjórnýslulaga er jafnframt ljóst að þau hafa ekki að geyma jafnströng fyrirmæli og stjórnýslulög um meðal annars leiðbeiningarskyldu þinglýsingarstjóra, rannsókn máls, andmælarétt aðila, aðgang að gögnum máls og birtingu og rökstuðning í öðrum tilvikum en þeim sem að framan er getið. Ekki verður því séð að ákvæði þinglýsingalaga um málsmeðferð tryggi aðila máls sambærilegt réttaröryggi og stjórnýslulögunum er ætlað að tryggja.

Í þriðja lagi er ljóst að engin ástæða var til þess í ljósi ákvæða 1. másl. 2. mgr. 2. gr. stjórnýslulaga að undanþigga gildissviði laganna þau svið stjórnýslunnar þar sem lögfestar höfðu verið ítarlegar

sérreglur um málsmeðferð fyrir gildistöku laganna nema að því marki sem ætlunin var að gera *vægari kröfur* til málsmeðferðar á þessum sviðum en mælt er fyrir um í stjórnslulögum. Auk þess sem enga vísbindingu um slíka ráðagerð er að finna í lögskýringargögnum að baki stjórnslulögum samrýmist hún illa því mati löggjafans sem þar kemur fram að í lögum sé mælt fyrir um *lágmarkskröfur* til stjórnslunnar.

4.3 *Ályktanir*

Samandregið verður ekki séð að þau rök sem færð hafa verið fram til stuðnings því að undanþiggja þinglýsingar gildissviði stjórnslulaga nægi til að réttlæta þá undantekningu sem gerð er í 1. mgr. 2. gr. laganna hvað þessi mál varðar andspænis þeim rökum sem búa að baki hinni almennu afmörkun á gildissviði laganna. Í fyrsta lagi eiga þau rök sem búa að baki hinni almennu afmörkun á gildissviði stjórnslulaga fullum fetum við um þinglýsingar og því rökrétt að lögin taki með sama hætti til þeirra og annarra sambærilegra stjórnvaldsákvæðanna. Í öðru lagi verður ekki séð að eðli þinglýsinga sé eftir 1. júlí 1992 frábrugðið eðli annarra sambærilegra stjórnvaldsathafna sem felldar hafa verið undir gildissviði stjórnslulaga. Loks verður ekki séð að ákvæði þinglýsingalaga um málsmeðferð séu með þeim hætti tilefni sé til að undanþiggja mál samkvæmt lögum gildissviði stjórnslulaga af þeirri ástæðu. Í því sambandi er til þess að líta að ákvæði laganna tryggja málsaðila ekki sambærilegt réttaröryggi og stjórnslulögum er ætlað að gera.

5. *Lokaorð*

Ákvæði stjórnslulaga eru hvorki mörg né ítarleg heldur hafa lögin að geyma tiltölulega fáar og almennt orðaðar meginreglur. Í stað þess að mæla ítarlega fyrir um málsmeðferð stjórnvalda fela lögin í sér almennar lágmarkskröfur sem talið var rétt við setningu laganna að gera til slíkrar málsmeðferðar í þeim tilvikum þar sem hún lýtur að ákvörðun um rétt eða skyldu manna. Í samræmi við þetta eðli laganna er kveðið svo á í 1. málsl. 2. mgr. 2. gr. að ákvæði annarra laga sem hafi að geyma strangari málsmeðferðarreglur skuli halda gildi sínu. Þessi aðferðafræði við setningu laganna helgast ekki síst af víðtæku gildissviði þeirra.¹⁴ Í athugasemdum við frumvarp til laganna er

¹⁴ Sjá Páll Hreinsson: *Stjórnsluréttur – málsmeðferð*, bls. 43-48.

sérstaklega vísað til þess að stjórnáslustörf séu fjölbreytt og ólík innbyrðis og að erfitt geti verið af þeim sökum að setja almennar reglur sem eigi jafn vel við öll svið stjórnáslunnar. Í athugasemdunum er enn fremur gengið út frá því að orðalag 1. gr. laganna sé svo rúmt að í vafatilvikum beri að álykta að lögin gildi fremur en að þau gildi ekki.¹⁵

Þegar framangreint eðli stjórnáslulaga er haft í huga er ljóst að ekki er ástæða til að gera undantekningar frá gildissviði laganna nema í þeim tilvikum þar sem talið er nauðsynlegt að gera vægari kröfur til málsmeðferðar en lögin mæla fyrir um. Vegna lagaskilareglunnar í 1. másl. 2. mgr. 2. gr. er ekki þörf á slíkum undantekningum til að bregðast við árekstrum við strangari málsmeðferðarreglur í sérlögum. Þá er heldur ekki þörf á slíkum undantekningum til að bregðast við árekstrum við ítarlegri málsmeðferðarreglur sérlaga í ljósi þess hversu fáar og almennt orðaðar reglur stjórnáslulaga eru. Ástæða þess hvernig lögin eru úr garði gerð að þessu leyti er sem áður segir beinlínis sú að gera þeim kleift að ná yfir öll svið stjórnáslunnar.

Af lögskýringargögnum að baki stjórnáslulögum verður ekki ráðið að ætlunin hafi verið sú við setningu laganna að gera vægari kröfur til meðferðar þeirra mála sem talin eru í 1. mgr. 2. gr. laganna en þær kröfur sem felast í lögnum. Þvert á móti verður helst ráðið af lögskýringargögnum að gengið hafi verið út frá því við setningu laganna að ákvæði hinnar nýju réttarfarslöggjafar hefðu þegar að geyma strangari málsmeðferðarreglur. Eins og gerð hefur verið grein fyrir hér að framan á þessi forsenda hins vegar ekki við um þinglýsingar. Auk þess sem þinglýsingalög nr. 39/1978 voru ekki eiginlegur hluti hinnar nýju réttarfarslöggjafar sem gildi tók 1. júlí 1992 hafa ákvæði þeirra ekki nema að litlu leyti að geyma ákvæði um strangari málsmeðferð en stjórnáslulögin mæla fyrir. Þá verður ekki séð að eðli þinglýsinga sé eftir að þær voru færðar til sýslumanna ólíkt öðrum sambærilegum ákvörðunum um rétt eða skyldu sem stjórnvöld taka og stjórnáslulög gilda um. Þvert á móti er um að ræða dæmigerða stjórnvaldsákvörðun sem fellur vel að þeim rökum sem búa að baki hinni almennu afmörkun á gildissviði stjórnáslulaga.

Samkvæmt framansögðu er ljóst að almennt er ekki ástæða til að gera undantekningar frá gildissviði stjórnáslulaga nema að því marki sem talið er tilefni til að gera vægari kröfur til hlutaðeigandi málsmeðferðar. Með hliðsjón af því mati lögjafans að ákvæði stjórnáslulaga mæli fyrir um lágmarkskröfur til málsmeðferðar stjórnvalda verður jafnframt að ganga út frá því að tiltekin rök búi að baki því hverju sinni ef talin er

¹⁵ Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 3284.

ástæða til að víkja frá þessum kröfum í einstökum tilvikum.¹⁶ Hér hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að slík rök standi ekki til þess að undanþiggja þinglýsingar gildissviði stjórnýslulaga. Ósagt skal látið hér hvort það kunni einnig að eiga við um fleiri tegundir þeirra mála sem undanþegin eru gildissviði laganna samkvæmt 1. mgr. 2. gr. þeirra.

Abstract

The scope of the Administrative Procedure Act covers all administrative decisions taken by state and municipal agencies. Paragraph 1 of Article 2 of the Act contains an exception to this rule which has received relatively little attention in the literature thus far. The article discusses this exception and inquires whether it has been adequately justified in light of the reasons underlying the main scope of the Act. It is argued that the reasons for the exception set out in the legislative record do not provide a justification of this sort and that the exception therefore has not been adequately justified.

Heimildir

- Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – mannréttindi*. 2. útgáfa. Bókaútgáfan Codex. Reykjavík 2019.
- Eyvindur G. Gunnarsson og Þorgeir Örlygsson: *Þinglýsingalög – skýringarrit*. Bókaútgáfan Codex. Reykjavík 2011.
- Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnýslulaga*. Bókaútgáfan Codex. Reykjavík 2005.
- Páll Hreinsson: *Stjórnýsluréttur – málsmeðferð*. Bókaútgáfan Codex. Reykjavík 2013.
- Þorgeir Örlygsson: *Þinglýsingar – mistök í þinglýsingum – réttarreglur*. Bókaútgáfa Orators. Reykjavík 1993.

¹⁶ Sjá einnig Páll Hreinsson: *Stjórnýsluréttur – málsmeðferð*, bls. 46.

Ásgerður Snævarr og Ágúst Geir Ágústsson

SETNING STAÐGENGILS RÁÐHERRA*

Efnisyfirlit

1. Hæfisreglurnar.....	194
2. Almenn um setningu staðgengils samkvæmt stjórnslulögum.....	195
3. Setning staðgengils í ráðherraembætti	197
3.1 Almenn um setningu staðgengils í ráðherraembætti	197
3.2 Getur forsætisráðherra hafnað því að setja staðgengil ráðherra?.....	200
3.3 Gilda takmarkanir um það hver getur verið staðgengill ráðherra? ...	205
3.4 Staðgengill er settur í ráðuneyti þess ráðherra sem vikur sæti.....	208
3.5 Staðgengill er settur til að fara með og taka ákvörðun í tilteknu máli.....	209
3.6 Hæfi annarra starfsmanna ráðuneytis til meðferðar hlutaðeigandi máls	210
4. Niðurstaða.....	212
Abstract.....	213
Heimildir	214

1. Hæfisreglurnar

Eitt af markmiðum stjórn-sýslulaga nr. 37/1993 er að tryggja að þeir sem taka þátt í meðferð og ákvörðun mála fyrir hönd ríkisins og sveitarfélaga séu óvilhallir og óhlutdrægir. Í þessu skyni eru í II. kafla laganna lögfestar reglur um sérstakt hæfi starfsmanna og nefndarmanna sem kveða á um hvernig koma á í veg fyrir að mál séu rekin í stjórn-sýslunni þar sem starfsmaður hefur tengsl við mál.

Reglur um sérstakt hæfi starfsmanna og nefndarmanna stjórn-sýslunnar þjóna einkum tvenns konar tilgangi. Annars vegar er tilgangur þeirra að ná fram efnislega rétttri niðurstöðu. Tengsl ákvörðunaraðila við til dæmis mál eða málsaðila kunni að leiða til þess að hann láti sína eigin hagsmuni eða hagsmuni aðila tengdum sér byrgja sér sýn við úrlausn málsins. Reglum sem ætlað er að koma í veg fyrir þessa aðstöðu eru byggðar á svokölluðum *öryggissjónarmiðum*. Vanhæfisreglum er ætlað að vera ákveðið öryggisnet og koma í veg fyrir eða draga úr líkum á röngum ákvörðunum. Í því sambandi skiptir ekki aðeins máli að ákvörðunaraðili láti í reynd ekki stjórnast af ómálefnalegum eða óviðkomandi hagsmunum eða sjónarmiðum heldur að ekki sé hætta á því að svo verði raunin. Þessi sjónarmið eru nátengd réttarríkishugmyndinni. Hins vegar eru það svokölluð *traustsjónarmið*. Ekki aðeins skiptir máli hvort ákvarðanaaðili láti ómálefnaleg sjónarmið hafa áhrif á sig í reynd eða hætta sé á því heldur einnig hvernig málið horfir við frá sjónarhorni borgarans. Vanhæfisreglur taka mið af þessu og eru til þess fallnar að tryggja og jafnvel auka traust borgaranna á stjórn-sýslunni.

Þótt vanhæfisreglum sé fyrst og fremst ætlað að gæta að hagsmunum borgaranna njóta opinberir starfsmenn einnig ákveðins ávinnings af þeim. Því mætti halda fram að reglurnar þjóni hagsmunum starfsmanna stjórn-sýslunnar með þeim hætti að þeir séu síður settir í þær aðstæður að taka ákvarðanir í málum sem ef til vill koma sér illa fyrir þá sjálfa. Þegar allt þetta er haft í huga mætti orða það svo að vanhæfisreglur séu brjóstvörn málefnalegrar stjórn-sýslu.¹

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Orðalagið „brjóstvörn málefnalegrar stjórn-sýslu“ er fengið að láni frá Páli Hreinssyni sem lýsti hæfisreglunum sem „brjóstvörn hinna almennu efnisreglna“ í doktorsritgerð sinni sem gefin var út árið 2004, sbr. Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórn-sýslulaga*, bls. 373. Orðalagið birtist einnig í álitu umboðsmanns Alþingis í máli nr. 8122/2014 þar sem segir: „Markmiðið að baki [hæfisreglum stjórn-sýsluréttar] er að minnka hættuna á að ómálefnaleg sjónarmið hafi áhrif á ákvarðanir og gerðir þeirra sem fara með

Ótvírætt er að hæfisreglur stjórn-sýslulaga eiga við um ráðherra líkt og aðra starfsmenn og nefndarmenn stjórn-sýslunnar, þar með taldar reglur laganna um setningu staðgengils.² Vegna sérstöðu ráðherra sem æðstu handhafa framkvæmdarvalds hver á sínu sviði kann hins vegar að reyna á ýmis álitæfni við setningu staðgengils ráðherra sem ekki reynir á við setningu staðgengils í öðrum tilvikum innan stjórn-sýslunnar. Hér verður vikið nánar að helstu álitæfnum þessu tengdu og reynt að varpa ljósi á þau.

Uppbygging greinarinnar er með þeim hætti að í upphafi verður farið yfir hina almennu framkvæmd við setningu staðgengils ráðherra, grundvöllur setningarinnar rakinn og hvaða skráðu og óskráðu reglur kunna að binda hendur veitingarvaldshafa við setninguna. Í framhaldinu verður fjallað um önnur atriði í tengslum við setningu svo sem hvort og þá hvaða takmarkanir gildi um það hver geti verið settur staðgengill ráðherra, hvaða valdheimildir settur ráðherra fer með og hversu langt gildissvið setningarinnar nær. Að lokum verða reifuð sjónarmið um áhrif vanhæfis ráðherra á aðra starfsmenn ráðuneytisins til meðferðar hlutaðeigandi máls.

2. Almenn um setningu staðgengils samkvæmt stjórn-sýslulögum

Í II. kafla stjórn-sýslulaga nr. 37/1993 (hér eftir „stjórn-sýslulög“) er bæði að finna reglur um vanhæfisástæður og réttaráhrif vanhæfis og málsmeðferðar- og bærnireglur sem lúta að því hvernig farið skuli með mál þegar starfsmaður eða nefndarmaður er vanhæfur til meðferðar þess og samkvæmt fyrrnefndu reglunum. Síðarnefndu reglurnar, sem fram koma í 5. og 6. gr. laganna, lúta annars vegar að ákvörðun um hvort starfsmaður eða nefndarmaður skuli víkja sæti í máli og hins vegar að setningu staðgengils. Í síðastnefnda ákvæðinu segir að þegar starfsmaður víkur sæti og ekki er til staðar annar hæfur starfsmaður skuli sá er veitir stöðuna setja staðgengil til þess að fara með málið sem til úrlausnar er.

stjórn-sýsluvald. Segja má að hinar sérstöku hæfisreglur séu brjóstvörn málefnalegrar stjórn-sýslu.“

² Í riti Ólafs Jóhannessonar um stjórnarfarsrétt má sjá vísendingar um að ekki hafi verið talið ótvírætt, þegar ritið var skrifað, að reglur um hæfi ættu við um ráðherra. Vekur Ólafur athygli á hinni „sérstöku spurningu“ hvort hæfisreglur eigi við um ráðherra eins og aðra opinbera starfsmenn. „Að því er næst verður komizt, er það nefnilega óþekkt fyrirbæri hér á landi, að ráðherrar láti af meðferð máls sökum vanhæfis. [...] En að óreyndu verður að telja sennilegt, að vanhæfisreglu þeirri, sem orðuð var hér að framan, yrði að meginstefnu til beitt um ráðherra, þrátt fyrir gagnstæðar starfsvenjur hingað til.“ Ólafur Jóhannesson: *Stjórnarfarsréttur*, bls. 197-198.

Í framkvæmd er oft og tíðum unnt að fela öðrum starfsmanni stofnunar að fara með mál og tryggja þannig að hæfur starfsmaður leysi úr því án þess að setja þurfi staðgengil. Ástæða þess er sú að oftsinnis vinna margir starfsmenn að hliðstæðum verkefnum hjá sama stjórnvaldinu eða embættinu. Er þá málið fengið öðrum starfsmanni til meðferðar í stað þess að fá sérstakan staðgengil. Þegar öðrum hæfum starfsmanni er ekki til að dreifa verður sá sem veitir hlutaðeigandi starf eða embætti hins vegar að taka ákvörðun um setningu staðgengils. Þessi staða á oft við um yfirmann stofnunar eða embættismann. Þar sem almennt er aðeins einn yfirmaður stofnunar er þá ekki fyrir að fara öðrum hliðstæðum starfsmanni sem getur farið með málið og verður veitingarvaldshafinn því að setja annan hæfan einstakling í embættið. Sömu sögu er að segja um ráðherra. Eins og áður sagði er ráðherra æðsti handhafi stjórnarsýsluvalds á sínu málefnasviði og aðrir starfsmenn ráðuneytisins fara einungis með heimildir í *umboði ráðherra*. Sé ráðherra vanhæfur leiðir af því að hann getur ekki falið öðru starfsfólki sínu að fara með málið án sinnar aðkomu og þannig leyst úr vanhæfisvandanum. Í þeim tilvikum þarf að *setja staðgengil* samkvæmt 6. gr. stjórnarsýslulaga.

Heimild 6. gr. stjórnarsýslulaga tekur til þess að setja staðgengil „til þess að fara með málið sem til úrlausnar er“. Af þessu er ljóst að mikilvægt er þegar ákvörðun um setningu staðgengils er tekin að afmarka með skýrum hætti það mál sem í hlut á og setningin tekur til. Þetta atriði er sérstaklega þýðingarmikið þegar ráðherrar eiga í hlut vegna þeirrar stjórnarskrármæltu ábyrgðar sem ráðherrar bera á embættisverkum sínum. Með setningu staðgengils í starf eða embætti er hlutaðeigandi einstaklingi fengnar í hendur valdheimildir þær sem felast í starfinu eða embættinu í því máli sem setningin tekur til með sama hætti og hann væri ráðinn eða skipaður til að fara með þær; einstaklingurinn hefur því allar þær valdheimildir sem fylgja starfinu eða embættinu í hlutaðeigandi máli. Jafnframt verður að ganga út frá því að einstaklingur sem settur er í starf eða embætti í tilteknu máli njóti sömu réttinda og beri sömu skyldur á meðan setningin varir og ef hann hefði verið skipaður eða ráðinn. Sem dæmi má nefna að ganga verður út frá því að settur ráðherra beri ráðherraábyrgð á embættisfærslu sinni á grundvelli laga um ráðherraábyrgð í því máli sem hann hefur verið settur til að fara með á sama hátt og skipaður ráðherra gerði ella færi hann með málið.

Þótt ákvörðun um setningu staðgengils á grundvelli 6. gr. stjórnarsýslulaga sé hvorki stjórnvaldsákvörðun í skilningi laganna né ákvörðun um veitingu starfs eða embættis í skilningi reglna opinbers

starfsmannaréttar, og því meðal annars hvorki skylt að auglýsa slíka setningu opinberlega né rökstyðja hana, er engu að síður um að ræða ákvörðun um ráðstöfun opinberra valdheimilda sem verður líkt og aðrar ákvarðanir stjórnvalda að vera byggð meðal annars á málefnalegum sjónarmiðum og forsvaranlegu mati á fullnægjandi upplýsingum. Þá þarf sá sem tekur ákvörðun um setningu staðgengils jafnframt að vera *hæfur* til þess. Þótt hæfisreglur stjórnslulaga gildi ekki beint um slíka ákvörðun verður að leggja til grundvallar að hin óskráða regla um sérstakt hæfi starfsmanna stjórnslunnar girði til að mynda fyrir að veitingarvaldshafi geti sett maka sinn sem staðgengil til að fara með mál á grundvelli 6. gr. stjórnslulaga.

Auk almennra reglna stjórnsluréttarins takmarkast svigrúm veitingarvaldshafa til setningar staðgengils annars vegar af þeim almennu hæfisreglum sem gilda um hlutaðeigandi embætti eða starf og hins vegar af þeim sérstöku hæfisreglum sem við eiga, þar með talið hæfisreglum stjórnslulaga. Þannig verður einstaklingur sem ekki fullnægir ófrávikjanlegum starfsgengilsskilyrðum til að gegna því starfi eða embætti sem um ræðir ekki settur á grundvelli 6. gr. laganna til að fara með mál sem staðgengill hlutaðeigandi starfsmanns eða embættismanns. Þá verður einstaklingur sem ekki er *hæfur* til meðferðar hlutaðeigandi máls ekki settur sem staðgengill til að fara með það.

3. Setning staðgengils í ráðherraembætti

3.1 Almenn um setningu staðgengils í ráðherraembætti

Samkvæmt 15. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (hér eftir „stjórnarskrá“) skipar forseti Íslands ráðherra og veitir þeim lausn. Það leiðir þó af túlkun stjórnarskrárinnar að það gerir forseti ekki að eigin frumkvæði heldur að tillögu forsætisráðherra, sbr. 11., 13., 14. og 15. gr., sbr. einnig 19. stjórnarskrárinnar.³ Þessi túlkun er áréttuð í 3. gr.

³ Samkvæmt stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 er forseti Íslands ábyrgðarlaus á stjórnarathöfnum, sbr. 1. mgr. 11. gr., og lætur ráðherra framkvæma vald sitt, sbr. 13. gr., enda ber ráðherra ábyrgð á stjórnarframkvæmdum öllum samkvæmt 14. gr. Af túlkun þessara ákvæða saman hefur verið dregin sú ályktun að forseti eigi almennt ekki frumkvæði að stjórnarathöfnum heldur ráðherra og undirritun ráðherra og forseta saman veiti stjórnararindum gildi, sbr. 19. gr. stjórnarskrárinnar. Margsinnis hefur verið skrifað um inntak framangreindra stjórnarskrárákvæða um samspil forseta og ráðherra við meðferð framkvæmdarvalds. Má í því sambandi m.a. nefna eftirfarandi greinar og rit: Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 129-130 og 137, Björg Thorarensen: „Vald forseta sem handhafa framkvæmdarvalds“, bls. 5-6, Björg Thorarensen: „Um afmörkun

laga nr. 115/2011, um Stjórnarráð Íslands, (hér eftir „stjórnarráðslög“) þar sem segir að forseti Íslands skipi forsætisráðherra og aðra ráðherra samkvæmt tillögu forsætisráðherra. Þá veiti forseti Íslands forsætisráðherra og ráðuneyti hans sem og einstökum ráðherrum lausn frá embætti samkvæmt tillögu forsætisráðherra. Það er því einnig forsætisráðherra með atbeina forseta Íslands sem setur staðgengil ráðherra.⁴

Það leiðir af 5. gr. stjórnarsýslulaga að ráðherrar meta hæfi sitt sjálfir. Ber þeim ávallt að gæta að því að eigin frumkvæði hvort þeir séu vanhæfir til meðferðar máls.⁵ Almenn er það svo að sá ráðherra sem telur sig vera vanhæfan til meðferðar máls tilkynnir forsætisráðuneytinu um að hann hyggist víkja sæti í því og á hvaða grundvelli. Því næst undirbýr forsætisráðherra setningu staðgengils, meðal annars með því að finna annan einstakling til þess að fara með málið sem settur ráðherra.

Hið sama gildir um forsætisráðherra þegar hann er vanhæfur til meðferðar einstaks máls að setja þarf annan einstakling sem staðgengil hans til meðferðar og úrlausnar þess. Er málsmeðferðin í öllum grundvallaratriðum hin sama og þegar um aðra ráðherra er að ræða en þó er sá hængur á að eftir að forsætisráðherra hefur tekið ákvörðun um að víkja sæti þarf hann sjálfur að setja sinn eigin staðgengil og rita undir tillögu til forseta Íslands um setningu hans. Vekur það að upp þá spurningu hvort hæfisreglurnar taki þá ekki jafnframt til setningarinnar sjálfar, þ.e. að ef ráðherra er vanhæfur til úrlausnar málsins, er hann þá ekki jafnframt vanhæfur til þess að velja og setja annan einstakling til þess að fara með það? Ekki hefur þetta þó valdið vandkvæðum í framkvæmd þar sem forsætisráðherra hefur athugasemdalaust lagt fram tillögu til forseta um setningu eigin staðgengils.⁶

og endurmat á stjórnskipulegri stöðu og hlutverki forseta Íslands“, bls. 31-32, Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og handhafar ríkisvalds*, bls. 346-348.

⁴ Sjá m.a. Alpt. 1992-1993, A-deild, bls. 3292.

⁵ Alpt. 1992-1993, A-deild, bls. 3291.

⁶ Segja má að nokkuð sambærileg álitaefni eigi við um þá framkvæmd að við myndun nýrrar ríkisstjórnar riti forsætisráðherraefni undir skipunarbréf nýrra ráðherra ásamt forseta, þ.m.t. sitt eigið, en vekur það upp þá spurningu hvort forsætisráðherraefnið hafi á því stigi nokkuð umboð eða valdheimildir til þess að rita undir þá stjórnarathöfn. Hefur þessi framkvæmd verið við lýði allt frá því að Hannes Hafstein var skipaður fyrsti ráðherra Íslands en þá ritaði forsætisráðherra Danmerkur undir skipunarbréf hans. Vakti „undirskriftarmálið“ mikla umræðu hér á landi á árunum 1904 og 1905 og óttuðust sumir að skipun ráðherrans væri þá bundin við umboð hinnar dönsku ríkisstjórnar og að ráðherrann þyrfti að víkja ef danska stjórnin félli. Í kjölfarið var samþykkt þingsályktunartillaga á Alþingi þess efnis að ráðherra bæri sjálfur stjórnskipulega ábyrgð á eigin útnefningu og varð svo úr að við næstu stjórnarskipti árið 1909 ritaði tilvonandi

Eins og áður greinir verður staðgengill samkvæmt 6. gr. stjórnarsýslulaga að vera hæfur til meðferðar hlutaðeigandi máls samkvæmt II. kafla laganna. Til að forsætisráðherra geti gengið úr skugga um að einstaklingur sem til greina kemur að setja sem staðgengil til að fara með tiltekið mál sem settur ráðherra sé hæfur til meðferðar og afgreiðslu þess verður því oft og tíðum að afla og veita hlutaðeigandi einstaklingi tiltekna upplýsingar um málið og aðila þess áður en hann er formlega settur í embættið til að hann geti metið hæfi sitt og upplýst forsætisráðherra um það. Í þeim tilvikum þar sem slíkar upplýsingar eru háðar þagnarskyldu eða teljast til persónuupplýsinga kann að reyna á hvort og þá að hvaða marki öflun þeirra og miðlun samrýmist reglum um þagnarskyldu opinberra starfsmanna, sjá t.d. 42. gr. stjórnarsýslulaga, sbr. einnig 18. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, sem og lögum nr. 90/2018, um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga. Á þetta atriði getur reynt bæði þegar forsætisráðherra aflar upplýsinga um málið frá hlutaðeigandi ráðuneyti sem og þegar forsætisráðherra miðlar slíkum upplýsingum til þess einstaklings sem til greina kemur að setja til að fara með það sem settur ráðherra. Í báðum tilvikum þurfa stjórnvöld að gæta þess að fullnægjandi lagaheimild sé til staðar til að miðla upplýsingunum og að ekki sé aflað eða miðlað upplýsingum umfram það sem nauðsynlegt er.⁷ Í því sambandi getur forsætisráðherra meðal annars þurft að taka afstöðu til þess hvort rétt sé að hann afli upplýsinga frá þeim einstaklingi sem til greina kemur að setja um

forsætisráðherra, Björn Jónsson, undir eigið skipunarbréf ásamt konungi. Helstu rök sem færð hafa verið fyrir því að þessi hátturinn sé hafður á eru einkum að ekki sé við hæfi að fráfarandi forsætisráðherra beri stjórnskipulega ábyrgð á skipun nýrrar ríkisstjórnar auk þess sem hann kunnir að vera tregur til undirritunar stjórnarierindis þess efnis. Þá sé það forsætisráðherraefnið sem hafi valið um það hvernig ráðuneyti hans verði skipað og því réttast að hann beri þá ábyrgð á þeirri skipun. Um hlutverk forsætisráðherra við skipun í ráðherraembætti má benda á Agnar Kl. Jónsson: *Stjórnarráð Íslands 1904-1964*, bls. 70-71 og 130-131, Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 142-143 og Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og handhafa ríkisvalds*, bls. 370. Í hinu síðastnefnda riti tiltekur höfundur undantekningu frá því sem að ofan er getið um að forsætisráðherra riti almennt undir eigið skipunarbréf, þ.e. þegar breytingar verða á forsætisráðherraembættum á miðju kjörtímabili samkvæmt samkomulagi sitjandi stjórnarflokka. Tekur höfundur sem dæmi þegar ráðuneyti Halldórs Ásgrímssonar tók við af ráðuneyti Davíðs Oddssonar árið 2004. Ritaði þá Davíð Oddsson undir skipunarbréf Halldórs Ásgrímssonar. Sama var upp á teningnum þegar ráðuneyti Bjarna Benediktssonar tók við af ráðuneyti Ólafs Thors árið 1963, sbr. Angar Kl. Jónsson: *Stjórnarráð Íslands 1904-1964*, bls. 314 og Ragnhildur Helgadóttir: „Framkvæmd þingræðisreglunnar“, bls. 217-218.

⁷ Í þessu sambandi má velja því upp hér hvort lagalegt eðli máls sé nægur lagagrundvöllur til veitingar upplýsinganna.

tengsl hans við hlutaðeigandi mál og aðila þess og leggi mat á hæfi hans til meðferðar máls án þess að miðla upplýsingum um það til hlutaðeigandi einstaklings.

Þegar hæfur einstaklingur hefur verið fundinn er tillaga forsætisráðherra um setningu staðgengils kynnt á ríkisstjórnarfundum. Þar upplýsir forsætisráðherra ríkisstjórnina um að hann hafi óskað eftir því við tiltekinn einstakling að hann taki að sér að fara með mál það er um ræðir og að sá einstaklingur hafi fallist á það fyrir sitt leyti. Þá upplýsir forsætisráðherra ríkisstjórnina um að hann hyggist leita atbeina forseta Íslands til að setja þann einstakling í ráðherraembættið til að fara með hið tiltekna mál.

Þótt forsætisráðherra sé ekki bundinn af afstöðu ríkisstjórnarinnar til slíkrar tillögu og geti lagt hana fyrir forseta án tillits til þess hvort hún hljóti hljómgrunn meðal annarra ráðherra ríkisstjórnarinnar þarf hann sem endranær að gæta að þeim áhrifum sem ákvörðunin kann að hafa á afstöðu samstarfsflokka hans og Alþingis til ríkisstjórnarsamstarfsins.⁸ Nánar verður vikið að áhrifum þingræðisreglunnar við setningu staðgengils ráðherra í kafla 3.3 hér á eftir.

Í kjölfar þess að forsætisráðherra ber tillöguna upp við ríkisstjórn er hún loks borin undir forseta Íslands. Hún öðlast gildi þegar ráðherra hefur undirritað hana með forseta.

3.2 *Getur forsætisráðherra hafnað því að setja staðgengil ráðherra?*

Þrátt fyrir að ráðherrar séu í reynd skipaðir samkvæmt tillögu forsætisráðherra og að hann er jafnframt oddviti eða fyrirsvarsmaður ríkisstjórnarinnar leiðir af stjórnarskránni að forsætisráðherra er ekki „yfirmaður“ annarra ráðherra í skilningi 5. gr. stjórnsýslulaga.⁹

⁸ Sjá m.a. í þessu sambandi almennar athugasemdir við frumvarp það er varð að lögum nr. 115/2011, um Stjórnarráð Íslands, þar sem segir um tillögu forsætisráðherra um skipun í ráðherraembætti: „Það að einstakir ráðherra sitji í skjóli forsætisráðherra birtist í því að forsætisráðherra hefur stjórnskipulegt vald til að gera tillögu til forseta um að einstakir ráðherrar verði leystir frá embætti. Tillögu um slíkt þarf þó fyrst að bera upp í ríkisstjórn eins og önnur málefni sem bera þarf undir forseta til staðfestingar. Forsætisráðherra er þó ekki bundinn af afstöðu ríkisstjórnar til tillögunnar en þarf þó jafnan að gæta að því að ákvörðun kann að hafa áhrif á afstöðu Alþingis til ríkisstjórnarinnar og þess stuðnings sem hún þar nýtur.“ 139. lögj.þ. 2010-2011, þskj. 1191 – 674. mál. Sjá nánar um þingræðisregluna m.a. Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 142-146 og Ragnhildur Helgadóttir: „Frankvæmd þingræðisreglunnar“, bls. 209 og 213-214.

⁹ Ríkisstjórnin er ekki fjölskipað stjórnvald heldur fer hver ráðherra með æðsta framkvæmdarvald á sínu sviði. Ríkisstjórnin hefur þar með ekki valdheimildir til þess að taka stjórnvaldsákvæðanir enda er hlutverk hennar fyrst og fremst að vera stjórn mála vegur samráðsveitvangur. Sjá í þessu sambandi m.a. Ólaf Jóhannesson:

Ráðherrann sjálfur er yfirmaðurinn í þessum skilningi. Af því leiðir að ráðherrar meta sjálfir hæfi sitt samkvæmt skráðum og óskráðum reglum stjórnáhruréttar um sérstakt hæfi.¹⁰

Við fyrstu sýn virðist blasa við að það komi ekki til áhrta að forsætisráðherra taki afstöðu til þeirra sjónarmiða sem ákvörðun ráðherra um að víkja sæti kann að byggja á enda segir afdráttarlaust í 2. mgr. 5. gr. stjórnáhrulaga að yfirmaður stofnunar taki sjálfur ákvörðun um hvort hann víki sæti í þeim tilvikum er vafi kemur upp um hæfi hans. Eins og fyrir segir er staðan þó ekki alveg svo einföld þegar kemur að æðstu embættismönnum þjóðarinnar, meðal annars í ljósi stöðu þeirra í stjórnáhrulaginu og stjórnáhrulaginu. Verða nú dregin fram tvö áhrtaefni varðandi þá framkvæmd sem að ofan er lýst.

Í fyrsta lagi er það sérstakt áhrtaefni hvort ráðherrar geta í reynd víkið sæti án aðkomu forsætisráðherra enda ritar hann bæði undir skipunar- og lausnarbréf þeirra ásamt forseta á grundvelli 19. gr. stjórnarskrárinnar. Ráðherrar geta þannig ekki sjálfir beðist lausnar frá embætti án aðkomu forsætisráðherra með atbeina forseta Íslands. Í almennum athugasemdum við frumvarp það er varð að lögum nr. 115/2011, um Stjórnarráð Íslands, segir um það:

„Það að einstakir ráðherra sitji í skjóli forsætisráðherra birtist í því að forsætisráðherra hefur stjórnáhrulaglegt vald til að gera tillögu til forseta um að einstakir ráðherrar verði leystir frá embætti. [...] Framangreint, ásamt verkáhrulagsvaldinu [...] markar stöðu forsætisráðherra öðru fremur sem forustumanns ríkisstjórnarinnar og veitir honum tiltekið agavald yfir ráðherrum í ráðuneyti hans þótt hann hafi ekki beinar valdheimildir til að hafa afskipti af þeim

Stjórnáhrulaginu Íslands, bls. 154, Björg Thorarensen: *Stjórnáhrulaginuarréttur. Undirstöður og handhafar ríkisvalds*, bls. 367 og VII. kafla í almennum athugasemdum við frumvarp það er varð að lögum nr. 115/2011, um Stjórnarráð Íslands, sbr. 139. löggj. 2010-2011, þskj. 1191 – 674. mál.

¹⁰ Í þessu sambandi má velta upp hvort á ráðherra hvíla einhverjar áhruldu þegar hann metur hæfi sitt og tekur ákvörðun um að víkja sæti. Sé ráðherra ekki löglærður verður að telja að hann verði almennt að leita sér ráðgjafar innan ráðuneytis síns. Er þessi áhrulda nú lögfest í 20. gr. stjórnarráðslaganna. Þar segir að ráðherra skuli leita áhrts ráðuneytis til að tryggja að ákvarðanir og athafnir hans séu lögum samkvæmt. Hin hlið peningsins er sú að starfsmenn ráðuneytisins hafa áhruldu til að veita ráðherra ráðgjöf. Hún er einnig áhrtuð í fyrrnefndu lagaákvæði. Þar segir að starfsmenn ráðuneyta skulu í samræmi við stöðu sína og hlutverk veita ráðherra réttar upplýsingar og ráðgjöf sem byggist á staðreyndum og faglegu mati á valkostum þannig að hann geti sinnt lögbundnu hlutverki sínu og stefnumótun.

stjórnarmálefnum sem þeir bera ábyrgð á samkvæmt reglugerð um Stjórnarráð Íslands.”¹¹

Ákvörðun um að skipa ráðherra og setja staðgengil hans annars vegar og ákvörðun um að veita ráðherra lausn og að víkja sæti hins vegar eru í einhverjum skilningi spegilmyndir. Eins og að ofan greinir er það ráðherra sjálfur sem tekur ákvörðun um að víkja sæti en spurningin er hvort hann geti gert það án þess að forsætisráðherra, með atbeina forseta, veiti honum lausn frá því tiltekna máli.

Í öðru lagi er það álitafni hvaða skyldur hvíla á forsætisráðherra ef hlutaðeigandi ráðherra tilkynnir honum um að hann hyggist víkja sæti í máli þar sem hann er bersýnilega ekki vanhæfur. Hægt er að ímynda sér tilvik þar sem ráðherra stendur frammi fyrir því að taka óvinsæla ákvörðun sem muni ef til vill hafa áhrif á pólitíska stöðu hans. Vegna þess kjósi hann að víkja sæti við meðferð og töku ákvörðunar í málinu án þess að nokkur gild vanhæfisástæða liggi þeirri ákvörðun hans til grundvallar. Ber forsætisráðherra þá skylda til að gera tillögu um setningu staðgengils til forseta eða hefur hann heimildir til þess að hafna því að setja staðgengil í ráðherraembættið? Verður nú vikið að þessum álitafnum.

Í tilviki „hefðbundins“ yfirmanns, s.s. forstöðumanns lægra setts stjórnvalds, fer ekki á milli mála að yfirmaðurinn sjálfur, þ.e. forstöðumaðurinn, ákveður hvort hann víkur sæti, sbr. 2. mgr. 5. gr. stjórnsýslulaga. Sú ákvörðun er ekki í höndum veitingarvaldshafa, að minnsta kosti ekki fyrsta kastið. Með því er þó ekki svarað hvort ráðherra, sem veitingarvaldshafinn, geti beitt yfirstjórnunarheimildum sínum og gefið forstöðumanninum fyrirmæli um að víkja ekki sæti.¹² Þá getur það einnig varðað yfirmanninn starfsmannaréttarlegum viðurlögum víki hann sæti þegar auðsjáanlega er ekki tilefni til þess. Frá sjónarhorni 5. gr. stjórnsýslulaga á hið sama við um ráðherra og ekki verður fullyrt að 15. gr. stjórnarskrárinnar leiði til annarrar niðurstöðu. Í fyrsta lagi er í stjórnarskrárákvæðinu ekki með sérstökum hætti fjallað um þau tilvik þegar ráðherra víkur sæti heldur einungis um skipun þeirra og lausn. Í öðru lagi er eðli máls samkvæmt ákveðið samhengi á milli þess að meta vanhæfi sitt sjálfur og að taka ákvörðun um að víkja

¹¹ 139. lögj. 2010-2011, þskj. 1191 – 674. mál. Eftir gildistöku stjórnarráðs laganna var horfið frá þeirri framkvæmd að birta ákvörðun um skiptingu stjórnarmálefna með reglugerð um Stjórnarráð Íslands. Hefur frá þeim tíma verið gefinn út forsetaúrskurður um skiptingu stjórnarmálefna milli ráðuneyta í Stjórnarráði Íslands, sbr. 15. gr. stjórnarskrárinnar.

¹² Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Ekki batnar allt, þó biði. Yfirstjórnunar- og eftirlitsheimildir ráðherra, einkum athafnaskylda hans*, bls. 74-75.

sæti. Í þriðja lagi virðist fremur gengið út frá því í athugasemdum við 6. gr. stjórnarsýslulaga að ráðherra ákveði sjálfur hvort hann víki sæti, sbr. orðalagið „[þ]egar ráðherra verður vanhæfur og víkur sæti“¹³. Orðalagið er þó ekki alveg afdráttarlaust um álitafnið.

Í hvaða stöðu er þá forsætisráðherra ef ráðherra er augljóslega ekki vanhæfur en hefur eftir sem áður ákveðið að víkja sæti? Af orðalagi 3. og 4. gr. stjórnarsýslulaga fer ekki á milli mála að starfsmanni stjórnarsýslunnar beri að víkja sæti ef hann er vanhæfur. Af gagnályktun leiðir að starfsmaður, þar á meðal ráðherra, sem ekki er vanhæfur ber ekki að víkja sæti. Viðkomandi starfsmanni er þó ekki aðeins óskýlt að víkja sæti heldur getur honum verið það beinlínis óheimilt við vissar aðstæður. Ástæða þess er einkum sú að með því víkur hann sér undan því að sinna lögbundnum starfsskyldum sínum og vegur það sjónarmið sérstaklega þungt í tilviki ráðherra enda ber hann samkvæmt 14. gr. stjórnarskrárinnar ábyrgð á stjórnarframkvæmdum öllum. Með því að víkja sæti og þar með afsala sér völdum í tilteknu máli víkur hann sér einnig undan ráðherraábyrgð í því tiltekna máli og færist hún yfir á þann einstakling sem settur er staðgengill í ráðherraembættið í málinu. Til viðbótar kann að reyna á það hvort vikning úr sæti, án þess að gildar vanhæfisástæður liggi því til grundvallar, falli undir ákvæði laga nr. 4/1963, um ráðherraábyrgð, eða þau sjónarmið sem ákvæði laganna byggja á. Enn fremur kann það að brjóta í bága við góða ráðsmennsku.¹⁴

Fallist ráðherra ekki á sjónarmið forsætisráðherra um að gildar ástæður skorti til að víkja sæti kann að lokum að reyna á valdheimildir forsætisráðherra samkvæmt 15. gr. stjórnarskrárinnar. Vitund ráðherra um skipunarvald forsætisráðherra, þ.e. valdið til að skipa ráðherra og veita þeim lausn frá embætti með atbeina forseta Íslands, eða eftir atvikum til að biðjast lausnar fyrir ríkisstjórnina í heild sinni, er inntak agavalds forsætisráðherra, ásamt verkaskiptingarvaldinu. Sú valdastaða skapar forsætisráðherra áhrifavald í málefnum framkvæmdarvaldsins óháð verkaskiptingu, sem og í málefnum löggjafarvalds, enda þótt hann hafi skýrlega ekki beinar valdheimildir til afskipta af þeim stjórnarmálefnum sem aðrir ráðherrar bera ábyrgð á samkvæmt forsetaúrskurði um skiptingu stjórnarmálefna milli

¹³ Alþt. 1992-1992, A-deild, bls. 3292.

¹⁴ Um hugtakið góða ráðsmennsku vísast m.a. til Ólafs Jóhannessonar: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 164 og sérstakar athugasemdir við 2. og 7. gr. frumvarps þess er varð að lögum nr. 4/1963, um ráðherraábyrgð, sbr. Alþt. 1962-1963, A-deild, bls. 168.

ráðuneyta í Stjórnarráði Íslands og forsetaúrskurði um skiptingu starfa ráðherra.¹⁵

Ákvörðun um setningu staðgengils er önnur og sjálfstæð stjórnarathöfn sem forsætisráðherra framkvæmir en ekki sá ráðherra sem vikur sæti í máli. Ábyrgð á henni hvílir því jafnframt á forsætisráðherra en ekki á viðkomandi ráðherra enda sitja aðrir ráðherrar í embætti í skjóli forsætisráðherra og Alþingis á grundvelli þingræðisreglunnar.¹⁶ Sé það afstaða forsætisráðherra að mat og ákvörðun þess ráðherra, sem hefur tilkynnt honum um að hann hyggist víkja sæti, styðjist bersýnilega ekki við viðhlítandi lagagrundvöll, kann að reyna á það hvaða úrræði forsætisráðherra hefur til að bregðast við þeirri stöðu. Ljóst er að forsætisráðherra getur bent viðkomandi ráðherra á þá annmarka sem hann telur vera á málinu. Fallist viðkomandi ráðherra hins vegar ekki á sjónarmið forsætisráðherra, meðvitaður um agavald ráðherra, er í raun einungis um tvennt að ræða. Annars vegar að fallast á afstöðu viðkomandi ráðherra með vísan til meginreglu síðari máls. 2. mgr. 5. gr. stjórnarsýslulaga um að yfirmenn, þar á meðal ráðherrar, meti hæfi sitt sjálfir. Hins vegar að beita valdheimildum sínum samkvæmt 15. gr. stjórnarskrárinnar með því að víkja ráðherranum úr embætti og skipa annan eða eftir atvikum að flytja stjórnarmálefnið, sem málið varðar, frá honum með breytingu á forsetaúrskurði. Verður hér að hafa hugfast að ef til þess kæmi að hlutaðeigandi ráðherra yrði látinn sæta ábyrgð þar sem hann hefði vikið sér undan skyldu sinni til að bera ábyrgð á máli án þess að haldbærar ástæður hefðu legið fyrir kynni einnig að reyna á ábyrgð forsætisráðherra sem sett hefði staðgengil í málinu.

¹⁵ Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 1191 – 674. mál.

¹⁶ Sjá í því sambandi m.a. almennar athugasemdir við frumvarp það er varð að lögum nr. 115/2011, um Stjórnarráð Íslands. Segir þar í V. kafla: „Í 1. máls. 15. gr. stjórnarskrárinnar segir: „Forsetinn skipar ráðherra og veitir þeim lausn.“ Sú athöfn að skipa ráðherra og veita þeim lausn er stjórnarathöfn sem forsætisráðherra framkvæmir og ber hann jafnframt ábyrgð á henni, sbr. framangreind ákvæði stjórnarskrárinnar og lokamáls. 1. mgr. 17. gr. stjórnarskrárinnar þar sem fram kemur að forseti skuli kveðja einn ráðherra til forsætis í ríkisstjórn og skuli hann nefnast forsætisráðherra.“ Síðar í sama kafla segir: „Stjórnskipuleg ábyrgð á myndun ríkisstjórnar og skipun ráðherra hvílir hins vegar á þeim ráðherra sem fær skipun að eigin tillögu í embætti forsætisráðherra og ábyrgist þá jafnframt að hann og ráðuneyti hans, þ.e. ríkisstjórnin, sem og einstakir ráðherrar í henni njóti stuðnings eða hlutleysis meiri hluta Alþingis. Stjórnskipuleg ábyrgð forsætisráðherra birtist í því að hann undirritar eigin skipunarbréf ásamt forseta sem og skipunarbréf annarra ráðherra í ríkisstjórn. Aðrir ráðherrar sitja í þessum skilningi annars vegar í skjóli Alþingis og hins vegar í skjóli forsætisráðherra.“ Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 1191 – 674. mál.

3.3 *Gilda takmarkanir um það hver getur verið staðgengill ráðherra?*

Eins og áður greinir verður almennt að ganga út frá því að staðgengill sem settur er til að fara með mál þurfi að uppfylla þau starfsgengisskilyrði sem gerð eru til þess starfs sem hann er settur í. Þessi útgangspunktur á einnig við í tilviki ráðherra.¹⁷ Staðgengill ráðherra þarf því að lágmarki að uppfylla þau lögbundnu starfsgengisskilyrði sem gerð eru til skipunar í embætti ráðherra. Lög nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, taka ekki til ráðherra, sbr. 1. mgr. 2. gr. laganna.¹⁸ Þá hafa önnur lög sem fjalla um ráðherra, þar á meðal stjórnarráðslög og lög nr. 4/1963, um ráðherra-ábyrgð, ekki að geyma fyrirmæli um þau skilyrði sem einstaklingur þarf að uppfylla til að hljóta skipun í ráðherraembætti. Eina almenna hæfisskilyrðið sem ótvírætt er að einstaklingur þarf að uppfylla til að hljóta skipun eða setningu í ráðherraembætti er því íslenskur ríkisborgararéttur, sbr. 2. mgr. 20. gr. stjórnarskrárinnar. Auk almenns hæfis þarf staðgengill sem fyrr segir að uppfylla kröfur um sérstakt hæfi til meðferðar hlutaðeigandi máls enda markmið setningar að setja hæfan einstakling til að fara með málið. Einstaklingur sem settur er sem staðgengill ráðherra má því ekki hafa þau tengsl við mál eða aðila þess sem lýst er í 1.-6. tölul. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga.

Af framansögðu mætti draga þá ályktun að hendur forsætisráðherra séu svo til óbundnar við val á staðgengli ráðherra. Svo er þó ekki. Samkvæmt 2. mgr. 1. gr. stjórnarráðslaga starfa ráðherrar, þar með talinn forsætisráðherra, í umboði Alþingis og er forsætisráðherra skylt að biðjast lausnar fyrir sig og ráðuneyti sitt ef tillaga um vantraust á ríkisstjórn er samþykkt á Alþingi. Samþykki Alþingi tillögu um vantraust á einstakan ráðherra í ríkisstjórn er forsætisráðherra jafnframt skylt að gera tillögu til forseta um að viðkomandi ráðherra verði leystur

¹⁷ Sjá m.a. sérstakar athugasemdir við 6. gr. frumvarps þess er varð að stjórnarsýslulögum. Alpt. 1992-1993, A-deild, bls. 3292.

¹⁸ Björg Thorarensen fjallar um embættisgengi ráðherra í riti sínu *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og handhafar ríkisvalds*, bls. 368-369. Segir hún þar að þó reglum starfsmannalaga verði ekki beitt sem slíkum um ráðherra „[sé] talið eðlilegt að líta til þeirra í framkvæmd.“ Tekur hún sem dæmi að maður undir 18 ára aldri, sem bæði er ólöggráða og án kosningaréttar og kjörgengis yrði ekki talinn hæfur til að gegna ráðherraembætti og lögræðissviptur, gjaldþrota og heilsulaus maður yrðu ekki heldur líklegt ráðherraefni. Sjá einnig umfjöllun Ólafs Jóhannessonar: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 138-142. Verður þó að setja þann fyrirvara við umfjöllun í riti Ólafs Jóhannessonar að það er ritað í tíð eldri starfsmannalaga, nr. 38/1954, þar sem ekki var sérstaklega kveðið á um að ráðherrar væru undanskildir gildissviði laganna.

frá embætti. Í ákvæðinu felst áréttning á hinna stjórnskipulegu reglu um þingræði.

Eins og ráða má af orðalagi 2. mgr. 1. gr. stjórnarráðslaga getur þingræðisreglan takmarkað svigrúm forsætisráðherra við val á staðgengli ráðherra á tvenns konar hátt.¹⁹ Annars vegar getur val forsætisráðherra á staðgengli ráðherra leitt til þess að Alþingi lýsi vantrausti á forsætisráðherra eða ríkisstjórn hans. Hins vegar getur Alþingi lýst vantrausti á settan ráðherra. Afstaða Alþingis bæði til forsætisráðherra í ljósi ákvörðunar hans og til hins setta ráðherra takmarkar því í reynd það svigrúm sem ráðherra hefur til að ákveða hver skuli settur staðgengill ráðherra.²⁰

Í framkvæmd hefur val forsætisráðherra á staðgengli ráðherra byggst á tveimur sjónarmiðum. Í fyrsta lagi hefur val forsætisráðherra á staðgengli ráðherra einskorðast við aðra ráðherra. Þannig hefur ekki komið til þess eftir gildistöku stjórnáslaganna hinn 1. janúar 1994 að settur hafi verið staðgengill ráðherra sem ekki hefur jafnframt verið samhliða skipaður í annað ráðherraembætti. Í öðru lagi hefur val ráðherra byggst á flokkspólitískum sjónarmiðum. Þannig hefur staðgengill ráðherra oftast verið valinn úr hópi samflokksmanna þess ráðherra sem vikið hefur sæti þó dæmi séu um undantekningar á því.²¹

Velta má því upp hvort á grundvelli framangreindrar framkvæmdar hafi mótast bindandi réttarvenja þess efnis að forsætisráðherra sé skylt að velja staðgengil ráðherra úr röðum skipaðra ráðherra og eftir atvikum úr sama stjórnáslagaflokki og sá ráðherra sem vikið hefur sæti.²²

¹⁹ Um þingræðisregluna og skipun í ráðherraembætti vísast meðal annars til Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 142-146.

²⁰ Eins og rakið er hér að framan gengur settur ráðherra inn í réttindi og skyldur skipaðs ráðherra í því máli sem hann er settur til að fara með og er í embættisverkum sínum ekki aðeins bundinn af lagalegri ráðherraábyrgð heldur einnig pólitískri ábyrgð. En jafnvel þó að ráðherrar séu bundnir af þingræðisreglunni og geti ekki gegnt ráðherradómi án umliðunar Alþingis leiðir það af hinna „neikvæðu þingræðishefð“ að ekki er gerð krafa um að þingi lýsi sérstaklega yfir stuðningi sínum við ríkisstjórnina, og einstaka ráðherra, með formlegri ályktun heldur sitja ráðherrar og ríkisstjórn svo lengi sem Alþingi krefst ekki afsagnar þeirra. Í ljósi þess gerir það þinginu erfiðara um vik að beita pólitísku valdi sínu að setning staðgengils ráðherra er tímabundin og bundin við að leiða einstök mál til lykta. Að afloknu hinu tilgreinda máli hverfur staðgengillinn á brott og getur þá þingið ekki beitt úrræði sínu um vantraust. Eftir sem áður ber settur ráðherra lagalega ábyrgð á embættisverkum sínum þar sem þingið fer með ákærvald, sbr. 14. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. einnig 13. gr. laga nr. 3/1963, um Landsdóm, innan þeirra tímamarka sem tilgreind eru í lögum nr. 4/1963, um ráðherraábyrgð.

²¹ Eftir því sem næst verður komist hefur þessum tilvikum fjölgað á allra síðustu árum.

²² Um réttarvenju og löghelgan venju vísast til Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 200-201 og Sigurður Línal: *Um lög og lögfræði*, bls. 176-181.

Gegn því að slík venja hafi myndast má tefla fram eftirfarandi rökum. Í fyrsta lagi er að minnsta kosti eitt dæmi um að til skoðunar hafi komið að setja annan einstakling utan ríkisstjórnarinnar sem ráðherra í tilteknu máli. Niðurstaða þeirrar athugunar var sú að „stjórnskipan landsins tálmaði því ekki þrátt fyrir að slík ráðstöfun kynni að hafa á hana óæskileg áhrif og skapa ótímabært fordæmi“.²³ Þó að lokum hafi verið farin sú leið að setja annan ráðherra bendir þetta tilvik til þess að það hafi ekki verið gert af þeirri ástæðu að forsætisráðherra hafi talið sér það skylt.

Í öðru lagi er unnt að skýra þessa framkvæmd með vísan til þingræðisreglunnar fremur en með skírskotun til réttarvenju. Ljóst er að með því að velja staðgengil úr röðum skipaðra ráðherra í ríkisstjórn er forsætisráðherra að halda sig innan þess umboðs sem hann hefur þegar fengið frá Alþingi við myndun ríkisstjórnarinnar og því ólíklegt að setningin muni gefa tilefni til vantrausts af þess hálfu. Með því að setja þar að auki samflokksmann ráðherrans sem vikið hefur sæti er forsætisráðherra jafnframt að virða það pólitíska samkomulag þeirra flokka sem standa að ríkisstjórnarsamstarfinu sem liggur því til grundvallar og er forsenda þess að ríkisstjórnin njóti stuðnings meirihluta Alþingis.

Að lokum fylgir því tiltekið hagræði frá sjónarhóli forsætisráðherra að velja staðgengil úr röðum skipaðra ráðherra. Þannig hafa þeir þegar verið skipaðir ráðherrar í ráðuneyti Íslands og strengt drengskaparheit að stjórnarskránni. Þeir hafa reynslu af ráðherradómi og þekkja réttindi og skyldur ráðherra og starfsvenjur innan stjórnarráðsins og ríkisstjórnarinnar.²⁴ Skipaðir ráðherrar eru því ekki aðeins góður valkostur frá sjónarhóli þingræðis heldur jafnframt frá sjónarhóli skilvirkar og vandaðrar úrlausnar þess máls sem staðgengill er settur til að fara með.

Með hliðsjón af þessum röksemdum verður ekki talið að mótast hafi bindandi réttarvenja um val á staðgengli ráðherra.

²³ Í því tilviki sem um ræðir var Þorsteinn Pálsson, sjávarútvegs-, dóms- og kirkjumálaráðherra settur til að fara með og úrskurða um kærú á ákvörðunum bæjarstjórnar Hafnarfjarðar um fjármálag viðskipti við fyrirtækið Hagvirki-Klettur hf. á árunum 1992 til 1994 vegna sætisvikningar Rannveigar Guðmundsdóttir félagsmálaráðherra á grundvelli 6. tölul. 1. mgr. 3. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993. *Minnisatriði um sætisvikningar ráðherra og setning annarra í þeirra stað*, bls. 3.

²⁴ Gera verður ráð fyrir því að einstaklingur sem settur er til að fara með mál, sem ekki kemur úr röðum skipaðra ráðherra í ríkisstjórninni, eigi rétt á að fá þóknun fyrir störf sín í samræmi við almennar reglur. Í framkvæmd hefur ekki tíðkast að greiða skipuðum ráðherra aukalega fyrir störf sem þeir taka að sér sem settir ráðherrar.

3.4 Staðgengill er settur í ráðuneyti þess ráðherra sem vikur sæti

Staðgengill ráðherra er settur í embætti þess ráðherra sem vikið hefur sæti til meðferðar og töku ákvörðunar í tilgreindu máli. Í ljósi þess að alla jafna er annar ráðherra settur staðgengill í málum þar sem ráðherra er vanhæfur geta risið upp álítaefni um hvaða valdheimildir hann fer með og hvaða starfsfólk hann getur reitt sig á við úrlausn þess máls.

Í stjórnáskýslunni er gerður greinarmunur á stjórnvöldum og þeim starfsmönnum eða nefndarmönnum sem fara með valdheimildir þess. Þannig getur sami einstaklingurinn samtímis gegnt margvíslegum störfum hjá ríkinu. Til dæmis getur hann verið forstöðumaður stjórnvaldsins A og á sama tíma verið nefndarmaður í stjórnvaldinu B. Hið sama gildir um embætti ráðherra sem er að þessu leyti ekki frábrugðið öðrum opinberum störfum. Þannig getur sami einstaklingurinn verið skipaður í eitt ráðherraembætti á sama tíma og hann er settur í annað. Þegar einstaklingur tekur ákvarðanir í þessum ólíku störfum eða embættum gerir hann það ýmist sem forstöðumaður A eða nefndarmaður í B en ekki í eigin nafni og enn síður tekur hann ákvörðun í einu starfi í skjóli valdheimildar sem hann fer með í öðru. Sem dæmi má taka að ef fjármála- og efnahagsráðherra hefur verið settur til að fara með tiltekið mál á málefnasviði dómsmálaráðherra af því að dómsmálaráðherra hefur vikið sæti í málinu þá tekur fjármála- og efnahagsráðherra ákvörðun í málinu sem settur dómsmálaráðherra en ekki sem fjármála- og efnahagsráðherra. Einnig er hægt að hugsa sér að ef sá einstaklingur sem er forstjóri Vegagerðarinnar yrði settur forstjóri Persónuverndar í tilteknu máli myndi hann ekki rita undir ákvörðunin í máli Persónuverndar sem „forstjóri Vegagerðarinnar“ heldur „settur forstjóri Persónuverndar“.

Hið sama má segja um starfsfólk ráðuneytanna. Þar sem almennt er farin sú leið að setja annan ráðherra í ríkisstjórninni í embætti hins vanhæfa ráðherra hefur stundum gætt þess misskilnings að ráðherrann geti reitt sig á starfsfólk í því ráðuneyti sem hann fer með sem skipaður ráðherra til að aðstoða sig við málið. Svo er ekki, nema fleira komi til, heldur verður settur ráðherra í tilteknu máli að reiða sig á starfsfólk þess ráðuneytis sem málefnið heyrir undir. Þer starfsfólki þar að undirbúa mál til ákvarðanatöku fyrir settan ráðherra með sama hætti og fyrir skipaðan ráðherra ráðuneytisins. Öðru stjórnvaldi, þar með talið ráðuneyti þess ráðherra sem hefur verið settur til að fara með málið, og starfsfólki þess, verður ekki falin slík aðkoma að máli án lagaheimildar um ytra valdframsal. Þá getur settur ráðherra til að mynda ekki deilt þagnarskyldum upplýsingum með starfsfólki þess

ráðuneytis þar sem hann er skipaður heldur aðeins starfsfólki þess ráðuneytis þar sem hann er settur.

Sömu sjónarmið eiga við um önnur atriði sem settur ráðherra þarf að reiða sig á við úrlausn máls. Þannig getur settur ráðherra sem dæmi ekki skráð upplýsingar um hlutaðeigandi mál í málaskrá þess ráðuneytis þar sem hann er skipaður verður að skrá allar slíkar upplýsingar í málaskrá þess ráðuneytis sem ráðherrann fer með í hlutaðeigandi máli sem settur ráðherra í því. Þá verður settur ráðherra að gæta þess að öll samskipti vegna málsins fari fram í gegnum það ráðuneyti þar sem hann er settur og að þau séu auðkennd með réttum hætti. Í því sambandi þarf settur ráðherra að gæta að því að rita undir erindi og ákvarðanir sem settur ráðherra í því ráðuneyti þar sem hann er settur en ekki með því embættisheiti sem hann ber sem skipaður ráðherra og jafnframt að þau séu sett fram á bréfsefni fyrrnefnda ráðuneytisins.

3.5 Staðgengill er settur til að fara með og taka ákvörðun í tilteknu máli

Hér að framan hefur verið fjallað almennt um setningu staðgengils þegar ráðherra er vanhæfur til meðferðar máls. En hversu langt nær sú setning og við hvaða anga „málsins“ er hún takmörkuð? Almennt má hugsa sér að með setningu staðgengils á grundvelli 6. gr. stjórnsýslulaga sé átt við eitt stjórnsýslumál. Stjórnsýslumál hefur stundum verið skilgreint sem tiltekið úrlausnarefni sem er eða hefur verið leyst, með stjórnvaldsákvörðun.²⁵ Hæfisreglur stjórnsýslulaga hafa þó breiðara gildissvið en aðrar reglur laganna og gilda einnig um gerð samninga einkaréttar eðlis, auk þess að vera byggðar á óskráðum meginreglum um sérstakt hæfi opinberra starfsmanna sem hafa enn breiðari skírskotun. En jafnvel þó miðað sé við kjarnatilvikið, þ.e. stjórnsýslumál þar sem til greina kemur að taka stjórnvaldsákvörðun, vakna álitæfni um hversu langt setningin nær. Þegar staðgengill hefur leyst úr erindi, eftir atvikum með stjórnvaldsákvörðun, kunna að vera lausir endar sem reynir á síðar. Má þar sem dæmi nefna beiðni um aðgang að gögnum, hvort sem er á grundvelli stjórnsýslulaga eða upplýsingalaga, beiðni um endurupptöku málsins, starfsmannaréttarleg viðurlög í tengslum við framgöngu starfsmanna sem komu að málinu, svo sem áminning, samskipti við eftirlitsaðila sem eftir atvikum kunna að hafa málið til athugunar, jafnvel að standa skil á málinu

²⁵ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 117.

gagnvart þingnefndum Alþingis eða svara fyrirspurnum þingmanna um málið og svo mætti lengi telja. Ástæða þess að mikilvægt er að afmarka setningu staðgengils í hverju máli er að stjórnarskráin útilokar að það séu tveir ráðherrar sem fara með sömu valdheimildirnar enda gengur hún út frá því að í hverju máli sé hægt að draga einn ráðherra til ábyrgðar.

Ekki verður hér leyst úr öllum álitaeftum sem upp kunna að koma varðandi það til hvaða þátta setning tekur. Þó má benda á eftirfarandi tvö sjónarmið sem útgangspunkt. Í fyrsta lagi verður að huga að því hvort um eitt og sama stjórnarsýslumálið er að ræða. Sé t.d. óskað eftir aðgangi að gögnum eftir að ákvörðun hefur verið tekin kæmi það almennt í hlut staðgengilsins að fara með beiðnina. Í framkvæmd væru það starfsmenn ráðuneytisins sem myndu afgreiða hana í umboði hans. Hér má ekki gleyma því að sé upphaflegi ráðherrann sem vék sæti enn í embætti þá er hann að öllum líkindum enn vanhæfur til að leysa úr þessum þætti málsins, að minnsta kosti ef undantekning 2. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga á ekki við og atriðið telst ekki liður í því að halda máli í réttu horfi, sbr. 2. másl. 1. mgr. 4. gr. stjórnarsýslulaga. Sé aftur á móti um nýtt mál að ræða, til dæmis vegna þess að fyrri ákvörðun hefur verið afturkölluð eða endurupptekin og leysa þarf úr efni málsins á ný eða ný umsókn hefur borist er ekki sjálfgefið að það tengist nægilega því máli sem staðgengillinn var settur til að fara með. Í öðru lagi verður að huga að setningunni sem slíkri og hvernig hún var afmörkuð með tilliti til máls eða verkefna.

3.6 *Hæfi annarra starfsmanna ráðuneytis til meðferðar hlutaðeigandi máls*

Vanhæfi ráðherra til meðferðar máls getur haft í för með sér tvö konar réttaráhrif á hæfi annarra starfsmanna ráðuneytisins. Annars vegar hefur vanhæfi ráðherra til meðferðar máls almennt þau réttaráhrif í för með sér að starfsmenn hlutaðeigandi ráðuneytis geta ekki afgreitt málið *í umboði hans* án tillits til þess hvort þeir eru sjálfir hæfir til meðferðar málsins. Hins vegar getur vanhæfi ráðherra til meðferðar máls valdið vanhæfi næstu undirmanna hans óháð því hvort hann fer sjálfur með málið eða settur er annar ráðherra til að fara með það. Við fyrrnefndu réttaráhrifunum er unnt að bregðast með setningu staðgengils. Sé hæfur einstaklingur settur ráðherra í tilteknu máli geta starfsmenn ráðuneytisins unnið málið í umboði hans.²⁶ Setning

²⁶ Sjá m.a. Páll Hreinsson: *Stjórnarsýslulögin. Skýringarrit*, bls. 88.

staðgengils ráðherra leysir hins vegar ekki úr því ef vanhæfi skipaðs ráðherra hefur jafnframt haft þau réttaráhrif í för með sér að aðrir starfsmenn ráðuneytisins teljast jafnframt vanhæfir til meðferðar málsins á grundvelli undirmannavanhæfis. Sú vanhæfisástæða fellur ekki brott þótt annar ráðherra sé settur til að fara með hlutaðeigandi mál enda er hinn skipaði ráðherra áfram yfirmaður starfsmannanna og þau tengsl sem valdið geta vanhæfi þeirra því enn til staðar þrátt fyrir setninguna.²⁷

Niðurstaða um það hvort síðarnefndu réttaráhrifin eiga við, þ.e. hvort vanhæfi skipaðs ráðherra valdi jafnframt vanhæfi annarra starfsmanna ráðuneytisins til að fjalla um það, ræðst af 5. tölul. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga og samsvarandi þátta hinnar óskráðu hæfisreglu stjórnarsýsluréttarins um undirmannavanhæfi. Meginreglan í þessum tilvikum er sú að vanhæfi yfirmanns veldur aðeins vanhæfi næstu undirmanna hans ef yfirmaðurinn á sjálfur *sérstakra* og *verulegra* hagsmuna að gæta af úrlausn hlutaðeigandi máls.²⁸ Í langflestum tilvikum þar sem ráðherrar hafa vikið sæti frá því að stjórnarsýslulögin tóku gildi hafa þeir gert það á grundvelli aðstæðna sem falla undir 6. tölul. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga, um að fyrir hendi séu að öðru leyti þær aðstæður sem eru fallnar til þess að draga óhlutdrægni hans í efa með réttu. Með hliðsjón af orðalagi 5. tölul. verður að telja að þær aðstæður séu almennt ekki þannig að þær varði ráðherrann sjálfan „sérstaklega og verulega“, enda hefði þá verið réttast að hann viki sæti á grundvelli framangreinds 5. tölul. Af því leiðir aftur að undirmannavanhæfi á grundvelli 5. tölul. getur ekki átt við þá þegar en þó verður að meta í hverju tilviki fyrir sig hvort 6. tölul. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga geti átt við í þeim tilvikum. Páll Hreinsson rekur í doktorsritgerð sinni um hæfisreglur stjórnarsýslulaga að 6. tölul. geti til dæmis átt við þegar yfirmaður á sjálfur *sérstakra* hagsmuna að gæta án þess að þeir séu *verulegir*.²⁹ Þá bendir hann á að þegar mál varði *sérstaka* og *mjög verulega* hagsmunum náins venslamanns yfirmanns

²⁷ Páll Hreinsson: *Stjórnarsýslulögin. Skýringarrit*, bls. 70-71 og *Hæfisreglur stjórnarsýslulaga*, bls. 580-581.

²⁸ Ólafur Jóhannesson fjallaði meðal annars um óskráðar reglur um sérstakt hæfi í riti sínu *Stjórnarfararéttur* sem gefið var úr 1955, tæplega fjórutíu árum fyrir gildistöku stjórnarsýslulaga. Um undirmannavanhæfi sagði Ólafur að væri embættismaður vanhæfur til meðferðar máls, væri eiginlegur undirmaður hans það einnig að jafnaði. Vísaði Ólafur hins vegar til þess að við matið á því hvort hæfi yfirmanns hefði áhrif á hæfi undirmanns skipti það máli hversu sjálfstæður undirmaðurinn væri gagnvart yfirmanninum að stöðu til. Ólafur Jóhannesson: *Stjórnarfararéttur*, bls. 197.

²⁹ Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnarsýslulaga*, bls. 589.

kunni undirmaður að vera vanhæfur til meðferðar máls á grundvelli 6. tölul. 1. mgr. 3. gr. stjórn-sýslulaga.³⁰

Það leiðir af framangreindu að þegar ráðherra vîkur sæti þarf að kanna hvort vanhæfi hans hafi „smitað“ aðra starfsmenn ráðuneytisins þannig að þeir séu jafnframt vanhæfir til meðferðar málsins. Þetta verkefni kemur í hlut setts ráðherra enda hlutverk hans að meta hæfi undirmanna sinna til meðferðar þess máls sem hann er settur til að fara með. Settur ráðherra getur þá eftir atvikum þurft að setja staðgengil starfsmanna sem vanhæfir eru af þessum sökum ef ekki er til að dreifa öðrum hæfum starfsmönnum innan ráðuneytisins.

4. Niðurstaða

Hér hefur verið gerð grein fyrir helstu álitaeftum sem risið hafa í framkvæmd við setningu staðgengils í ráðherraembætti þegar skipaður ráðherra hefur vikið sæti í tilteknu máli vegna vanhæfis á grundvelli stjórn-sýslulaga. Þeim spurningum hefur meðal annars verið velt upp hvernig ábyrgð skiptist milli hlutaðeigandi ráðherra sem vîkur sæti vegna vanhæfis og forsætisráðherra sem setur staðgengil hans, hvaða takmarkanir kunni að gilda um hver geti verið settur ráðherra, hvaða valdheimildir felist í setningunni og hvernig fari um hæfi annarra starfsmanna ráðuneytis til meðferðar hlutaðeigandi máls.

Það leiðir af 5. gr. stjórn-sýslulaga að komi upp vafi um hæfi ráðherra til meðferðar og úrlausnar tiltekins máls meta þeir hæfi sitt sjálfir og tilkynna forsætisráðherra um ákvörðun sína sem setur staðgengil í embættið. Þrátt fyrir afdráttarlaust orðalag ákvæðisins getur forsætisráðherra þurft að leggja sjálfstætt mat á ákvörðun hlutaðeigandi ráðherra, svo sem ef upp kemur tilvik þar sem bersýnilega er ekki um gilda vanhæfisástæðu að ræða. Enda þótt forsætisráðherra hafi ekki beinar valdheimildir til afskipta af stjórnarmálefnum annarra ráðherra sitja aðrir ráðherrar í skjóli forsætisráðherra sem er oddviti ríkisstjórnarinnar og fer með verkaskiptingar- og agavald sem skapar honum áhrifavald í málefnum framkvæmdarvaldsins óháð verka-skiptingu.

Ákvörðun um setningu staðgengils er hins vegar alfarið í höndum forsætisráðherra, með atbeina forseta Íslands, en hvorki ríkis-stjórnarinnar né hlutaðeigandi ráðherra. Þrátt fyrir óslitna venju um að almennt sé annar ráðherra í ríkisstjórninni settur staðgengill í ráðherra-embætti eru forsætisráðherra settar fáar takmarkanir við val á hæfum

³⁰ Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórn-sýslulaga*, bls. 589.

staðgengli. Eru þar einkum um að ræða almennu hæfisreglu stjórnarskrárinnar um íslenskan ríkisborgararétt og hina stjórnskipulegu þingræðisreglu.

Staðgengill ráðherra er settur í embætti og ráðuneyti þess ráðherra sem vikið hefur sæti til meðferðar og töku ákvörðunar í tilgreindu máli enda er það ráðuneyti almennt eitt bært til þess að taka ákvörðun í málinu. Af því leiðir að staðgengill ráðherra verður jafnframt að reiða sig á starfsfólk þess ráðuneytis sem málið heyrir undir. Gæta verður þó að því hvaða áhrif vanhæfi ráðherrans hefur á aðra starfsmenn ráðuneytisins. Almennt geta starfsmenn hlutaðeigandi ráðuneytis ekki afgreitt mál í umboði hans sé hann vanhæfur en unnt er að bregðast við því með setningu staðgengils í því tiltekna máli. Vinna þá starfsmenn ráðuneytisins að málinu í umboði hins setta ráðherra. Setning staðgengils leysir hins vegar ekki úr því ef vanhæfi skipaðs ráðherra leiðir til undirmannavanhæfis í hlutaðeigandi máli og teljast aðrir starfsmenn ráðuneytisins þá jafnframt vanhæfir til meðferðar málsins. Kemur það í hlut setts staðgengils ráðherra að meta hvort hin síðargreindu réttaráhrif eigi við og þá hvort eftir atvikum þurfi að setja staðgengla hinna almennu starfsmanna til að fara með málið ásamt settum ráðherra.

Abstract

Rules on conflict of interest play a particularly important role in ensuring the impartiality and objectivity of public officials in small countries such as Iceland. This is also true in the case of the most senior officials of the executive branch, i.e. the cabinet ministers. The Icelandic Constitution vests the highest executive power in the cabinet ministers. Rules on conflict of interest applicable to the executive branch, including rules on substitution in such cases, where an official is found to have conflicting interests, are set out in the Icelandic Administrative Procedure Act. According to these rules, a decision to replace an official with a substitute is taken by the official responsible for appointing the official in question. While these rules are applicable also to cabinet ministers, their application with respect to cabinet ministers presents certain issues unique to cabinet positions.

Among those issues are the way in which cabinet ministers are appointed, and thus, how they may be substituted. While the constitutional power to appoint cabinet ministers is vested in the President and the Prime Minister, the appointment process is complicated considerably by the political processes which govern the

formation of coalition governments in Iceland. Pursuant to these processes, the appointment of cabinet ministers reflects the outcome of bargains struck between the parliamentary groups which make up the parliamentary majority. Such bargains are struck, not only between the respective political parties, but also within them, reflecting the prevailing balance of power between and within the political parties in question.

A second issue relates to the relationship between cabinet ministers and the staff of their respective ministries. Substitute ministers have, in practice, been selected exclusively from the pool of appointed cabinet ministers. As a result, for the duration of the substitution, substitute ministers occupy two roles simultaneously, one as an appointed minister in one ministry and one as a substitute minister in another ministry. This dual role raises the question, *inter alia*, of whether a substitute minister should rely on the assistance of his own subordinates or the subordinates of the minister, for which he is being substituted, when discharging his duties.

Heimildir

- Agnar Kl. Jónsson: *Stjórnarráð Íslands 1904-1964 1. bindi. 2. útgáfa*. Reykjavík 2004.
Alþingistíðindi.
Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*. Reykjavík 1988.
Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og handhafar ríkisvalds*. Reykjavík 2015.
Björg Thorarensen: „Vald forseta sem handhafa framkvæmdarvalds“. *Veftímarit um stjórnsmál og stjórnslu* 2006.
Björg Thorarensen: „Um afmörkun og endurmat á stjórnskipulegri stöðu og hlutverki forseta Íslands“. Í ritinu *Rannsóknir í félagsvísindum XI*, Reykjavík 2010, bls. 16-39.
Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ekki batnar allt, þó bíði. Yfirstjórnunar- og eftirlitsheimildir ráðherra, einkum athafnaskylda hans“. Í ritinu *Rannsóknir í félagsvísindum XI*, Reykjavík 2010, bls. 61-88.
Minnisatriði um sætisevkníngar ráðherra og setning annarra í þeirra stað, dags. 14. ágúst 1997. Reykjavík 1997.
Ólafur Jóhannesson: *Stjórnarfarsréttur: Almennur hluti*. Reykjavík 1974.
Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands. 2. útgáfa*. Reykjavík 1978.
Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin. Skýringarrit*. Reykjavík 1994.
Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnsýslulaga*. Reykjavík 2005.
Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*. Reykjavík 2013.
Ragnhildur Helgadóttir: „Framkvæmd þingræðisreglunnar“. Í ritinu *Þingræði á Íslandi, samtíð og saga*. Reykjavík 2011, bls. 191-226.
Sigurður Línal: *Um lög og lögfræði*. Reykjavík 2002.

Hafsteinn Dan Kristjánsson

FRAMSENDINGARREGLA STJÓRNSÝSLULAGA*

Efnisyfirlit

1. Inngangur.....	216
2. Réttarheimildarlegur grundvöllur	218
3. Markmið og rök	220
4. Gildissvið framsendingarreglunnar í stjórnsýslulögum	222
5. Skrifleg erindi.....	222
6. Starfssvið stjórnvalds	225
7. Skylda til að framsenda á réttan stað – Endursending erindis.....	226
7.1 Stjórnvaldi er skylt að framsenda erindi.....	226
7.2 Stjórnvaldi ber að finna út rétta staðinn ella að endursenda erindi...	228
7.3 Takmarkanir á framsendingu skýrs erindis	231
8. Málsmeðferð, formkröfur og verklag	235
9. Svo fljótt sem unnt er	237
10. Réttaráhrif.....	238
10.1 Réttaráhrif þess að erindi berst til rangs stjórnvalds.....	238
10.2 Réttaráhrif brota á framsendingarreglunni	240
11. Lokaorð.....	241
Abstract.....	242
Heimildir	243

1. Inngangur

Stjórnsýslan er flókin. Stjórnvöld eru fjölmörg og hafa þau ólík staðarleg, málefnaleg, stigskipt og hlutverkabundin valdmörk.¹ Til að mynda eru hliðstæð stjórnvöld í mismunandi umdæmum landsins, svo sem sýslumannsembætti og nefndir sveitarfélaga. Þótt stjórnvald starfi á ákveðnu málefnasviði, svo sem að sýsla með fiskimálefni, getur sviðið skarast við verkefni og hlutverk annars stjórnvalds í vissum tilvikum, svo sem þess stjórnvalds sem fer með neytendamálefni. Einnig má minna á hlutverk samgöngu- og sveitarstjórnarráðuneytisins samkvæmt sveitarstjórnarlögum nr. 138/2011 annars vegar og hlutverk fagráðuneyta gagnvart stjórnsýslu sveitarfélaga hins vegar, svo sem mennta- og menningarmálaráðuneytisins. Þá er stjórnsýslan stigskipt. Hún er skipulögð í lægra og æðra sett stjórnvöld. Stundum eru jafnvel fleiri en eitt æðra sett stjórnvald gagnvart einu og sama lægra setta stjórnvaldinu. Geta má í þessu sambandi kær-, endurskoðunar- og úrskurðanefnda sem eru hliðsettar ráðuneytum en starfa á málefna-sviðum þeirra.

Dæmi um flækjustig stjórnsýslunnar eru þó nokkur. Gefum okkur að borgari hafi óskað eftir gögnum eða upplýsingum frá stjórnvaldi sem synjar um afhendingu þeirra. Hvert getur borgarinn kært synjunina? Ef hann var aðili stjórnsýslumáls fer um aðganginn að gögnunum eftir IV. kafla stjórnsýslulaga nr. 37/1993 (hér eftir „stjórnsýslulög“ eða „ssl.“) og sætir synjunin kærur til æðra setts stjórnvalds samkvæmt 2. mgr. 19. gr. laganna. Það gæti verið annaðhvort ráðuneyti eða nefnd. Sé borgarinn ekki aðili stjórnsýslumáls kunna upplýsingalög nr. 140/2012 að gilda og synjunin sætir kærur til úrskurðarnefndar um upplýsingamál samkvæmt 20. gr. þeirra laga. Ef upplýsingarnar eru svokallaðar persónuupplýsingar um borgarann sjálfan getur hann átt rétt til upplýsinga um vinnsluna samkvæmt III. kafla laga nr. 90/2018, um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga. Getur hann þá mögulega beint erindi til Persónuverndar sem starfar samkvæmt VII. kafla laganna. Lúti gögnin eða upplýsingarnar aftur á móti að rannsókn eða meðferð sakamáls, sem er enn ólokið, fer um aðgang að þeim eftir lögum nr. 88/2008, um meðferð sakamála, sbr. meðal annars 6. mgr. 17. gr. ssl. Þá má minna á upplýsingarétt almennings samkvæmt 25. gr. laga nr. 77/2014, um opinber skjalasöfn, og upplýsingarétt hins skráða,

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Sjá til hliðsjónar Pál Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 209-215.

sbr. 30. gr. sömu laga. Einnig er fjallað um aðgang að skjölum í öðrum ákvæðum laganna.

Spyrja má hvernig borgarinn eigi að fóta sig í þessum reglufrumskógi. Þegar um ákvörðun lægra setts stjórnvalds er að ræða samkvæmt stjórnýslulögum ber því stjórnvaldi að leiðbeina aðilanum um kærueimild, sbr. 2. tölul. 2. mgr. 20. gr. Fyrir utan þá sérstöku kæruleiðbeiningar sem kveðið er á um í ákvæðinu er að finna almenna leiðbeiningarreglu í 1. mgr. 7. gr. ssl. Sé um ákvörðun á grundvelli upplýsingalaga að ræða ber að leiðbeina um kærurétt samkvæmt 1. mgr. 19. gr. þeirra laga. Þá er í 2. mgr. 40. gr. laga nr. 77/2014, um opinber skjalasöfn, vísað til IV. kafla upplýsingalaga í tengslum við ákveðnar beiðnir um aðgang að skjölum og í 3. mgr. 42. gr. sömu laga er tekið fram að um málsmeðferð í tengslum við beiðni um tiltekinn aðgang að skjölum fari að öðru leyti eftir stjórnýslulögum. Í öðrum tilvikum getur reynt á leiðbeiningarregluna í 1. mgr. 7. gr. ssl. Til viðbótar henni gildir síðan almenn óskráð leiðbeiningarregla sem hefur víðtækara gildissvið. Einnig er leiðbeiningarskyldan samkvæmt 2. mgr. 14. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, almenn. Af þessu er ljóst að borgarinn á rétt til leiðbeininga um hvert beina eigi erindi eða kæru vegna synjunar um aðgang að gögnum og upplýsingum og þar með hvernig hann getur borið sig að í framhaldinu.

Svo getur farið að borgari sendir erindi á rangt stjórnvald. Ástæður þess kunna að vera margs konar. Til að mynda að hann hafi ekki fengið leiðbeiningar um hvert hann geti beint erindi sínu sem á oft við þegar borgarinn leitar í fyrsta sinn til stjórnvalda með erindi sitt. Þá kann að vera að hann hafi fengið leiðbeiningar sem reynast óræðar eða hann hafi af einhverjum orsökum misskilið þær. Fjallað er sérstaklega um þessa stöðu í 2. mgr. 7. gr. ssl. en ákvæðið er nátengd leiðbeiningarreglunni.² Þar segir að berist stjórnvaldi skriflegt erindi, sem ekki snertir starfssvið þess, beri því að framsenda erindið á réttan stað svo fljótt sem unnt er. Ákvæðið hefur að geyma svokallaða framsendingarreglu eða framsendingarskyldu stjórnýslulaga. Í greininni verður gerð grein fyrir henni og eftir atvikum einnig sambærilegri skyldu á ólögfestum grundvelli.

² *Álit UA frá 30. nóvember 1999 í máli nr. 2706/1999 (framsending mála)* og Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling*, bls. 286. Til hliðsjónar sjá John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 216. Á bls. 231 bendir hann á að reglan í dönsku stjórnýslulögum svarar til dreifibréfs frá árinu 1923.

2. Réttarheimildarlegur grundvöllur

Sem fyrr segir er framsendingarreglan lögfest í 2. mgr. 7. gr. ssl. Auk hennar gildir óskráð framsendingarskylda sem hefur viðtækara gildissvið. Óskráðu reglunni var slegið fastri áður en stjórnslulög tóku gildi.³ Til marks um það sagði eftirfarandi í *áliti UA frá 29. desember 1992 í máli nr. 464/1991 (sjómannaafsláttur)*:

„Það er grundvallarregla stjórnsluréttar, að stjórnvaldi beri að veita þeim, sem til þess leita, nauðsynlega aðstoð og leiðbeiningar við mál, er snerta starfssvið þess. Samkvæmt því verður að telja, að stjórnvaldi beri að koma skriflegu erindi í hendur rétttra aðila, ef erindinu hefur ranglega verið beint til þess.“

Ekki er einhlítt hvaða skilning beri að leggja í tilvitnaðar forsendur. Í fyrri setningunni er lýst óskráðri leiðbeiningarreglu. Í framhaldinu segir í síðari setningunni „[s]amkvæmt því“. Tveir túlkunarkostir koma til greina. Annars vegar að óskráð framsendingarskylda felist í óskráðu leiðbeiningarreglunni. Ef sá túlkunarkostur er lagður til grundvallar væri ekki ósennilegt að framsendingarregla 2. mgr. 7. gr. ssl. fælist í leiðbeiningarreglu 1. mgr. 7. gr. sömu laga og myndi gilda á grundvelli síðarnefnda lagaákvæðisins þótt hún væri ekki sérstaklega orðuð í stjórnslulögum. Lögfesting framsendingarreglunnar hafi því aðeins verið til áréttingar á þessum þætti leiðbeiningarreglunnar. Á móti þeirri túlkun á 1. mgr. 7. gr. ssl. mælir að framsending erindis, án þess að ráðfæra sig við borgarann, er annað og meira en að veita „leiðbeiningar“. Mögulega gæti framsending rúmast innan þess að veita „nauðsynlega aðstoð“ samkvæmt lagaákvæðinu en þó má draga það í efa; sérstaklega vegna þess að framsending getur átt sér stað án þess að stjórnvald hafi borgarann með í ráðum.

Hins vegar er unnt að túlka forsendurnar á þann hátt að framsendingarskylda hafi verið slegið fastri sem sjálfstæðri reglu. Vísun til leiðbeiningarreglunnar í forsendunum byggist aðeins á því að reglurnar eru náskyldar. Virðist síðari nálgunin hafa orðið ofan á í framkvæmd. Þannig sagði í *áliti UA frá 3. nóvember 2015 í máli nr. 8543/2015 (framsending til stéttarfélags)*:

„Framsendingarskylda stjórnvalda getur einnig hvílt á grundvelli óskráðrar reglu sem hefur viðtækara gildissvið en ákvæði stjórnslulaga.“

³ Til viðbótar við 2. mgr. 7. gr. dönsku stjórnslulaganna er einnig óskráð framsendingarregla. Sjá *FOB 2006, bls. 414* og Niels Fenger: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 290.

Þótt ekki sé tekið fram berum orðum hvaða óskráða regla þetta sé verður helst ráðið af orðalaginu að um óskráða framsendingarreglu sé að ræða sem sé sambærileg 2. mgr. 7. gr. ssl. Þegar litið er til þeirra markmiða eða raka sem búa að baki framsendingarreglunni, sem fjallað verður um í næsta kafla, má leiða rök að því að óskráða reglan byggji á réttarheimildinni eðli máls, þ.e. lagalegu eðli máls.⁴ Mögulega hefur einnig mótast stjórnásluvenja sem festir hana í sessi.

Auk 2. mgr. 7. gr. ssl. og óskráðu reglunnar geta hvílt ýmsar skyldur á herðum stjórnvalda á grundvelli vandaðra stjórnásluhátta. Þar á meðal eru skyldur um leiðbeiningar og jafnvel framsendingar erindis, eigi óskráða reglan á annað borð ekki við.⁵

Til samanburðar má vekja athygli á hliðstæðum ákvæðum í dönsku og norsku stjórnáslulögunum. Í 1. mgr. 7. gr. dönsku stjórnáslulaganna er kveðið á um leiðbeiningarskyldu að því er snertir starfssvið þess. Í 2. mgr. 7. gr. segir að berist stjórnvaldi skriflegt erindi, sem snertir ekki starfssvið þess, skuli framsenda erindið til réttis stjórnvalds að því marki sem unnt er.⁶ Í 11. gr. norsku stjórnáslulaganna er að finna leiðbeiningarreglu. Í 1. mgr. 11. gr. kemur meðal annars fram að á stjórnvaldi hvíli almenn leiðbeiningarskylda innan starfssviðs þess. Í 4. mgr. 11. gr. er fjallað um framsendingu erinda. Þar segir meðal annars að ef einhver sendir erindi á rangt stjórnvald skuli það stjórnvald sem móttækur erindið, að því marki sem unnt er, vísa viðkomandi á rétt stjórnvald.⁷

⁴ Um lagalegt eðli máls, sjá Hafstein Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*, bls. 115-120 og Hafstein Dan Kristjánsson: „Um sigildar og stefnumarkandi meginreglur laga“, bls. 450-452.

⁵ Um vandaða stjórnásluhætti í tengslum við leiðbeiningar og framsendingu erindis, sjá Hafstein Dan Kristjánsson: *Vandaðir stjórnásluhættir*, bls. 51-53.

⁶ Ákvæðið hljóðar svo á dönsku: „En forvaltningsmyndighed skal i fornødent omfang yde vejledning og bistand til personer, der retter henvendelse om spørgsmål inden for myndighedens sagsområde. / Modtager en forvaltningsmyndighed en skriftlig henvendelse, som ikke vedrører dens sagsområde, videresendes henvendelsen så vidt muligt til rette myndighed.“

⁷ Ákvæði 1. og 4. mgr. 11. gr. hljóða svo á norsku: „Forvaltningsorganene har innenfor sitt sakområde en alminnelig veiledningsplikt. Formålet med veiledningen skal være å gi parter og andre interesserte adgang til å vareta sitt tarv i bestemte saker på best mulig måte. Omfanget av veiledningen må likevel tilpasses det enkelte forvaltningsorgans situasjon og kapasitet til å påta seg slik virksomhet. / Dersom noen henvender seg til urette myndighet, skal det forvaltningsorgan som mottar henvendelsen, om mulig vise vedkommende til rett organ. Inneholder en henvendelse til et forvaltningsorgan feil, misforståelser, unøyaktigheter eller andre mangler som avsenderen bør rette, skal organet om nødvendig gi beskjed om dette. Organet bør samtidig gi frist til å rette opp mangelen og eventuelt gi veiledning om hvordan dette kan gjøres.“

3. Markmið og rök

Eins og áður var að nokkru leyti komið inn á hafa verkefni stjórnýslunnar aukist í gegnum tíðina og regluverkið orðið umfangsmeira og flóknara. Af þessum ástæðum getur verið erfitt fyrir borgarana að átta sig á réttindum sínum og skyldum sem og að finna rétta stjórnvaldið til að fjalla um erindi þeirra.⁸ Framsendingarreglur eru, sem fyrr greinir, nátengdar leiðbeiningarreglum sem og svarreglunni svokölluðu. Í síðastnefndu reglunni felst að svara beri skriflegu erindi skriflega nema ljóst sé af efni erindisins að (skriflegs) svars sé eigi vænst.⁹ Þá getur stjórnvöldum borið að svara erindi á grundvelli vandaðra stjórnýsluhátta.¹⁰ Leiðbeiningarregla 1. mgr. 7. gr. ssl. hljóðar svo:

„Stjórnvald skal veita þeim sem til þess leita nauðsynlega aðstoð og leiðbeiningar varðandi þau mál sem snerta starfssvið þess.“

Leiðbeiningar-, framsendingar- og svarreglur, sem og aðrar reglur og sjónarmið, taka á þeirri flóknu stöðu sem borgarinn er í. Gengið hefur verið út frá því að leiðbeiningar- og framsendingarskyldur miði að því að „sú þekking sem til staðar er í stjórnýslunni á þeim reglum sem henni ber að fylgja og verkskiptingu innan hennar, sé nýtt til að greiða fyrir því að þeir sem til stjórnýslunnar leita, fái sem fyrst leyst úr málum sínum“, sbr. *álit UA frá 30. nóvember 1999 í máli nr. 2706/1999 (framsending mála)*. Þegar stjórnvald beini borgara til réttis stjórnvald séu auknar líkur á því að hann fái efnislega réttar leiðbeiningar og sú þekking sem er til staðar hjá stjórnvöldum nýtist sem best. Er það í þágu réttaröryggis og stuðlar að skilvirkni. Í því sambandi hefur verið bent á að stjórnvöld hafi sérstaka þekkingu á og reynslu af þeim málefnum sem þau sinna. Til marks um þetta sagði eftirfarandi í *áliti UA frá 31. ágúst 2001 í máli nr. 3179/2001 (fyrirspurn um lækniástoð)*:

„Við skýringu ákvæðisins [2. mgr. 7. gr. ssl.] verður að líta til þess að þegar stjórnvaldi hefur verið falið að annast tiltekin málefni lögum samkvæmt verður að ætla að starfsmenn þess hafi að jafnaði aflað sér sérstakrar þekkingar á þeim málefnum auk reynslu í meðferð þeirra. Ljóst er að með því að mæla fyrir um skyldu stjórnvalds til að framsenda erindi er leitast við að nýta sem best þá þekkingu sem til staðar er hjá stjórnvöldum um þær reglur sem þeim ber að fylgja. Umrædd skylda stuðlar einnig að skilvirkni og

⁸ Torstein Eckhoff: *Forvaltningsrett*, bls. 208.

⁹ Um svarregluna, sjá Hafstein Dan Kristjánsson og Særunu Maríu Gunnarsdóttur: „Skýrleikareglan og svarreglan í stjórnýslurétti“, bls. 277-292.

¹⁰ Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Vandaðir stjórnýsluhættir*, bls. 65-68.

réttaröryggi í stjórnýslunni þar sem telja má að jafnaði meiri líkur fyrir því að leiðbeiningar verði efnislega réttar ef þær eru veittar af því stjórnvaldi sem erindið fellur undir lögum samkvæmt.“

Í tengslum við rökin sem búa að baki framsendingarskyldunni ber að hafa í huga skipulag stjórnýslunnar, þekkingu stjórnvalda á því sem og verkefnum stjórnvalda. Þessum rökum var lýst á svofelldan hátt í álit *UA frá 3. nóvember 2015 í máli nr. 8543/2015 (framsending til stéttarfélags)*:

„Við afmörkun á framsendingarskyldu stjórnvalda verður að líta til þeirra raka sem standa henni að baki. Meðal þeirra er að stjórnýslunni er skipt upp eftir málefnasviðum eða hlutverkum og stjórnvöld hafa almennt betri þekkingu á því en borgararnir undir málefnasvið hvaða stjórnvalds erindi heyrir. Sé ljóst hvaða stjórnvald getur fjallað um erindi er hægt að koma því að réttan stað.“

Til viðbótar þessum rökum má benda á samspil 1. og 2. mgr. 7. gr. ssl. Af uppbyggingu lagaákvæðisins verður ráðið að snerti málefni starfssvið stjórnvalds beri því stjórnvaldi að veita aðila nauðsynlega aðstoð og leiðbeiningu en heyri erindi ekki undir starfssvið þess beri því að framsenda erindið á réttan stað. Eðlilegt er að botna hugsunina á þann hátt að rétti staðurinn sé það stjórnvald sem erindið heyrir undir og sem ber að veita aðilanum nauðsynlega aðstoð og leiðbeiningu.

Ekki ber þó að skilja 1. mgr. 7. gr. ssl. bókstaflega enda getur stjórnvaldi borið á grundvelli þess, óskráðu leiðbeiningarreglunnar eða 2. mgr. 14. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, að leiðbeina aðila til dæmis um hvert hann geti beint erindi sínu. Hvort erindi lúti, að minnsta kosti öðrum þræði, að málaflokki sem stjórnvald getur tekið afstöðu til ræðst af efni erindis. Var það niðurstaðan um 1. mgr. 7. gr. ssl. í fyrirnefndu álit *UA frá 3. nóvember 2015 í máli nr. 8543/2015 (framsending til stéttarfélags)*. Í þessu sambandi má einnig benda á álit *UA frá 20. febrúar 2004 í máli nr. 3835/2003 (jurtaextrakt)* þar sem sagði:

„Almennt verður að ætla að það sé hlutverk stjórnvalda að meta réttarstöðu borgarans hverju sinni í ljósi gildandi réttarreglna. Ná þessar skyldur að nokkru marki út fyrir þau verkefni sem stjórnvald fer með samkvæmt þeim lögum sem því er ætlað að framfylgja. Endurspeglast það einkum í því að ef stjórnvald fær sent erindi sem [á ekki undir] verksvið þess ber því að framsenda erindið til réttra stjórnvalda svo fljótt sem unnt er, sbr. 2. mgr. 7. gr. [ssl.]“.

4. *Gildissvið framsendingarreglunnar í stjórnýslulögum*

Í 2. mgr. 7. gr. ssl. er vísað til „erindis“. Orðalagið er nokkuð opið. Að lágmarki tveir túlkunarkostir koma til greina. Sá fyrri er að erindi samkvæmt 2. mgr. 7. gr. ssl. séu aðeins þau sem tengjast máli þar sem tekin verður eða til greina kemur að taka ákvörðun um rétt eða skyldu manna í skilningi 2. mgr. 1. gr. ssl. Með þessum þrönga túlkunarkosti mælir að gildissvið stjórnýslulaga er að meginstefnu bundið við meðferð mála sem lýkur eða getur lokið með töku svokallaðra stjórnvaldsákvæðana. Jafnframt er almennt ekki stuðst við hugtakið í öðrum ákvæðum stjórnýslulaga að undanskilinni 2. mgr. 39. gr. þeirra. Af þessum túlkunarkosti leiðir að lúti erindi að einhverju öðru en (mögulegu) stjórnýslumáli á 2. mgr. 7. gr. ssl. ekki við. Síðari túlkunarkosturinn er sá að hugtakið „erindi“ taki til allra mögulegra samskipta borgaranna við stjórnvöld. Hugtakið virðist notað í þeirri merkingu í 2. mgr. 14. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins. Af túlkunarkostinum leiðir að ákvæði 2. mgr. 7. gr. ssl. taki til allra skriflegra erinda og að sjálfstætt gildi óskráðu reglunnar sé verulega takmarkað.

Ekki verður framhjá því litið að gildissvið stjórnýslulaga tekur ekki til allrar stjórnýslunnar heldur er að meginstefnu afmarkað í 2. mgr. 1. gr. ssl. við mál sem tengjast stjórnvaldsákvörðunum. Þar fyrir utan gildir óskráða reglan. Rök standa því til þess að 2. mgr. 7. gr. ssl. eigi við um erindi þar sem til greina kemur að taka stjórnvaldsákvörðun en að um önnur erindi gildi óskráða reglan og jafnvel vandaðir stjórnýsluhættir. Vegna þess að óskráða reglan tekur við þar sem ákvæði 2. mgr. 7. gr. sleppir er hagnýtt gildi álitafnisins takmarkað. Í þeirri umfjöllun sem hér fer í hönd verður óskráða reglan á stöku stað lögð að jöfnu við 2. mgr. 7. gr. ssl. og stundum verður ekki gerður greinarmunur á því hvor réttarheimildin á við um erindi.

5. *Skrifleg erindi*

Samkvæmt 2. mgr. 7. gr. ssl. er framsendingarskyldan bundin við skrifleg erindi.¹¹ Dæmi um slík erindi eru þau sem berast með bréflegum pósti og þegar borgari afhendir stjórnvaldi persónulega bréf eða önnur skrifleg gögn. Þessi afmörkun á ákvæðinu er skiljanleg. Erindi „til stjórnýslunnar og afgreiðsla þeirra [hafa] iðulega verið skrifleg eða bréfleg“, eins og sagði í almennum athugasemdum við

¹¹ Sama gildir í dönskum rétti. Sjá til dæmis Jon Andersen: „Veiledning og information“, bls. 384.

frumvarp það er varð að breytingalögum nr. 51/2003 og vikið verður að hér innan skamms.¹²

Frá því að stjórnýslulögin voru upphaflega færð í lög hafa orðið stakkaskipti í samskiptamátum. Í dag er algengt að borgarar sendi stjórnvaldi erindi með tölvubréfi. Á það ekki síst við um ýmsar fyrirspurnir, tillögur, óskir um leiðbeiningar og almenn erindi. Vegna hins breytta landslags var stigið ákveðið skref í átt að rafrænni málsmeðferð stjórnýslumála með setningu IX. kafla stjórnýslulaga, sbr. fyrrnefnd breytingalög nr. 51/2003. Eins og fram kom í almennum athugasemdum við frumvarpið er „þorri málsmeðferðar- og efnisreglna stjórnýsluréttarins tæknilega hlutlaus og á við hvort sem samskipti eru rafræn eða pappírsbundin“. Í því sambandi voru meðal annars nefndar „reglur um andmælarétt, leiðbeiningarskyldu, málshraða, rannsókn, jafnræði [og] meðalhóf“.¹³ Í 2. mgr. 7. gr. ssl. er á hinn bóginn skýrlega vísað til „skriflegra“ erinda.¹⁴

Þótt ekki sé kveðið berum orðum á um framsendingarskylduna í IX. kafla þá er fjallað um heimild til rafrænnar meðferðar máls í 35. gr. ssl. Í upphafsorðum 1. mgr. ákvæðisins segir að stjórnvald ákveði hvort boðið verði upp á þann valkost að nota rafræna miðlun upplýsinga við meðferð máls. Í 3. mgr. er fjallað um ákvörðun stjórnvalds um kröfur til gagna sem það mottækur á rafrænan hátt. Í almennum athugasemdum við fyrrnefnd breytingalög var tekið fram að rafræn gögn gætu þjónað sömu hagsmunum og skrifleg gögn. Í því ljósi var lagt til að farin yrði svokölluð jafngildisleið. Af frumvarpinu verður ráðið að í því felist að rafræn málsmeðferð eigi að vera jafngild þeim aðferðum sem hingað til hafa tíðkast í stjórnýslunni. Þá sagði beinlínis í athugasemdum við 3. mgr. 2. gr. frumvarps þess er færði 35. gr. í stjórnýslulög: „Berist rafrænt erindi ekki á réttan stað í stjórnýslunni ber að framsenda erindið í samræmi við ákvæði 2. mgr. 7. gr. stjórnýslulaga.“¹⁵ Að þessu virtu fer vart á milli mála að framsendingarskyldan gildir einnig um rafræn erindi.

Nú á dögum starfrækja stjórnvöld oft vefsíður og halda jafnvel úti samfélagsmiðlum. Þannig er stundum unnt að senda stjórnvaldi skilaboð á sérstökum stað á vefsíðu undir tengli sem gjarnan heitir „hafa samband“. Þá er stökum sinnum unnt að birta skilaboð á „vegg“

¹² Alþt. 2002-2003, 128. löggj.þ., þskj. 384.

¹³ Alþt. 2002-2003, 128. löggj.þ., þskj. 384.

¹⁴ Minna má á að svarreglan svokallaða gildir fullum fetum um erindi sem berast með tölvupósti. Sjá Hafstein Dan Kristjánsson og Særúnu Mariu Gunnarsdóttur: „Skýrleikareglan og svarreglan í stjórnýslurétti“, bls. 282.

¹⁵ Alþt. 2002-2003, 128. löggj.þ., þskj. 384.

eða heimasvæði stjórnvalds á tilteknum samfélagsmiðli eða jafnvel að birta athugasemdir við færslu þess. Kemur því til skoðunar hvort stjórnvaldi sé skylt að framsenda erindi sem berst í gegnum vefsíðu þess eða samfélagsmiðil. Að framan var rakið að framsendingarskyldan eigi við um rafræn erindi. Vegna þess hlýtur útgangspunkturinn að vera sá að sé unnt að koma rafrænu erindi á framfæri við stjórnvald í gegnum vefsíðu eða samfélagsmiðil eigi framsendingarreglan við rétt eins og í tilviki tölvupósts.¹⁶ Ekki verður hér fjallað nánar um hvort stjórnvald geti haft áhrif á niðurstöðuna, til dæmis með því að birta tilkynningu eða fyrirvara um að borgararnir verði að senda erindi með almennum pósti eða tölvupósti. Haldi stjórnvald á annað borð úti vefsíðu eða samfélagsmiðli væri það þó almennt í betra samræmi við framsendingarreglurnar og vandaða stjórnsýsluhætti að framsenda slík erindi.¹⁷ Í því sambandi verður einnig að huga að réttaráhrifum þess að erindi berist til stjórnvalds sem er skylt að framsenda það, sbr. kafla 10.1. Í öllu falli yrði að lágmarki að bregðast við erindi og leiðbeina borgaranum.

Berist stjórnvaldi munnlegt erindi, sem er til dæmis komið á framfæri í persónu eða með símtali, á 2. mgr. 7. gr. ssl. ekki við. Sú leið hefur ekki verið farin í lögum að gera þá kröfu til stjórnvalds að skrá slíkt erindi og framsenda það.¹⁸ Í staðinn gilda leiðbeiningarreglur, þar á meðal 1. mgr. 7. gr. ssl. og 2. mgr. 14. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins.¹⁹ Í síðarnefnda ákvæðinu segir meðal annars að starfsmanni sé skylt að benda þeim sem til hans leita, ef svo ber undir, hvert þeir skuli leita með erindi sín. Með öðrum orðum ber stjórnvaldi, eins og sagði í athugasemdum við 2. mgr. 7. gr. ssl., að leiðbeina þeim sem til þess leitar um hvert sé hið rétta stjórnvald, eftir því sem tók eru á, svo hann geti komið erindi sínu á framfæri milliliðalaust.²⁰

¹⁶ Sama niðurstaða á við um svarregluna, sjá Hafstein Dan Kristjánsson og Særúnu Maríu Gunnarsdóttur: „Skýrleikareglan og svarreglan í stjórnsýslurétti“, bls. 282.

¹⁷ Sjá til hliðsjónar fyrir svarregluna í Hafsteini Dan Kristjánssyni og Særúnu Maríu Gunnarsdóttur: „Skýrleikareglan og svarreglan í stjórnsýslurétti“, bls. 282.

¹⁸ Ekki verður fjallað hér um þann möguleika að borgari sendi stjórnvaldi hljóðskrá, myndband eða mynd.

¹⁹ John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 231. Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retsikkerhed. Proces. Sagsbehandling*, bls. 287, nefnir að það sé í samræmi við vandaða stjórnsýsluhætti í dönskum rétti að svara munnlegum erindum og taka afstöðu til þess undir hvaða stjórnvald erindi heyrir.

²⁰ Alþt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 505. Sjá einnig Pál Hreinsson: *Stjórnsýslulögin. Skýringarrit*, bls. 95. Sama niðurstaða virðist eiga við í dönskum rétti. Sjá *FOB 2005*, bls. 621 og Niels Fenger: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 290.

6. Starfssvið stjórnvalds

Í 7. gr. ssl. er gerður greinarmunur á því hvort mál snerti starfssvið stjórnvalds, sbr. 1. mgr., eða erindi berst sem ekki snertir starfssvið þess, sbr. 2. mgr. Hugtakið „starfssvið“ er nokkuð almennt. Sum stjórnvöld rækja afmörkuð verkefni en önnur, eins og ráðuneyti, fara með marga málaflokka. Starfssvið þeirra eru því fjölbreytt og margt er þeim viðkomandi. Vegna þess reynir á hvenær erindi „snertir“ starfssvið stjórnvalds.

Skilja verður orðalagið í ljósi markmiðs og inntaks leiðbeiningar- og framsendingarreglunnar. Markmið framsendingarreglunnar lýtur að því að koma erindi á réttan stað í stjórnýslunni, þ.e. til þess stjórnvalds sem hefur það hlutverk að lögum að fjalla um það. Þegar tekin er afstaða til erindis í ljósi leiðbeiningar- og framsendingarreglunnar verður að huga að efni og eðli erindis sem og réttarreglum um hlutverk og valdbærni stjórnvalda. Til hliðsjónar má benda á að í *áliti UA frá 31. ágúst 2001 í máli nr. 3179/2001 (fyrirspurn um læknisástoð)* sagði eftirfarandi í tengslum við leiðbeiningarreglu 1. mgr. 7. gr. ssl.:

„Við skýringu og beitingu ákvæðisins verður að hafa hliðsjón af því hvernig störfum og verkefnum er skipt milli stjórnvalda í lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum en ég minni á að af lögmatísreglu stjórnýsluréttar leiðir að stjórnvaldi er ekki heimilt að taka ákvörðun eða fjalla um mál sem öðru stjórnvaldi hefur verið falið að annast lögum samkvæmt.“

Af þessu leiðir að greina verður erindi. Spurt er hvort það feli í sér til dæmis kæru, umsókn um lögbundin réttindi, leyfi, bætur, styrki o.fl. eða annars konar erindi. Eftir að erindi hefur verið greint þarf að finna og túlka þau lög sem eiga við um það. Lúti erindi til dæmis að umsókn leyfis ræðst það af þeim lögum sem gilda um það hvaða stjórnvald er bært til að ákveða hvort leyfið verði veitt. Niðurstaða um hvaða stjórnvald hefur það hlutverk að fjalla um erindið ræður því hvort erindið hafi borist á réttan stað eða hvort það heyri undir starfssvið annars stjórnvalds.

Nefna má nokkur dæmi. Segjum að í erindi felist umsókn um tiltekna opinbera bætur en annað stjórnvald en móttakandi þess hefur það lögbundna hlutverk að taka ákvarðanir um slíkar umsóknir, þ.e. annað stjórnvald er valdbært. Til að mynda að erindi berist félagsmálaráðuneytinu, sem fer með málaflokkinn, en tryggingastofnun tekur ákvörðun um bæturnar fyrsta kastið. Erindið er því ekki á starfssviði móttakandans, þ.e. félagsmálaráðuneytisins, að minnsta kosti að svo stöddu og ber því að framsenda það á rétt stjórnvald, þ.e.

tryggingastofnun. Mál geta þróast á þann veg að lægra sett stjórnvald tekur ákvörðun sem er ekki þóknanleg aðila máls og hann kærir ákvörðunina til æðra setts stjórnvalds sem er annað æðra stjórnvald en það sem fer með það hlutverk að úrskurða í kærumálum, svo sem sjálfstæð nefnd sem er hliðsett ráðuneyti. Svo getur háttáð til þegar ákvörðun tryggingastofnunar er kærð. Berist kæra til félagsmálaráðuneytisins er því skylt að framsenda hana úrskurðarnefnd velferðarmála þótt hún varði efni sem heyrir undir málaflokk þess. Ráðuneytinu er við þessar aðstæður ekki valdbært til að úrskurða um kæruna. Sömuleiðis getur úrskurðarnefnd borið að framsenda stjórnsýslukæru til ráðuneytis þegar hún heyrir undir það, sbr. til dæmis *bréf UA frá 25. febrúar 2003 í máli nr. 3592/2002 (úrskurðarvald úrskurðarnefndar almannatrygginga)*. Gefum okkur að síðustu að borgari beini kæru til umhverfisstofnunar vegna ákvörðunar hennar. Þótt segja mætti að kærán snerti starfssvið stofnunarinnar í einhverjum skilningi þá er umhverfisstofnun ekki valdbær til að leysa úr henni. Umhverfis- og auðlindaráðuneytið eða úrskurðarnefnd umhverfis- og auðlindamála eru valdbæru stjórnvöldin allt eftir nánara efni kærunnar. Vegna þess bæri umhverfisstofnun að framsenda kæruna til ráðuneytisins eða nefndarinnar eftir því hvor staðurinn er sá rétti miðað við efni kærunnar og þau lög sem gilda um hana að því gefnu að nánara mat á efni erindisins leiði ekki til þess að í reynd sé um beiðni um endurupptöku að ræða. Sé óljóst hvort erindi feli í sér stjórnsýslukæru eða beiðni um endurupptöku ber stjórnvaldi að kanna vilja aðilans.

7. Skylda til að framsenda á réttan stað – Endursending erindis

7.1 Stjórnvaldi er skylt að framsenda erindi

Berist skriflegt erindi til rangs stjórnvalds nægir ekki að leiðbeina aðila um það eða gefa honum ábendingu um að hann geti leitað til hins rétta stjórnvalds. Ákvæði 2. mgr. 7. gr. ssl. mælir fyrir um skyldu stjórnvalds til að framsenda erindið á réttan stað. Sama felst í óskráðu reglunni. Dæmi um það er ef úrskurðarnefnd sem telur að stjórnsýslukæra heyri ekki undir starfssvið sitt heldur ráðuneytis er henni ekki stætt á því að vísa málinu frá heldur ber jafnframt að framsenda kæruna til ráðuneytisins, sbr. *álit UA frá 11. mars 2011 í máli nr. 6083/2010 (dánarbú)*. Sama á við um ráðuneyti sem telur að erindi heyri undir annað ráðuneyti, sbr. *álit UA frá 30. október 2015 í máli nr. 7660/2013 (skólaakstur)* og til hliðsjónar *bréf UA frá 9. desember 2014 í máli nr. 5700/2009 (ákvæðanatökur í grunnskólum)*. Jafnframt má geta álits *UA frá*

4. nóvember 1999 í máli nr. 2473/1998 (*sorphirðugjald I*) og álits UA frá 17. nóvember 1999 í máli nr. 2500/1998 (*sorphirðugjald II*). Í málunum hafði umhverfisráðuneytið lýst þeirri skoðun sinni í bréfi til lögmanns aðila að honum væri unnt að bera álagningu tiltekens sveitarfélags á sorphirðugjaldi undir úrskurðarnefnd samkvæmt 31. gr. laga nr. 7/1998, um hollustuhætti og mengunarvarnir. Í fyrra álitinu sagði meðal annars:

„Samkvæmt 2. mgr. 7. gr. [ssl.] bar umhverfisráðuneytinu því að framsenda úrskurðarnefndinni erindi A til meðferðar svo fljótt sem unnt var eftir að erindið hafði borist ráðuneytinu ... í stað þess að láta sitja við ábendingu um kærurétt til nefndarinnar.“

Einnig má benda á álit UA frá 1. september 1999 í máli nr. 2406/1998 (*handtaka*). Í málinu höfðu þrír synir A verið handteknir af lögreglunni í Reykjavík og vistaðir í fangageymslu. A gerði athugasemdir við málsmeðferð lögreglunnar. Þar sem honum bárust ekki svör kærði hann meðferð lögreglunnar í tvígang til þáverandi dóms- og kirkjumálaráðuneytis. Ráðuneytið taldi ekki ástæðu til að aðhafast nokkuð í málinu. Í álitinu sagði meðal annars eftirfarandi:

„Ég tel að af ofangreindum bréfaskiptum verði ráðið að það hafi verið ætlun A að kvarta yfir meintri refsiverðri háttsemi lögreglunnar við handtöku sona sinna. Hafi því bæði lögreglu og dóms- og kirkjumálaráðuneytinu, þegar málið barst ráðuneytinu, borið að framsenda þennan þátt í erindi A til rannsóknarlögreglu ríkisins, sbr. nú ríkissaksóknara, eins og áður greinir.“

Þá má geta *Hrd.* 2002, bls. 8 (*mál nr. 2/2002*) (*kæra*). Í málinu hafði X verið gefið að sök að hafa áreitt lögreglu og hafa sýnt af sér ósæmilega háttsemi á almannaferi með því að hrækja á lögreglubifreið aðfararnótt tiltekens dags. Við þingfestingu málsins var lagt fram bréf lögmanns, sem hafði verið skipaður verjandi X, til lögreglustjórans í Reykjavík. Í bréfinu kom fram að X hefði falið lögmanninum að bera fram kæru vegna barsmíða sem hann hefði sætt við handtöku fyrir utan heimili sitt og í vörslum lögreglunnar eftir það. Var þar krafist rannsóknar á atburðum næturinnar en X hefði hlotið af þeim líkamstjón. Atvikum var nánar lýst í bréfinu. Í framhaldinu sagði svo í dómi Hæstaréttar:

„Í málinu liggur ekki annað fyrir en að framangreint bréf hafi borist ákærandanum í máli þessu áður en það var þingfest fyrir héraðsdómi. Þótt erindi varnaraðila, sem þar var borið fram, hafi að réttu lagi átt að beina til ríkissaksóknara, sbr. 35. gr. lögreglulaga nr. 90/1996, eins og henni var breytt með 6. gr. laga nr. 29/1998, bar lögreglustjóranum í Reykjavík ótilkvöddum að framsenda það réttu stjórnvaldi svo fljótt, sem unnt var, sbr. 2. mgr. 7. gr. [ssl.]. Af

gögnum málsins verður ekki ráðið hvort þetta hafi verið gert eða hvernig ríkissaksóknari kunni þá að hafa brugðist við kærnu varnaraðila. Væri kærnan á rökum reist hefði það augljós og veruleg áhrif á efnislega niðurstöðu þessa máls. Kæruefnið hefur ekki svo séð verði sætt neinni rannsókn, en úr því verður ekki bætt svo viðhlítandi sé eingöngu með sönnunarfærslu fyrir dómi. Af þessum sökum eru slíkir annmarkar á rannsókn að baki ákæru í málinu og reifun þess fyrir dómi að rétt er að staðfesta niðurstöðu hins kærða úrskurðar um frávísun þess.“

Í dómnum var framsendingarskyldan áréttuð. Jafnframt var byggt á því að hefði kærnan verið framsend á réttan stað hefði það mögulega getað haft áhrif á rannsókn máls.

Að síðustu má geta þess að þótt borgaranum hafi áður verið leiðbeint um rétta staðinn til að senda erindið leysir það ekki stjórnvald undan framsendingarskyldunni.²¹

7.2 Stjórnvaldi ber að finna út rétta staðinn ella að endursenda erindi

Svo stjórnvald geti innt skylduna af hendi verður það að vita undir hvaða stjórnvald erindi heyrir.²² Spyrja má hvaða kröfur eru gerðar til þess að stjórnvald viti eða megi vita hvar erindi eigi heima. Krafan virðist vera sú að stjórnvald hafi átt sanngjarnan kost á að staðreyna með nokkurri vissu hvert senda skuli erindi.²³ Í álitu UA frá 16. nóvember 2009 í máli nr. 4920/2007 (*varnargarður*) var stuðst við orðalagið að stjórnvald hafi ekki talið „bersýnilegt“ að erindi ætti undir tiltekna stofnun.

Að framan var nefnt að þegar tekin er afstaða til erindis í ljósi framsendingarreglna beri að líta til annars vegar eðlis og efnis erindis og hins vegar þeirra reglna sem gilda um hlutverk og valdbærni stjórnvalda í ljósi erindisins. Í mörgum tilvikum liggur í augum uppi hvert sé rétta stjórnvaldið. Í öðrum tilfellum getur verið vandasamt að klóra sig fram úr álitaefninu enda getur stjórnsýslan verið flókin, eins og í upphafi var nefnt.

Erindið sjálft getur verið óljóst eða torskilið. Af þeim sökum kann að vera illmögulegt eða verulegum vandkvæðum bundið að ráða út á hvað það gengur og hver sé rétti staðurinn fyrir það. Í athugasemdum

²¹ Niels Fenger: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 290.

²² Jens Garde o.fl. (ritstj.): *Forvaltningsret. Sagsbehandling*, bls. 159, Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling*, bls. 278-279, John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 231 og Jon Andersen: „Veijledning og information“, bls. 384.

²³ John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 231 og Niels Fenger: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 290.

við 2. mgr. 7. gr. ssl. kom fram að væri ekki unnt að ráða af erindi hvert bæri að framsenda það bæri að endursenda það.²⁴ Athygli vekur að ekki er vikið að þessari stöðu í orðalagi lagaákvæðisins eins og í hliðstæðum ákvæðum í dönsku og norsku stjórnýslulögunum.²⁵ Þar er framsendingarskyldan takmörkuð við „að því marki sem unnt er“ (d. svo vidt muligt).²⁶ Þrátt fyrir það verður að telja að niðurstaða um þetta atriði ráðist af eðli málsins. Sama á við í tilviki ýmissa annarra ólögfesta undantekninga sem byggja á ómöguleika. Skyldan á ekki við þegar ekki er unnt að framfylgja henni.²⁷

Áður en stjórnvald fer þá leið að endursenda erindi ber því að viðhafa ákveðna málsmeðferð sem miðar að því að ganga úr skugga um að ekki verði leyst úr þeim vafa sem er fyrir hendi. Þannig ber stjórnvaldi á grundvelli leiðbeiningar- og rannsóknarreglunnar að hafa samband við borgarann, til dæmis símleiðis, og kanna hjá honum út á hvað erindið gengur.²⁸ Sé haft samband við borgarann símleiðis getur borið að skrá þær upplýsingar sem koma fram í samtalinu, sbr. 27. gr. upplýsingalaga nr. 140/2012. Jafnframt verður að leiðbeina aðilanum um að erindið falli ekki undir starfssvið stjórnvaldsins, reynist það vera niðurstaðan, og ef hann veiti ekki frekari upplýsingar um erindið sé stjórnvaldinu nauðugur sá kostur einn að endursenda það í stað þess að framsenda það á réttan stað. Það geti haft ákveðnar afleiðingar í för með sér, til dæmis fyrir lögbundna fresti, sbr. nánar kafla 10.1. Í þessu sambandi má vekja athygli á fyrrnefndu álitu *UA frá 16. nóvember 2009 í máli nr. 4920/2007 (varnargarður)* þar sem sagði meðal annars:

„Á hinn bóginn leiðir þessi aðstaða til þess að þegar ráðuneytið þurfti að taka afstöðu til upphaflegrar beiðni um gerð varnargarðsins að nýju, eftir að hafa afturkallað leyfi til gerðar hans, þá bar ráðuneytinu að leggja málið í þann farveg að umsækjendur fengju í reynd lögbundna afgreiðslu á erindi sínu. Í ljósi afstöðu ráðuneytisins tel ég ljóst að þá skyldu hefði ráðuneytið sinnt með

²⁴ Alpt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 505. Sjá einnig, Pál Hreinsson: *Stjórnýslulögin. Skýringarrit*, bls. 95.

²⁵ Þess má geta að nú liggur fyrir tillaga að nýjum heildarstjórnýslulögum í Noregi. Ekki er gert ráð fyrir því að breytingar verði á framsendingarreglunni. Sjá *NOU 2019.13*, bls. 250.

²⁶ Fyrir danskan rétt, sjá Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling*, bls. 287 og John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 231. Fyrir norskan rétt, sjá Geir Woxholth: *Forvaltningsloven med kommentarer*, bls. 233.

²⁷ Ekki verður hér tekin afstaða til þess hvort undantekningin eða takmörkunin byggji á eðli máls sem lögskýringarsjónarmiði eða sjálfstæðri réttarheimild. Sjá til dæmis Hafstein Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*, bls. 115-120.

²⁸ John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 231. Sjá einnig Niels Fenger: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 290.

framsendingu á erindinu til Fiskistofu, sbr. 2. mgr. 7. gr. [ssl.], en ella, teldi það ekki bersýnilegt að erindið ætti undir þá stofnun, að leiðbeina aðilum með skýrum og afdráttarlausum hætti um þann feril sem að þess mati var nauðsynlegur undanfari þess að það gæti á grundvelli heimildar 3. mgr. 75. gr. vatnalaga tekið afstöðu til hinnar leyfisskýldu framkvæmdar með réttum og formlegum hætti.“

Þótt erindi sé skiljanlegt kann stjórnvald að vera í vanda statt að því er lögín varðar. Óvissa kann að vera um undir hvaða stjórnvald erindi heyrir lögum samkvæmt. Svo ber undir til dæmis þegar gildissviðs-ákvæði laga eru matskennd eða lagaákvæði um hlutverk stjórnvalda eru orðuð á opinn eða óráðan hátt. Við þessar aðstæður getur stjórnvald, sem móttækur erindi, orðið að kynna sér það og viðkomandi lög rækilega. Í þessu sambandi getur reynt á ítarlega túlkun á lagaákvæðum. Reynist ekki unnt að leysa úr vafa með túlkun á lagaákvæðum með nokkuð öruggum hætti getur stjórnvald orðið að endursenda erindi. Áður en sú leið er farin verður þó að viðhafa ákveðna málsmeðferð sem miðar að því að leysa úr vafanum. Stjórnvaldinu ber að kanna, til dæmis hjá því stjórnvaldi sem kemur til greina að framsenda erindið til, hvernig það hefur litið á hlutverk sitt í framkvæmd með tilliti til erinda af því tagi sem er til skoðunar.²⁹

Svo getur háttáð til þegar stjórnvald, sem móttækur erindi, telur að fleiri en eitt stjórnvald komi til greina sem réttur viðtakandi erindis. Við þær aðstæður ber stjórnvaldinu að leiðbeina aðilanum um þá stöðu og kanna hvort vilji hans standi til þess að beina erindinu að einu stjórnvaldi fremur en öðru.³⁰ Sé stjórnvald ekki í stöðu til að leggja mat á hvort senda eigi erindi á eitt eða fleiri stjórnvöld og aðili lýsir ekki afstöðu sinni til þess kann stjórnvaldið að þurfa að endursenda erindið.

Stundum er efni erindis margþætt. Þannig kann hluti erindis að heyra undir það stjórnvald sem fær erindið sent. Ber þá að leggja þann hluta erindisins í réttan farveg að lögum hjá stjórnvaldinu. Aðra hluta erindis getur stjórnvaldinu borið að framsenda eða endursenda. Mismunandi hlutar hins margþætta erindis geta verið framsendir á fleiri en eitt stjórnvald. Til að mynda kann sjúkratryggingastofnun að berast erindi og hluti þess er umsókn um bætur. Stofnunin leggur þá

²⁹ Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling*, bls. 287, John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 231 og Geir Woxholth: *Forvaltningsloven med kommentarer*, bls. 222.

³⁰ Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling*, bls. 287, John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 232, Niels Fenger: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 291 og Geir Woxholth: *Forvaltningsloven med kommentarer*, bls. 233.

þann hluta erindisins í farveg hjá sér. Aðrir hlutar erindis kunna að lúta að vinnslu persónuupplýsinga og jafnrétti kynjanna. Eru þeir þá framsendir á persónuvernd og eftir atvikum jafnréttisstofu eða kæru- nefnd jafnréttismála.

Beini aðili fyrirspurn eða ósk um leiðbeiningu og upplýsingar til stjórnvalds og efni þess heyrir ekki undir viðkomandi stjórnvald eða að aðeins hluti þess heyrir undir það en annar hluti gerir það ekki ber stjórnvaldinu annaðhvort að leiðbeina aðilanum um að hann geti leitað til hins stjórnvaldsins eða framsenda fyrirspurnina þangað að því er það stjórnvald varðar. Í því sambandi má benda á *álit UA frá 31. ágúst 2001 í máli nr. 3179/2001 (fyrirspurn um lækniástoð)*. Í málinu hafði aðili leitað til félagsþjónustunnar í Reykjavík með bréfi og óskað eftir upplýsingum um greiðslur frá stofnunni annars vegar og hins vegar bar hann fram fyrirspurn um rétt sinn til lækniástoðar og menntunar. Félagsþjónustan veitti honum upplýsingar um almannatryggingalög. Umboðsmaður taldi að stofnuninni hefði ekki verið rétt að afgreiða erindið með þessum hætti. Í því sambandi sagði meðal annars:

„Þá bar Félagsþjónustunni, sbr. 7. gr. [ssl.], annað hvort að leiðbeina honum um að leita nánari upplýsinga og ákvarðana hjá Tryggingastofnun ríkisins eða þá eftir atvikum ákveðið að framsenda sjálft erindið til stofnunarinnar og tilkynna A um þá ákvörðun.“

Ef málsmeðferð eða ákvörðun annars stjórnvalds er nauðsynlegur undanfari málsmeðferðar og ákvörðunar þess stjórnvalds, sem fær erindi sent, getur því borið að framsenda erindið á hitt stjórnvaldið, sbr. *álit UA frá 16. nóvember 2009 í máli nr. 4920/2007 (varnargarður)*.

7.3 Takmarkanir á framsendingu skýrs erindis

Að framan var vikið að þeirri stöðu þegar ekki er unnt að ráða af erindi undir hvaða stjórnvald það heyrir eða stjórnvald er í vafa um hvernig beri að túlka lög sem gilda um erindið. Nú verður fjallað um þau tilvik þegar erindi og lög eru í sjálfu sér skýr en engu að síður kemur upp álitaefni um hvort rétt sé að framsenda erindi. Helst reynir á tvenns konar tilvik. Annars vegar kemur til skoðunar hvort efni eða eðli erindis sé slíkt að ekki eigi að framsenda það. Hins vegir reynir á hvort stjórnvaldi beri ekki að framsenda á tiltekna aðila.

Erindi getur verið tiltölulega hlutlaust um hvaða stjórnvald leysi úr því. Verði ekki annað ráðið af erindi en að aðili óski eftir að sækja um tiltekin réttindi eða kæra ákveðna stjórnvaldsákvörðun ber að framsenda það á rétt stjórnvald. Aðstæður geta þó verið með þeim

hætti að ráðið verður af erindinu að vilji borgarans standi til þess að tiltekið stjórnvald fjalli um það, þ.e. stjórnvaldið sem erindið var sent á. Jafnvel kann að vera ráðið af erindi að aðili vilji ekki að tiltekið annað stjórnvald leysi úr því. Þannig kann að standa í erindi: „Ég er búinn að fá mig fullsaddan af X stjórnvaldi og neita að eiga í samskiptum við það lengur. Ég krefst því þess að ráðuneytið taki málið yfir“. Þegar svo háttar til er ekki forsvaranlegt að framsenda erindið á annað stjórnvald án þess að hafa fyrst samband við borgarann og óska eftir afstöðu hans til þess hvort hann vilji að erindið verði framsent. Standi vilji hans ekki til þess er erindið endursent.³¹ Þegar svo ber undir getur stjórnvaldinu borið að afgreiða erindið í samræmi við lagagrundvöll þess að því er það varðar og svara borgaranum, hvort sem það er með frávisun stjórnsýslumáls eða í samræmi við svarregluna, allt eftir því í hvaða farvegi mál er. Jafnframt ber stjórnvaldinu að leiðbeina aðila um réttan stað fyrir erindið.³²

Erindi getur einnig haft að geyma sérstaklega viðkvæmar eða persónulegar upplýsingar um sendandann, svo sem um heilsufar. Dæmi um það eru viðkvæmar persónuupplýsingar í skilningi laga nr. 90/2018, um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga, sbr. 3. tölul. 3. gr. þeirra. Séu þær umfangsmiklar eða verulega persónulegar kann að vera ástæða til að stjórnvaldið hafi samband við aðilann og óski eftir afstöðu hans til framsendingar erindisins.³³ Er það að lágmarki í samræmi við vandaða stjórnsýsluhætti. Vel má vera að aðili vilji ekki að upplýsingunum sé dreift til annars stjórnvalds.³⁴ Það eitt að erindi hefur að geyma einkalífsupplýsingar stendur þó framsendingu almennt ekki í vegi.³⁵

Auk framangreinds verður að kanna hvort framsending erindis sé í samræmi við ýmsar réttarreglur. Dæmi um þær eru lög nr. 90/2018, þagnarskyldureglur eða reglur um framsendingu gagna og upplýsinga í stjórnsýslunni, sbr. meðal annars *álit UA frá 3. nóvember 2015 í máli nr. 8543/2015 (framsending til stéttarfélags)*.³⁶

³¹ Geir Woxholth: *Forvaltningsloven med kommentarer*, bls. 233.

³² John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 232.

³³ Niels Fenger: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 290-291. Sjá til hliðsjónar *FOB 2002*, bls. 140.

³⁴ Sjá til hliðsjónar John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 232 og Niels Fenger: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 290.

³⁵ Sjá til hliðsjónar Jon Andersen: „Veijledning og information“, bls. 384. Fyrir almenn sjónarmið um þessar aðstæður sjá einnig *FOB 2007*, bls. 327 og Niels Fenger: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 291.

³⁶ Sjá í þessu sambandi meðal annars 42.-48. gr. ssl, sbr. breytingalög nr. 71/2019.

Í 2. mgr. 7. gr. ssl. segir að framsenda skuli erindi á „réttan stað“. Enga aðra takmörkun er að finna á staðnum en að hann sé réttur. Burtséð frá því eru takmarkanir á framsendingarskyldunni með tilliti til aðila. Á þetta álitafni reyndi í áliti UA frá 3. nóvember 2015 í máli nr. 8543/2015 (*framsending til stéttarfélags*). Í málinu hafði framhaldsskólakennari, sem var ekki í tilteknu stéttarfélagi, leitað til fjármála- og efnahagsráðuneytisins og óskað eftir leiðbeiningum frá því. Fyrirspurn kennarans laut að því með hvaða hætti hann gæti sótt um sambærilegan styrk og veittur væri félagsmönnum í tilteknu stéttarfélagi úr tilteknum sjóði. Ráðuneytið afgreiddi erindi kennarans á þann hátt að tilkynna honum um að það teldi sér ekki skylt að svara fyrirspurninni á grundvelli 1. mgr. 7. gr. ssl. vegna þess að erindið lyti ekki að ákvörðun um rétt eða skyldu hans, sbr. 2. mgr. 1. gr. ssl. Enn fremur framsendi ráðuneytið erindið á umrætt stéttarfélag. Byggðist afgreiðslan á þeirri afstöðu að ráðuneytið hefði hvorki forræði á hvernig úthlutunarreglum úr sjóðnum væri háttáð né hvaða skilyrði væru sett fyrir því að einstaklingar gætu átt rétt á styrkveitingum úr sjóðnum. Taldi ráðuneytið því að stéttarfélagið væri rétti aðilinn til að leiðbeina kennaranum um réttindi sín. Niðurstaða umboðsmanns var sú að ráðuneytinu hefði ekki verið rétt að framsenda erindið á stéttarfélagið, hvorki á grundvelli 2. mgr. 7. gr. ssl. né óskráðu reglunnar. Í álitinu sagði meðal annars:

„Stéttarfélagið X er einkaaðili sem stendur utan stjórnkerfisins og hefur ekki verið falið að fara með opinbert vald, a.m.k. ekki hvað erindi A varðar. Við afmörkun á framsendingarskyldu stjórnvalda verður að líta til þeirra raka sem standa henni að baki. Meðal þeirra er að stjórnarsýslunni er skipt upp eftir málefnasviðum eða hlutverkum og stjórnvöld hafa almennt betri þekkingu á því en borgararnir undir málefnasvið hvaða stjórnvalds erindi heyrir. Sé ljóst hvaða stjórnvald getur fjallað um erindi er hægt að koma því að réttan stað. Að mínu áliti takmarkast framsendingarskylda stjórnvalds við þá opinberu aðila sem fara með það starfssvið lögum samkvæmt sem erindið varðar og eftir atvikum þá einkaaðila sem hafa fengið opinbert vald í tengslum við málefnasvið erindisins. Í þessu sambandi verður einnig að hafa hugfast að borgararnir kunna að hafa hagsmuni af því að erindi til stjórnvalds sé ekki sent á einkaaðila án vitneskju eða samþykkis þeirra. Í sumum tilvikum kann slíkt að vera í andstöðu við þagnarskyldureglur og lög nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga [nú lög nr. 90/2018]. Telji stjórnvald rétt að borgari snúi sér að tilteknum einkaaðila getur stjórnvaldið leiðbeint honum um það.“

Eins og fram kom í álitinu takmarkast framsendingarskyldan við opinbera aðila sem hafa það lögbundna hlutverk að fjalla um erindi.

Framsendingarskyldan getur þannig tekið til lægra og æðra settra stjórnvalda, þar á meðal nefnda, sem og erinda sem eru framsend frá ráðuneyti til sveitarfélaga og öfugt. Hafi einkaaðilar fengið opinbert vald í tengslum við meðferð erindis, sem væri almennt gert með viðhlítandi lagaheimild þess efnis, ber einnig að framsenda á þá að því gefnu að erindið varði meðferð þess opinbera valds sem þeim hefur verið framselt. Aðrir einkaaðilar falla utan við framsendingarskylduna jafnvel þótt erindi beinist að málefnasviði þeirra. Ekki nóg með að stjórnvaldi sé ekki skylt að framsenda á einkaaðila getur því verið beinlínis óheimilt að gera það, að minnsta kosti án þess að hafa haft fyrst samband við borgarann og leitað eftir afstöðu hans og samþykki til framsendingarinnar.

Berist erindi á einn stað innan stjórnvalds, sem fjallar ekki um slík erindi, svo sem deild eða svið innan stjórnvalds, ber að framsenda erindið á réttan stað, þ.e. á þá deild eða svið sem fjallar um erindið innan stjórnvaldsins. Til að mynda berist erindi til menntavísindasviðs Háskóla Íslands en erindið heyrir undir starfssvið félagsvísindasvið háskólans ber að framsenda það þangað.³⁷

Í ofanefndu álitu var stuðst við hugtakið „opinber aðili“ en ekki stjórnvald eða handhafi framkvæmdarvalds. Enn fremur var vísað til „opinbers valds“, sem einkaaðilar hefðu fengið, en ekki til dæmis til framkvæmdarvalds eða stjórnsýsluvalds. Vegna þess er ekki ljóst hvort framsendingarskyldan taki til annarra handhafa ríkisvalds, svo sem löggjafar- og dómvalds. Nái framsendingarskyldan, annaðhvort á skráðum eða óskráðum grundvelli, til þeirra verður að líkindum að meta eðli og efni erindis sérstaklega í samræmi við þau sjónarmið sem gerð var grein fyrir hér að ofan um hvort það beinist aðallega að því stjórnvaldi sem það var sent á eða stjórnvöldum yfir höfuð fremur en öðrum handhöfum ríkisvalds. Þá yrði almennt að hafa samband við borgarann, leiðbeina honum og óska eftir afstöðu hans. Almennt reynir þó á framsendingarreglur með tilliti til annarra handhafa framkvæmdarvalds.³⁸

Hér verður ekki fjallað um framsendingu til erlendra stjórnvalda svo sem á grundvelli EES-réttar. Sjá í því sambandi til dæmis *álit UA frá 6. desember 2000 í máli nr. 2037/1997 (fæðingarorlof)*.

³⁷ Sjá til hliðsjónar Niels Fenger: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 289.

³⁸ Í dönskum rétti hefur verið lagt til grundvallar að þótt 2. mgr. 7. gr. dönsku stjórnsýslulaganna gildi aðeins um stjórnvöld eigi sama við þegar mál heyrir undir dómstóla. Sjá *FOB 2009 17-2* og Niels Fenger: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 289-290.

8. Málsmeðferð, formkröfur og verklag

Þegar erindi berst stjórnvaldi getur því borið samkvæmt svarreglunni svokölluðu og vönduðum stjórnsýsluháttum að staðfesta móttöku þess.³⁹ Til hliðsjónar má minna á að samkvæmt síðari málslið 2. mgr. 39. gr. ssl. skal stjórnvald að eigin frumkvæði staðfesta að því hafi borist gögn, eftir því sem er unnt. Jafnframt ber stjórnvaldi að skrá erindi, sbr. VI. kafla upplýsingalaga og óskráðar skráningarreglur. Í þessu sambandi má jafnframt minna á lög nr. 77/2014, um opinber skjalasöfn.

Eftir staðfestingu og skráningu erindis eða samhliða því ber stjórnvaldi að taka afstöðu til þess hvort erindi heyrir undir starfssvið þess. Ef erindið gerir það ber stjórnvaldinu að leggja það í réttan farveg að lögum hjá sér, svo sem í farveg stjórnsýslumáls eða annars konar máls. Sé erindi óljóst ber stjórnvaldi á grundvelli leiðbeiningar- og rannsóknarreglu 7. og 10. gr. ssl., eða að minnsta kosti óskráðu reglnanna og vandaðra stjórnsýsluhátta, að afla nánari upplýsinga frá aðila um erindið og leiðbeina honum meðal annars um hvaða afleiðingar það hafi í för með sér bregðist hann ekki við upplýsinga-beiðni.⁴⁰

Snerti erindi ekki starfssvið stjórnvalds ber því að taka afstöðu til þess undir hvaða stjórnvald það heyrir. Ef erindið er óljóst ber stjórnvaldinu að hafa samband við aðila og gæta að fyrrnefndum atriðum. Enn fremur getur stjórnvaldi borið að hafa samband við aðila máls ef fleiri stjórnvöld koma til greina og óska eftir afstöðu hans til þess hvort hann vilji beina erindi sínu að einu stjórnvaldi fremur en öðru. Ef ekki er ljóst undir hvaða stjórnvald erindi heyrir getur stjórnvaldi borið á grundvelli rannsóknarreglunnar að hafa samband við það stjórnvald sem það telur að komi til greina sem réttan móttakanda erindisins og afla upplýsinga frá því um starfssvið þess.⁴¹ Fari stjórnvald þá leið að hafa samband við aðila símleidis eða tala við hann á fundi ber að gæta að skráningu munnlegra upplýsinga um framangreind atriði, sbr. meðal annars 27. gr. upplýsingalaga. Sama á við um munnlega upplýsingaöflun frá öðrum stjórnvöldum. Þegar erindi er framsent ber stjórnvaldi að skrá málalyktir svo fyrir liggi hvernig leyst var úr því, sbr. til hliðsjónar *álit UA frá 15. apríl 2013 í máli*

³⁹ Hafsteinn Dan Kristjánsson og Særún María Gunnarsdóttir: „Skýrleikareglan og svarreglan í stjórnsýslurétti“, bls. 288. Um samspil svarreglunnar og framsendingarreglunnar, sjá bls. 285.

⁴⁰ John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 231.

⁴¹ John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 231 og Geir Woxholth: *Forvaltningsloven med kommentarer*, bls. 222.

nr. 6767/2011 (*álitsgerð læknis*) sem að vísu laut ekki að framsendingu erindis.

Framsending skriflegs erindis er eðli máls samkvæmt almennt skrifleg og gerð með almennum pósti eða boðleiðum innan stjórnýslunnar. Er það einnig í samræmi við orðalag 2. mgr. 7. gr. ssl. um að „framsenda erindið“. Með vísan til þeirra sjónarmiða sem gerð var grein fyrir í 5. kafla getur stjórnvald framsent rafrænt erindi með rafrænum hætti. Þá má leiða rök að því að stjórnvaldi sé jafnframt heimilt að færa skriflegt erindi í rafrænan búning og framsenda það með rafrænum hætti á réttan stað nema annað leiði af eðli erindis og aðstæðum öllum, svo sem að móttakandi verður að fá frumgagn í hendur. Framsendi stjórnvald frumgögn er almennt í samræmi við vandaða stjórnýsluhætti að varðveita afrit af þeim. Með því er sönnun tryggð um hvaða gagn barst hvenær og hvernig farið var með það.

Stjórnvaldi ber að tilkynna aðila um framsendingu erindis samhliða því sem það er framsent.⁴² Bent hefur verið á að telja verði það „í samræmi við vandaða stjórnýsluhætti að senda aðila bréf og tilkynna honum um framsendinguna svo að aðila megi ljóst vera hvar erindi hans er niður komið“.⁴³ Í því sambandi má nefna *álit UA frá 30. nóvember 1999 í máli nr. 2706/1999 (framsending mála)*.⁴⁴ Í málinu hafði sjávarútvegsráðuneytinu borist fjöldi sams konar bréfa á sama tíma. Ráðuneytið framsendi erindin á réttan stað en tilkynnti ekki hverjum og einum sendanda um það. Umboðsmaður taldi að það hefði ekki verið í samræmi við vandaða stjórnýsluhætti. Jafnframt taldi hann að mikil umfjöllun í fjölmiðlum kæmi ekki í stað tilkynninga stjórnvalda til þeirra aðila sem hlut ættu að máli hverju sinni. Þá hefði „það ekki verið vandkvæðum bundið fyrir sjávarútvegsráðuneytið að tilkynna um framsendingu umræddra erinda til annars stjórnvalds með formlegum hætti á þann hátt að öllum viðkomandi aðilum mætti vera ljóst hvar erindi þeirra væru niður komin án þess að skapa aukið vinnuálag á ráðuneytið.“ Enn fremur kom fram að væri „um mikinn fjölda samkynja erinda að ræða ... gæti eftir atvikum komið til greina að birta almenna auglýsingu um framsendingu erinda“. Umboðsmaður ítrekaði þó að það væri í betra samræmi við vandaða stjórnýsluhætti að

⁴² Geir Woxholth: *Forvaltningsloven með kommentarer*, bls. 233. Um tilkynningu til aðila á grundvelli vandaðra stjórnýsluhátta í íslenskum rétti, sjá Hafstein Dan Kristjánsson: *Vandaðir stjórnýsluhættir*, bls. 51-53.

⁴³ Páll Hreinsson: *Stjórnýslulögin. Skýringarrit*, bls. 95.

⁴⁴ Einnig er fjallað um málið í Hafsteini Dan Kristjánssyni og Særunu Maríu Gunnarsdóttur: „Skýrleikareglan og svarreglan í stjórnýslurétti“, bls. 282-283.

hverjum og einum væri send skrifleg tilkynning um framsendinguna. Um hagsmuni aðila af slíkri tilkynningu sagði:

„Aðila sem beint hefur skriflegu erindi til stjórnvalds getur skipt það miklu að fá vitneskju ef erindi hans hefur verið sent öðru stjórnvaldi til afgreiðslu á grundvelli þess að hann hafi beint erindi sínu til rangs stjórnvalds. Sú staða kann að leiða til þess að aðilinn telji nauðsynlegt að koma á framfæri frekari upplýsingum og gögnum, koma að athugasemdum um málsmeðferðina t.d. vegna vanhæfis þeirra sem koma að afgreiðslu á máli hans eða spyrjast fyrir um hvað líði afgreiðslu á erindi hans. Verður því að telja að það sé í samræmi við vandaða stjórnýsluhætti að þegar skriflegt erindi er framsent öðru stjórnvaldi beri að senda aðila bréf og tilkynna honum um framsendingu svo að aðila megi vera ljóst hvar erindi hans er niður komið.“

Enn fremur má nefna álit UA frá 1. september 1999 í máli nr. 2406/1998 (handtaka) en þar sagði meðal annars eftirfarandi:

„Þá bar lögreglunni, og eftir atvikum dóms- og kirkjumálaráðuneytinu, í samræmi við vandaða stjórnýsluhætti að tilkynna A um framsendinguna svo að honum mætti vera ljóst hvar þessi þáttur erindis hans var niðurkominn.“

Ekki eru gerðar sérstakar formkröfur til tilkynningar til borgarans. Hún getur því bæði verið munnleg og skrifleg. Sé hún munnleg getur þó borið að skrá hana í samræmi við upplýsingalög og vandaða stjórnýsluhætti. Oft er heppilegra og í samræmi við vandaða stjórnýsluhætti sem og svarregluna að tilkynning sé í skriflegum búningi.

Að lokum ber að gæta að reglum laga nr. 90/2018, um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga, sem og annarra reglna um framsendingu gagna og upplýsinga í stjórnýslunni að því marki sem þær eiga við. Í þessu sambandi má einnig minna á 46. gr. ssl.

Æskilegt er að stjórnvöld móti verklag um móttöku og skráningu erinda, við að setja þau í farveg innan stjórnvalds sem og við framsendingu og endursendingu þeirra.

9. *Svo fljótt sem unnt er*

Í 2. mgr. 7. gr. ssl. er gerð sú krafa að erindi sé framsent „svo fljótt sem unnt er“. Með þessu er málshraðaregla 9. gr. ssl. áréttuð. Í tengslum við óskráðu framsendingarregluna má benda á óskráðu málshraðaregluna. Í þessu sambandi ber að áréttu að borgararnir geta haft ýmsa hagsmuni af því að erindi, sem þeir hafa sent á rangan stað, séu send innan hæfilegs tíma til réttis stjórnvalds.

Af kröfunni til hraðrar málsmeðferðar leiðir að stjórnvaldi ber að taka afstöðu til þess hvort erindi heyrir undir það svo fljótt sem unnt er. Ekki er forsvaranlegt að erindi sé látið liggja í lengri tíma án þess að einhver kynni sér efni þess. Góð framkvæmd er að minnsta kosti að kynna sér efni erindis lauslega um leið og það berst til stjórnvalds en við slíka könnun getur komið í ljós að augljóst er að það heyrir undir tiltekið annað stjórnvald og auðvelt er að framsenda það fljótt og örugglega. Þarfnist erindi aftur á móti nánari skoðunar er það afgreitt í samræmi við mikilvægi þess, þörf aðila fyrir hraða málsmeðferð og verkefnastöðu stjórnvaldsins að öðru leyti. Í þessu sambandi er horft til sömu eða sambærilegra sjónarmiða og ella við mat á málshraða.⁴⁵

Yfirleitt er tekin afstaða til þess í upphafi hvort erindi snertir starfssvið stjórnvalds og þá til framsendingar þess. Þó getur gerst að stjórnvald telji fyrst að erindi heyrir undir það en kemst síðar á þá skoðun að svo sé ekki, eftir atvikum við nánari könnun á erindinu og lagagrundvelli þess. Við þær aðstæður ber stjórnvaldi að framsenda erindið svo fljótt sem unnt er eftir að það hefur komist að fyrretinni niðurstöðu.⁴⁶ Sama á við hafi erindi til dæmis heyrt undir stjórnvaldið en vegna breyttra atvika eða laga geri það ekki lengur.⁴⁷ Breytist lög er áréttað að huga ber að lagaskilareglum.

10. Réttaráhrif

10.1 Réttaráhrif þess að erindi berst til rangs stjórnvalds

Ýmis réttaráhrif geta verið bundin við að erindi borgara hafi borist stjórnvaldi fyrir ákveðinn tíma. Svo getur átt við um til dæmis umsóknir, kærur og beiðni um rökstuðning. Sendi aðili erindi sitt á rangan stað, svo sem vegna mistaka eða misskilnings, getur afleiðingin orðið sú að erindi hans berst ekki innan tilskilins frests. Höfuðreglan er sú að umsóknir og kærur sem berast eftir að frestur eru liðinn er vísað frá nema til staðar séu undantekningar í lögum, sbr. til dæmis 28. gr. ssl. í tilviki stjórnsýslukæra. Í dönskum rétti hefur því verið slegið föstu að berist erindi, svo sem kæra eða umsókn, til rangs stjórnvalds, sem er skylt að framsenda það á rétt stjórnvald, af afsakanlegum ástæðum

⁴⁵ Um mat samkvæmt málshraðareglunni, sjá Pál Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 448-454.

⁴⁶ Jon Andersen: „Veijledning og information“, bls. 384.

⁴⁷ Sjá til hliðsjónar Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling*, bls. 297 og *FOB 1998*, bls. 304 (aðili flytur).

innan tímafrests telst það komið innan tímamarka.⁴⁸ Þessi réttaráhrif eru ekki takmörkuð við kærur.⁴⁹ Þá hefur því verið velt upp að frá þessu kunni að vera undantekningar eftir eðli og atvikum máls, svo sem hvort aðrir aðilar máls hafi gagnstæða hagsmuni eða hafi tekið mið af ákvörðun og treyst á hana.⁵⁰

Í álitni UA frá 29. desember 1992 í máli nr. 464/1991 (sjómannaafsláttur) hafði frestur verið liðinn til að bera mál undir skattstjóra. Vegna þess gerði umboðsmaður ekki athugasemdir við afgreiðslu ríkisskattstjóra á erindi. Eins og forsendurnar eru orðaðar í álitinu hefði niðurstaðan mögulega getað orðið önnur hefði erindið borist innan frests til ríkisskattstjóra. Með hliðsjón af því og eðli máls gilda sennilega sömu reglur í íslenskum rétti og í dönskum rétti. Er þá haft í huga lagalegt eðli undirliggjandi stöðu, þeirra markmiða sem búa að baki framsendingarreglunni og að henni er ætlað að búa borgurunum ákveðið réttarhagræði. Hafi borgari komið erindi sínu til stjórnvalds sem er skylt að framsenda erindi svo fljótt sem unnt er á réttan stað, sem berst til þess af afsakanlegum ástæðum, er eðlilegt að það teljist komið innan tímafrests. Sem dæmi má nefna að berist stjórnslukæra til umhverfis- og auðlindaráðuneytisins, sem á undir úrskurðarnefnd um umhverfis- og auðlindamál, telst hún almennt komin innan lögbundins tímafrests nema veigamikil sjónarmið mæli gegn því.

Af þessum sökum geta mikilvæg réttaráhrif verið bundin við að stjórnvaldi sé skylt að framsenda erindi. Vegna þess er mikilvægt að stjórnvald gangi úr skugga um hvort það geti framsent það á réttan stað, þegar reynir á tímafresti, í stað þess að endursenda það. Í ljósi þess kann stjórnvald að þurfa að leiðbeina aðila um afleiðingar þess fyrir réttindi hans veiti hann ekki fullnægjandi upplýsingar. Þegar lagt er mat á hvort á stjórnvaldi hvíli skylda til að framsenda erindi verður að líkindum að miða við hvað þau máttu vita en ekki hvað þau vissu í

⁴⁸ Sjá í þessu samhengi til dæmis *FOB 1985, bls. 48, FOB 2007, bls. 327 og UfR 1996, bls. 803H og UfR 2009, bls. 1084V* í dönskum rétti. Fyrir dönsk fræðiskrif, sjá Jens Garde o.fl. (ritstj.): *Forvaltningsret. Sagsbehandling*, bls. 159, Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling*, bls. 286-287, Jon Andersen: *Forvaltningsret. Sagsbehandling. Hjemmel. Prøvelse*, bls. 80, Jon Andersen: „Veijledning og information“, bls. 384 og Niels Fenger: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 292.

⁴⁹ John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 233 og Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret*, bls. 254.

⁵⁰ Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling*, bls. 287, John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 233 og Niels Fenger: *Forvaltningsloven. Med kommentarer*, bls. 292.

reynd um hvert senda ætti erindi í ljósi eðlis og efnis þess sem og viðeigandi lagagrundvallar.

Hafi stjórnvald með réttu endursent erindi eftir að hafa viðhaft forsvaranlega málsmeðferð kann þriggja mánaða kærufrestur samkvæmt 1. mgr. 27. gr. ssl. að vera liðinn. Sé ársfresturinn ekki liðinn, sbr. 2. mgr. 28. gr. ssl., kann það þó að vera að afsakanlegt að kæra hafi ekki borist innan kærufrests, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 28. gr. ssl. Ræðst það af atviksbundnu mati á aðstæðum öllum, þar á meðal hvort aðili hafi fengið skýrar kæruleiðbeiningar og afsakanlegt sé að öðru leyti að hann hafi sent kæru rangan stað.

Verði ekki fallist á framangreind réttaráhrif, um að kæra og önnur erindi teljist komin innan tímafrests berist þau til stjórnvalds sem ber að framsenda þau, má benda á tvennt. Annars vegar byrjar kærufrestur ekki að líða hafi aðila ekki verið leiðbeint um kæruehimild og kærufrest, sbr. 2. tölul. 2. mgr. 20. gr. ssl.⁵¹ Hins vegar kann að reyna á hvort afsakanlegt sé að erindi, sem er framsent til réttis stjórnvalds utan kærufrests, hafi borist of seint samkvæmt 1. tölul. 1. mgr. 28. gr. ssl.

10.2 Réttaráhrif brota á framsendingarreglunni

Ef stjórnvald hefur ekki gætt að framsendingarskyldu sinni liggur nærri lagi að það bæti úr og framsendi erindi á rétt stjórnvald. Í þessu sambandi má benda á að í álitum UA frá 4. nóvember 1999 í máli nr. 2473/1998 (*sorphirðugjald I*) og álitum UA frá 17. nóvember 1999 í máli nr. 2500/1998 (*sorphirðugjald II*) beindi umboðsmaður því til umhverfisráðuneytisins að framsenda tiltekinni úrskurðarnefnd erindi A til meðferðar og ákvörðunar svo fljótt sem auðið væri.

Hafi ákvörðun nú þegar verið tekin sem hefur þýðingu fyrir erindi aðila, áður en stjórnvald framsendir erindið á réttan stað, kemur til skoðunar hvort ákvörðunin sé ógildanleg. Enn fremur reynir á hvort aðili eigi rétt til endurupptöku máls á grundvelli 24. gr. ssl., einkum 1. tölul. 1. mgr. ákvæðisins, og óskráðra reglna, sem og hvort tilefni sé til að afturkalla ákvörðun samkvæmt 25. gr. ssl. Sjá í þessu sambandi til hliðsjónar *Hrd. 2002, bls. 8 (mál nr. 2/2002) (kæra)* þar sem talið var að hefði erindi verið framsent á réttan stað hefði það mögulega getað haft áhrif á rannsókn máls.

Ef stjórnvald er lengi að framsenda erindi á réttan stað getur það valdið aðila tjóni. Getur það gerst vegna þess tíma sem líður meðan mál

⁵¹ Sjá til dæmis álit UA 21. júní 1996 í máli nr. 1818/1996 (*áfrýjunarfrestur*) og Pál Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 441.

er ekki til meðferðar á réttum stað. Einnig á það við ef framsent erindi berst of seint. Svo ber undir þegar ákvörðun hefur til dæmis verið tekin í máli sem hefur þýðingu fyrir erindið og hún telst ekki ógildanleg sökum annarra einka- eða almannahagsmuna. Jafnframt háttar svo til þegar engin ákvörðun hefur verið tekin en ekki er unnt að líta svo á að erindi hafi borist innan frests þegar það var sent ranga stjórnvaldinu sökum hagsmuna annarra aðila af máli. Reynir þá á hvort stjórnvöld hafi bakað sér skaðabótaábyrgð gagnvart aðilanum.

Leiðbeini opinber starfsmaður ekki aðila um hvert hann getur leitað með erindi sitt, sbr. til dæmis 2. mgr. 14. gr. laga nr. 70/1996, eða framsendir ekki erindi á réttan stað getur það leitt til þess að hann sé beittur starfsmannaréttarlegum viðurlögum. Kemur þar helst til skoðunar hvort um svo veruleg frávik frá starfsskyldum sé að ræða að tilefni sé til að áminna starfsmann samkvæmt til dæmis 21. gr. laga nr. 70/1996 í tilviki ríkisstarfsmanna.

11. Lokaorð

Fjallað hefur verið um framsendingarreglu 2. mgr. 7. gr. ssl. og eftir atvikum óskráðu framsendingarskylduna. Samkvæmt ákvæðinu ber stjórnvaldi að framsenda skriflegt erindi sem því berst, sem snertir ekki starfssvið þess, á réttan stað svo fljótt sem unnt er. Að lokum koma til skoðunar lagatæknileg sjónarmið (l. *de lege ferende* sjónarmið).

Í fyrsta lagi kann að vera tilefni til þess að skerpa á takmörkunum á framsendingarskyldunni. Í 2. mgr. 7. gr. ssl. stendur aðeins að senda skuli erindi á „réttan stað“. Í því sambandi kemur til skoðunar hvort skyldan sé bundin við að framsenda erindi á handhafa framkvæmdarvalds og þá einkaaðila sem fara með opinber verkefni lögum samkvæmt.

Í öðru lagi má velja því upp hvort ástæða sé til að kveða berum orðum á um réttaráhrif þess að erindi er sent á rangt stjórnvald innan tímafrests en frestur líður áður en það er að lokum framsent til rétts stjórnvalds.

Í þriðja lagi má skoða hvort þörf sé á því að kveða skýrar á um undantekningar frá framsendingarskyldunni í lagaákvæðinu sjálfu. Gert er ráð fyrir því í lögskýringargögnum að sé ekki unnt að ráða af erindi hvert skuli senda það beri að endursenda það.

Í fjórða lagi færi vel á því ef kveðið væri á um það í ákvæðinu að stjórnvaldi væri skylt að tilkynna aðila um framsendingu erindis. Í því sambandi má minna *álit UA frá 30. nóvember 1999 í máli nr. 2706/1999 (framsending mála)*.

Í fimmta og síðasta lagi má velta því upp hvort tilefni sé til að endurskoða gildissvið stjórnýslulaga á þann hátt að sumar meginreglur laganna gildi um alla stjórnýsluna en ekki aðeins þegar tekin verður eða til greina kemur að taka stjórnvaldsákvörðun. Dæmi um reglur sem gilda almennt eru leiðbeiningar-reglan, sbr. 1. mgr. 7. gr., framsendingarreglan, sbr. 2. mgr. 7. gr., málshraðareglan, sbr. 9. gr., og rannsóknarreglan, sbr. 10. gr. ssl. Sé sú leið farin reynir minna á hvort skylda, sem hvílir á herðum stjórnvalds, byggist á ákvæði stjórnýslulaga eða óskráðri reglu. Þó að niðurstaðan kunni að vera sú sama eftir ólíkum réttarheimildum má minna á að stjórnvaldi ber að byggja niðurstöðu sína og rökstuðning á réttum lagagrundvelli.

Abstract

The Duty of Authorities to Forward a Written Errand to the Right Authority

The article discusses the duty to forward a written errand to the right authority according to Article 7 (2) of the Administrative Procedures Act No. 37/1993 as well as an unwritten principle with the same content but a wider scope. According to the provision an authority must forward a written errand, which is sent to it but does not fall within their mandate, to the right place within a reasonable time. The article discusses the duty in light of written, electronic and oral errands as well as the material scope of the duty. Furthermore, the article analysis when an errand does not fall within an authority's mandate. Then it discusses the authority's duty to find out what is the right place for an errand and the various procedural obligations in that regard, such as prompt procedure, to investigate, to guide and to document. After that the article discusses the limitations of forwarding clear errands, such as because of their nature or content as well as to certain places, such as to private parties. Next it discusses the legal consequences of a written errand being sent to the wrong authority, who has a duty to forward it; namely, an errand is to be considered to have arrived within time limits. Also it discusses possible legal consequences of violations of the duty, mainly invalidation, damages and reprimanding public employees. Lastly, the article mentions several areas where the statutory provision could be made clearer and improved as well as the scope of the Administrative Procedures Act.

Heimildir

Alþingistiðindi.

Geir Woxholth: *Forvaltningsloven med kommentarer.* 5. útg. Oslo 2011.

Jens Garde o.fl.: *Forvaltningsret. Sagsbehandling.* 6. útg. Kaupmannahöfn 2007.

Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinmi lagalegu aðferð.* Reykjavík 2015.

Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Um sigildar og stefnumarkandi meginreglur laga.“ *Tímarit lögfræðinga* 4. tbl. 2014, 64. árg., bls. 423-457.

Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Vandaðir stjórnarsýsluhættir.* Reykjavík 2016.

Hafsteinn Dan Kristjánsson og Særún María Gunnarsdóttir: „Skýrleikareglan og svarreglan í stjórnarsýslurétti.“ *Afnælisrit Tryggvi Gunnarsson sextugur 10. júní 2015.* Reykjavík 2015, bls. 237-299.

John Vogter: *Forvaltningsloven. Med kommentarer.* 3. útg. Kaupmannahöfn 2001.

Jon Andersen: *Forvaltningsret. Sagsbehandling. Hjemmel. Prøvelse.* Kaupmannahöfn 2006.

Jon Andersen: „Veijledning og information.“ Hans Gammeltoft-Hanson (ritstj.). *Forvaltningsret.* 2. útg. Kaupmannahöfn 2002.

Niels Fenger: *Forvaltningsloven. Med kommentarer.* Kaupmannahöfn 2013.

NOU 2019:5 Ny forvaltningslov.

Páll Hreinsson: *Stjórnarsýsluréttur. Málsmeðferð.* Reykjavík 2013.

Páll Hreinsson: *Stjórnarsýslulögin. Skýringarrit.* Reykjavík 1994.

Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling.* 2. útg. Kaupmannahöfn 2006.

Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret.* 4. útg. Kaupmannahöfn 2018.

Torstein Eckhoff og Eivind Smith. *Forvaltningsrett.* 11. útg. Oslo 2018.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar Íslands

Hrd. 2002, bls. 8 (mál nr. 2/2002).

Álit umboðsmanns Alþingis

Álit UA frá 29. desember 1992 í máli nr. 464/1991.

Álit UA 21. júní 1996 í máli nr. 1818/1996.

Álit UA frá 1. september 1999 í máli nr. 2406/1998.

Álit UA frá 4. nóvember 1999 í máli nr. 2473/1998.

Álit UA frá 17. nóvember 1999 í máli nr. 2500/1998.

Álit UA frá 30. nóvember 1999 í máli nr. 2706/1999.

Álit UA frá 6. desember 2000 í máli nr. 2037/1997.

Áliti UA frá 31. ágúst 2001 í máli nr. 3179/2001.

Bréf UA frá 25. febrúar 2003 í máli nr. 3592/2002.

Álit UA frá 20. febrúar 2004 í máli nr. 3835/2003.

Álit UA frá 16. nóvember 2009 í máli nr. 4920/2007.

Álit UA frá 11. mars 2011 í máli nr. 6083/2010.

Álit UA frá 15. apríl 2013 í máli nr. 6767/2011.

Bréf UA frá 9. desember 2014 í máli nr. 5700/2009.

Álit UA frá 30. október 2015 í máli nr. 7660/2013.

Danskir dómar

UfR 1996, bls. 803 H.

UfR 2009, bls. 1084 V.

Úrlausnir umboðsmanns danska þjóðþingsins

FOB 1985, bls. 48.

FOB 1998, bls. 304.

FOB 2002, bls. 140.

FOB 2005, bls. 621.

FOB 2006, bls. 414.

FOB 2007, bls. 327.

FOB 2009 17-2.

Gerður Guðmundsdóttir

RÉTTURINN TIL AÐ FELLA EKKI Á SIG SÖK Í STJÓRNSÝSLUNNI

*Almenni hlutinn: 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr.
Mannréttindasáttmála Evrópu**

Efnisyfirlit

1. Inngangur	246
2. Almenn um þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök samkvæmt MSE	249
2.1 Réttarheimildarlegur grundvöllur og tengsl við önnur réttindi	249
2.2 Markmið.....	251
2.3 Kjarni réttindanna.....	252
2.4 Inntak réttindanna og aðstæður þar sem helst reynir á þau	254
2.5 Andlag réttindanna	257
2.6 Réttindin eru ekki algild heldur ráðast af heildstæðu og atviksbundnu mati	259
3. Nánar um gildissvið réttindanna samkvæmt MSE.....	260
3.1 Sakamál í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE.....	260
3.2 Hvenær verða réttindin virk?.....	266
3.3 Réttindin eiga ekki við í annars konar málum	272
3.4 Réttindin gilda ekki um þriðja mann	276
3.5 Njóta lögaðilar réttindanna?.....	279
4. Sjónarmið við mat á því hvort réttindin hafi verið virt	282
4.1 Almenn um matið	282
4.2 Þvingun – aðferðir við öflun gagna og upplýsinga.....	283
4.2.1 Líkamlegar og andlegar þvinganir.....	284
4.2.2 Blekkingar o.fl.	290
4.2.3 Annars konar þvingun – lagaskylda til að veita upplýsingar ...	293
4.3 Réttaröryggi.....	298
4.3.1 Almenn	298
4.3.2 Leiðbeining eða vitneskja um réttindin	299
4.4 Notkun gagna og upplýsinga.....	300
4.5 Almannahagsmunir.....	301
5. Lokaorð	303
Abstract.....	304
Heimildir	305

1. Inngangur¹

Í stjórnýslunni kemur iðulega upp sú staða að stjórnvald krefst þess að borgari afhendi gögn og upplýsingar á grundvelli lagaskyldu þess efnis að viðlagðri refsingu.² Sömuleiðis óska stjórnvöld oft eftir skýringum frá aðila máls eða gefa honum kost á að koma að athugasemdum. Til viðbótar hafa sum stjórnvöld lagaheimild til að taka skýrslu af borgurunum með hliðstæðum hætti og lögreglan gerir. Við þessar aðstæður kann borgarinn eða aðili máls að játa á sig brot á lögum eða fella á sig sök á annan hátt ef til vill án þess að vera meðvitaður um það.³ Vegna þess reynir á hvernig rétturinn til að tjá sig ekki (þagnarrétturinn) og rétturinn til að fella ekki á sig sök horfa við í stjórnýslunni (l. *nemo tenetur seipsum accusare* eða *nemo tenetur seipsum prodere*). Í þessu sambandi má benda á að rétturinn til að fella ekki á sig sök er rýmri en rétturinn til að tjá sig ekki. Í fyrrnefnda réttinum felst að auki réttur til að afhenda ekki gögn, upplýsingar og muni sem og láta í té sýni við ákveðnar aðstæður.⁴ Sá réttur tengist þó fyrst og fremst þagnarréttinum.⁵ Eftirleiðis verður stundum vísað til „réttindanna“ sem samheiti þeirra.

Eins og fjallað verður um hér á eftir njóta þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök verndar 1. mgr. 70. g. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (hér eftir „stjskr.“) og 1. mgr. 6. gr. samningsins um verndun mannréttinda og mannfrelsis, sbr. lög nr. 62/1994 (hér eftir „mannréttindasáttmáli Evrópu“, „mannréttinda-sáttmálinn“ eða „MSE“). Ákvæði 6. gr. MSE var fyrirmynd 70. gr. stjskr. Vegna þess er rétt að túlka síðarnefnda ákvæðið til samræmis við

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Hafsteini Dan Kristjánssyni, aðjunkt við Lagadeild Háskóla Íslands og stipendiary lecturer við Balliol College við Oxford háskóla, eru færðar þakkir fyrir aðstoð við vinnslu greinarinnar. Jafnframt er Ólafi Guðmundssyni, lögfræðingi hjá skattrannsóknarstjóra ríkisins, færðar þakkir fyrir yfirlestur á greininni. Enn fremur er ritrýni þakkað fyrir gagnlegar ábendingar. Höfundur ber þó einn ábyrgð á efni greinarinnar.

² Um þessa stöðu í tengslum við réttinn til að fella ekki á sig sök, sjá til dæmis Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering in forvaltningsretten“, bls. 244, 249 og 251 og Björgu Thorarensen. „Réttur aðila að stjórnýslumáli til að fella ekki á sig sök“, bls. 33.

³ Um hvernig geti reynt á réttindin í stjórnýslunni, sjá einnig Eirík Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 98.

⁴ Björg Thorarensen. „Réttur aðila að stjórnýslumáli til að fella ekki á sig sök“, bls. 34-35.

⁵ Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 638.

fyrirnefnda ákvæðið.⁶ Þar sem réttindin njóta verndar 1. mgr. 70. gr. stjkskr. hafa þau stöðu stjórnлага og eru réttþærri almennum lögum og öðrum réttarheimildum. Af því leiðir að túlka þer almenn lög til samræmis við stjórnarskrárákvæðið. Einnig þer stjórnvöldum að gæta að þeim réttindum sem felast í stjórnarskrárákvæðinu og ákvæði MSE þegar þau eiga við.⁷

Almennt reynir á þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök í sakamáli í skilningi 1. gr. laga nr. 88/2008, um meðferð sakamála (hér eftir „sakamála“ eða „sml.“). Í venjulegu sakamáli er rannsókn máls í höndum lögreglu, ákærvaldið höfðar mál og dómstólar dæma um sekt eða sýknu ákærða. Í sakamálaögum er að finna ákvæði sem útfæra eða áréttta réttindin. Í VII. kafla laganna er fjallað um skýrslutöku við rannsókn. Þar segir í 2. mgr. 64. gr. að sakborningi sé óskýlt að svara spurningum varðandi refsiverða hegðun sem honum er gefin að sök. Þer þeim sem skýrslu tekur að benda sakborningi ótvírætt á þennan rétt. Kjósi sakborningur að gefa skýrslu um sakarefni kemur fram í 3. mgr. 64. gr. að brýnt skuli fyrir honum að segja satt og rétt frá og draga ekkert undan sem máli kann að skipta. Í XVII. kafla sml. er fjallað um skýrslugjöf ákærða fyrir dómi. Í 2. mgr. 113. gr. segir að ákærða sé óskýlt að svara spurningum varðandi refsiverða hegðun sem honum er gefin að sök. Hann geti ýmist neitað að gefa skýrslu um sakarefni eða neitað að svara einstökum spurningum þar að lútandi. Í 1. mgr. 114. gr. kemur síðan fram að dómari geri ákærða grein fyrir því að honum sé óskýlt að svara spurningum varðandi refsiverða hegðun sem honum er gefin að sök, sbr. 2. mgr. 113. gr. Þá er víkið að skyldu vitna til að svara spurningum í 116.-117. gr. sml.

Sakamál falla ekki öll að þeirri mynd sem birtist hér að ofan. Stundum hefst rannsókn máls hjá eftirlitsstjórnvaldi á borð við skattrannsóknarstjóra ríkisins, Seðlabanka Íslands og Samkeppnis- eftirlitið. Hér er hugtakið eftirlitsstjórnvald notað til aðgreiningar frá lögreglu og handhöfum ákærvalds. Máli hjá eftirlitsstjórnvaldi kann að ljúka með kærui til lögreglu eða handhafa ákærvalds, eftir atvikum á grundvelli sérstakrar lagaheimildar þess efnis⁸, eða með vísun til rannsóknar og dómsmeðferðar lögum samkvæmt.⁹ Við þær aðstæður

⁶ Sjá til hliðsjónar Björgu Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 219. Sjá einnig lögskýringargögn við stjórnarskipunarlög nr. 97/1995, sem færðu ákvæði 70. gr. í stjórnarskránni, Alpt. A 1994-1995, þskj. 389, bls. 2096-2097.

⁷ Sjá til dæmis Hafstein Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*, bls. 155.

⁸ Sjá til dæmis 42. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

⁹ Sjá til dæmis 1. mgr. 110. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt.

reynir á hvort þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök eigi við um málsmeðferð eftirlitsstjórnvalds áður en það kemur inn á borð lögreglu eða handhafa ákærvalds. Enn fremur getur reynt á hvort unnt sé að styðjast við gögn og upplýsingar, sem hefur verið aflað við meðferð stjórnslumáls hjá eftirlitsstjórnvaldi, í síðara sakamáli.

Að auki hafa stjórnvöld stundum heimildir til að beita stjórnsluviðurlögum, þar á meðal að leggja á stjórnvaldssektir. Eins og vikið verður að síðar telst aðili vera borinn sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE, og mögulega einnig 1. mgr. 70. gr. stjkskr., þegar stjórnvald sakar hann um brot sem varðar stjórnvaldssektum, að minnsta kosti ef sektirnar varða ekki óverulegum fjárhæðum. Afleiðingin er sú að stjórnvöld verða að gæta þeirra réttinda sem ákvæðin mæla fyrir um við meðferð og úrlausn stjórnslumáls. Meðal þeirra eru, sem fyrr segir, þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök. Reynt getur á réttindin á ýmsan hátt í málum sem lýkur með ákvörðun stjórnvalds um efni máls. Þannig getur til dæmis reynt á hvort unnt sé að byggja á gögnum og upplýsingum sem hefur verið aflað frá sökuðum manni með þvingun. Jafnframt kemur til skoðunar hvaða ályktun sé unnt að draga af synjun aðila máls um að tjá sig eða afhenda gögn um hvað teljist sannað í stjórnslumáli.

Fjallað verður um réttindin í stjórnslumálum í tveimur greinum sem skipt hefur verið í almennan og sérstakan hluta. Við efnislega afmörkun greinanna hefur verið lögð áhersla á fjögur atriði. Í *fyrsta lagi* verður sjónunum einkum beint að réttindunum í stjórnslumálum eftirlitsstjórnvalda en ekki í venjulegum sakamálum.¹⁰ Þó verður vikið að dómum þar sem reyndi á réttindin í venjulegum sakamálum. Leitast verður við að draga ályktanir af þeim fyrir beitingu réttindanna í stjórnslumálum. Í *öðru lagi* verður lögð áhersla á 1. mgr. 6. gr. MSE og 1. mgr. 70. gr. stjkskr. að því marki sem stjórnarskrárákvæðið er sama efnis og ákvæði mannréttindasáttmálans. Ekki verður fjallað almennt um réttindin í EES-rétti, svo sem á sviði samkeppnismála EES-réttar, eða gefið yfirlit yfir reglur annarra ríkja en þó nokkuð hefur reynt á réttindin í enskum og bandarískum rétti.¹¹ Í *þriðja lagi* verður sérstök áhersla lögð á þá stöðu þegar stjórnvald aflar gagna og upplýsinga á grundvelli lagaskyldu að viðlagðri refsingu. Oftast reynir á þessa stöðu

¹⁰ Þá verður heldur ekki fjallað um vitnaskyldu og undantekningar frá henni. Sjá í því samhengi til dæmis *MDE K gegn Austurríki frá 2. júní 1993, mál nr. 16002/90, Series A nr. 255-B* og *MDE Servés gegn Frakklandi frá 20. október 1997, mál nr. 20225/92, Reports 1997-VI*.

¹¹ Sjá til dæmis yfirlit um bandarískan rétt í Jonas Christoffersen: „Retlig kreolisering – om selvinkriminering i dansk, europæisk og amerikansk menneskeret“, bls. 259-264.

í stjórnýslunni og tíðast er að þau lagaákvæði sem sett hafa verið hér á landi um réttindin fjalli um hana, sbr. umfjöllun í kafla 3.3 í sérstaka hlutanum. Engu að síður verður í greininni farið almennum orðum um aðrar tegundir þvingana en á grundvelli lagaskyldu. Í fjórða lagi og tengt framangreindu verður lögð sérstök áhersla á réttinn til að fella ekki á sig sök þótt jafnframt verði vikið að þagnarréttinum.

Almenni hlutinn fjallar fyrst og fremst um réttindin samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE og 1. mgr. 70. gr. stjkskr., að því marki sem stjórnarskrárákvæðið er sama efnis og ákvæði mannréttindasáttmálans. Í sérstaka hlutanum verður síðan farið yfir álitafni um gagna- og upplýsingaöflun stjórnvalda, lögfestingu réttindanna á sviði stjórnýslunnar og réttaráhrif brota á réttindunum, einkum í stjórnýslunni. Greinunum hefur verið skipt upp til hægðarauka með hliðsjón af umfangi þeirra.

Efnisskipan almenna hlutans er eftirfarandi: Í 2. kafla verður fjallað almennt um þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök samkvæmt MSE. Í 3. kafla verður farið yfir gildissvið réttindanna samkvæmt MSE. Í 4. kafla er að finna umfjöllun um sjónarmið sem litið er til við mat á því hvort gætt hafi verið að réttindunum. Að síðustu er í 5. kafla að finna lokaorð.

2. *Almennt um þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök samkvæmt MSE*

2.1 *Réttarheimildarlegur grundvöllur og tengsl við önnur réttindi*

Í upphafsmálslið 1. mgr. 6. gr. MSE kemur meðal annars fram að þegar kveða skuli á um sök, sem maður er borinn um refsivert brot, skuli hann eiga rétt til réttlátrar og opinberrar málsmeðferðar innan hæfilegs tíma fyrir sjálfstæðum og óvilhöllum dómstóli. Í 2. mgr. 6. gr. segir að hver sá sem er borinn sökum um refsiverða háttsemi skuli talinn saklaus uns sekt hans er sönnuð að lögum. Þá er tekið fram í 3. mgr. 6. gr. að hver sá sem borinn er sökum um refsiverða háttsemi skuli njóta ákveðinna lágmarksréttinda sem eru tilgreind í a-e-liðum. Í ákvæðinu er ekki kveðið berum orðum á um réttinn til að tjá sig ekki (þagnarréttinn) og réttinn til að fella ekki á sig sök.¹² Er þessu eins háttað í 70. gr. stjkskr. Ólíka skipan mála er að finna í 14. gr. alþjóðasamningsins um borgarleg og stjórnmalaleg réttindi. Þar segir í g-lið 3. mgr. að við ákvarðanir er maður hefur verið borinn sökum um

¹² Sjá til hliðsjónar Benadette Rainey o.fl. (ritstj.): *Jacobs, White, and Overy. The European Convention on Human Rights*, bls. 312.

glæpsamlegt athæfi skuli hann eiga rétt á að vera ekki þröngvað til þess að bera gegn sjálfum sér eða að játa sök. Vakin hefur verið athygli á að aðildarríkin ákváðu sérstaklega að bæta þessum réttindum ekki við 7. viðauka mannréttindasáttmálans á sínum tíma.¹³ Þótt ekki sé kveðið berum orðum á um réttindin í 6. gr. MSE hefur Mannréttindadómstóll Evrópu (hér eftir „Mannréttindadómstóllinn“, „dómstóllinn“ eða „MDE“) talið að þau felist í réttinum til réttlátrar málsmeðferðar samkvæmt 1. mgr. ákvæðisins. Þessu var slegið föstu í *MDE Funke gegn Frakklandi*.¹⁴ Í því sambandi hefur dómstóllinn bent á að réttindin séu almennt viðurkennd alþjóðleg viðmið sem mynda kjarna réttarins til réttlátrar málsmeðferðar.¹⁵ Réttindin eru því hluti af réttinum til réttlátrar málsmeðferðar.¹⁶

Bent hefur verið á að tiltölulega stutt sé síðan að reyna fór á réttindin í dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu. Þau hafi verið meira áberandi í engilsaxneskum rétti.¹⁷

Réttindin hafa snertifleti við ýmis önnur ákvæði MSE. Til að mynda eru þau nátengd réttinum til að teljast saklaus þar til sekt er sönnuð sem kveðið er á um í 2. mgr. 6. gr. MSE.¹⁸ Þá geta réttindi, sem mælt er fyrir um í 3. mgr. ákvæðisins, haft þýðingu fyrir þau svo sem rétturinn til að fá aðstoð verjanda samkvæmt c-lið 3. mgr. Í því sambandi má benda á að við mat á því hvort þagnarrétturinn og rétturinn til að fella

¹³ D.J. Harris o.fl. (ritstj.): *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 423.

¹⁴ *MDE Funke gegn Frakklandi* 25. febrúar 1993, mál nr. 10828/84, Series A nr. 256-A, mgr. 44. Sjá einnig til dæmis yfirdeildardóm *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi frá 17. desember 1996*, mál nr. 19187/91, Reports 1996-VI, mgr. 68, yfirdeildardóm *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi 8. febrúar 1996*, mál nr. 18731/91, Reports of Judgments and Decisions 1996-I, mgr. 45 og *MDE Serves gegn Frakklandi*, mgr. 46.

¹⁵ Sjá *MDE Funke gegn Frakklandi*, mgr. 44, *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 45, *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 68 og *MDE Serves gegn Frakklandi*, mgr. 46.

¹⁶ Sjá til dæmis Peter Dijk o.fl. (ritstj.): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 577, Eirík Tómasson og Kristínu Benediktadóttur: „Réttur til réttlátrar málsmeðferðar“, bls. 209 og Björgu Thorarensen: *Stjórnskipunarrettur. Mannréttindi*, bls. 260.

¹⁷ Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 313.

¹⁸ *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 68, *MDE Serves gegn Frakklandi*, mgr. 64, *MDE Weh gegn Austurríki frá 8. apríl 2004*, mál nr. 38544/97, mgr. 39, yfirdeildardómur *MDE Jalloh gegn Þýskalandi frá 11. júlí 2006*, mál nr. 54810/00, Reports of Judgments and Decisions 2006-IX, mgr. 100, *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi frá 21. desember 2000*, mál nr. 34720/97, Reports of Judgments and Decisions 2000-XII, mgr. 40, *MDE J.B. gegn Sviss frá 3. maí 2001*, mál nr. 31827/96, Reports of Judgments and Decisions 2001-III, mgr. 64 og *MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi frá 5. nóvember 2002*, mál nr. 48539/99, Reports of Judgments and Decisions 2002-IX, mgr. 44. Sjá einnig Benadette Rainey o.fl. (ritstj.): *Jacobs, White, and Overy. The European Convention on Human Rights*, bls. 312.

ekki á sig sök hafi verið brotinn hefur Mannréttindadómstóll Evrópu litið til þess hvort gætt hafi verið að réttaröryggi sakbornings eða hvort fyrir hendi séu ákveðnar réttaröryggisreglur (e. safeguards). Aðstoð verjanda er liður í réttaröryggisvernd sakbornings. Enn fremur skarast réttindin við svokallað neikvætt tjáningarfrelsi samkvæmt 10. gr. MSE.¹⁹ Almenn reynir þó ekki á það heldur 1. mgr. 6. gr. MSE ef hætta er á að maður felli á sig sök.²⁰

Þegar stuðst verður við hugtökin sakamál og sakborningur hér á eftir er oftast vísað til þeirra í merkingu 6. gr. MSE, þ.e. átt er við mál þar sem kveðið er á um refsivert brot og að maður sé borinn sök um refsivert brot, en ekki til dæmis í skilningi sakamála nema annað verði ráðið af samhenginu.

2.2 Markmið

Sömu markmið og rök búa að baki réttindunum og réttinum til réttlátrar málsmeðferðar enda eru þau liður í þeim rétti. Markmið réttindanna er að maður verði ekki dæmdur að ósekju (e. contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6).²¹ Með réttindunum er meðal annars leitast við koma í veg fyrir að niðurstaða máls byggist á óáreiðanlegum játningum og upplýsingum sem fengnar eru með þvingunum.²² Réttindin byggjast jafnframt á þeirri forsendu að það sé hlutverk ákærvaldsins að færa sönnur fyrir sekt sakbornings án þess að styðjast við sönnunargögn sem

¹⁹ Í tengslum við tjáningarfrelsisákvæðið, sjá *MDE K gegn Austurríki*, mgr. 42-56. Sjá einnig Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering in forvaltningsretten“, bls. 259, Eirík Jónsson: *Mannréttindi lögaðila*, bls. 262-263 og Eirík Jónsson, Friðrik Ársælsson og Kristínu Benediktsdóttur: *Opinbert markaðseftirlit*, bls. 65.

²⁰ Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 650.

²¹ Sjá til dæmis *MDE Weh gegn Austurríki*, mgr. 39.

²² Í yfirdeildardómi *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi frá 29. júní 2007, mál nr. 15809/02 og 25624/02, Reports of Judgments and Decisions 2007-III*, mgr. 59, var tekið fram að lítil hætta hefði verið á óáreiðanlegum játningum (e. the risk of unreliable admissions is negligible). Sjá til hliðsjónar Björgu Thorarensen: *Stjórnskipunarrettur. Mannréttindi*, bls. 259, sem bendir á að rétturinn til að fella ekki á sig sök sé ein af grundvallarreglum sakamálréttarfars. Í tengslum við upprunalegt markmið réttarins tekur hún fram að hætta væri á að menn yrðu ranglega sakfelldir. Sjá enn fremur Björgu Thorarensen. „Réttur aðila að stjórnáslumáli til að fella ekki á sig sök“, bls. 35-37. Í þessu sambandi má benda á að réttindin þróuðust upphaflega í tengslum við rannsóknarréttinn á miðöldum í Evrópu þegar játninga var aflað með pyndingum. Sjá til dæmis Jonas Christoffersen: „Retlig kreolisering – om selvinkriminering i dansk, europæisk og amerikansk menneskeret“, bls. 257-258. Fyrir áhugaverða og skýra lýsingu á þróun réttindanna í engilsaxneskum rétti, einkum enskum og bandarískum rétti, sjá séráttkvæði Walsh í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*.

fengin eru frá sakborningi með þvingun og gegn vilja hans.²³ Með öðrum orðum er markmið réttindanna að vernda sakborning gegn ótilhlýðilegri þvingun og þar með gegn óréttlátri málsmeðferð.²⁴ Réttindin lúta fyrst og fremst að því að virða vilja þess sem er borinn sök um að tjá sig ekki í sakamáli.²⁵

Hafa verður markmiðin eða rökin í huga við túlkun og beitingu réttindanna í einstökum málum. Þannig hefur Mannréttindadómstóllinn gert greinarmun á gögnum og upplýsingum eftir því hvort þau hafi sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila.²⁶ Virðist greinarmunurinn taka mið af þeim rökum sem búa að baki réttindunum.²⁷

Þá má minnst á að Mannréttindadómstóllinn hefur tekið fram almennt um 1. mgr. 6. gr. MSE að ákvæðið hafi að geyma svo mikilvæg réttindi í lýðræðisþjóðfélagi að þrengjandi lögskýring samrýmist ekki markmiði þess.²⁸

2.3 Kjarni réttindanna

Kjarni réttarins er að vera ekki þvingaður til að fella á sig sök í sakamáli gegn sér.²⁹ Í réttindunum felst ekki að sakborningur hafi rétt á því að fella aldrei á sig sök. Þannig getur sakborningur játað af fúsum og frjálsum vilja. Vegna þess skipta þær aðferðir sem notaðar eru til að afla sönnunargagna frá sakborningi höfuðmáli.³⁰ Sakborningur á ekki að

²³ Sjá til dæmis *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 68-69, *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, mgr. 100, yfirteildardóm *MDE Bykov gegn Rússlandi frá 10. mars 2009*, mál nr. 4378/02, mgr. 92, *MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 44, *MDE Serves gegn Frakklandi*, mgr. 46, yfirteildardóm *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi frá 13. september 2016*, mál nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 og 40354/09, *Reports of Judgments and Decisions 2016*, mgr. 266 og *MDE Marttinen gegn Finnlandi frá 21. apríl 2009*, mál nr. 19253/03, mgr. 60.

²⁴ *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 45, *MDE Bykov gegn Rússlandi*, mgr. 92, *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, mgr. 100 og *MDE Marttinen gegn Finnlandi*, mgr. 60.

²⁵ *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 69, *MDE Weh gegn Austurríki*, mgr. 40, *MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 44 og *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi*, mgr. 40.

²⁶ *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 69. Sjá einnig *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, mgr. 112 og 117.

²⁷ Benadette Rainey o.fl. (ritstj.): *Jacobs, White, and Overy. The European Convention on Human Rights*, bls. 313.

²⁸ Sjá til dæmis *MDE Delcourt gegn Belgíu frá 17. janúar*, mál nr. 2689/65, *Series A nr. 11*, mgr. 65 og *MDE Perez gegn Frakklandi frá 12. febrúar 2004*, mál nr. 47287/99, *Reports of Judgments and Decisions 2004-I*, mgr. 64. Fyrir sjónarmið um skýringu 6. gr. MSE á íslensku, sjá Eirík Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 27-31.

²⁹ Sjá til dæmis *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 267.

³⁰ *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 68, *MDE Bykov gegn Rússlandi*, mgr. 92 og *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 267.

vera settur í þá stöðu að geta aðeins valið á milli þessa að játa eða gefa rangan framburð.³¹

Eins og nánar verður vikið að hér á eftir eru takmarkanir á því að afla sönnunargagna frá sakborningi með tilteknum aðferðum, þ.e. líkamlegum og andlegum þvingunum, blekkingum og annars konar þvingun, svo sem lagalegri þvingun. Hér verður hugtakið þvingun stundum notað sem samheiti yfir aðferðirnar. Skoða verður aðferðirnar í samhengi við markmið réttindanna eða rökin að baki þeim um meðal annars vilja sakbornings til að tjá sig og að koma í veg fyrir að menn séu dæmdir að ósekju. Hafa verður þó í huga að réttindin banna ekki þvingun í sjálfu sér í málum þar sem aðili hefur ekki verið borinn sök um refsivert brot, svo sem til að veita upplýsingar í tengslum við álagningu skatta.³²

Réttindin fela ekki í sér að sakborningur þurfi aldrei að tjá sig.

Í *MDE Serves gegn Frakklandi* hafði kærandi verið boðaður sem vitni í tengslum við manndráp en hann neitaði að sverja eið og var gerð sekt fyrir. Dómstóllinn taldi að hann hefði verið borinn sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE enda hefði rannsóknin beinst að honum og þremur öðrum mönnum þó hann hefði ekki verið ákærður í skilningi landsréttar í málinu. Dómstóllinn benti á að rétturinn fæli ekki í sér rétt til að tjá sig ekki yfir höfuð. Hann hefði getað neitað að svara spurningum sem væru til þess fallnar að fella á hann sök en ekki hefði reynt á það þar sem kærandi hefði neitað að sverja eið. Tilgangurinn með eiðnum væri að tryggja að framburður sem væri gefinn væri sannleikanum samkvæmt en ekki til að þvinga vitni til að gefa ákveðnar yfirlýsingar. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði ekki verið brotið.³³

Réttindin fela heldur ekki í sér rétt fyrir þann sem er borinn sök til að vinna með virkum hætti gegn því að mál upplýsist. Til að mynda fela réttindin ekki í sér rétt til að veita rangar upplýsingar.³⁴

Í ákvörðun *MDE Allen gegn Stóra-Bretlandi* sagði dómstóllinn að ekki væri hægt að túlka réttinn til að fella ekki á sig sök á þann hátt að hann fæli í sér heimild til að komast hjá skattrannsókn (e. general immunity). Kæranda hefði verið refsað fyrir að gefa rangar upplýsingar um eignir sínar til skattyfirvalda, þ.e. fyrir að hafa logið

³¹ Björn O. Berg: *Forvaltningsanskygning*, bls. 203.

³² Ákvörðun *MDE Allen gegn Stóra-Bretlandi* frá 10. september 2002, mál nr. 76574/01, *Reports of Judgments and Decisions 2002-VIII*. Sjá einnig Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 316.

³³ *MDE Serves gegn Frakklandi*, mgr. 43-47.

³⁴ Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 638-639.

eða framið meinsæri. Það hefði verið brot í sjálfu sér. Meðal annars af þessari ástæðu var 1. mgr. 6. gr. MSE ekki talin brotin í máli kæranda.

Í *MDE Van Vondel gegn Hollandi* hafði kærandi gefið rangar yfirlýsingar frammi fyrir þingnefnd, sem rannsakaði óeðlilegar rannsóknaraðgerðir í tengslum við skipulagða brotastarfsemi. Á kæranda hvíldi lagaskylda til að veita þingnefndinni upplýsingar að viðlagðri refsingu. Kæranda var refsað fyrir að veita hinar röngu yfirlýsingar. Dómstóllinn benti á að heimilt væri að þvinga aðila til að svara spurningum þingnefndar, en slíkt mál væri ekki sakamál í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Samkvæmt lögum hefði verið óheimilt að nota slíkar upplýsingar í síðara sakamáli gegn kæranda. Þá hefði kæranda verið refsað fyrir að veita rangar upplýsingar. Staðan hefði því ekki verið sú að hann hefði verið þvingaður til að veita upplýsingar sem síðar hefðu getað verið notaðar gegn honum í sakamáli. Í réttinum fælist ekki heimild til að komast hjá rannsókn (e. general immunity).³⁵

Sama virðist eiga við um að veita ónákvæmar eða ófullnægjandi upplýsingar.

Í *MDE Weh gegn Austurríki* og í *Rieg gegn Austurríki* benti meirihluti dómstólsins meðal annars á að kærendum hefði ekki verið refsað fyrir að neita að tjá sig heldur fyrir að veita ónákvæmar upplýsingar um heimilisfang þess aðila sem þeir hefðu sagt að hefði ekið bifreið þeirra í tiltekið skipti.³⁶

2.4 Inntak réttindanna og aðstæður þar sem helst reynir á þau

Í dómum Mannréttindadómstóls Evrópu er stundum bent á að fyrst og fremst reyni á réttindin við tvenns konar aðstæður.³⁷ Í *fyrsta lagi* þegar gagna og upplýsinga er aflað frá sakborningi með þvingun í tengslum við sakamál gegn honum, hvort sem það stendur yfir, er fyrirhugað eða yfirvofandi. Þannig er ekki nauðsynlegt að gögn sem er aflað með þvingun séu í reynd notuð í sakamáli. Ótilhlýðileg þvingun við öflun sönnunargagna getur því verið óréttlæt看legt brot á réttindunum.³⁸ Í

³⁵ Ákvörðun *MDE Van Vondel gegn Hollandi* frá 23. mars 2006, mál nr. 38258/03, *Reports of Judgments and Decisions 2006-IV*.

³⁶ *MDE Rieg gegn Austurríki* frá 24. mars 2005, mál nr. 63207/00.

³⁷ Sjá til dæmis *MDE Weh gegn Austurríki*, mgr. 41-43. Sjá einnig til dæmis Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 314.

³⁸ Sjá til dæmis *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* frá 4. október 2005, mál nr. 6563/03, mgr. 34. Sem dæmi um mál þar sem reyndi á þessa stöðu sjá til viðbótar *MDE Funke gegn Frakklandi*, *MDE J.B. gegn Sviss*, *MDE Weh gegn Austurríki*, *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 51, *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki* frá 10. janúar 2008, mál nr.

öðru lagi þegar gagna og upplýsinga er aflað frá aðila með þvingun en ekki í tengslum við sakamála þar sem hann hefur verið borinn sök um refsivert brot. Upplýsingarnar eða gögnin eru síðan notuð í síðara sakamáli gegn honum þar sem hann hefur verið borinn sök um refsivert brot.³⁹ Við fyrrgreindu aðstæðurnar eru réttindin brotin í tengslum við öflun sönnunargagnanna en við þær síðartöldu eru réttindin skert með notkun þeirra. Þrátt fyrir að þessi skipting sé góðra gjalda verð má ekki leggja hana fortakslaust til grundvallar. Til að mynda kann að vera litið til notkunar sönnunargagna við mat á því hvort gengið hafi verið í berhögg við réttindin í fyrra tilvikinu. Þá kann við síðargreindu aðstæðurnar að vera horft til þess hvernig sönnunargagna var aflað við mat á því hvort gætt hafi verið að réttindunum. Öflun og notkun sönnunargagna verður ekki skýrlega slitin í sundur við mat á því hvort réttindin hafi verið brotin. Í tengslum við þetta er bent á að dómstóllinn leggur heildstætt mat á nokkur sjónarmið. Meðal þeirra eru aðferðir við öflun gagna eða upplýsinga og notkun þeirra.

Auk framangreinds hefur þýðingu hvort sakborningi hafi verið leiðbeint um réttindin.⁴⁰ Eðli máls samkvæmt ber að leiðbeina um réttindin áður en aðili er settur í þá stöðu að fella á sig sök með þvingun. Upplýsingagjöfin verður að vera með þeim hætti að aðili geti gætt hagsmuna sinna, þ.e. tekið ákvörðun um hvort hann vilji tjá sig eða afhenda upplýsingar og gögn þótt honum kunni að vera það ekki skylt.⁴¹ Með þessu er verndaður vilji sakbornings til að ákveða sjálfur hvort hann tjái sig um málið eða veiti liðsinni við að upplýsa það. Ef mögulegt er en þó óvíst hvort aðili sé borinn sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE skal leiðbeina honum um réttinn til að tjá sig ekki.⁴²

58452/00 og 61920/00, sem vísar í dóminn þar á undan og MDE Marttinen gegn Finnlandi, mgr. 73.

³⁹ Sjá til dæmis MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi, mgr. 69-71 og MDE I.J.L. o.fl. gegn Stóra-Bretlandi frá 19. september 2000, mál nr. 29522/95, 30056/96 og 30574/96, Reports of Judgments and Decisions 2000-IX, mgr. 82. Til samanburðar sjá ákvörðun MDE H og J gegn Hollandi frá 13. nóvember 2014, mál nr. 978/09 og 992/09, Reports of Judgments and Decisions 2014. Sjá einnig Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, bls. 640-641 og 644-646.

⁴⁰ MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi, mgr. 272, MDE Aleksandr Zaichenko gegn Rússlandi frá 18. febrúar 2010, mál nr. 39660/02, mgr. 52-60, MDE Adamkiewicz gegn Póllandi frá 2. mars 2010, mál nr. 54729/00, mgr. 88 og MDE Navone o.fl. gegn Mónakó frá 24. október 2013, mál nr. 62880/11, 62892/11 og 62899/11, mgr. 72-76. Sjá einnig Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, bls. 638.

⁴¹ MDE Stojkovic gegn Frakklandi og Belgíu frá 27. október 2011, mál nr. 25303/08, mgr. 54.

⁴² Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, bls. 638.

Að framan voru nefndar tvenns konar aðstæður þar sem helst reynir á réttindin. Mögulega má bæta við *þriðju* aðstæðunum en réttindin eru nátengd réttinum til að teljast saklaus uns sekt er sönnuð samkvæmt 2. mgr. 6. gr. MSE. Reynt getur á réttindin og 2. mgr. 6. gr. MSE við sönnunarmat, þ.e. þegar tekin er afstaða til þess hvaða ályktanir verða dregnar af þögn sakbornings um hvað telst sannað í máli. Talið hefur verið að sakfelling megi ekki vera einvörðungu byggð á þögn þess sem er borinn sök eða neitun hans um að svara spurningum eða veita sönnunargögn. Hins vegar geti þögn verið skýrð honum í óhag ef hann neitar að tjá sig um atriði sem bersýnilega þarfnast skýringa.⁴³

Í yfirdeildardómi *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi* hafði kærandi bæði neitað að tjá sig við skýrslutöku lögreglu og síðar við meðferð málsins fyrir dómi. Í niðurstöðu dómsins voru dregnar ályktanir af þögn hans (e. drawing of inferences). Kærandi taldi að með þessu hefði þagnarrétturinn verið brotinn. Dómstóllinn lagði mat á hvort það að draga ályktanir af þögn hans leiddi til þess að málsmeðferð og sakfelling hans hefði verið óréttlát. Dómstóllinn tók fram að það færi í bága við réttinn ef sakfelling byggði aðeins eða aðallega á neitun kæranda að tjá sig. Á hinn bóginn mætti líta til þagnar kæranda þegar greinilega væri þörf á útskýringum frá honum við mat á hve sannfærandi sönnunargögn ákærvaldsins væru. Dómstóllinn tók fram að þagnarrétturinn væri ekki algildur. Dómstóllinn rakti að leggja þyrfti heildstætt mat á atvik máls þegar metið væri hvort rétturinn hefði verið brotinn með því að draga ályktanir af þögn kæranda. Í málinu hefði kærandi ekki verið þvingaður til að tjá sig eða sakfelldur fyrir að tjá sig ekki. Þá lagði dómstóllinn meðal annars áherslu á að fullnægjandi réttaröryggisreglur hefðu verið fyrir hendi. Komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að rétturinn hefði ekki verið brotinn.⁴⁴

Byggt var á sambærilegu sjónarmiði í *MDE Condron gegn Stóra-Bretlandi* þar sem komist var að annarri niðurstöðu en atvik voru ólík.⁴⁵ Í þessu samhengi má einnig benda á *MDE Telfner gegn Austurríki* en þar reyndi á 2. mgr. 6. gr. MSE.⁴⁶

Í *MDE Averill gegn Stóra-Bretlandi* hafði kærandi neitað að tjá sig við skýrslutöku lögreglu. Kærandi byggði á því að þagnarrétturinn hefði verið brotinn þar sem litið hefði verið til þess við sakfellingu hans. Dómstóllinn vísaði til *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi* og tók

⁴³ *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 47-58. Í tengslum við 2. mgr. 6. gr. MSE má einnig benda á Björgu Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 260.

⁴⁴ *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 41-57.

⁴⁵ *MDE Condron gegn Stóra-Bretlandi frá 2. maí 2000, mál nr. 35718/97, Reports of Judgments and Decisions 2000-V*, mgr. 52-62.

⁴⁶ *MDE Telfner gegn Austurríki 20. mars 2001, mál nr. 33501/96*, mgr. 15-20.

meðal annars fram að leggja yrði mat á hvort ályktanir, sem dregnar væru af þögn viðkomandi, brytu í bága við 6. gr. MSE í ljósi allra atvika máls. Við það mat væri litið til kringumstæðna þar sem ályktanir væru dregnar, vægis þeirra við mat á sönnunargögnum og umfangs þvingunar sem fælist í aðstæðunum. Þá mætti líta til þess þegar aðstæður krefðust útskýringar af hálfu kæranda við mat á því hve sannfærandi sönnunargögn ákærvaldsins væru. Dómstóllinn tók meðal annars fram að sakfellingin hefði ekki verið eingöngu eða aðallega reist á neitun kæranda um að tjá sig. Neitun hans hefði aðeins verið einn af mörgum þáttum við matið á því hvort hann væri sekur. Einnig hefðu sönnunargögnin bent til þess að hann væri sekur og þörfuðust skýringa frá honum. Niðurstaðan var sú að ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði ekki verið brotið.

Þegar aðstæðurnar eru hafðar í huga má segja að þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök sé safn réttinda.⁴⁷ Þau fela í *fyrsta lagi* í sér rétt til að neita tjá sig og svara spurningum sem og að afhenda gögn við vissar aðstæður. Í *öðru lagi* rétt til leiðbeininga um réttindin við vissar aðstæður. Í *þriðja lagi* rétt til þess að gögn og upplýsingar, sem hefur verið aflað með þvingun frá aðila, séu ekki notuð í (síðara) sakamáli gegn honum við vissar aðstæður. Í *fjórða lagi* fela réttindin og 2. mgr. 6. gr. MSE í sér rétt til þess að ekki verði byggt á þögn manns eða synjun um að afhenda gögn og upplýsingar með ákveðnum hætti við sönnunarmat. Framsetningin á réttindunum sem safni réttinda kann að vera villandi.⁴⁸ Annars vegar vegna þess, sem fyrr segir, að fleiri atriði koma til skoðunar við mat á því hvort þau hafi verið virt.⁴⁹ Þannig getur verið litið til þess hvort aðila hafi verið leiðbeint um réttindin þegar hann er krafinn um upplýsingar og gögn. Hins vegar vegna þess að brot á réttindunum ræðst af heildstæðu og atviksbundnu mati á sjónarmiðum sem fjallað er um í 4. kafla.

2.5 Andlag réttindanna

Andlag réttindanna eru upplýsingar sem fella sök á sakborning. Andlagið er ekki takmarkað við játningar heldur rúmar það allar upplýsingar sem kunna að fella sök á sakborning. Líta verður til þess hvort gögn og upplýsingar geti haft þýðingu fyrir ákvörðun um það brot sem aðili er sakaður um. Spyrja má hvort unnt sé að draga ályktun

⁴⁷ Sjá til hliðsjónar *Prop. 62 L*, bls. 134.

⁴⁸ Sjá til hliðsjónar *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 250.

⁴⁹ Í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 69, var tekið fram að leggja yrði mat á hvort um óréttlætánlega takmörkun á réttinum væri að ræða (e. amounted to an unjustifiable infringement of the right) í ljósi allra kringumstæðna í máli (e. in light of all the circumstances of the case).

af gögnum eða upplýsingum um sekt eða sakleysi sakbornings. Hafa verður í huga að sumar yfirlýsingar kunna að virðast á yfirborðinu sakleysislegar og ekki til þess fallnar að fella sök á sakborning en þær kunna síðar að vera notaðar af hálfu ákærvaldsins, til dæmis til að benda á mótsagnir í framburði ákærða, skapa vafa um staðhæfingar eða draga úr trúverðugleika hans.⁵⁰ Rétturinn er þannig ekki bundinn við yfirlýsingar sem fella beint sök á aðila.⁵¹ Utan við andlagið falla upplýsingar sem útilokað er að hafi þýðingu fyrir ákvörðun um sekt eða sýknu sakbornings. Meðal þeirra eru ýmsar almennar upplýsingar, svo sem nafn, heimilisfang og kennitala.⁵² Rétturinn á ekki að tryggja að sá sem borinn er sök þurfi ekki að tjá sig yfir höfuð heldur að upplýsinga eða sönnunargagna sé ekki aflað með ótilhlýðilegri þvingun.⁵³

Form upplýsinganna skiptir ekki máli, svo sem hvort þær séu munnlegar, skriflegar eða á stafrænu eða myndrænu formi. Auk þess geta sönnunargögn verið fengin með líkamsrannsókn og verið til dæmis í formi hárf-, blóð-, vefja-, munnvatns- og þvagsýnis sem og hljóðsýnis.⁵⁴ Jafnframt geta þau verið efna- og erfðafræðileg. Sjá til hliðsjónar X. og XII. kafla sml. Enn fremur koma til skoðunar ökuritar í bifreiðum.⁵⁵

Eðli og efni sönnunargagna, tengsl þeirra við vilja aðila og aðferðir við að afla þeirra hafa áhrif á hvort réttindin hafi verið brotin.⁵⁶ Byggt hefur verið á því að sum gögn, munir eða sýni hafi sjálfstæða tilvist óháð vilja sakbornings.⁵⁷ Í því sambandi má benda á tvö atriði. Annars vegar er munur á því hvort sakborningur sé þvingaður til að tjá sig, svo sem til að játa eða að gefa skýringar sem fella á hann sök, og þegar aflað

⁵⁰ Sjá til dæmis *MDE Aleksandr Zaichenko gegn Rússlandi*, mgr. 54, *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 268 og ákvörðun *MDE H og J gegn Hollandi*.

⁵¹ *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 69 og *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 269.

⁵² Í þessu sambandi vísar dómstóllinn stundum til *MDE Vasileva gegn Danmörku frá 25. september 2003*, mál nr. 52792/99.

⁵³ *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 267.

⁵⁴ Í *MDE P.G. og J.H. gegn Stóra-Bretlandi frá 25. september 2001*, mál nr. 44787/98, *Reports of Judgments and Decisions 2001-IX*, mgr. 80, var tekið fram að hljóðsýni (e. voice sample) væri sambærilegt blóð- og hársýnum sem og öðrum líkamlegum eða hlutlægum sýnum sem eru notuð við réttarrannsókn (e. forensic analysis) og falla utan við réttinn til að fella ekki á sig sök samkvæmt *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 69.

⁵⁵ Sjá til dæmis *MDE J.B. gegn Sviss*, mgr. 68.

⁵⁶ Sjá meðal annars *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 69. Sjá einnig Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 315 og 317.

⁵⁷ *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 69 og *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 47.

er gagna og líkamssýna á grundvelli dómsúrskurðar. Fyrri upplýsingarnar eru beintengdar við vilja sakbornings og verða til við þvingunina. Síðari upplýsingarnar eru hlutlægar, líkamlegar eða verða ekki til vegna þvingunarinnar eða eðli þeirra breytist ekki við hana.⁵⁸ Hins vegar er munur á því hvort til dæmis líkamssýna sé aflað í tengslum við eðlilega starfsemi líkamans og með aðferðum sem fela í sér minniháttar inngrip í líkamalega velferð sakbornings, sem hann verður að þola, eða hvort beitt sé aðferðum sem fela í sér illa meðferð á sakborningi og jafnvel stefna heilsu hans í voða.⁵⁹ Flokkun í tjáningu annars vegar og hlutlæg gögn hins vegar ræður þó ekki úrslitum.⁶⁰ Áréttta ber að ávallt er um heildarmat að ræða á ýmsum sjónarmiðum, m.a. aðferðunum sem er stuðst við öflun gagnanna.⁶¹

2.6 Réttindin eru ekki algild heldur ráðast af heildstæðu og atviksbundnu mati

Þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök eru ekki algildir.⁶² Þó er rétturinn til réttlátar málsmeðferðar ekki háður neinum takmörkunum (e. is an unqualified right).⁶³ Leggja verður mat á hvort sjálfur kjarni þeirra hafi verið brotinn. Öflun sönnunargagna með

⁵⁸ Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 315. Sjá einnig *NOU 2003:15*, bls. 105. Sjá einnig Björgu Thorarensen og Ásgerði Ragnarsdóttur: *Álitsgerð um rétt til að fella ekki á sig sök á stjórnáslustigi*, bls. 143, þar sem segir „að upplýsingar í gögnum, sem manni er skylt samkvæmt lögum að leggja fram, verða ekki til vegna þvingunarinnar sem slíkrar og hættan á því að þær séu óáreiðanlegar af þeirri ástæðu er því ekki til staðar. Því mætti halda því fram að grunnrökkin sem eru að baki þagnarréttinum ættu ekki við um afhendingu gagnanna.“

⁵⁹ *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, mgr. 114. Þar er virk þátttaka sakbornings ekki útilokuð. Sjá einnig D.J. Harris o.fl. (ritstj.): *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 424.

⁶⁰ Þannig sagði til dæmis í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 54, að öflun gagna í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, mgr. 113-116, hefði ekki talist til hlutlægra eða „raunverulegra“ sönnunargagna (e. „real“ evidence) samkvæmt aðgreiningunni í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* heldur hefði verið talið að um brot hefði verið að ræða eins og í *MDE Funke gegn Frakklandi* og *MDE J.B. gegn Sviss*.

⁶¹ *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, mgr. 112-113.

⁶² *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 269, *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi*, mgr. 47, *MDE Quinn gegn Írlandi frá 21. desember 2000*, mál nr. 36887/97, mgr. 47, *MDE Weh gegn Austurríki*, mgr. 46, *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 53 og *John Murray gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 47. Sjá einnig til dæmis Jens Edvin A. Skoghøj: „Forvaltningssanskjoner, EMK og Grunnloven“, bls. 320-321.

⁶³ *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 250.

Þvingun frá sakborningi leiðir því ekki sjálfkrafa til þess að réttindin séu brotin í öllum tilvikum.⁶⁴

Þar sem réttindin eru liður í réttlátri málsmeðferð fer matið fram með sambærilegum hætti og endranær þegar tekin er afstaða til þess hvort málsmeðferð sé eða hafi verið réttlát. Um er að ræða heildstætt og atviksbundið mat. Eins og fjallað verður um nánar hér á eftir ber að leggja mat á nokkur sjónarmið í ljósi kringumstæðna í hverju máli.⁶⁵ Af því leiðir að takmarkanir eru á því að byggja á fortakslausum viðmiðum um hvenær réttindin eru virt eða brotin. Þannig hefur Mannréttindadómstóllinn bent á að rétturinn til réttlátrar málsmeðferðar verði ekki fangaður í einni óbreytanlegri reglu heldur ráðist af mati á atvikum öllum (e. what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on circumstances of the particular case).⁶⁶ Þá verða réttindin að vera raunhæf og virk en ekki tálsýn ein.⁶⁷

3. Nánar um gildissvið réttindanna samkvæmt MSE

3.1 Sakamál í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE

Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE gildir um ákveðin einkamál og sakamál. Þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök eiga þó aðeins við í sakamálum í skilningi ákvæðisins en ekki einkamálum.⁶⁸

Í *MDE Vernon gegn Stóra-Bretlandi* tók dómstóllinn meðal annars fram að þar sem kærandi virtist reiða sig á réttinn til að fella ekki á sök þá ætti sá réttur ekki við í einkamálum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE. Í staðinn skoðaði dómstóllinn umkvörtunarefnin í ljósi þess hvort málsmeðferðin hefði verið réttlát. Niðurstaða dómstólsins var að vísa málinu frá.

Hér reynir því á hvort ákveðin stjórnslumál geti talist sakamál í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE.⁶⁹ Þótt stuðst sé við hugtakið sakamál í

⁶⁴ *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 53.

⁶⁵ *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 250 og *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 53.

⁶⁶ Sjá til dæmis *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 250.

⁶⁷ Um þessa nálgun almennt fyrir 6. gr. MSE sjá *MDE Airey gegn Írlandi frá 9. október 1979, mál nr. 6289/73, Series A nr. 32*, mgr. 24, *MDE Kutic gegn Króatíu frá 1. mars 2002, mál nr. 48778/99, Reports of Judgments and Decisions 2002-II*, mgr. 290 og *MDE Multiplex gegn Króatíu frá 10. júlí 2003, mál nr. 58112/00*, mgr. 44. Sjá einnig í tengslum við réttindin *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 272.

⁶⁸ *MDE Vernon gegn Stóra-Bretlandi frá 7. september 1999, mál nr. 38753/97, Reports of Judgments and Decisions 1999-VI*.

Þessu samhengi er hér ekki átt við sakamál í skilningi 1. gr. sml. heldur í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE.⁷⁰

Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE á við þegar kveða skal á um sök sem maður er borinn um refsivert brot. Sé ekki leyst úr því hvort maður hafi gerst sekur um refsiverða háttsemi í máli telst það almennt ekki vera sakamál í skilningi ákvæðisins. Svo getur háttað til þegar nefnd er falið að rannsaka tiltekin málsatvik án þess að taka afstöðu til þess hvort aðili hafi gerst sekur um refsivert brot. Sjá í þessu samhengi *MDE Fayed gegn Stóra-Bretlandi*.⁷¹

Hugtakið refsivert brot (e. criminal charge) hefur einnig sjálfstæða merkingu í skilningi ákvæðisins.⁷² Inntak hugtaksins ræðst því ekki af því hvernig sambærileg hugtök eru skilgreind í landsrétti, svo sem í íslenskum refsirétti. Af því leiðir að hugtakið refsivert brot getur rúmað háttsemi og viðurlög sem teljast ekki afbrot (refsiverð háttsemi) og refsingar í skilningi íslensks réttar, til dæmis refsingar í skilningi 1. mgr. 31. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 (hér eftir „hegningarlög“ eða „hgl.“).⁷³ Af þessum sökum verður að taka afstöðu til þess hvort háttsemi, sem varðar viðurlögum, teljist refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Við matið verður að líta til þeirra sjónarmiða og viðmiða sem hafa mótast í framkvæmd Mannréttindaréttindadómstóls Evrópu varðandi málefnið.

⁶⁹ Almennt um gildissvið 6. gr. í sakamálum á íslensku, sjá Eirík Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 39-45, en hann styðst við hugtakið opinber mál. Sjá einnig Eirík Tómasson og Kristínu Benediktúsdóttur: „Réttur til réttlátrar málsmeðferðar“, bls. 192-194, en þar er stuðst við hugtakið sakamál.

⁷⁰ Opinber tungumál Mannréttinasáttmála Evrópu eru tvö, þ.e. enska og franska, og eru þau jafnréttá. Vegna þess þykir ástæða til að taka fram orðalag þeirra. Á ensku hefst ákvæðið að því er sakamál varðar á: „In determination ... of any criminal charge against him...“. Á frönsku segir: „désidera ... du bien-fondé de toute accusation en matière pénale“. Um er að ræða mál þar sem tekin er afstaða til eða leyst er úr (e. determination, fr. désidera) hvort aðili sé sekur um refsivert brot (e. criminal charge, fr. du bien-fondé de toute accusation en matière pénale).

⁷¹ *MDE Fayed gegn Stóra-Bretlandi frá 21. september 1990, mál nr. 17101/90, Series A294-B*, sjá meðal annars mgr. 61.

⁷² Sjá til dæmis *MDE Adolf gegn Austurríki frá 26. mars 1982, mál nr. 8269/78, Series A nr. 49*, mgr. 30, en þar segir: „These expressions are to be interpreted as having „autonomous“ meaning in the context of the Convention and not on the basis of their meaning in domestic law.“

⁷³ Almennt um hugtökin refsing og viðurlög í 1. mgr. 69. gr. stjkskr. og í 3. og 7. gr. MSE, þar á meðal Engel-viðmiðin og hvernig þau horfa við ýmsum viðurlögum, sjá Róbert R. Spanó: *Stjórnskráin, Mannréttinasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 143-151. Í tengslum við 4. gr. 7. viðauka sjá Róbert R. Spanó: *Ne bis in idem: Bann við endurtekinni málsmeðferð og refsingu*, bls. 67-82.

Við matið hefur verið byggt á svokölluðum Engel-viðmiðum en þau eru þrjú talsins.⁷⁴ Aðeins eitt þeirra þarf að vera uppfyllt svo háttsemi eða viðurlög heyri undir 1. mgr. 6. gr. MSE. Í vafatilvikum er þó stundum litið heildstætt á annað og þriðja Engel-viðmiðið.⁷⁵ Samkvæmt *fyrsta Engel-viðmiðinu* er litið til þess hvernig háttsemi er skilgreind í landsrétti. Ef hún er skilgreind sem refsiverð háttsemi eða ef viðurlög eru skilgreind sem refsingar fellur málið undir gildissvið 1. mgr. 6. gr. MSE.⁷⁶ Fari stjórnvald með hluta af rannsókn máls, sem varðar refsiverða háttsemi samkvæmt íslenskum lögum, áður en það er kært eða framsent til lögreglu eða handhafa ákærvalds, kann ákvæðið að ná til málsmeðferðar þess. Jafnframt geta sum stjórnvöld ákveðið fésektir, svo sem yfirskattanefnd samkvæmt 110. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt, en fésektir teljast refsingar samkvæmt 1. mgr. 31. gr. hgl. Í þeim tilfellum á 1. mgr. 6. gr. MSE við.

Algengara er þó að stjórnvöld beiti stjórnsluviðurlögum.⁷⁷ Háttsemi sem varðar slíkum viðurlögum er ekki skilgreind sem refsiverð háttsemi í íslenskum rétti.⁷⁸ Mál um slíka háttsemi uppfylla því ekki fyrsta matsviðið. Þegar svo háttar til er litið til *annars Engel-viðmiðsins* sem er raunverulegt eðli háttseminnar. Við mat á því er horft til markmiðs viðurlaga. Liggi fyrst og fremst almenn og sérstök varnaðaráhrif eða önnur refsirök að baki viðurlögum eru líkur fyrir því að annað matsviðið sé uppfyllt. Svo háttar oft til í tilviki

⁷⁴ MDE Engel o.fl. gegn Hollandi frá 8. júní 1976, mál nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 og 5370/72, Series A nr. 22, mgr. 81. Sjá einnig til dæmis MDE Öztürk gegn Þýskalandi frá 21. febrúar 1984, mál nr. 8544/79, Series A nr. 73, mgr. 50. Sjá einnig yfirdeildardóm MDE Ezeh og Connors gegn Stóra-Bretlandi frá 9. október 2003, mál nr. 39665/98 og 40086/98, Reports of Judgments and Decisions 2003-X, mgr. 82. Sjá enn fremur MDE J.B. gegn Sviss, mgr. 44. Um Engel-viðmiðin sjá til dæmis Skýrslu nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum, bls. 43-48, Björgu Thorarensen: „Réttur aðila að stjórnslumáli til að fella ekki á sig sök“, bls. 51 og Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 482-483.

⁷⁵ Sjá til dæmis MDE Ezeh og Connors gegn Stóra-Bretlandi, mgr. 86. Sjá einnig D.J. Harris o.fl. (ritstj.): *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 377.

⁷⁶ Sjá til dæmis Peter Dijk o.fl. (ritstj.): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 526, Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 107-108 og Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 483.

⁷⁷ Almenn um stjórnsluviðurlög í íslenskum rétti, sjá Pál Hreinsson: „Stjórnsluviðurlög“, bls. 253-268 og Hafstein Dan Kristjánsson: „Brottfall stjórnsluviðurlaga“, kafla 2, sem birtist í þessu riti.

⁷⁸ Sjá til dæmis Pál Hreinsson: „Stjórnsluviðurlög“, bls. 253 og Hafstein Dan Kristjánsson: „Brottfall stjórnsluviðurlaga“, kafla 3.

stjórnvaldssekta. Beiting sekta vegna skattsvika telst almennt vera refsing í skilningi ákvæðisins.⁷⁹ Ef mál hefur blandað eðli á þann hátt að hluti þess getur leitt til beitingu sektar vegna skattabrota en hluti þess lýtur að endurákvörðun skatts þá fellur málið almennt undir 6. gr. MSE.⁸⁰ Sé skattaðila gert að greiða álag (e. tax surcharge), sem er ekki ætlað að mæta vangreiddum sköttum heldur hefur refsismarkmið að baki sér, mælir það með að beiting álagsins uppfylli matsviðmiðið.⁸¹ Enn fremur er litið til gildissviðs reglu, til dæmis hvort hún beinist að afmörkuðum hópi manna eða felur í sér almenna bannreglu.⁸² Þriðja Engel-viðmiðið lýtur að eðli og afleiðingum viðurlaga. Er þá skoðað hvort viðurlög geti til dæmis varðað frelsisskerðingu og hversu þungbær þau eru. Eftir því sem viðurlög varða til dæmis hærri fjárhæðum því meiri líkur eru á því að þriðja Engel-viðmiðið sé uppfyllt.⁸³ Almennt er litið til mögulegrar en ekki raunverulegrar refsingar.⁸⁴ Að því sögðu þá geta sektir sem nema lágum fjárhæðum talist til refsinga í skilningi ákvæðisins.⁸⁵ Benda má á að Mannréttindadómstóllinn hefur litið svo á að rétturinn til að fella ekki á sig sök gildi hvort sem aðili sé borinn sök um minniháttar eða meiriháttar refsivert brot.⁸⁶

Með þetta í huga má segja að stjórnvaldssektir og til dæmis álag í skattarétti falli almennt undir gildissvið 1. mgr. 6. gr. MSE, að minnsta kosti þegar sektir varða ekki óverulegum fjárhæðum.⁸⁷ Þá geta ýmis

⁷⁹ Ákvörðun MDE M.-T.P gegn Frakklandi frá 7. mars 2000, mál nr. 41545/98.

⁸⁰ MDE J.B. gegn Sviss, mgr. 47-51.

⁸¹ Karen Reid: *A Practioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 110. Sjá einnig Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 483-487.

⁸² Sjá til dæmis Peter Dijk o.fl. (ritstj.): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 527 og Karen Reid: *A Practioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 110-112.

⁸³ Sjá til dæmis Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 487-489.

⁸⁴ D.J. Harris o.fl. (ritstj.): *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 379.

⁸⁵ Sjá til dæmis Peter Dijk o.fl. (ritstj.): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 532. Almennt um matið sjá til hliðsjónar Eirík Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 41-45.

⁸⁶ MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi, mgr. 74, MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi, mgr. 57 og MDE Quinn gegn Írlandi, mgr. 58. Sjá einnig Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 638.

⁸⁷ Um álag sjá til dæmis MDE Bendenoun gegn Frakklandi frá 24. febrúar 1994, mál nr. 12547/86, Series A nr. 284, mgr. 47 og MDE Janosevic gegn Svíþjóð frá 23. júlí 2002, mál nr. 34619/97, Reports of Judgments and Decisions 2002-VII, mgr. 68-69, sem og yfirdeildardóm

önnur stjórnsluviðurlög uppfyllt Engel-viðmiðin, svo sem afturköllun leyfis vegna réttarbrots í ákveðnum tilfellum og upptaka ólögsmæts ávinnings.⁸⁸ Hafa verður þó í huga að um er ræða matskennt úrlausnarefni. Því er erfitt að fullyrða almennt um einstakar tegundir stjórnsluviðurlaga án þess að skoða lagagrundvöll þeirra í hverju tilviki.

Í ljósi framangreinds má með töluverðri einföldun segja að ýmis mál sem geta lokið með því að eftirlitsstjórnvald leggi stjórnvaldssekt á aðila máls heyri undir gildissvið 1. mgr. 6. gr. MSE. Sama á við um mál þar sem eftirlitsstjórnvald ákveður refsingu eða annast rannsókn á refsiverðri háttsemi á fyrri stigum máls. Að því marki sem 1. mgr. 70. gr. stjkskr. verður túlkuð á sama veg falla málin einnig undir gildissvið stjórnarskrárákvæðisins. Af því leiðir, sem fyrr er getið, að eftirlitsstjórnvöldin verða að virða þau réttindi sem ákvæðin mæla fyrir um, þar á meðal þagnarréttarins og réttarins til að fella ekki á sig sök. Vegna þess verður að gera þá kröfu til eftirlitsstjórnvalda, sem hafa heimildir til að beita stjórnsluviðurlögum eða ákveða refsingar sem og þeirra sem er falið að rannsaka mál sem lýtur að refsiverðri háttsemi, að þau taki afstöðu til þess hvort og þá að hvaða marki ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE eigi við um málsmeðferð og úrlausn stjórnslumáls.

Mannréttindadómstóll Evrópu virðist hafa byggt á því að ýmis réttindi samkvæmt 6. gr. MSE gildi ekki fullum fetum eða án afbrigða í

MDE Jussila gegn Finnlandi 23. nóvember 2006, mál nr. 73051/01, *Reports of Judgments and Decisions* 2006-XIV, en þar var bætt við 10% álagi á virðisaukaskatt og málið fell undir 1. mgr. 6. gr. MSE. Sjá einnig *MDE Västaberga Taxi Aktiebolag og Vulic gegn Svíþjóð frá* 23. júlí 2002, mál nr. 36985/97, mgr. 75-82. Sjá þó ákvörðun *MDE Morel gegn Frakklandi frá* 3. júní 2003, mál nr. 54559/00, *Reports of Judgments and Decisions* 2003-IX, þar sem álag var ekki talið falla undir ákvæðið og var meðal annars litið til *MDE Bendenoun gegn Frakklandi*. Í *MDE Jussila gegn Finnlandi* var fylgt nálguninni í *MDE Janosevic gegn Svíþjóð* en ekki í ákvörðun *MDE Morel gegn Frakklandi*.

⁸⁸ Sjá til dæmis *MDE Malige gegn Frakklandi frá* 23. september 1998, mál nr. 27812/95, *Reports* 1998-VII, mgr. 39 og ákvörðun *MDE Duteil gegn Frakklandi* 20. apríl 2010, mál nr. 3221/10. Almennt um þau stjórnsluviðurlög sem falla undir 1. mgr. 6. gr. MSE, sjá Pál Hreinsson: „Stjórnsluviðurlög“, bls. 263-268 og Hafstein Dan Kristjánsson: „Brottfall stjórnsluviðurlaga“, kafla 3.2. Sjá einnig Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttinda-sáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 147-151, Róbert R. Spanó: *Ne bis in idem: Bann við endurtekinni málsmeðferð og refsingu*, bls. 66-76, Eirík Jónsson, Friðrik Ársælsson og Kristínu Benediksdóttur: *Opinbert markaðseftirlit*, bls. 65-66 og *Skýrslu nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum*, bls. 45-46. Um það að stjórnvaldssektir falla undir 1. mgr. 69. gr. stjkskr., sjá Björgu Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 198-199. Um að stjórnvaldssektir Samkeppniseftirlitsins falli undir 1. mgr. 6. gr. MSE, sjá Ólaf Jóhannes Einarsson: „Þagnarrétturinn og meðferð samkeppnismála“, bls. 60.

nokkrum skattamálum.⁸⁹ Þó verður að líta til þess að dómstóllinn hefur lagt mat á hvernig réttindin horfa við í ljósi atvika hvers máls.

Í yfirdeildardómi *MDE Jussila gegn Finnlandi* reyndi á beitingu 10% álags á virðisaukaskatt. Dómstóllinn tók fram að krafan um munnlega málsmeðferð væri ekki algild. Ekki hefði verið brotið gegn 1. mgr. 6. gr. MSE með því að viðhafa ekki slíka málsmeðferð í skattamáli kæranda.⁹⁰

Í *MDE Barsom og Varli gegn Svíþjóð* héldu kærendur því fram að brotið hefði verið í bága við c-lið 3. mgr. 6. gr. MSE með því að synja þeim um réttaraðstoð (e. legal aid). Kærendur höfðu ekki nægilegt fjármagn til að ráða sér lögmann. Málið varðaði álag á skatta þeirra. Dómstóllinn tók fram að þótt rétturinn til verjanda væri ekki algildur væri hann mikilvægur liður í réttlátri málsmeðferð. Aftur á móti taldi dómstóllinn að í máli kæranda hefði ekki verið nauðsynlegt að fá réttaraðstoð og vegna þess hefði ákvæðið ekki verið brotið.⁹¹

Í *MDE Segame SA gegn Frakklandi* var það ekki talið brot gegn 6. gr. MSE þótt dómstólar gætu ekki breytt fjárhæð sekta.⁹²

Þá má geta þess að í *MDE Abas gegn Hollandi* sagði mannréttindanefndin að ef kröfur 1. mgr. 6. gr. MSE ættu við um rannsóknir skattfyrvalda (e. tax inspector) myndi framkvæmdin vera óskilvirk (e. would in practice unduly hamper the effective functioning of the public interest of the activities of fiscal authorities). Í málinu var kærandi að vísu ekki talinn hafa verið borinn sök þegar hann fékk bréf frá skattfyrvöldum þar sem hann var krafinn um tiltekna upplýsingar á grundvelli lagaskyldu og að viðlögðum sektum.⁹³

Samkvæmt ofangreindu virðist vera svigrúm til þess að sum réttindi samkvæmt 6. gr. MSE gildi ekki fullum fetum í stjórnáslumálum eða að minnsta kosti ákveðnum tegundum þeirra og við vissar aðstæður. Í því ljósi gæti ákveðinn réttaróvissu um hversu langt er hægt að ganga í stjórnáslumálum.

⁸⁹ Sjá til dæmis Peter Dijk o.fl. (ritstj.): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 532-533 og Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 108.

⁹⁰ *MDE Jussila gegn Finnlandi*, einkum mgr. 44.

⁹¹ Ákvörðun *MDE Barsom og Varli gegn Svíþjóð* frá 4. janúar 2008, mál nr. 40766/06 og 40831/06.

⁹² *MDE Segame SA gegn Frakklandi* frá 7. júní 2012, mál nr. 4837/06, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, mgr. 58-60.

⁹³ Ákvörðun mannréttindaneftdarinnar í *MDE Abas gegn Hollandi* frá 26. febrúar 1997, mál nr. 27943/95.

3.2 *Hvenær verða réttindin virk?*

Nú hefur verið rakið að ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE gildi þegar maður er borinn sök um refsivert brot (e. criminal charge). Hugtakið hefur sjálfstæða merkingu í skilningi sáttmálans. Til grundvallar hefur verið lögð efnisleg en ekki formleg nálgun á hugtakið.⁹⁴ Gæta verður að þeim réttindum sem felast í réttinum til réttlátrar málsmeðferðar samkvæmt 6. gr. MSE fyrir dómi. Réttarvernd ákvæðisins er þó ekki takmörkuð við upphaf dómsmáls. Ákveðin réttindi gilda við meðferð málsins á fyrri stigum, svo sem rannsókn þess.⁹⁵ Mannréttindadómstóll Evrópu hefur byggt á tveimur viðmiðum við mat á því hvenær réttindi samkvæmt 6. gr. MSE verða virk.

Í *fyrsta lagi* geta réttindi samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE orðið virk þegar manni er formlega tilkynnt um að hann sé borinn sök um refsivert brot.⁹⁶ Til dæmis þegar lögregla lætur mann vita að hann hafi réttarstöðu sakbornings við skýrslutöku, sbr. 2. mgr. 63. gr. sml. Sama á við í tilviki þeirra stjórnvalda sem hafa heimildir til að taka skýrslu af manni með sambærilegum hætti og lögreglan gerir. Í öðrum tilvikum reynir á hvenær stjórnvald telst hafa formlega tilkynnt manni um að hann sé borinn sök um refsivert brot. Hér verður gengið út frá því að sömu sjónarmið geti einnig átt við í stjórnýslumálum en ekki aðeins sakamálum í skilningi 1. gr. sml. enda teljist um að ræða sakamál í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE og tilkynningarnar falla að almennri lýsingu Mannréttindadómstólsins á því að vera formlega sakaður um refsivert brot.

⁹⁴ Sjá til dæmis *MDE Deweer gegn Belgíu frá 27. febrúar 1980, mál nr. 6903/75, Series A nr. 35*, mgr. 44, en þar segir: „... the prominent place held in democratic society by the right to a fair trial ... prompts the Court to prefer a „substantive“, rather than a „formal“ conception of the „charge“ contemplated by Article 6 para. 1.“

⁹⁵ Sjá til dæmis *MDE Corigliano gegn Ítalíu frá 10. desember 1982, mál nr. 8304/78, Series A nr. 57*, mgr. 34, en þar segir: „... this may have occurred on a date prior to the case coming before the trial court ..., such as the date of the arrest, the date when a the person concerned was officially notified that he would be prosecuted or the date when preliminary investigations were opened“ Sjá einnig Eirík Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 39-40 og Eirík Tómasson og Kristínu Benediktsdóttur: „Réttur til réttlátrar málsmeðferðar“, bls. 192.

⁹⁶ Sjá til dæmis *MDE Deweer gegn Belgíu*, mgr. 46, þar sem tekið var fram að „charge“ væri „the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence.“ Sjá einnig til dæmis *MDE Serves gegn Frakklandi*, mgr. 42, þar sem kærandi var boðaður fyrir dóm sem vitni. Sjá einnig Peter Dijk o.fl. (ritstj.): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 523-524.

Í 14. gr. ssl. segir að eigi aðili rétt á að tjá sig um efni þess samkvæmt 13. gr. skuli stjórnvald, svo fljótt sem því verður við komið, vekja athygli aðila á því að mál hans sé til meðferðar, nema ljóst sé að hann hafi fengið vitneskju um það fyrir fram.⁹⁷ Það eitt að stjórnvald tilkynni aðila máls um upphaf þess leiðir væntanlega ekki til þess að réttindin verði virk. Tilkynningin verður að bera með sér að aðili sé grunaður um lögbrot sem varðar til dæmis stjórnvaldssektum eða refsingum eða að til rannsóknar séu meint brot aðilans á lögum sem varða slíkum viðurlögum. Með öðrum orðum þá verður aðilinn að vera borinn sök um refsivert brot í samræmi við það hvernig viðmiðið hefur verið túlkað og því beitt í meðförum Mannréttindadómstóls Evrópu. Þegar stjórnvald hefur heimild til að leggja á stjórnvaldssekt er stundum í lögum að finna ákvæði um að heimildin falli niður að ákveðnum tíma liðnum. Er þá gjarnan kveðið á um að frestur rofni þegar stjórnvaldið „tilkynnir aðila um rannsókn á meintu broti“. Dæmi um það er 144. gr. laga nr. 108/2007, um verðbréfaviðskipti.⁹⁸ Oft myndi tilkynning í samræmi við ákvæðið sem og sambærileg ákvæði jafnframt vera tilkynning um meðferð máls samkvæmt 14. gr. ssl. Þegar stjórnvald tilkynnir aðila um rannsókn á meintu broti hans sem varðar stjórnvaldssektum verða réttindin almennt virk.⁹⁹

Hvorki í 14. gr. ssl. né í sérлагаákvæðum eins og 144. gr. laga nr. 108/2007 er fjallað um form tilkynninga. Þó að almennt sé betra að tilkynning samkvæmt 14. gr. ssl. sé skrifleg getur hún verið munnleg. Vegna þess vaknar spurningin hvað sé átt við með að stjórnvald „formlega“ beri mann sök um refsivert brot (e. official notification). Rök mæla með því að munnleg tilkynning sem er skýr um að aðili sé grunaður um lögbrot sem varðar stjórnvaldssektum eða refsingum ætti að duga til að réttindin verði virk. Væri það jafnframt almennt aðilanum í hag enda eiga þá ákveðin mannréttindi við um málsmeðferðina. Jafnframt má minna á að við þær aðstæður ber stjórnvaldi að skrá munnlegar upplýsingar samkvæmt 27. gr. upplýsingalaga nr. 140/2012. Þrátt fyrir þetta verður að telja æskilegra að tilkynningar eftirlitsstjórnvalda um þetta efni séu skriflegar. Þá má

⁹⁷ Nánar er fjallað um 14. gr. í Hafsteinn Dan Kristjánsson og Flóki Ásgeirsson: „Hefur tilkynningarregla stjórnýslulaga sjálfstætt gildi?“, óbirt handrit.

⁹⁸ Ákvæðið hljóðar svo: „Heimild Fjármálaeftirlitsins til að leggja á stjórnvaldssektir samkvæmt lögum þessum fellur niður þegar sjö ár eru liðin frá því að háttsemi lauk. / Frestur skv. 1. mgr. rofnar þegar Fjármálaeftirlitið tilkynnir aðila um rannsókn á meintu broti. Rof frests hefur réttaráhrif gagnavart öllum sem staðið hafa að brotinu.“

⁹⁹ Sjá til hliðsjónar *Prop. 62 L*, bls. 30.

benda á tengsl tilkynninganna við a-lið 3. mgr. 6. gr. MSE.¹⁰⁰ Þar kemur fram að hver sá sem sé borinn sökum um refsiverða háttsemi skuli án tafar fá, á máli sem hann skilji, vitneskju í smáatriðum um eðli og orsök þeirrar ákæru sem hann sæti.

Þannig hefur Mannréttindadómstóll Evrópu í öðru lagi lagt til grundvallar að réttindi samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE verði virk þegar maður hefur orðið fyrir umtalsverðum áhrifum (e. substantially affected) af rannsókn eða meðferð máls þótt hann hafi ekki verið formlega sakaður um refsivert brot í skilningi landsréttar. Verða þau áhrif þó að gefa til kynna að aðili sé grunaður um refsivert brot.¹⁰¹ Aðili getur verið borinn sök þótt formlegt sakamál sé ekki hafið gegn honum.¹⁰² Um er að ræða atviksbundið mat.¹⁰³ Byggt hefur verið á því að ekki nægi að maður sé grunaður um brot heldur verði meira að koma til. Þannig dugar ekki til dæmis að lögregla hafi byrjað rannsókn máls eða yfirheyrt vitni.¹⁰⁴ Dæmi um aðgerðir eða athafnir sem hafa almennt umtalsverð áhrif eru skýrslutaka og þvingunarráðstafanir í þágu rannsóknar máls. Vegna þess að sumar þvingunarráðstafanir geta verið framkvæmdar með leynd, svo sem að sími manns er hleraður, er rétt að taka fram að ekki er þörf á því að aðili hafi vitneskju um þær til þess að réttindin verði virk.

Einnig má færa rök fyrir því að við mat á því hvenær aðili hafi verið formlega borinn sök um refsivert brot eða hafi orðið fyrir umtalsverðum áhrifum af rannsókn eða meðferð máls verði að hafa í huga þau markmið eða rök sem búa að baki einstökum réttindum 6. gr. MSE sem og eðli málsins.¹⁰⁵ Eins og áður hefur komið fram verður

¹⁰⁰ *Prop. 62 L*, bls. 32.

¹⁰¹ Sjá til dæmis *MDE Corigliano gegn Ítalíu*, mgr. 34, en þar segir: „Whilst „charge“ for the purpose of Article 6 para 1., may in general be defined as „the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence“, it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect ...“ Sjá einnig til dæmis *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi*, mgr. 41, *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 249 og *MDE Marttinen gegn Finnlandi*, mgr. 62.

¹⁰² *MDE Marttinen gegn Finnlandi*, mgr. 64-66.

¹⁰³ Sjá í þessu samhengi til dæmis yfirdeildardóm *MDE Escoubet gegn Belgíu frá 28. október 1999, mál nr. 26780/95, Reports of Judgments and Decisions 1999-VII*, mgr. 34.

¹⁰⁴ Sjá til dæmis Peter Dijk o.fl. (ritstj.) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 525, Eirík Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*, bls. 40 og Eirík Tómasson og Kristínu Benediktisdóttur: „Réttur til réttlátrar málsmeðferðar“, bls. 193.

¹⁰⁵ Sjá til hliðsjónar Benadette Rainey o.fl. (ritstj.): *Jacobs, White, and Overy. The European Convention on Human Rights*, bls. 277.

réttarverndin einnig að vera raunhæf og virk en ekki tálsýn ein.¹⁰⁶ Af þessu leiðir að líta verður til þess hvenær aðili hefur raunhæfa þörf fyrir réttarvernd. Í tilviki þagnarréttarins og réttarins til að fella ekki á sig sök hefur aðili þörf á því að njóta réttindanna þegar hann gæti neitað að tjá sig eða afhenda gögn og hefur þörf á leiðbeiningum um réttinn. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur bent á að ekki sé þörf á því að gögn og upplýsingar séu notuð í sakamáli svo aðili njóti réttindanna. Réttindin geti orðið virk á fyrri stigum.¹⁰⁷ Í einhverjum tilfellum nægir að annað mál, sem er sakamál, hafi verið hafið gegn sakborningi.¹⁰⁸

Segjum að eftirlitsstjórnvald krefjist upplýsinga og gagna frá aðila samkvæmt lagaskyldu að viðlagðri refsingu í máli þar sem aðilinn er grunaður um brot sem varðar stjórnvaldssektum. Ef stjórnvald er búið að tilkynna aðila um upphaf máls á þann hátt sem uppfyllir fyrirtöldu aðstæðurnar reynir ekki á þær síðartöldu. Hafi aðila ekki verið tilkynnt um upphaf máls áður kann upplýsingabeidnin sjálf að vera sett fram með þeim hætti að aðila telst formlega tilkynnt um að hann sé borinn sök um refsivert brot. Geri hún það ekki verður að telja að síðartöldu aðstæðurnar séu fyrir hendi í þessu sambandi. Ástæða þess er sú að þegar stjórnvald krefur aðila máls um gögn og upplýsingar við þessar aðstæður reynir á réttinn til að fella ekki á sig sök. Einnig kann aðili að hafa þörf á leiðbeiningum um réttinn á þessu tímamarki. Til að mynda kann að koma í ljós að aðili hafi ekki áður gefið upp eignir og tekjur til skatts og í framhaldinu kunni honum að vera gerð viðurlög vegna þess.¹⁰⁹ Framangreint á enn frekar við þegar aðili hefur neitað að verða við upplýsingabeidni við þessar aðstæður og eftirmálar verða af hálfu stjórnvalds. Dæmi um það eru beiting þvingunarúrræða, svo sem álagning dagsekta, ákvörðun um að leggja á stjórnvaldssektir í tilefni af synjun um að verða við upplýsingabeidni, stjórnvald hlutast til um að þvingunarráðstöfunum verði beitt, svo sem húsleit og haldlagningu, eða að aðila er gerð refsing með dómi í tilefni af synjuninni. Eins og áður var nefnt telst rannsókn og meðferð máls almennt hafa umtalsverð áhrif á mann þegar þvingunarráðstöfunum í þágu rannsóknar máls er beitt.

Í þessu sambandi má rifja upp að í *MDE Weh gegn Austurríki* hafði kærandi verið krafinn um upplýsingar um hver hefði ekið bifreið hans í

¹⁰⁶ Sjá til dæmis í tengslum við réttindin *MDE Marttinen gegn Finnlandi*, mgr. 64.

¹⁰⁷ *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 34-35, *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi*, mgr. 43-46 og *MDE Funke gegn Frakklandi*.

¹⁰⁸ *MDE Marttinen gegn Finnlandi*, mgr. 62.

¹⁰⁹ Sjá til dæmis *MDE Marttinen gegn Finnlandi*, mgr. 71 og *MDE J.B. gegn Sviss*.

tilteknu tilviki þar sem hraðatakörk höfðu ekki verið virt. Meirihluti dómstólsins taldi að kærandi hefði ekki orðið fyrir umtalsverðum áhrifum með upplýsingabeidninni en minnihlutinn taldi að svo hefði verið. Þegar lagt er mat á þetta atriði í dómnum verður að hafa í huga að meirihlutinn taldi að sakamál, sem hefði verið hafið, hefði ekki beinst á neinn hátt að kæranda þegar upplýsingabeidnin var send. Þannig hefði grunur ekki sérstaklega beinst að honum né hefði neitt mál gegn honum verið yfirstandandi eða fyrirhugað. Minnihlutinn taldi aftur á móti að það lægi í augum uppi að ef kærandi hefði svarað að hann hefði ekið bifreiðinni umrætt sinn þá hefði sakamálið beinst að honum. Staðan var eins í *MDE Rieg gegn Austurríki*. Dæmið hér að ofan var afmarkað við þær aðstæður þar sem aðillinn er grunaður um brot af hálfu eftirlitsstjórnvalda. Vegna þess er staðan í dæminu ekki sú sama og var undirliggjandi að mati meirihlutans í *MDE Weh gegn Austurríki* og *MDE Rieg gegn Austurríki*. Sé dæminu aftur á móti breytt á þann hátt að sakamál, sem er hafið, beinist á engan hátt að þeim aðila sem er krafinn um upplýsingar þá er staðan eins í *MDE Weh gegn Austurríki* og *MDE Rieg gegn Austurríki*, eins og meirihlutinn mat hana. Til viðbótar við framangreint þá var talið að réttindin hefðu orðið virk í *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi* þegar kærundur hefðu verið krafðir um tilteknar upplýsingar. Sama á við í yfirdeildardómi *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*¹¹⁰ og *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki*.¹¹¹ Með hliðsjón af framanröktu má einnig halda því fram að aðili teljist hafa verið borinn sök ef eftirlitsstjórnvald gerir honum sáttaboð í tilefni af réttarbroti sem varðar stjórnvaldssektum.¹¹² Í slíku tilviki er þó sennilegast að aðili hefði áður verið borinn sök um refsivert brot, til dæmis þegar honum var tilkynnt um meðferð þess.

Í *MDE Abas gegn Hollandi* hélt kærandi því fram að rétturinn til að fella ekki á sig sök hefði verið brotinn vegna þess að skattyfirvöld hefðu ekki leiðbeint honum um réttinn þegar hann var beðinn um upplýsingar með tilteknu bréfi. Mannréttindanefndin benti á að samkvæmt landslögum hefði hvílt skylda á kæranda að veita skattyfirvöldum upplýsingum að viðlögðum sektum. Nefndin benti á að skattyfirvöldum (e. tax inspector) hefði ekki verið falið að ákvarða refsingu. Þó gætu upplýsingar verið notaðar síðar í máli varðandi refsingu. Þá hefði kærandi áður veitt upplýsingar af fúsum og frjálsum vilja. Vegna þess hefði kærandi ekki orðið fyrir umtalsverðum áhrifum þegar hann var krafinn um upplýsingarnar.

¹¹⁰ Sjá mgr. 35.

¹¹¹ Sjá mgr. 49.

¹¹² Sjá til hliðsjónar almennt um hvenær aðili telst borinn sök *MDE Deweer gegn Belgíu*.

Þá myndi það draga úr skilvirkni skattkerfisins ef kröfur 6. gr. MSE ættu við um málsmeðferðina. Niðurstaða nefndarinnar var sú að rétturinn til að fella ekki á sig sök hefði ekki verið brotinn.

Aðili getur haft þörf á leiðbeiningum um réttindin við aðrar aðstæður en að framan greinir. Til dæmis þegar stjórnvald óskar eftir gögnum eða upplýsingum frá aðila, sem grunaður er um lögbrot í máli sem heyrir undir 1. mgr. 6. gr. MSE, án þess að honum sé skylt lögum samkvæmt að viðlagðri refsingu að verða við beiðninni. Sama á við þegar stjórnvald óskar eftir skriflegum skýringum frá aðila og jafnvel þegar aðila er veittur andmælaréttur. Enn fremur kann aðili að hringja í stjórnvald eða mæta á staðinn og ræða við starfsmenn stjórnvalds um mál sitt og samtalið færast yfir á þá braut að hann er við það að fella á sig sök. Í þessum tilfellum hefur stjórnvald ekki þvingað aðila til að fella á sig sök. Á honum hvílir ekki lagaskylda að verða við upplýsingabeiðni stjórnvalds eða gefa andmæli. Enn síður hefur aðili verið þvingaður þegar hann að eigin frumkvæði hefur samtalið við starfsmenn stjórnvaldsins. Því er vafi um hvernig þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök horfa við. Að líkindum verður að meta kringumstæður í hverju máli heildstætt, meðal annars hvort þær séu ógnandi og hvort aðili sé í villu um réttindi sín.

MDE Aleksandr Zaichenko gegn Rússlandi Í málinu hafði bifreið kæranda verið stöðvuð af lögreglu en hann hafði dísel-olíu í henni sem hann hafði ekki kvittanir fyrir. Kærandi gaf síðar skýringar sem felldu á hann sök. Þessar skýringar höfðu afgerandi vægi í sakamáli gegn honum þar sem hann var sakfelldur. Dómstóllinn taldi að kærandi hefði ekki fyrirgert sér rétti sínum til að tjá sig ekki. Í því sambandi var litið til þess að kærandi hefði verið í frekar stressandi stöðu og atburðarrásin hefði verið hröð. Vegna þess hefði verið ólíklegt að hann hefði skilið nægilega afleiðingar svara sinna við spurningum. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE taldist brotið.¹¹³

Bent hefur verið á að ekki eigi að leggja of mikið upp úr dóminum enda var ekki aðeins litið til þess að kæranda hefði ekki verið leiðbeint um réttindin heldur einnig litið til vægis skýringanna.¹¹⁴ Í málinu var kærandi í stressandi aðstæðum og atburðarrásin hröð.¹¹⁵ Velta má því upp hvort ótti við lögreglu og yfirvöld í sumum ríkjum geti haft áhrif á mat á þeim aðstæðum sem kærandi er í.

¹¹³ *MDE Aleksandr Zaichenko gegn Rússlandi* 18. febrúar 2010, mgr. 52-59, einkum mgr. 55.

¹¹⁴ Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 318.

¹¹⁵ D.J. Harris o.fl. (ritstj.): *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 428.

Hvað sem þeim vangaveltum um réttindin líður má færa rök fyrir því að leiðbeiningarregla 1. mgr. 7. gr. ssl. leiði til þess að stjórnvaldi beri að taka af allan vafa um að aðila sé ekki skylt að verða við upplýsingabeidni, þegar svo ber undir, eða skila andmælum. Jafnframt að starfsmenn stjórnvaldsins stöðvi samtalið og leiðbeini aðilanum um að hann kunni að vera að fella á sig sök. Að minnsta kosti á það við ef aðstæður í málinu eru slíkar að stjórnvald má gera sér grein fyrir því að aðili kunni að vera í villu um réttindi sín, svo sem hvort honum sé skylt að verða við upplýsingabeidni, eða að hann kunni að vera fella á sig sök.

Hafi gagna og upplýsinga verið aflað með þvingun í máli sem heyrir ekki undir gildissvið 1. mgr. 6. gr. MSE, svo sem við almennt skatteftirlit, en til greina kemur að nota gögnin eða upplýsingarnar í síðara máli, sem heyrir undir gildissvið mannréttindaákvæðisins, svo sem við skattrannsókn á refsiverðum brotum, verður rétturinn til að fella ekki á sig sök virkur.¹¹⁶ Ekki er gerð krafa um að gögnin eða upplýsingarnar hafi í reynd verið notuð til að rétturinn virkist. Í því sambandi verður að hafa í huga að líta verður til réttarins þegar tekin er afstaða til þess hvort heimilt sé að byggja á gögnunum eða upplýsingunum í ljósi réttarins.

3.3 Réttindin eiga ekki við í annars konar málum

Að framan var rakið að réttarvernd 1. mgr. 6. gr. MSE eigi við í málum sem heyra undir gildissvið ákvæðisins, þ.e. í tengslum við mál þar sem maður er borinn sök um refsivert brot. Hin hlið peningsins er sú að réttarvernd ákvæðisins á ekki við í málum þar sem maður er ekki borinn sök um refsivert brot. Af þessu leiðir að krefjist stjórnvald til dæmis upplýsinga og gagna á grundvelli lagaskyldu að viðlagðri refsingu í máli sem heyrir ekki undir gildissvið ákvæðisins eiga þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök ekki við.¹¹⁷ Til að mynda ef einstaklingur er krafinn um upplýsingar og gögn í tengslum við almennt skatteftirlit, svo sem um framtalsskil, hefur hann ekki rétt á því að neita að afhenda gögnin og upplýsingarnar á grundvelli 1. mgr. 6. gr. MSE. Aðila kann því að vera gerð sekt fyrir að veita ekki skattyfirvöldum upplýsingar um eignir og skuldir sínar vegna

¹¹⁶ Sjá til hliðsjónar *UA frá 24. september 2001 í málum nr. 2896/1999 og 2954/2000.*

¹¹⁷ Sjá til dæmis *MDE Weh gegn Austurríki*, mgr. 47-57, *MDE Allen gegn Stóra-Bretlandi og MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 36. Sjá einnig Peter Dijk o.fl. (ritstj.): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 578.

skattlagningar.¹¹⁸ Hafi yfirlýsinga eða gagna verið aflað við meðferð stjórnýslumáls, sem eru til þess fallnar að fella sök á aðila, en eru ekki notaðar í síðara sakamáli gegn honum reynir vart á réttindin.¹¹⁹

Málið horfir öðruvísi við þegar til greina kemur að nota gögn og upplýsingar, sem hafa verið fengnar frá einstaklingi, í síðara sakamáli í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Dæmi um slík sakamál eru skattrannsókn og úrlausn máls um meint refsivert brot hjá skattrannsóknarstjóra, yfirskattanefnd, ákærvaldinu og dómstólum. Við þær aðstæður hafa gögn og upplýsingar, sem var aflað með þvingun frá aðilanum, verið dregnar inn í annað mál. Þegar svo háttar til verður að taka afstöðu til þess hvort heimilt sé að byggja á gögnunum og upplýsingunum í ljósi réttarins til að fella ekki á sig sök. *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* er lykildómur í þessu sambandi en hann er ítarlega reifaður í sérstaka hlutanum.¹²⁰

Í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* voru atvik þau að kæranda hafði verið skylt að veita tilteknum rannsakendum upplýsingar samkvæmt lagaskyldu þess efni að viðlagðri refsingu. Upplýsingarnar voru síðan notaðar í sakamáli gegn honum. Dómstóllinn tók fram að þótt rannsókn rannsakendanna hefði ekki fallið undir gildissvið 1. mgr. 6. gr. MSE þyrfti að skoða hvort notkun gagnanna í síðara dómsmálinu hefði brotið í bága við réttinn til að fella ekki á sig sök. Niðurstaða dómstólsins var að svo hefði verið.

Í *MDE I.J.L. o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*¹²¹ voru aðstæður sambærilegar og í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*. Mannréttindadómstóllinn komst því að sömu niðurstöðu. Aftur á móti var í *MDE Staines gegn Stóra-Bretlandi* önnur niðurstaða en þar voru sönnunargögn notuð með öðrum hætti.

Í *MDE Staines gegn Stóra-Bretlandi* hafði kæranda verið skylt að svara spurningum sérstakrar rannsóknarnefndar að viðlagðri refsingu. Ákærvaldið notaði skýrslurnar í síðara sakamáli gegn henni. Mannréttindadómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið brotið gegn rétti hennar til að fella ekki á sig sök. Í fyrsta lagi benti dómstóllinn á að hún hefði veitt rannsóknarnefndinni skriflegar og munnlegar upplýsingar áður en hún hefði verið kölluð til skýrslutöku. Í öðru lagi hefði hún ekki mótmælt notkun ákærvaldsins á notkun yfirlýsinganna og vísaði meðal annars sjálf til þeirra við meðferð málsins. Í þriðja lagi hefði ákærvaldið ekki

¹¹⁸ *MDE Marttinen gegn Finnlandi*, mgr. 69. Sjá einnig Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 643.

¹¹⁹ Sjá til hliðsjónar *UA frá 26. ágúst 1996 í máli nr. 1133/1994 (rannsókn flugslýss)*.

¹²⁰ Sjá einnig til hliðsjónar um gildissvið 6. gr. MSE *MDE Fayed gegn Stóra-Bretlandi*.

¹²¹ *MDE I.J.L. o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 82-83.

notað skýrslurnar til að grafa undan trúverðugleika hennar og með því hefði ekki verið sýnt fram á að framburður hennar hafi verið notaður til að renna stoðum undir sekt hennar í málinu. Dómstóllinn taldi að ákærvaldið hefði ekki notaðar skýringar hennar til að fella á hana sök heldur til að grafa undan vörn kæranda. Ákvæði 1. og 2. mgr. 6. gr. MSE hefðu því ekki verið brotin og var málinu vísað frá.

Með einföldun má segja að skatteftirlit hér á landi sé í höndum ríkisskattstjóra en skattrannsóknarstjóri ríkisins fari með skattrannsókn á meintum refsiverðum brotum skattaðila. Mál hjá ríkisskattstjóra falla því oft sinni utan við gildissvið 1. mgr. 6. gr. MSE en að mál hjá skattrannsóknarstjóra heyra undir það.¹²² Staðan er þó ekki svo klippt og skorin. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur slegið því föstu að mál, þar sem ríkisskattstjóri leggur álag á skattaðila, falli undir gildissvið 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka um réttinn til að vera ekki saksóttur eða refsað tvívegis. Vegna náinna tengsla refsihugtaksins í 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka og 1. mgr. 6. gr. MSE eru ákveðin líkindi fyrir því að slík mál geti einnig heyrt undir gildissvið síðarnefnda ákvæðisins. Verði það niðurstaðan kann að reyna á þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök í ákveðnum málum hjá ríkisskattstjóra. Kann það að skapa ýmis vandamál enda getur verið illmögulegt að skilja á milli almenns skatteftirlits og málum sem geta lokið með refsingu í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE.¹²³ Í þessu sambandi má þó rifja upp að réttindi samkvæmt 6. gr. MSE gilda ekki endilega fullum fetum í skattamálum.¹²⁴ Sjá í þessu sambandi fyrrnefndan *MDE Jussila gegn Finnlandi*.¹²⁵ Sjá einnig til hliðsjónar athugasemdir mannréttindanefndarinnar í ákvörðun *MDE Abas gegn Hollandi* um skilvirkni skattkerfisins. Einnig hafa komið fram sjónarmið um leggja verði mat á þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök í ljósi eðlis þeirra viðurlaga sem til greina kemur að beita í sakamáli. Því hefur verið haldið fram að meira þurfi til að koma svo réttindin séu brotin í tengslum við sakamál sem varða aðeins stjórnsýsluviðurlögum.¹²⁶ Enn fremur hefur verið bent á að vega þurfi

¹²² Björg Thorarensen: „Réttur aðila að stjórnsýslumáli til að fella ekki á sig sök“, bls. 56. Sjá einnig Björgu Thorarensen og Ásgerði Ragnarsdóttur: *Álitsgerð um rétt til að fella ekki á sig sök á stjórnsýslustigi*, bls. 140-141.

¹²³ Jens Edvin A. Skoghøj: „Forvaltningsanskjoner, EMK og Grunnloven“, bls. 321.

¹²⁴ Sjá til dæmis Peter Dijk o.fl. (ritstj.): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 532-533 og Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 108.

¹²⁵ *MDE Jussila gegn Finnlandi*.

¹²⁶ Jens Edvin A. Skoghøj: „Forvaltningsanskjoner, EMK og Grunnloven“, bls. 321.

réttindin gegn sjónarmiðum um skilvirkni í stjórnýslunni.¹²⁷ Segja má að ákveðinnar réttaróvissu gæti um þetta atriði á þessari stundu.

Að framan var nefnt að réttindin gildi í sakamálum en ekki annars konar málum. Þó geti reynt á réttindin þegar gagna og upplýsinga er aflað í annars konar málum en þau notuð síðar í sakamáli. Staðan er þó ekki alveg svo einföld. Það virðist nægja til að réttindin verði virk að gagna og upplýsinga sé aflað með þvingun og að *sakamál sé yfirvofandi eða fyrirhugað* (e. pending or anticipated).¹²⁸ Af þessu verður ráðið að leggja verði mat á hvort sakamál sé í gangi, fyrirhugað eða yfirvofandi annars vegar og hins vegar hvort ekkert slíkt mál sé í gangi, fyrirhugað eða yfirvofandi. Svo háttar til þegar einvörðungu annars konar mál er í gangi og sakamál er hvorki fyrirhugað eða yfirvofandi. Tiltölulega auðvelt ætti að vera að meta hvort sakamál sé í gangi. Erfiðara er að leggja mat á hvenær sakamál er fyrirhugað eða yfirvofandi. Miða verður við að ákveðinn grunur beinist að aðila eða að vilji standi til þess að hefja mál (e. no suspicion and no intention to bring proceedings).¹²⁹ Ekki er ósennilegt að gerðar séu þó nokkrar kröfur í þessu sambandi enda væri ella unnt að halda því fram í flestum málum að ekki sé unnt að útiloka að upplýsingagjöf leiði til þess að sakamál sé hafið síðar. Til marks um þetta var í *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* bent á að kærandi, sem var boðaður í skýrslutöku samkvæmt lagaskyldu að viðlagðri refsingu, hefði ekki aðeins átt á hættu að vera ákærður vegna upplýsinga sem hann kynni að veita í skýrslutökunni heldur hefði þá þegar beinst grunur að honum í tengslum við meint önnur afbrot sem áttu rót að rekja til sömu húsleitar (e. raid). Vegna þess hefðu verið veruleg líkindi fyrir því (e. a very real likelihood) að hann hefði verið spurður út í atriði sem hefðu getað haft þýðingu fyrir hitt málið.¹³⁰

Enn fremur getur þurft að meta *tengsl milli tveggja mála* þar sem annað er sakamál en hitt er annars konar mál. Eigi mál rætur að rekja til sama atviks, aðstöðu eða löggernings getur reynt á réttindin í því máli sem er ekki sakamál. Í áðurnefndum *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* reyndi á þá stöðu þegar sakamál er í gangi gegn aðila en leitast er við að afla upplýsinga frá honum í tengslum við annað mál en bæði málin áttu, sem fyrr segir, rót að rekja til sömu húsleitarinnar. Mál getur einnig lotið að sömu atvikum. Í *MDE Marttinen gegn Finnlandi* hafði

¹²⁷ Prop. 62 L, bls. 135.

¹²⁸ *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 36. Sjá einnig *MDE Weh gegn Austurríki og MDE Allen gegn Stóra-Bretlandi*.

¹²⁹ *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 38.

¹³⁰ Sjá mgr. 38.

kærandi verið krafinn upplýsinga um eignir sínar í tengslum við aðför en áður hafði verið hafið mál gegn honum um skilaskvik vegna þess að hann var grunaður um að hafa ekki veitt réttar upplýsingar um eignir sínar. Í báðum málunum taldi Mannréttindadómstóll Evrópu að kærendur nytu réttindanna.

3.4 Réttindin gilda ekki um þriðja mann

Óski stjórnvald eftir upplýsingum eða gögnum frá þriðja manni á grundvelli lagaskyldu að viðlagðri refsingu í tengslum við sakamál getur hann almennt ekki borið fyrir sig réttinn til að fella ekki á sig sök. Þriðji maður í þessu sambandi er annar einstaklingur eða lögaðili en sá sem er borinn sök um refsivert brot í skilningi MSE í sakamálinu. Til dæmis ef rannsókn um refsivert brot beinist að manni A getur maður B, sem er ekki grunaður um refsivert brot, ekki neitað að afhenda gögn á grundvelli 1. mgr. 6. gr. MSE.

Þau gögn og upplýsingar sem þriðji maður veitir kunna þó að benda til þess að hann hafi (einnig) staðið að broti. Við þær aðstæður verður hann grunaður um refsivert brot og málið beinist að honum eða nýtt mál er hafið þar sem hann er borinn sök. Nýja málið heyrir undir gildissvið 1. mgr. 6. gr. MSE. Þegar svo ber undir getur reynt á hvort heimilt sé að nota þau gögn og þær upplýsingar sem var aflað frá honum með þvingun. Áðurnefndir dómur *MDE Weh gegn Austurríki* og *MDE Rieg gegn Austurríki* er áhugaverðir í þessu ljósi. Velta má því upp hver hefði verið staðan ef kærendur hefðu svarað að þeir hefðu ekið bifreiðinni umrætt sinn og í framhaldinu hefði sakamálið beinst að þeim sem sakborningum. Þar sem upplýsinganna var aflað frá þeim með þvingun má spyrja hvort heimilt hefði verið að nota þær í sakamáli gegn þeim. Ekki var vikið að þessu í dómum meirihlutans. Aftur á móti reyndi á svipaða stöðu í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*. Í málinu hafði O'Halloran sagst hafa ekið bifreið í tiltekið skiptið og í framhaldinu var hann sakfelldur fyrir umferðarlagabrot meðal annars á grundvelli þeirra upplýsinga. Meirihluti yfirdeildar taldi að O'Halloran hefði verið borinn sök þegar hann var krafinn um upplýsingar um ökumanninn. Þrátt fyrir það taldi meirihluti yfirdeildar að 1. mgr. 6. gr. MSE hefði ekki verið brotin. Í því ljósi er ekki ósennilegt að hefðu kærendur í austurrísku málunum sagst hafa verið ökumenn bifreiðanna hefði verið unnt að nota þær upplýsingar gegn þeim í síðara sakamáli. Líkt og vikið verður að í sérstaka hlutanum þá fjalla öll þessi mál um umferðarlagabrot og Mannréttindadómstóll Evrópu hefur lagt áherslu á

hið sérstaka eðli sviðsins (e. special nature of the regulatory scheme). Því er ekki víst að hið sama gildi á öðrum málefnasviðum.

Ef aðili hefur stöðu vitnis í sakamáli, þ.e. er þriðji maður, en grunur fer að beinist að honum breytist staða hans í sakborning. Þá verður að leiðbeina honum um réttindin.¹³¹

Erfið staða getur verið uppi þegar fyrirvarsmenn lögaðila eru krafðir um gögn og upplýsingar í tengslum við mál er varðar lögaðilann en gögnin og upplýsingarnar eru til þess fallnar að fella sök á fyrirvarsmennina. Reynir þá á hvort unnt sé að nota gögnin og upplýsingarnar í síðara máli, sem heyrir undir gildissvið 1. mgr. 6. gr. MSE, gegn fyrirvarsmönnum. Í þessu sambandi má benda á að nú hefur verið sett sérstakt lagaákvæði um þessa stöðu í 2. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005. Jafnframt reyndi á hana í eftirfarandi dómi.

Í *Hrd. 16. mars 2007 í máli nr. 92/2007 (olíufélög)* reyndi á notkun ákærvalds á sönnunargögnum sem aflað var við rannsókn Samkeppnisstofnunar á ölögmaetu samráði þriggja olíufélaga. Í málinu voru fyrirvarsmenn félaganna ákærðir vegna brota á samkeppnislögum. Fyrirvarsmenn félaganna kröfðust þess að málinu yrði vísað frá og var fallist á það með úrskurði héraðsdóms. Í dómi meirihluta Hæstaréttar kom fram að verulegur hluti gagna sem fylgdu ákæru til héraðsdóms stafaði frá Samkeppnisstofnun, þar á meðal fundargerðir stofnunarinnar með fulltrúum félaganna. Tilgangur stofnunarinnar hefði verið að afla upplýsinga um ætluð samkeppnisbrot félaganna en þátttaka fulltrúa félaganna á fundunum stefndi að því að ná fram lækkan á stjórnvaldssektum. Upplýsingar sem fengnar hefðu verið frá starfsmönnum félaganna hjá stofnuninni hefðu orðið meðal annars grundvöllur ákvörðunar samkeppnisráðs um stjórnvaldssektir. Upplýsingarnar hefðu fylgt gögnum til lögreglunnar og orðið þannig einnig grundvöllur rannsóknar ákærvaldsins.

Niðurstaða meirihluta Hæstaréttar var að staðfesta úrskurð héraðsdóms um að vísa málinu frá. Fram kom í dóminum að fyrirkomulag samkeppnislaga hefði ekki verið nógu skýrt um meðferð máls ef grunur vaknaði um að brotið hefði verið gegn lögunum, og væri þar af leiðandi óskýrt hvernig skyldi fara ef tilefni þætti til opinberrar rannsóknar jafnhliða meðferð samkeppnisyfirvalda og hvenær ætti að beita refsiviðurlögum. Ætti það meðal annars við um þá stöðu fyrirvarsmanna félaganna að taka þátt í viðræðum og

¹³¹ MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi, mgr. 295-97. Sjá einnig Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 641.

samningum við Samkeppnisstofnun og veita henni upplýsingar en fella á sama tíma á sig sök. Einnig kom fram að þrátt fyrir yfirlýsingar ákærvaldsins um að það myndi ekki byggja á fundargerðum Samkeppnisstofnunar þá yrði ekki séð hvernig halda mætti þeim aðgreindum frá þeim gögnum frá stofnuninni sem ákærvaldið teldi sig mega reisa ákæru á. Taldi meirihluti Hæstaréttar ekki nægjanlega komið fram að fyrirsvarsmenn félaganna hefðu fengið notið þeirra réttinda sakborninga í lögreglurannsókninni, sem hefði farið fram í kjölfar meðferðar samkeppnisyfivalda, sem mælt er fyrir um í 70. gr. stjkskr., sbr. 6. gr. MSE, og meginreglum þágildandi laga nr. 19/1991, um meðferð opinberra mála.

Eins og rökstuðningur meirihlutans er settur fram er erfitt að draga skýrar ályktanir af honum. Í *fyrsta lagi* er rökstuðningurinn nokkuð almennur, þ.e. málsatvik eru ekki heimfærð með nákvæmum og skýrum hætti til tiltekinna sjónarmiða sem varða réttinn til að fella ekki á sig sök. Í *öðru lagi* voru aðstæður nokkuð sérstakar. Dómurinn byggist að hluta á því að ákveðin réttaróvissa hefði verið fyrir hendi um hvernig fara bæri með mál eins og þetta, þ.e. mál þar sem fyrirsvarsmenn félaga tjá sig um atvik í þeirri von að lækka stjórnvaldssektir, sem lagðar kunna að verða á félögin, en á sama tíma fella sök á sig persónulega í síðara sakamáli. Þá hefði fyrirkomulag laga ekki verið nógu skýrt um hvernig fara bæri með tilvik þegar tilefni þætti til opinberrar rannsóknar jafnhliða meðferð samkeppnisyfivalda og hvenær beita ætti refsiviðurlögum. Í *þriðja lagi* er ekki ljóst af hverju hafi ekki verið unnt að aðgreina þau gögn sem voru vafasöm frá öðrum gögnum eins og ákærvaldið hélt fram. Meirihluti Hæstaréttar fjallaði ekki um þetta atriði umfram það að segja að ekki yrði séð hvernig það yrði gert. Í *fjórdða lagi* kemur ekki skýrlega fram hvort og hvernig hinir ákærðu hefðu verið þvingaðir en réttindin hafa vart verið brotin án þess.

Þó má ef til vill draga eftirfarandi ályktanir: Í *fyrsta lagi* virðist gefið til kynna í dómi meirihlutans að varnaraðilar hafi verið blekkir til að veita upplýsingarnar. Það hefði verið gert með því að gefa til kynna að ef þeir tjáðu sig yrði ekki hafið sakamál gagnvart starfsmönnum félaganna eins og raunin varð. Þá hefðu þeir tjáð sig í von um að lækka stjórnvaldssektir á hendur félaga sem þeir hefðu verið í fyrirsvari fyrir. Þessi aðferð telst mögulega til blekkinga (e. subterfuge), sem vikið verður að í kafla 4.2.2. Þess ber að geta að í dóminum kemur þó aðeins fram að varnaraðilar hafi byggt á þessu en Hæstiréttur sjálfur tekur ekki skýra afstöðu til þessa. Í *öðru lagi* virðist óljós staða hinna ákærðu hafa falið það í sér að þeir í reynd nutu ekki réttarins til að tjá sig ekki og var að líkindum ekki leiðbeint um þann rétt hjá Samkeppnisstofnun.

Af dóminum verður helst ráðið að hinir ákærðu hefðu beinlínis tjáð sig vegna þess að þeir teldu að með því fengju félögin ekki aðeins ávinning, þ.e. lægri stjórnvaldssektir, heldur yrðu einnig ekki eftirmálar gagnvart þeim. Með því hefðu verið fengnar upplýsingar frá þeim sem ella hefðu ekki komið fram, svo sem ef þeir hefðu haft réttarstöðu grunaðs manns og verið leiðbeint um réttinn til að tjá sig ekki. Vegna þess hvernig málið lá fyrir virðist hafa verið hætta á því að niðurstaða hefði byggst á gögnum þar sem hinir ákærðu hefðu fellt á sig sök án þess að hafa notið mannréttinda sinna.

Í málinu voru tvö sératkvæði. Í hinu fyrra var tekið undir niðurstöðu meirihlutans en á öðrum forsendum. Byggt var á því að ákæra hefði brotið í bága við lög um meðferð opinberra mála og því bæri að vísa málinu frá dómi. Í hinu síðara var ekki fallist á niðurstöðu meirihlutans. Byggtist það sératkvæði meðal annars á þeirri afstöðu að dómurinn gæti tekið afstöðu til sektar hinna ákærðu á grundvelli þeirra gagna sem væru ekki þess eðlis að þeir hefðu fellt á sig sök.

Sé réttarstaða hins grunaða skýr og honum leiðbeint um réttinn þá er staðan önnur en í ofangreindum dómi. Sama á við sé aðili ekki blekkur eða þvingaður til að veita upplýsingar í máli er varða félag, sem hann starfar hjá, og þau gögn eru síðan notuð í máli gegn honum.

3.5 Njóta lögaðilar réttindanna?

Langflest ef ekki öll lagaákvæði sem hafa verið sett um þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök hér á landi lúta að einstaklingum en ekki lögaðilum. Fjallað verður um þau í sérstaka hlutanum. Einnig er oftast ekki að finna lagaákvæði um réttindin þegar stjórnvald hefur aðeins heimild til að leggja stjórnvaldssekt á lögaðila. Því hefur verið haldið fram að lögaðilar njóti ekki réttindanna samkvæmt 1. mgr. 70. gr. stjkskr.¹³² Sú spurning vaknar hvort lögaðilar njóti réttindanna samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE.¹³³ Bent hefur verið á að réttindin séu svo nátengd einstaklingum að þau geti ekki gilt um lögaðila.¹³⁴ Í því sambandi má benda á að Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur talið að þagnarrétturinn nái ekki til lögaðila.¹³⁵ Draga má í efa að röksemdin

¹³² Eiríkur Jónsson, Friðrik Ársælsson og Kristín Benediksdóttir: *Opinbert markaðseftirlit*, bls. 68.

¹³³ Sjá umfjöllun Ólafs Jóhannesar Einarssonar: „Þagnarrétturinn og meðferð samkeppnismála“, bls. 76-78.

¹³⁴ Sjá nánar Ólaf Jóhannes Einarsson: „Þagnarrétturinn og meðferð samkeppnismála“, bls. 71-78.

¹³⁵ *Hale gegn Henkel 201 US 43 (1906)*.

vegi þungt. Á móti henni vegur að lögaðilar geta notið réttarverndar samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE þótt einstök réttindi kunni að gilda með afbrigðum.¹³⁶ Jafnframt má benda á að lögaðilar geta talist sakborningar samkvæmt 27. gr. sml.¹³⁷ Enn fremur eru rökin að baki réttindunum ekki bundin við viljaafstöðu heldur eru einnig að forða því að menn séu dæmdir að ósekju (e. miscarriages of justice). Þá tengjast réttindin réttinum til að teljast saklaus þar til sekt er sönnuð en þessi rök geta einnig átt við um lögaðila.¹³⁸ Jafnframt hefur verið talið í Evrópurétti að lögaðilar njóti þagnarréttarins í málum sem varða samkeppnislagabrot þótt þau séu takmarkaðri en í tilviki einstaklinga. Lögaðilum er heimilt að neita að svara ákveðnum spurningum og gefa skýringar í vissum tilvikum.¹³⁹

Í *Orkem gegn Frankvæmdastjórninni* fjallaði Evrópudómstóllinn um rétt lögaðila til að fella ekki á sig sök við meðferð samkeppnismála. Í málinu komst Evrópudómstóllinn að þeirri niðurstöðu að framkvæmdastjórn Evrópusambandsins hefði heimild til að fara fram á að fyrirtæki legði fram allar nauðsynlegar upplýsingar og gögn um mál sem væri til rannsóknar. Jafnvel þótt hægt væri að nota gögnin gegn fyrirtækinu eða öðrum aðila til að sýna fram á brot aðila. Framkvæmdastjórnin gæti þó ekki þvingað fyrirtæki til þess að veita henni svör við spurningum sem gætu falið í sér viðurkenningu á broti sem framkvæmdastjórninni bæri að sanna.

¹³⁶ Sjá til dæmis ákvörðun Mannréttindanefndarinnar í *MDE Société Stenuit gegn Frakklandi frá 11. júlí 1989, mál nr. 11598/85* en af málinu verður ráðið að lögaðilar geti notið ákveðinnar verndar 6. gr. MSE þegar þeir eru bornir sök um refsiverða háttsemi. Sjá einnig til dæmis Ólaf Jóhannes Einarsson: „Þagnarrétturinn og meðferð samkeppnismála“, bls. 77.

¹³⁷ Sama á við í Danmörku. Sjá Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 141.

¹³⁸ Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 139-141 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Þagnarrétturinn og meðferð samkeppnismála“, bls. 78.

¹³⁹ Sjá til dæmis C-374/87 *Orkem gegn Frankvæmdastjórninni* [1989] ECR 3283, mgr. 35, C-238/99P *Limburgse Vinyl Maatschappij o.fl. gegn Frankvæmdastjórninni* [2002] ECR I-8375, mgr. 79, C-301/04 P *Frankvæmdastjórnin gegn SGL Carbon AG* [2006] ECR I-5915, T-112/98 *Mannesmannröhren-Werke AG gegn Frankvæmdastjórninni* [2001] ECR II-729, mgr. 72 og C-60/92 *Otto BV gegn Postbank NV* [1993] ECR I-5683, mgr. 21. Fyrir reglur um meðferð samkeppnismála, sjá *Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Article 81 and 82 of the Treaty*. Sjá einnig Jens Möller: „Forbud mod selvinkriminering in forvaltningsretten“, bls. 263. Ágæta yfirferð er að finna um dómaframkvæmdina í Ólafi Jóhannesi Einarssyni: „Þagnarrétturinn og meðferð samkeppnismála“, bls. 61-66 og Björgu Thorarensen og Ásgerði Ragnarsdóttur: *Álitsgerð um rétt til að fella ekki á sig sök á stjórnsýslustigi*, bls. 145-146. Sjá einnig Sigríði Árnadóttur: „Rétturinn til að fella ekki á sig sök og rannsóknin á bankahruninu“, bls. 47.

Í málinu var almennum rétti til að fella ekki á sig sök ekki slegið föstum heldur aðeins rétti til að þurfa ekki að veita upplýsingar sem fela í sér viðurkenningu á broti sem framkvæmdastjórninni ber að sanna.

Ekki liggur fyrir skýr dómur um álitaefnið á vettvangi Mannréttinda-dómstóls Evrópu.¹⁴⁰ Í því ljósi gætir ákveðinnar réttaróvissu um þetta atriði.¹⁴¹ Í norskum rétti hefur þó verið talið að lögaðilar geti notið réttindanna samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE, sbr. *Rt. 1. júní 2011 í máli nr. 456/2011 (Petrolia)*.

*Petrolia ASA o.fl. gegn ákæruvaldinu.*¹⁴² Í málinu óskaði ákæruvaldið eftir á bókhaldsgögnum frá Petrolia ASA og 14 öðrum lögaðilum. Lögaðilarnir neituðu að afhenda gögnin og fékk ákæruvaldið því dómsúrskurð fyrir afhendingu gagnanna. Töldu lögaðilarnir sig engu að síður ekki þurfa að afhenda gögnin og fóru fram á að dómsúrskurðurinn yrði felldur úr gildi með vísan til 6. gr. MSE. Ákæruvaldið hélt því fram að lögaðilar nytu ekki verndar 6. gr. MSE og vísaði meðal annars til dómafordæma æðstu dómstóla Bandaríkjanna, Ástralíu, Kanada og Þýskalands. Hæstiréttur Noregs fór meðal annars yfir þá dómaframkvæmd ásamt dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins og ákvarðanir Mannréttindanefndar Evrópu og komst að þeirri niðurstöðu að lögaðilar njóti verndar 6. gr. MSE nema það séu rök fyrir undantekningum. Komst Hæstiréttur Noregs að þeirri niðurstöðu að fella úrskurðinn úr gildi en málinu var vísað aftur til efnislegar meðferðar áfrýjunardómstólsins.

Ekki er loku fyrir það skotið að þróunin verði sú að lögaðilar njóti réttindanna samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE, að minnsta kosti að ákveðnu marki eins og í Evrópurétti.¹⁴³

¹⁴⁰ Í ákvörðun Mannréttindanefndarinnar í *MDE Peterson Sarpsborg AS o.fl. gegn Noregi frá 27. nóvember 1996, mál nr. 25944/94* sagði: „The Commission recalls that the first, second and third applicants are companies which in their own legal capacity were found guilty of the charges brought against them. The question arises therefore whether or to what extent these companies can incriminate themselves through statements made by their employees.“

¹⁴¹ Sjá Björgu Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 43, Ólaf Jóhannes Einarsson: „Þagnarréttur og meðferð samkeppnismála“, bls. 76 og Eirík Jónsson, Friðrik Ársællsson og Kristínu Benediksdóttur: *Opinbert markaðseftirlit*, bls. 68. Bent hefur verið á að lögaðilar njóti ekki réttinda samkvæmt 70. gr. stjkskr. hér á landi, sjá Eirík Jónsson: *Mannréttindi lögaðila*, bls. 262-267. Sjá einnig Sigríði Árnadóttur: „Rétturinn til að fella ekki á sig sök og rannsóknin á bankahruninu“, bls. 47.

¹⁴² *Petrolia ASA and others vs. the Public Prosecuting Authority, HR-2011-01118-A, (case no. 2011/456), a criminal case, appeal against a court order*, mgr. 52-54.

¹⁴³ Jens Möller: „Forbud mod selvinkriminering in forvaltningsretten“, bls. 262-263, bendir á að lögaðilar njóti ákveðinna réttinda samkvæmt 6. gr. MSE og ekki sé útilokað að þeir geti notið þagnarréttarins og réttarins til að fella ekki á sig sök í framtíðinni samkvæmt 6.

Þróist dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins á þann veg að lögaðilar njóti réttindanna, eftir atvikum að ákveðnu marki, kann að skapast tilefni til að endurskoða þá löggjafarstefnu sem hefur verið fylgt hér á landi og fjallað verður um í sérstaka hlutanum. Í því sambandi má benda á að réttarverndin samkvæmt 10. gr. retssikkerhedsloven í Danmörku tekur einnig til lögaðila. Jafnframt er 48. gr. norsku stjórnisýslulaganna bundin við aðila máls en þeir geta verið lögaðilar. Vikið verður að báðum þessum ákvæðum í sérstaka hlutanum.

4. Sjónarmið við mat á því hvort réttindin hafi verið virt

4.1 Almennt um matið

Þess er fyrr getið að þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök eru ekki algildir. Lýtur mat þess hvort réttindin hafi verið virt að því hvort sjálfur kjarni þeirra hafi verið brotinn.¹⁴⁴ Við matið hefur Mannréttindadómstóll Evrópu litið til þriggja sjónarmiða og lagt heildstætt mat á mál í ljósi þeirra. Í *fyrsta lagi* hefur verið lagt mat á eðli og umfang þvingunar (e. the nature and degree of compulsion). Í *öðru lagi* hefur verið litið til þess hvort fyrir hendi séu ákveðnar réttaröryggisreglur (e. the existence of any relevant safeguards in the procedure). Í *þriðja lagi* hefur verið litið til þess hvernig gögn og upplýsingar eru notuð í sakamáli (e. the use to which any materials so obtained is put).¹⁴⁵ Auk þess hefur af og til komið til umfjöllunar hvaða þýðingu almannahagsmunir hafa við matið.¹⁴⁶ Sjónarmiðunum er ágætlega lýst í yfirdeildardómi *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* sem er reifaður í kafla 4.2.1.¹⁴⁷ Í því sem á eftir fer verður fjallað nánar um sjónarmiðin.

gr. MSE. Sjá einnig Ólaf Jóhannes Einarsson: „Þagnarrétturinn og meðferð samkeppnismála“, bls. 77-78.

¹⁴⁴ Sjá til dæmis D.J. Harris o.fl. (ritstj.): *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 427.

¹⁴⁵ *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 53. Fyrir umfjöllun um sjónarmiðin á íslensku sjá til dæmis Sigríði Árnadóttur: „Rétturinn til að fella ekki á sig sök og rannsóknin á bankahruninu“, bls. 41-43.

¹⁴⁶ Bent hefur verið á að sjónarmiði um vægi almannahagsmuna hafi verið bætt við hin þrjú sjónarmiðin í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* og hafi sú nálgun verið staðfest í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*. Sjá D.J. Harris o.fl. (ritstj.): *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 427.

¹⁴⁷ Sjá *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, mgr. 101 og 117. Sjá einnig Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 313.

4.2 Þvingun – aðferðir við öflun gagna og upplýsinga

Við mat á því hvort málsmeðferð sé réttlát hefur Mannréttindadómstóll Evrópu meðal annars litið til þess hvernig sönnunargagna var aflað.¹⁴⁸ Sé sönnunargagna aflað með þvingun verður að leggja mat á hvort þvingunin sé ótilhlýðileg.¹⁴⁹ Eins og áður hefur komið fram lýtur matið að því hvort með þvinguninni sé sjálfur kjarni réttindanna skertur.¹⁵⁰ Í því sambandi verður að meta eðli og umfang þvingunar.¹⁵¹ Eftir því sem þvingun er alvarlegri og umfangsmeiri því meiri líkur eru á því að réttindin séu skert. Þannig er munur á fangelsisrefsingu og afar lágum stjórnvaldssektum.¹⁵² Bein þvingun leiðir þó ekki ætíð til þess að kjarni réttindanna sé skertur.¹⁵³ Hafi gagna og upplýsinga ekki verið aflað með þvingun teljast réttindin almennt ekki vera brotin.¹⁵⁴

Í *MDE Serves gegn Frakklandi* hafði kærandi gefið ákveðnar skýringar í tengslum við rannsókn nefndar. Skýringarnar voru síðar notaðar í sakamáli gegn honum. Dómstóllinn taldi að réttindin hefðu ekki verið brotin gegn kæranda þar sem honum hefði ekki verið skylt að svara spurningum í tengslum við rannsókn nefndarinnar. Jafnframt lagði dómurinn áherslu á að skýringarnar hefðu ekki verið eina sönnunargagnin eða haft afgerandi vægi í sakamálinu.

Athygli vekur að í dómnum var ekki leyst úr málinu á þeirri forsendu einni að kæranda hefði ekki verið skylt að svara spurningunum, þ.e. ekki verið þvingaður, heldur var jafnframt litið til þess hvernig skýringarnar hefðu verið notaðar í sakamáli gegn honum. Sama staða var uppi í ákvörðun dómstólsins í máli *MDE H og J gegn Hollandi*, þ.e. ekki var leyst úr málinu á þeirri forsendu einni að kærundur hefðu ekki verið þvingaðir til að gefa ákveðnar yfirlýsingar heldur var einnig fjallað um önnur atriði. Ekki er loku fyrir það skotið að réttindin geti verið brotin með óbeinni þvingun. Aðili kann í undantekningatilvikum að vera í svo viðkvæmri eða erfiðri stöðu að því verði jafnað til þvingunar eða hún teljist til óbeinnar þvingunar. Í því sambandi vísast

¹⁴⁸ *MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 42.

¹⁴⁹ Sjá til dæmis *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 36.

¹⁵⁰ *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, mgr. 101. Sjá einnig D.J. Harris o.fl. (ritstj.): *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 424.

¹⁵¹ *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 267, *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi* og *MDE Bykov gegn Rússlandi*.

¹⁵² Sjá til dæmis *MDE Allen gegn Stóra-Bretlandi* annars vegar og hins vegar *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi*. Sjá einnig D.J. Harris o.fl. (ritstj.): *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 425.

¹⁵³ *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 53 og *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 269.

¹⁵⁴ Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 646.

til áðurgetins *MDE Aleksandr Zaichenko gegn Rússlandi og MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi*.

Mannréttindadómstóllinn hefur bent á þrenns konar aðferðir sem teljast vafasamar og sem geta leitt til þess að ekki hafi verið gætt að þagnarréttinum og réttinum til að fella ekki á sig sök samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE. Í *fyrsta lagi* líkamlegar og andlegar þvinganir. Í *öðru lagi* ákveðnar blekkingar. Í *þriðja lagi* annars konar þvinganir, svo sem lagalegar. Verður nú vikið nánar að þessum aðferðum.¹⁵⁵

4.2.1 Líkamlegar og andlegar þvinganir

Réttindin geta verið brotin ef gagna eða upplýsinga er aflað með líkamlegum eða andlegum þvingunum.¹⁵⁶ Alvarlegasta tilvikið er játning aðila sem fengin er með pyntingum. Líkamlegar eða andlegar þvinganir þurfa þó ekki að ganga svo langt til að brjóta réttindin. Sama getur átt við ef upplýsinga eða gagna er aflað með ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð.¹⁵⁷ Þegar slíkum þvingunum er beitt geta þær jafnframt falið í sér brot á 3. gr. MSE. Þar segir að enginn maður skuli sæta pyndingum eða ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Sjá einnig í þessu sambandi 1. mgr. 68. gr. stjkskr. Á þetta reyndi í yfirdeildardómi *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*.

Í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* voru atvik þau að kærandi var grunaður um fíkniefnabrot. Hann var talinn hafa geymt fíkniefni innvortis. Til þess að afla sönnunargagna í málinu var kærandi þvingaður gegn vilja sínum til að kasta upp eiturlyfjum sem hann hafði gleipt. Var þetta gert með því að gefa honum lyf í gegnum nef hans. Hann var síðar sakfelldur. Mannréttindadómstóll Evrópu komst að þeirri niðurstöðu að rétturinn hefði verið brotinn. Var meðal annars vísað til þess að aðferðinni sem var beitt við öflun gagnanna hefði ógnað heilsu hans ásamt því að vera ómanneskjuleg og niðurlægjandi. Fram kom að brotið sem hann hefði verið borinn sök um að hafa framið hefði ekki verið alvarlegt og að almannahagsmunir gætu ekki réttlætt svo alvarlegt inngrip í líkama og andlega heilsu hans. Þá var litið til þess að þetta hefðu verið afgerandi sönnunargögn í málinu gegn honum. Auk brots á 1. mgr. 6. gr. MSE var um brot á 3. gr. MSE að ræða.

¹⁵⁵ Sjá til dæmis *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 267.

¹⁵⁶ *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*.

¹⁵⁷ Sjá í þessu samhengi til hlíðsjónar til dæmis *MDE Ferrantelli og Santangelo gegn Ítalíu frá 7. ágúst 1996*, mál nr. 19874/92, *Reports 1996-III*, *MDE Süylemez gegn Tyrklandi 21. september 2006*, mál nr. 4661/99, mgr. 122 og *MDE Turbylev gegn Rússlandi frá 6. október 2015*, mál nr. 4722/09, mgr. 86-91.

Eins og ráðið verður af dóminum er einnig litið til þess hvernig sönnunargögn voru notuð í sakamáli sem var aflað með líkamlegum eða andlegum þvingunum. Sé sönnunargagna aflað með pyndingum í andstöðu við 3. gr. MSE skiptir ekki máli hvort þau séu eina sönnunargagnið í málinu eða hafi fengið afgerandi vægi.¹⁵⁸ Mannréttindadómstóllinn sló því ekki föstu í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* að ávallt væri óheimilt að byggja á sönnunargögnum sem aflað væri með vanvirðandi eða ómannlegri meðferð heldur yrði að meta það í hverju tilviki. Niðurstaða dómstólsins var í því máli að það hefði ekki verið heimilt.¹⁵⁹

Í ljósi *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* er *Hrd. 30. október 2008 (máli nr. 236/2008) (þvagsýni)* áhugaverður.¹⁶⁰ Í málinu hafði M verið meðal annars ákærð fyrir ölvunarakstur. Hún hélt því meðal annars fram að þvagsýntaka hefði verið ólögmat og því yrði niðurstaða dóms ekki á henni reist. Hvorki í dómi Hæstaréttar né héraðsdóms er að finna heildstæða almenna lýsingu á því hvernig staðið var að þvagsýnatökunni en unnt er að ráða lýsinguna af ólíkum hlutum úr héraðsdóminum. Þannig sagði í héraðsdóminum:

„Á lögreglustöðinni var ákærða beðin um að gefa þvagsýni en hún neitaði því alfarið. Í framhaldi var hún færð í fangaklefa og þvagsýni tekið þar af henni af lækni og hjúkrunarfræðingi ásamt lögreglu.“

Í dóminum var einnig haft eftir ákærðu:

„... ákærða ... lýsti upplifun sinni af þvagsýnatökunni svo: „Hann heldur mér og horfir framan í mig. Hann er að kíkja við og sjá hvort að það sé eitthvað að ganga sem er að gerast þarna að neðan verðu. Hann horfir framan í mig og rétt áður þessu röri er stungið inn þá segir hann, og hvað í síðasta sinn ætlar þú að míga fyrir okkur, með þetta glott framan í sér.“

Í endursögn á lýsingu varðastjórans A á þvagsýnatökuna sagði meðal annars:

„A kvað, að þar sem ljóst var að þvagsýni yrði ekki fengið frá konunni með góðu, hefði hún verið færð niður í fangaklefa þar sem þvagsýni hefði verið tekið með valdi. Kvaðst A hafa haldið niðri efri

¹⁵⁸ *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, mgr. 105 og *MDE Gäfgen gegn Þýskalandi*, mgr. 167. Sjá einnig Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 647.

¹⁵⁹ *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, mgr. 107-108 og *MDE Gäfgen gegn Þýskalandi*, mgr. 167.

¹⁶⁰ Fjallað er um dóminn í Róbert R. Spanó: *Stjórnskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 51 og 103-105.

hluta líkama ákærðu og snúið baki í lækinn og hjúkrunarfræðinginn sem önnuðust þvagtökuna. Lögreglukona hefði haldið fótum konunnar á meðan en ákærða hefði reynt af mætti að hindra þvagtökuna.“

Af dómnum verður ráðið að ákærða hafi neitað að samþykkja þvagsýnatöku. Farið hafi verið með ákærðu í fangaklefa, henni hafi verið haldið niðri, þ.e. bæði efri hluta líkamans og fótum, og síðan hafi þvagleggur verið þræddur og þvagsýni tekið með valdi. Þessi aðstaða er óhugnanleg. Í ljósi *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* má spyrja hvort aðferðin hafi staðist 1. mgr. 68. gr. stjkskr. og 3. gr. MSE. Að lágmarki má draga í efa að um réttlætlanlega takmörkun á friðhelgi einkalífs hafi verið að ræða, sbr. 71. gr. stjkskr. og 8. gr. MSE.¹⁶¹ Í héraðsdómnum sagði meðal annars eftirfarandi um þvagsýnatökuna:

„Verjandi ákærðu byggir sýknukröfu sína vegna þessa þáttar ákærunnar á því að þvagsýnataka hafi verið ólögmet og því verði niðurstöður ekki byggðar á henni. Gerði hann mikinn reka að þeirri aðferð sem beitt var við að taka þvagsýnið og eyddi miklum tíma og kröftum í að sýna fram á ólögmetta háttsemi lögregluvirkvalda í málinu öllu og var oft erfitt að henda reiður á hvort verjandinn var að flytja skaðabótamál fyrir hönd ákærðu eða sýna dómnum fram á sakleysi hennar varðandi þá háttsemi sem hún er ákærð fyrir í máli þessu. Bæði í lögregluskýrslum og fyrir dómi kom fram að ákærða taldi sig ekki þurfa að samþykkja að lögreglan fengi þvagsýni frá henni vegna rannsóknar á meintum ölvunarakstri hennar. Við rannsókn lögreglu á meintum ölvunarakstri ber að taka blóðsýni úr öikumanni til að staðreyna alkóhólmagn í blóði hans við aksturinn. Er það liður ákærvalds við sönnunarfærslu í slíkum málum. ... Að þessu virtu þykir lögreglan ekki hafa farið út fyrir valdheimildir sínar við að krefjast þvagsýnis frá ákærðu, enda stóðu læknir og hjúkrunarfræðingur að sýnatökunni. Hvort aðferðin hafi verið ákærðu að meinalausu er ekki til úrlausnar í máli þessu og verður ekki fjallað frekar um það. Því hefur ekki verið mótmælt að umrætt þvagsýni sé úr ákærðu og þá hefur niðurstaða rannsóknar sýnisins ekki verið véfengd.“

¹⁶¹ Eins og fyrr segir er ekki að finna heildstæða lýsingu á þvagsýnatökunni í dómnum en lýsing konunnar í endursögn tiltekins fréttamiðils er svohljóðandi: „Eftir að hafa neitað að gefa þvagsýni segist hún hafa verið tekin með valdi, færð í fangaklefa, sett á steinbedda og skellt á bakið. Lögreglumaður hafi legið ofan á efri hluta líkamans, annar haldið mjöðmunum og aðrir fótunum. Hafi hún síðan verið tekin úr buxum og nærbuxum og þvagleggur settur upp.“ Sjá Heiða Björk Vigfúsdóttir: „Kærð fyrir þvagsýnatöku“, https://www.mbl.is/frettir/innlent/2007/12/28/kaerd_fyrir_thvagsynatoku/. [Sótt á vefinn 18.08.2019].

Tilvitnaðar forsendur hefjast á umfjöllun um að ekki hafi verið ljóst hvort verjandi ákærðu hafi verið að reka skaðabótamál eða sýna fram á sakleysi ákærðu í sakamáli. Þó verður að skilja málsástæðuna á þann hátt að þar sem þvagsýnatakan hafi brotið gegn réttinum til að fella ekki á sig sök, sem er liður í réttlátri málsmeðferð, yrði ekki byggt á sönnunargagninu í málinu. Eftir að hafa vísað í ýmis lagaákvæði og tekið fram að læknir og hjúkrunarfræðingur hefðu staðið að sýnatökunni var niðurstaða héraðsdóms að „lögreglan [hefði ekki] farið út fyrir valdheimildir sínar“. Í ljósi *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* má draga í efa að aðferðinni sem var beitt hafi verið í samræmi við 1. mgr. 6. gr. MSE. Þó verður að hafa í huga að ólíkt *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* var þvagsýnið ekki eina sönnunargagnið í málinu og ekki verður séð að það hafi haft afgerandi vægi. Þannig sagði til dæmis í héraðsdóminum:

„Við mat á því hvort teljist sannað að ákærða hafi ekið í umrætt sinn undir áhrifum áfengis verður því horft heildstætt til þeirra sönnunargagna sem fyrir liggja í málinu.“

Hæstiréttur tók ekki afstöðu til þess hvort þvagsýnatakan hefði verið ólögæt heldur leysti úr þeim þætti málsins á eftirfarandi forsendu:

„Samkvæmt fyrrnefndri álitgerð er unnt að skera úr um sakargiftir í 1. lið ákæru á grundvelli þess eins, sem ráðið verður af etanólstyrk í tveimur blóðsýnum úr ákærðu, og er því engin þörf á að styðjast við niðurstöðu mælingar á þvagsýni við úrlausn málsins. Af þeim sökum er ástæðulaust að taka afstöðu til málátilbúnaðar ákærðu að þessu leyti.“

Af þessu er ljóst að niðurstaða Hæstaréttar byggðist ekki á sönnunargagninu. Reyndi því ekki á notkun gagna í málinu að því er þvagsýnatökuna varðaði. Í þessu sambandi má þó vekja athygli á lýsingu K lögreglumanns á hvernig blóðsýnis hefði verið aflað:

„Þá hefðu þeir tekið hvor í sinn handlegginn á henni og lagt hana á gólfíð í klefanum með útréttar hendur. Hjúkrunarfræðingurinn hefði síðan séð um að draga blóð úr ákærðu og þar með hefði því verið lokið. ... Aðspurður kvað K ákærðu hafa verið lagða á magann á gólfíð með hendur beint út frá líkamanum.“

Af lýsingunni að dæma sem og öðrum hlutum héraðsdómsins verður ráðið að ákærða hafi verið lögð á magann, tekið hafi verið í hvor sinn handlegginn á henni þannig að hendurnar væru beint út frá líkamanum og hjúkrunarfræðingur dregið blóð úr ákærðu. Ekki verður tekin afstaða til þess hér hvernig þessi öflun blóðsýnisins horfir við réttinum til að fella ekki á sig sök sem og friðhelgi einkalífs í ljósi allra annarra

aðstæðna í málinu, þar á meðal að blóðsýnistakan var liður í sömu atburðarrás og þvagsýnatakan.

Velta má fyrir sér hvort aðferðin við öflun þvagsýnisins, þó að ekki hafi verið stuðst við það sem sönnunargagn af hálfu Hæstaréttar, hefði dugað ein sér til að um brot á 1. mgr. 6. gr. MSE hefði verið að ræða. Eins og áður sagði vék Hæstiréttur ekki að því hvort öflun þvagsýnisins hefði verið ólögsmæt. Hefði það mögulega verið lögreglu víti til varnaðar ef Hæstiréttur hefði fjallað um þvagsýnatökuna og lagt línurnar fyrir hvað gengur upp í þessu sambandi. Í framhaldinu af málinu var reglum um töku þvagsýnis breytt og fallist var að greiða ákærðu skaðabætur.¹⁶²

Bent hefur verið á að ef Mannréttindadómstóllinn telur ástæðu til að ætla að upplýsingar hafi verið fengnar með pyntingum geti hvílt skylda á dómstólnum að leggja á það mat sem og hvort notkun á upplýsingunum hafi falið í sér brot gegn réttinum, óháð því hvort það komi í ljós hvort sakborningur hafi verið pyntaður eður ei.¹⁶³

Sömuleiðis kann að reyna á réttinn til að fella ekki á sig sök þegar maður veitir yfirvöldum upplýsingar eftir að hafa verið pyntaður eða beittur annarri illri meðferð og þær upplýsingar leiða til öflunar annarra sönnunargagna.¹⁶⁴ Þó verður að meta allar aðstæður í máli sem og vægi sönnunargagna sem eru fengin með slíkum leiðum.

Í yfirdeildardómi *MDE Gäfgen gegn Þýskalandi* var það ekki talið brot gegn réttinum til að fella ekki á sig sök að nota sönnunargögn sem aflað hefði verið óbeint með aðferðum sem brytu gegn 3. gr. MSE, þ.e. ómannlegri aðferð. Við yfirheyrslu lögreglu hafði kæranda verið hótað ofbeldi og sársauka til að afla upplýsinga um hvar barn, sem hann var grunaður um að hafa rænt, væri niðurkomið. Í kjölfarið hafði lögreglan farið á staðinn og fundið fjölda sönnunargagna, þar á meðal lík, hjólför, bakpoka, föt og fleira. Kærandi játaði síðar og

¹⁶² Í framhaldinu var gerð breyting á viðeigandi reglugerð sem varð að 4. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 301/2008, um töku sýna og rannsókn vegna aksturs undir áhrifum vímuefna, en þar segir: „Þvagsýni skal ekki taka ef beita má öðrum, vægari úrræðum.“ Nú hafa verið sett ný umferðalög nr. 77/2019. Af 52. gr. verður ráðið að þvagsýnataka fari eftir lögum um meðferð sakamála. Samkvæmt þeim lögum þarf dómsúrskurð, sbr. 2. mgr. 78. gr. Sjá nánar athugasemdir við frumvarp það er varð að umferðarlögum í Alþt. 2018-2019, 149. löggj.þ., þskj. 231. Um skaðabætur sjá Þorbjörn Þórðarson: „Fær bætur frá ríkinu vegna valdbeitingar við þvagsýnatöku“, https://www.visir.is/g/2011110709309?fbclid=IwAR1VoWkTn2LctKqPmR1iuInvvCIdSJLse riknDxPwRyTbJqk_px7WphTHDI. [Sótt á vefinn 18.08.2019].

¹⁶³ Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 647. Sjá einnig *MDE Örs o.fl. gegn Tyrklandi frá 20. júní 2006, mál nr. 46213/99*.

¹⁶⁴ Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 648. Sjá einnig *MDE Gäfgen gegn Þýskalandi*, mgr. 178.

var sakfelling hans byggð á játningunni. Dómstóllinn tók meðal annars fram að líta yrði til þess hvort brot á 3. gr. MSE hefði haft áhrif á niðurstöðu málsins. Dómstóllinn benti á að sakfellingin hefði að mestu byggst á síðari játningu hans og öðrum sönnunargögnum sem hefðu ekki verið lituð af brotinu. Vegna meðal annars þess hafði brotið ekki áhrif á niðurstöðu málsins og ekki var talið um brot á 6. gr. MSE hefði verið að ræða.¹⁶⁵

Hafi sönnunargögn verið fengin erlendis frá þar sem raunveruleg hætta er á því að þeirra hafi verið aflað með aðferðum sem stríða gegn 3. gr. MSE kann það að leiða til brota á réttindunum.¹⁶⁶ Þá kunna að eiga sér stað líkamlegar eða andlegar þvinganir sem ekki eru svo alvarlegar að þær falli undir 3. gr. MSE en heyri þó undir gildissvið 8. gr. MSE um friðhelgi einkalífs.¹⁶⁷ Sjá einnig 71. gr. stjkskr. Slíkar takmarkanir á friðhelgi einkalífs verða að vera réttlætanlegar.

Í *MDE Schmidt gegn Þýskalandi* hafði verið tekið blóð- og munnvatnssýni af kæranda. Hann taldi að með þessu hefði verið brotið í bága við 3. og 6. gr. MSE. Dómstóllinn taldi í ákvörðun sinni að málsatvikin ættu fremur undir 8. gr. MSE. Dómstóllinn tók fram að taka blóð- og munnvatnssýnisins væri þvinguð lækni meðferð sem teldist vera inngrip í friðhelgi einkalífs. Dómstóllinn taldi að taka sýnanna hefði verið réttlætanleg samkvæmt 2. mgr. 8. gr. MSE og vísaði málinu því frá.¹⁶⁸

Telja verður að beiting líkamlegra eða andlegra þvingana sé sjaldgæf í stjórnýslumálum hjá eftirlitsstjórnvöldum. Þó er ekki útilokað að það geti reynt á slíkar aðferðir, svo sem ómannúðlega eða vanvirðandi meðferð, sérstaklega þegar aðili hefur verið sviptur frelsi sínu og/eða er yfirheyrður. Til hliðsjónar má benda á *Hrd. 16. mars 2017 í máli nr. 345/2016 (gæsluvarðhald)* þar sem talið var að aðili hefði sætt vanvirðandi meðferð í skilningi 1. mgr. 68. gr. stjkskr. með því að hafa verið vistaður og haldið einangruðum í fangaklefa við vissar aðstæður. Í málinu reyndi ekki á réttinn til að fella ekki á sig sök.

Þá er ekki loku fyrir það skotið að starfsmaður stjórnvalds sé mjög ógnandi í framkomu gagnvart aðila, sem er borinn sök um refsivert brot, og leggi mjög að honum að játa eða veita ákveðnar upplýsingar. Ekki er víst hvort flokka eigi slík tilvik undir andlegar þvinganir eða aðrar þvinganir, sbr. kafla 4.2.3.

¹⁶⁵ Sjá einkum mgr. 167-188.

¹⁶⁶ *MDE El Haski gegn Beglíu frá 25. september 2012, mál nr. 649/08*, mgr. 90-99. Sjá einnig Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 649.

¹⁶⁷ Sjá til hliðsjónar *Prop. 62 L*, bls. 136.

¹⁶⁸ Ákvörðun *MDE Schmidt gegn Þýskalandi frá 5. janúar 2006, mál nr. 32352/02*.

4.2.2 *Blekkingar o.fl.*

Ein aðferð sem orkar tvímælis er þegar stjórnvöld blekkja eða beita brögðum (e. subterfuge) til að afla upplýsinga og gagna frá manni sem hefur verið sakaður um refsivert brot. Grafið er verulega undan þagnarréttinum og réttinum til að fella ekki á sig sök þegar stuðst er við þær aðferðar þegar afstaða manns liggur skýrt fyrir um að vilja ekki tjá sig. Með því eru upplýsingarnar fengnar frá manninum gegn vilja hans.¹⁶⁹ Á þessa stöðu reyndi meðal annars í *MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi*.

Í *MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi* voru atvik þau að kærandi kaus að tjá sig ekki við skýrslutöku. Var hann í kjölfarið vistaður í fangaklefa ásamt samfanga. Kærandi tjáði sig við samfangann sem reyndist vera lögreglumaður með hlerunarbúnað. Með þessu gat ákærvaldið aflað sönnunargagna í málinu sem felldu sök á kæranda. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að rétturinn hefði verið brotinn þar sem beitt hefði verið blekkingum til þess að afla sönnunargagna í málinu gegn skýrum vilja kæranda um tjá sig ekki. Dómstóllinn leit jafnframt til þess að þótt bein þvingun hefði ekki átt sér stað þá hefði kærandi verið undir sálfræðilegum þrýstingi þar sem hann hafi verið borinn sök um morð, í gæsluvarðhaldi og yfirheyrður af lögreglu. Við þær aðstæður hefði hann verið berskjaldaðri gagnvart lögreglumanninum sem hann deildi fangaklefa með í nokkrar vikur og líklegri til að leita til hans.

Í dómi yfirdeildar *MDE Bykov gegn Rússlandi* var einnig beitt hlerunarbúnaði en niðurstaðan varð önnur.

Kærandi var borinn sök um að hafa fyrirskipað manni úr gengi sínu til að drepa fyrrum samstarfsmann sinn. Sá fór ekki eftir fyrirskipuninni og tilkynnti kæranda til rússneskra yfirvalda. Kærandi hélt því meðal annars fram að rétturinn til að fella ekki á sig sök hefði verið brotinn þegar lögreglan hefði beitt blekkingum til að fá hann til að veita upplýsingar í samtali við manninn sem hafði á sér hlerunarbúnað. Dómstóllinn vísaði meðal annars til þess að kærandi hefði ekki verið þvingaður til að fá manninn á heimili sitt, ræða við hann eða tjá sig um það umræðuefni sem maðurinn bar upp. Kærandi hefði ekki verið frelsissviptur og tengsl hans við manninn ættu ekki að hafa áhrif á hegðun hans þar sem maðurinn hefði verið undirmaður hans. Því hefði þvingun eða kúgun (e. coercion or oppression) ólíklega verið beitt við öflun sönnunargagnanna. Dómstóllinn tók jafnframt fram að upptakan hefði ekki verið notuð í sakamálinu sem játning eða sem eina sönnunargagnið í málinu eða sönnunargagn sem hefði afgerandi vægi. Dómstóllinn lagði mat á þær réttaröryggisreglur sem hefðu átt

¹⁶⁹ *MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 50.

við í málinu, eðli og umfang meintrar þvingunar og hvernig notkun sönnunargagnanna hefði verið háttáð. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að rétturinn hefði ekki verið brotinn.

Niðurstaðan var á sama veg í *MDE Heglas gegn Tékklandi*.

Í *MDE Heglas gegn Tékklandi* hafði kærandi viðurkennt þátt sinn í ráni í samtali við kærustu samverkamanns síns, sem hafði hlerunarbúnað á sér í samstarfi við lögreglu. Í því máli komst Mannréttindadómstóllinn að þeirri niðurstöðu að rétturinn hefði ekki verið brotinn. Dómstóllinn leit meðal annars til þess að kærandi hefði getað varist kröfum ákærvaldsins (e. adversarial proceedings), sakfelling hefði verið byggð á fleiri sönnunargögnum ásamt því að aðferðinni hefði verið beitt til að upplýsa alvarlegt brot og því þjónað mikilvægum almannahagsmunum.¹⁷⁰

Þegar litið er til *MDE Bykov gegn Rússlandi* og *MDE Heglas gegn Tékklandi* verður ályktað að notkun hlerunarbúnaðs leiði ekki sjálfkrafa til þess að þagnarrétturinn sé brotinn. Eins og endranær verður að leggja heildstætt mat á nokkur sjónarmið, þ.e. eðli og umfang þvingunar, hvort fyrir hendi séu viðeigandi réttaröryggisreglur og notkun sönnunargagna í máli. Í *MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi* var meðal annars talið að viðeigandi réttaröryggisreglur hefðu verið til staðar í landslögum um hvort leggja mætti sönnunargögn fram og láta reyna á áreiðanleika þeirra. Aftur á móti hefði upplýsinganna verið aflað gegn skýrum vilja kæranda um að tjá sig ekki. Þótt ekki hefði verið um að ræða beina þvingun var sérstaklega litið til þeirrar aðstæðna sem kærandi var í. Þá voru upplýsingarnar, sem voru fengnar með þessum aðferðum, mikilvægt sönnunargagn í málinu gegn honum. Tilefni er til að leggja áherslu á að af *MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi* leiðir að leggja verði mat á þær aðstæður sem aðili er í en ekki aðeins hvort hann hafi verið beittur beinni þvingun. Í til dæmis *MDE Bykov gegn Rússlandi* var ekki talið að aðferðin hefði verið ótilhlýðileg. Jafnframt hefðu réttaröryggisreglur verið fyrir hendi í landsrétti um hvort leggja mætti sönnunargögnin fram og láta reyna á áreiðanleika þeirra. Þá hefðu upplýsingarnar, sem hefðu verið fengnar með þessari aðferð, ekki verið eina sönnunargagnin í málinu.

Sum eftirlitsstjórnvöld hér á landi geta hlutast til um að þvingunarráðstöfunum í þágu sakamáls sé beitt. Telja verður þó að sjaldgæft sé að eftirlitsstjórnvöld geti beitt víðalíkum aðferðum og gert var í *MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi*, *MDE Bykov gegn Rússlandi*, og *MDE Heglas gegn Tékklandi*. Í tengslum við blekkingar eða brögð má

¹⁷⁰ *MDE Heglas gegn Tékklandi frá 1. mars 2007, mál nr. 5935/02, mgr. 89-92.*

minna á fyrrnefndan *Hrd. 16. mars 2007 í máli nr. 92/2007 (olíufélög)*. Þá er *Hrd. 4. febrúar 2016 í máli nr. 842/2014 (símhlustun)* áhugaverður. Í dóminum sagði:

„Fyrir liggur að hlustað var á símtöl ákærðu við verjendur meðan á rannsókn málsins stóð án þess að upptökum af þeim væri eytt þegar í stað, svo sem mælt er fyrir um í 1. mgr. 85. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála. Upptökur þessar hafa ekki verið lagðar fram, enda lagt bann við því í 4. mgr. 134. gr. laganna. Aftur á móti eru meðal málsgagna upptökur af símtölum og öðrum samskiptum ákærðu við aðra skömmu eftir að þeir höfðu gefið skýrslu hjá lögreglu þar sem þeir höfðu réttarstöðu sakborninga og var því óskýlt að svara spurningum varðandi refsiverða hegðun, sem þeim var gefin að sök, sbr. 2. mgr. 64. gr. laga nr. 88/2008. Með því að hlusta á símtöl ákærðu við þessar aðstæður, þótt það væri gert á grundvelli dómsúrskurða, var brotið gegn rétti þeirra til réttlátrar málsmeðferðar samkvæmt 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinna og 1. mgr. 6. gr. samnings um verndun mannréttinda og mannfrelsis, sbr. lög nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu. Því verður horft framhjá upptökunum við úrlausn málsins.“

Af dóminum verður ráðið að með því að taka upp símtal og önnur samskipti ákærðu við aðra skömmu eftir skýrslutökur þeirra hefði verið brotið í bága við 1. mgr. 70. gr. stjkskr. og 1. mgr. 6. gr. MSE. Þótt það sé ekki tekið fram berum orðum er það væntanlega vegna þess að með því hefði verið komist framhjá rétti þeirri til að neita að tjá sig í skýrslutökum. Afleiðingin af brotinu var sú horft skyldi framhjá upptökunum við úrlausn málsins.

Reynt getur á blekkingar stjórnvalda við aðrar aðstæður. Gera má sér í hugarlund tvö dæmi. Í *fyrsta lagi* kunna starfsmenn stjórnvalds að hafa samband við mann, sem grunaður er um refsivert brot, án þess að segja á sér deili og freista þess að afla upplýsinga frá honum. Kann það að vera gert með símtali eða heimsókn á heimili eða vinnustað mannsins. Enn fremur kann það að vera gert í gegnum samfélagsmiðla og ýmis tölvuforrit.¹⁷¹ Í *öðru lagi* kunna starfsmenn stjórnvalds að blekkja mann, sem grunaður er um refsivert brot, með því að gefa í skyn að þau gögn og þær upplýsingar sem hann veitir verði ekki notaðar í máli gegn honum. Jafnframt kunna starfsmenn stjórnvaldsins að hagnýta sér villu aðilans. Þessi staða kann að koma upp enda er ekki hægt að gera ráð fyrir því að borgararnir geri sér grein fyrir því í öllum tilvikum að þeir

¹⁷¹ Um nauðsyn þess að segja á sér deili, sjá til hliðsjónar *UA frá 3. desember 2015 í máli nr. 8283/2015 (upplýsingagjöf opinbers starfsmanns)*.

séu að fella á sig sök, hvaða reglur gildi um meðferð mála hjá stjórnvöldum og hver sé vanalegur gangur slíkra mála.

4.2.3 Annars konar þvingun – lagaskylda til að veita upplýsingar

Að öllum líkindum er algengasta þvingunin, sem reynir á í íslenskri stjórnýslu hjá eftirlitsstjórnvöldum, annars konar þvingun en líkamlegar eða andlegar þvinganir og blekkingar. Kemur lagaleg þvingun helst til álita og verður fjallað ítarlega um þau efni í sérstaka hlutanum. Sett hafa verið fjölmörg lagaákvæði um heimildir stjórnvalda til að krefjast upplýsinga og gagna frá aðila máls og í sumum tilvikum frá þriðja manni. Mörg þessara lagaákvæða hafa að geyma víðtækar rannsóknarheimildir til handa stjórnvöldum. Sjá í þessu sambandi til dæmis 1. mgr. 94. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt. Sumar upplýsingarskyldur er unnt að knýja á um með beitingu þvingunarúrræða, svo sem dagsekta. Aðrar upplýsingaskyldur varða stjórnýsluviðurlögum eða refsingu. Þegar svo háttar til er aðili settur í þá stöðu að annaðhvort veita upplýsingar í samræmi við beiðni stjórnvalds og þá mögulega að fella á sig sök¹⁷² eða að neita að verða við upplýsingabeiðni og eiga á hættu að sæta þvingunarúrræðum, stjórnýsluviðurlögum eða refsingu.¹⁷³ Á hvort tveggja reyndi í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*. Í málinu, sem verður ítarlega reifað í sérstaka hlutanum, reyndi á lögbundna skyldu til að upplýsa um hverjir hefðu verið ökumenn bifreiða í tiltekin skipti. O'Halloran veitti upplýsingar og felldi á sig sök en Francis neitaði að veita upplýsingarnar og var lögð á hann sekt. Eftir heildstætt og atviksbundið mat á aðstæðum í málinu komst Mannréttindadómstóll Evrópu að því að þagnarrétturinn hefði ekki verið brotinn. Einnig eru til lagaákvæði sem skylda aðila til veita til dæmis öndunarsýni eða blóðsýni.¹⁷⁴

¹⁷² *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi og MDE Brusco gegn Frakklandi frá 14. október 2010, mál nr. 1466/07.*

¹⁷³ *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi og MDE Weh gegn Austurríki.*

¹⁷⁴ Í þessu sambandi getur reynt á 2. mgr. 6. gr. MSE. Í ákvörðun *MDE X gegn Hollandi, frá 4. desember 1978, mál nr. 8239/78, Decisions and Reports 16*, komst Mannréttindanefndin að því að skylda til að veita blóðprufu væri ekki andstæði 2. mgr. 6. gr. MSE og vísað málinu frá. Í ákvörðun *MDE Tirado Ortiz og Lozano Martin gegn Spáni frá 15. júní 1999, mál nr. 4386/98, Reports of Judgments and Decisions 1999-V*, var talið að sama ætti við um öndunarsýni vegna gruns um ölvunarakstur. Taka sýnisins hefði hvorki brotið gegn réttinum til að fella ekki á sig sök samkvæmt 6. gr. MSE né friðhelgi einkalífs samkvæmt 8. gr. MSE og var málinu vísað frá dómi.

Dæmi um mál þar sem þeim, sem borinn er sök um refsivert brot, var refsað fyrir að tjá sig ekki í samræmi við lögbundna skyldu þess efnis er *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi*.

Í *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi* töldu kærundur að rétturinn til að fella ekki á sig sök hefði verið brotinn þegar þeir voru dæmdir í sex mánaða fangelsi fyrir að tjá sig ekki um för sína á tilteknum tíma. Höfðu þeir verið handteknir vegna gruns um sprengingar þar sem fimm hermenn og einn borgari höfðu dáíð og fleiri slasast. Kærundur neituðu að tjá sig og voru dæmdir í fangelsi með vísun til lagaákvæðis í landslögum þar sem fram kom að sá sem væri í haldi lögreglu vegna gruns um tiltekin brot þyrfti að gera grein fyrir ferðum sínum á hvaða tíma sem væri. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að rétturinn hefði verið brotinn. Var meðal annars vísað til þess að umfang þvingunar í málinu, þ.e. að vera þvingaðir til að veita upplýsingar í tengslum við brot sem þeir væru grunaðir um með vísan til lagaákvæðisins, hefði brotið kjarna réttarins. Dómstóllinn tók einnig fram að almannahagsmunir gætu ekki réttlætt lagaákvæði í landsrétti sem útiloka að hægt sé að njóta kjarna réttarins til að tjá sig ekki og að fella ekki á sig sök.

Eins og áður hefur verið vikið að felst ekki í þagnarréttinum réttur til að veita rangar upplýsingar. Kjósi maður að tjá sig og veita rangar upplýsingar kann honum því að vera gerð refsing án þess að það brjóti í bága við þagnarréttinn. Þessu til stuðnings má vísa til fyrrgetinnar ákvörðunar dómstólsins í máli *MDE Allen gegn Stóra-Bretlandi*.¹⁷⁵

Í *MDE Allen gegn Stóra-Bretlandi* hélt kærandi því fram að rétturinn til að fella ekki á sig sök hefði verið brotinn þegar honum hefði verið gert skylt að veita skattfyrvöldum upplýsingar um tekjur og eignir sínar og það varðaði viðurlögum ef hann gerði það ekki. Í málinu var ekki talið að rétturinn til að fella ekki á sig sök hefði verið brotinn. Dómstóllinn benti á að í málinu hefði kærandi ekki kvartað yfir því að upplýsingar sem hann hefði veitt um eignir sínar hefðu verið notaðar gegn honum og með því hefði hann fellt á sig sök. Í málinu hefði honum heldur ekki verið refsað fyrir að neita að veita upplýsingar sem gætu fellt á hann sök í fyrirhuguðu eða yfirstandandi máli. Aftur á móti hefði honum verið refsað fyrir að veita skattfyrvöldum rangar upplýsingar um eignir sínar og það hefði verið sjálfstætt refsivert brot. Dómstóllinn tók fram að rétturinn til að fella ekki á sig sök snéri fyrst og fremst að því að virða vilja þess sem væri borinn sök til að tjá sig ekki við meðferð sakamáls í skilningi MSE. Rétturinn veiti í sjálfu sér ekki vernd fyrir því að stjórnvöld noti lögboðnar heimildir til að fá einstaklinga til að veita upplýsingar um fjárhagsleg málefni sín. Dómstóllinn lýsti því yfir að krafa um að skattaðili leggi fram yfirlit yfir eignir og skuldir

¹⁷⁵ *MDE Allen gegn Stóra-Bretlandi*.

sínar til skattyfirvalda færi í sjálfu sér ekki í bága við 6. gr. MSE jafnvel þótt það varðaði viðurlögum að gera það ekki. Skylda til að veita upplýsingar um tekjur og eignir í þeim tilgangi að reikna út og leggja á skatta væri algeng í skattkerfum aðildarríkjanna og erfitt væri að sjá fyrir sér að þau gætu virkað á skilvirkan hátt án hennar.

Í *MDE Allen gegn Stóra-Bretlandi* var annars vegar lögð áhersla á að kærandi hefði verið krafinn um upplýsingar um eignir og skuldir í tengslum við skattlagningu. Upplýsingabeidnin hefði því ekki verið í tengslum við mál þar sem kærandi hefði verið borinn sök um refsivert brot. Hins vegar lagði dómstóllinn áherslu á að kæranda hefði ekki verið refsað fyrir að neita að afhenda tiltekin gögn heldur fyrir hitt að gefa rangar upplýsingar en það hefði verið sjálfstætt refsivert brot.

Fyrir var nefnt að þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök gilda ekki í annars konar málum en sakamáli um skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Af því leiðir að þegar ekkert mál er í gangi, fyrirhugað eða yfirvofandi, þar sem aðili er borinn sök um refsivert brot, getur hann ekki neitað að afhenda gögn og upplýsingar með vísan til 1. mgr. 6. gr. MSE.¹⁷⁶ Neiti hann að afhenda gögnin eða veita upplýsingar kann honum að vera gerð refsing. Dæmi um slík mál eru *MDE Rieg gegn Austurríki* og *MDE Weh gegn Austurríki* þar sem kærundur höfðu að vísu veitt upplýsingar en þær voru taldar ófullnægjandi annars vegar og rangar hins vegar. Í *MDE Weh gegn Austurríki* leit meirihlutinn til ýmissa þátta. Í *fyrsta lagi* hefði ekkert mál verið yfirstandandi eða fyrirhugað gegn kæranda. Í *öðru lagi* var litið til þess að upplýsingaskyldan væri takmörkuð. Tengt því var í *þriðja lagi* litið til þess að upplýsingarnar sem slíkar hefðu ekki verið til þess fallnar að fella sök á kæranda.¹⁷⁷ Athygli vekur að ekki var látið nægja að benda á fyrsta atriðið heldur var jafnframt litið til annarra atriða. Mál *MDE Rieg gegn Austurríki* er sambærilegt.

Sömuleiðis kann aðilum að vera skylt að veita upplýsingar sem fella á þá sök eða eru þeim til álitshnekkis við meðferð mála þar sem þeir eru ekki bornir sök um refsivert brot og útilokað er að nota upplýsingarnar í síðara sakamáli.¹⁷⁸ Dæmi um slíkt mál er *MDE Van Vondel gegn Hollandi*.

Þegar stjórnýslumál hefst að frumkvæði aðila máls, svo sem með umsókn um tiltekin réttindi, er staðan oftsinnis sú að aðilinn ber

¹⁷⁶ *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 36, *MDE Allen gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Weh gegn Austurríki*.

¹⁷⁷ Sjá mgr. 24 og 53-54.

¹⁷⁸ Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 644.

sönnunarbyrðina fyrir því að skilyrði til að veita honum réttindin séu uppfyllt nema að meðal annars rannsóknarregla 10. gr. ssl. leiði til annarrar niðurstöðu. Aðilinn er þá í þeirri stöðu að veita umbeðin gögn og upplýsingar ella að eiga á hættu að vera synjað um réttindin. Staðan er ekki sú að aðilanum er skylt lögum samkvæmt að afhenda gögn og upplýsingar eftir atvikum að viðlagðri refsingu. Aðilanum er frjálst að afhenda ekki gögnin og upplýsingarnar en með því tekur hann áhættuna á því að fá ekki það sem hann hefur sótt um. Mannréttinda-dómstóll Evrópu hefur tekið fram að þessi staða feli ekki í sér þvingun til að afhenda gögn og upplýsingar.

Ákvörðun MDE H og J gegn Hollandi. Kærendur voru afganskir ríkisborgarar sem höfðu sótt um hæli í Hollandi. Við meðferð málsins gáfu þeir ákveðnar yfirlýsingar sem síðan voru framsendar til ákærvaldsins. Í framhaldinu voru þeir ákærðir. Yfirlýsingarnar voru bornar undir kærendur við meðferð dómsmálsins. Kærendur héldu því meðal annars fram að 1. mgr. 6. gr. MSE hefði verið brotin vegna þess að þeir hefðu verið sakfelldir á grundvelli yfirlýsinga sem þeir hefðu gefið við meðferð hælisumsókna þeirra þar sem þeir þeim hefði verið heitið trúnaði. Við meðferð sakamála hefðu þessar yfirlýsingar verið bornar undir þá. Kærendur byggðu á því að þeir hefðu orðið að gefa umræddar yfirlýsingar við meðferð hælisumsóknanna ella hefðu átt á að hættu að umsóknum þeirra yrði synjað. Með því að bera yfirlýsingarnar undir þá á ný við meðferð dómsmálanna hefðu þeir verið undir þrýstingi til að endurtaka þær. Dómstóllinn benti á að bæði Holland og Afganistan væru aðilar að Genfarsáttmálanum frá 1949 og pyntingarsáttmála Sameinuðu þjóðanna og að vissar athafnir væru refsiverðar í hollenskum rétti. Það hefði því ekki aðeins verið réttur heldur skylda yfirvalda í Hollandi til að höfða mál á hendur kærendum vegna pyndinga sem þeir kynnu að hafa framíð annars staðar. Dómstóllinn tók jafnframt fram að ekki hefði verið óheimilt að óska eftir öllum sannleikanum frá kærendum við meðferð hælisumsókna þeirra, enda hefðu þeir borið sönnunarbyrðina fyrir því að þeir fullnægðu ákveðnum skilyrðum til að teljast flóttamenn. Af þessum sökum hefðu yfirlýsingarnar ekki verið fengnar með þvingun. Dómstóllinn tók enn fremur fram að þótt heitið væri trúnaði við meðferð hælisumsókna gæti það ekki verndað kærendur. Þess vegna hefði hollenskum yfirvöldum ekki verið óheimilt að framsenda upplýsingarnar til ákærvaldsins. Að lokum taldi dómstóllinn að réttindi kæranda hefðu ekki verið brotin með því að bera yfirlýsingarnar undir þá við meðferð dómsmálanna. Þeir hefðu notið réttarins til að tjá sig ekki og þeir hefðu aldrei játað að hafa pyntað eða beitt annarri ómannlegri eða vanvirðandi meðferð. Staðan hefði því ekki verið sú að játning hefði verið fengin frá þeim (e. induced to confess) sem síðar hefði verið notuð í sakamáli gegn þeim andstætt því sem var í *MDE Gäfgen gegn Þýskalandi*. Niðurstaða dómstólsins var að vísa kærinni frá.

Af ákvörðuninni verður dregin sú ályktun að það eitt að *sönnunarbyrðin hvíli á umsækjendum* um tiltekin réttindi feli ekki í sér þvingun til gefa yfirlýsingar sem fella sök á umsækjanda. Athygli vekur að dómstóllinn afgreiddi ekki málið á þeirri forsendu einni saman heldur virðist hafa lagt heildstætt mat á öll atvik. Í því sambandi eru tvö atriði eftirtektarverð. Í *fyrsta lagi* vísaði dómstóllinn til alþjóðlegra mannúðarsáttmála og mannréttindasamnings. Enn fremur taldi dómstóllinn að kærendur nytu ekki verndar þess að hafa verið heitið trúnaði við meðferð hælisumsóknar þeirra, sem og að heimilt hefði verið að framsenda upplýsingarnar til ákærvaldsins og að hollenskum yfirvöldum hefði verið rétt og skylt að ákæra kærendur. Ekki er fullvíst hvernig skilja beri þessar forsendur. Mögulega er það til marks um að *eðli afbrots* skipti máli við heildarmatið en í málinu reyndi á möguleg brot gegn banni við pyndingum, ómannlegri eða vanvirðandi meðferð. Eðli afbrots er samofið sjónarmiðinu um almannahagsmuni. Umfjöllun um mannúðar- og mannréttindasamninga kann að vera til marks um hversu alvarleg afbrotin voru. Benda má þó á að ýmis önnur háttsemi en sú sem kærendur voru sakaðir um er refsiverð í réttarkerfum aðildarríkjanna og yfirvöldum kann að vera rétt og skylt samkvæmt landsrétti að ákæra vegna þeirra. Af þessum sökum er ekki ljóst hversu þungvæg röksemdin um skyldu til að ákæra er. Vegna þess verður að telja að eðli afbrotsins hafi ekki verið ráðandi þáttur fyrir niðurstöðunni. Í *öðru lagi* virðist dómstóllinn líta til *eðlis eða efnis upplýsinga* sem og *notkunar þeirra*. Dómstóllinn leit annars vegar til eðlis og efnis upplýsinga, þ.e. hvort játning hefði verið fengin frá þeim, og hins vegar hvernig upplýsingarnar hefðu verið notaðar. Dómstóllinn tók sérstaklega fram að játning hefði ekki verið fengin frá aðilum og að hún hefði síðar verið notuð gegn þeim í sakamáli. Gefur það til kynna að staðan hefði mögulega verið önnur hefðu kærendur játað og síðar hefði verið byggt á játningunni í sakamáli gegn þeim. Aftur á móti voru yfirlýsingarnar ekki fengnar með þvingun. Í þessu sambandi er þó minnt á að ekki er loku fyrir það skotið að líta verði á þá stöðu sem aðili er í þegar hann veitir upplýsingar þótt hann hafi ekki orðið fyrir beinni þvingun.

Sú ósennilega staða gæti komið upp að stjórnvald hótar að misbeita valdi sínu gegn aðila, svo sem að ganga harkalegra fram gagnvart honum en ella játi hann ekki eða veiti ekki ákveðnar upplýsingar. Slíkar hótanir gætu mögulega talist aðrar þvinganir. Hér er ekki verið að vísa til þess þegar stjórnvald lögum samkvæmt leiðbeinir aðila um að unnt sé að gera sátt og að samvinna geti leitt til lægri stjórnvaldssekta.

4.3 Réttaröryggi

4.3.1 Almenn

Mannréttindadómstóll Evrópu lítur til þess hvort gætt hafi verið að réttaröryggi sakbornings eða hvort ákveðnar réttaröryggisreglur séu fyrir hendi í landslögum við mat á því hvort þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök hafi verið brotinn. Í því sambandi kann að vera horft til þess hvort aðili hafi notið aðstoðar verjanda samkvæmt c-lið 3. mgr. 6. gr. MSE. Enn fremur til þess hvort ákveðnar reglur gildi um framlagningu sönnunargagna og að unnt sé að vefengja og kanna áreiðanleika þeirra. Sjá í þessu sambandi fyrrnefnda *MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi*¹⁷⁹ og *MDE Bykov gegn Rússlandi*. Þá hefur verið bent á að það hvíli á ákærvaldi eða dómara að sannreyna upplýsingar og játningar.¹⁸⁰ Einnig hefur verið litið til þess hvort upplýsingar takmarki möguleika aðila á því að velja hvaða sönnunargagn hann hyggst leggja fram í sakamáli.¹⁸¹ Hefur jafnframt verið horft til þess hvort upplýsingagjöf takmarki möguleika aðila á verjast í síðara sakamáli gegn sér.¹⁸² Þá hefur verið litið til þess hvort fyrir hendi séu reglur sem koma í veg fyrir að upplýsingar og gögn séu notuð gegn aðila í síðara sakamáli.¹⁸³ Í öðrum tilvikum hefur verið horft til þess hvort aðili hefði getað bent á einhvern annan í tengslum við upplýsingabeidni og lítil hætta hafi verið á óáreiðanlegum sönnunargögnum.¹⁸⁴ Með skírskotun til þessara fjölbreyttu tilvika má segja að meta verði réttaröryggi aðili í ljósi þess hvernig reynir á réttinn til að fella ekki á sig sök í máli.

Í tengslum við hvernig sjónarmiðið um réttaröryggi horfir við stjórnábyrgðinni hér á landi má benda á að stjórnábyrgð mæla fyrir um ýmsar form- og efnisreglur sem gæta ber að við meðferð og úrlausn máls. Þar fyrir utan gilda óskráðar meginreglur stjórnábyrgðar. Reglurnar eru afstæðar. Rök standa því til þess að þær taki mið af eðli mála sem og þagnarréttinum og réttinum til að fella ekki á sig sök. Þá hafa verið lögfestar sérstakar málsmeðferðarreglur í ýmsum sérlögum. Til viðbótar gilda ákveðnar reglur og sjónarmið um sönnun máls í stjórnábyrgðinni þótt þau séu nokkuð atviksbundin og óljós. Meðal þeirra er að stjórnvald verður að taka afstöðu til áreiðanleika upplýsinga og

¹⁷⁹ *MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 43.

¹⁸⁰ *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki*, mgr. 56.

¹⁸¹ *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 40.

¹⁸² Sjá sératkvæðið í *MDE Weh gegn Austurríki*, mgr. 4.

¹⁸³ *MDE Marttinen gegn Finnlandi*, mgr. 72.

¹⁸⁴ *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 59.

gagna við sönnunarmat.¹⁸⁵ Þegar þetta er haft í huga má segja að almennt séu réttaröryggisreglur til staðar í íslenskum stjórnáslurétti. Erfitt er þó að leggja mat á sjónarmiðið um réttaröryggi óháð tilteknum málsatvikum enda ræðst þörfin fyrir tiltekið réttaröryggi af þeim.

Heyri stjórnáslumál undir 1. mgr. 6. gr. MSE kemur til skoðunar hvort og þá að hvaða marki þau réttindi sem mælt er fyrir um í 3. mgr. 6. gr. eigi við um meðferð málsins, þar á meðal aðstoð verjanda. Oft myndu reglur stjórnáslulaga um tilkynningu, leiðbeiningu, andmælarétt og upplýsingarétt, sbr. 14., 7., 13. og 15.-17. gr., mæta þeim kröfum, að minnsta kosti að ákveðnu marki.¹⁸⁶ Á það sérstaklega við ef þeim er beitt með hliðsjón af 3. mgr. 6. gr. MSE. Að því leyti sem það er ekki unnt reynir beint á 3. mgr. 6. gr. MSE að því marki sem ákvæðin eiga yfir höfuð við í stjórnáslumálum.

4.3.2 Leiðbeining eða vitneskja um réttindin

Eitt þeirra atriða sem Mannréttindadómstóll Evrópu lítur til er hvort aðila hafi verið leiðbeint um þagnarréttinn eða réttinn til að fella ekki á sig sök.¹⁸⁷ Sé til dæmis sakaður maður yfirheyrður af lögreglu án þess að fá vitneskju um réttinn til að tjá sig ekki leiðir það almennt til þess að þagnarrétturinn telst brotinn ef skýringarnar fella sök á sakborning og þær eru notaðar í sakamáli gegn honum.¹⁸⁸ Sjá til dæmis *MDE Aleksandr Zaichenko gegn Rússlandi*¹⁸⁹ og yfirdeildardóm *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*.¹⁹⁰

Í *MDE Schmid-Laffer gegn Sviss* hafði kærandi verið yfirheyrð af lögreglu í tengslum við manndráp. Henni hafði ekki verið leiðbeint um réttinn til að fella ekki á sig sök. Hún játaði að hafa átt þátt í að drepa viðkomandi en síðar dró hún játninguna til baka. Dómstóllinn benti meðal annars á að nálgast yrði staðhæfingar grunaðra manna, sem ekki hefði verið kynntur réttur sinn, af mikilli varúð. Í málinu hefði ekki aðeins verið byggt á játningunni heldur einnig öðrum sönnunargögnum. Meðal annars með vísan til þess var ekki talið að rétturinn hefði verið brotinn.¹⁹¹

¹⁸⁵ Um sönnun í stjórnáslunni sjá Pál Hreinsson: *Stjórnásluréttur. Málsmeðferð*, bls. 510-512 og 515-520. Sjá einnig til hliðsjónar Niels Fenger (ritstj.): *Forvaltningsret*, bls. 493, Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces*, bls. 45-48 og Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret*, bls. 151-152.

¹⁸⁶ Sjá til hliðsjónar *Prop. 62 L*, bls. 32-33.

¹⁸⁷ Sjá til dæmis Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 314.

¹⁸⁸ Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 645.

¹⁸⁹ *MDE Aleksandr Zaichenko gegn Rússlandi*, mgr. 52-60.

¹⁹⁰ *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 279-273.

¹⁹¹ *MDE Schmid-Laffer gegn Sviss frá 16. júní 2015, mál nr. 41269/08*, mgr. 39-40.

Enda þótt yfirlýsingar séu ekki fengnar með þvingun getur öflun þeirra allt að einu leitt til þess að við vissar aðstæður teljist réttindin brotin, svo sem vegna þess að aðili hafi ekki fengið leiðbeiningar um réttinn. Svo getur háttáð til þegar grunaður maður hefur verið frelsissviptur og gefur yfirlýsingar til lögreglu án þess að hafa fengið aðgang að verjanda.¹⁹² Sjá til dæmis *MDE Barberá, Messegué og Jabardo gegn Spáni*¹⁹³ og yfirdeildardóm *MDE Salduz gegn Tyrklandi*.¹⁹⁴

Að framangreindu virtu ber að undirstrika mikilvægi leiðbeiningarreglunnar í 7. gr. ssl. í stjórnslumálum í tengslum við þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök. Meðal þess sem þarf að leiðbeina um eru réttindin á því tímamarki eða við þær aðstæður sem aðili máls hefur þörf á vitneskju um réttindin. Ef leiðbeiningarreglan að einhverju ástæðum takmarkaðri en sú krafa um leiðbeiningar sem leiðir af 1. mgr. 6. gr. MSE þá ber stjórnvöldum að leiðbeina á grundvelli ákvæðis mannréttindasáttmálans og eftir atvikum 1. mgr. 70. gr. stjskr.

4.4 Notkun gagna og upplýsinga

Við mat á því hvort málsmeðferð teljist réttlát lítur Mannréttindadómstóll Evrópu til þess hvernig sönnunargögn, sem aflað var með þvingun, hafa verið notuð.¹⁹⁵ Að lágmarki verður að líta til tvenns. Í *fyrsta lagi* hvort gögn hafi verið notuð til þess að fella sök á viðkomandi.¹⁹⁶ Í *öðru lagi* verður að meta hvert hafi verið vægi sönnunargagns í máli. Hafi gagn verið eina sönnunargagnið eða haft mikið eða afgerandi vægi við sönnunarmatið mælir það með því að þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök hafi verið brotinn. Ef gagn hefur aftur á móti lítið vægi eða er eitt þeirra gagna sem lítið var til ásamt öðrum mælir það síður með því að réttindin hafi verið brotin.¹⁹⁷ Í þessu sambandi má vekja athygli á hvernig reynt hefur á

¹⁹² Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 649.

¹⁹³ *MDE Barberá, Messegué og Jabardo gegn Spáni frá 6. desember 1988, mál nr. 10590/93, Series A nr. 146, mgr. 87.*

¹⁹⁴ *MDE Salduz gegn Tyrklandi frá 27. nóvember 2008, mál nr. 36391/02, Reports of Judgments and Decisions 2008, mgr. 55.*

¹⁹⁵ Sjá til dæmis *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 254.

¹⁹⁶ *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 72. Sjá til samanburðar ákvörðun *MDE Staines gegn Stóra-Bretlandi frá 16. maí 2000, mál nr. 41552/98, Reports of Judgments and Decisions 2000-V*, þar sem ekki var talið að stuðst hefði verið yfirlýsingar kæranda til að reyna að fella sök á hana. Sjá einnig Björgu Thorarensen og Ásgerði Ragnarsdóttur: *Álitsgerð um rétt til að fella ekki á sig sök á stjórnslustigi*, bls. 142. Sjá einnig Sigríði Árnadóttur: „Rétturinn til að fella ekki á sig sök og rannsóknin á bankahruninu“, bls. 40.

¹⁹⁷ Sjá til hliðsjónar Björgu Thorarensen: „Réttur aðila að stjórnslumáli til að fella ekki á sig sök“, bls. 60.

sjónarmiðið í nokkrum málum. Í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* var meðal annars litið til þess að yfirlýsingar sem kærandi hafði gefið í tengslum við aðra rannsókn hefðu haft afgerandi vægi í sakamáli sem síðar var höfðað gegn honum. Enn fremur höfðu yfirlýsingarnar verið notaðar til að fella sök á hann. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE taldist brotið.¹⁹⁸ Í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* var, sem fyrr greinir, einnig bent á að tiltekin sönnunargögn, sem hefði verið aflað með þvingun frá sakborningi, hefðu haft afgerandi vægi. Var talið að brotið hefði verið í bága við réttindin. Í *MDE Serves gegn Frakklandi* var meðal annars horft til þess að skýringar, sem kærandi hafði gefið í tengslum við rannsókn nefndar, hefðu ekki verið eina sönnunargagnið eða haft afgerandi vægi í sakamáli sem síðar hefði verið höfðað gegn honum. Rétturinn taldist ekki brotinn.

Ekki hafa verið lögfestar almennar reglur um sönnun í íslenskum stjórnýslurétti. Þær hvíla flestar á óskráðum grundvelli. Vegna þess að sum stjórnýslumál teljast sakamál í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE er ekki ósennilegt að ríkar kröfur séu gerðar til sönnunar í þeim málum, sérstaklega ef viðurlög eru afar íþyngjandi. Jafnframt hvílir á herðum eftirlitsstjórnvalds að færa sönnur á að skilyrði til að beita stjórnýsluviðurlögum séu uppfyllt. Þó verður að meta aðstæður og eðli hvers máls. Ef gagna eða upplýsinga er aflað með þvingun frá sakborningi ber eftirlitsstjórnvaldi að meta hvort og þá hvernig komi til greina að byggja á þeim við úrlausn máls. Við matið verður væntanlega að horfa til þess hvort gögn og upplýsingar séu notuð til að fella sök á sakborning og hvort þau séu eina sönnunargagnið eða hafi mikið eða afgerandi vægi í sönnunarmati. Við þær aðstæður bæri eftirlitsstjórnvaldi almennt að forðast að byggja á gögnum og upplýsingunum. Áréttað er að leggja verður mat á það í ljósi annarra sjónarmiða sem gerð er grein fyrir í þessum kafla. Til hliðsjónar má minna á að í *Hrd. 4. febrúar 2016 í máli nr. 842/2014 (símhlustun)* var horft framhjá tilteknum gögnum en málið var þó venjulegt sakamál.

4.5 Almannahagsmunir

Yfirvöld bera stundum fyrir sig að almannahagsmunir af því upplýsa og bregðast við lögbrotum réttlæti öflun sönnunargagna með þvingun í ákveðnum tilvikum.¹⁹⁹ Af dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls

¹⁹⁸ *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 57.

¹⁹⁹ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Þagnarrétturinn og meðferð samkeppnismála“, bls. 75-76. Hann bendir meðal annars á að í 6. gr. er ekki að finna sambærilega skerðingarreglu og í

Evrópu verður ráðið að það virðist ekki útilokað að almannahagsmunir geti verið tekið með í reikninginn; þeir séu vegnir gegn hagsmunum einstaklings.²⁰⁰ Sjá í þessu sambandi *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*²⁰¹ og *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi* en í síðara málinu sagði á ensku meðal annars:

„Nevertheless, when determining whether the proceedings as a whole have been fair the weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue may be taken into consideration Moreover, Article 6 should not be applied in such a manner as to put disproportionate difficulties in the way of the police authorities in taking effective measures to counter terrorism or other serious crimes in discharge of their duty under Articles 2, 3 and 5 § 1 of the Convention to protect the right to life and the right to bodily security of members of the public However, public interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant's defence rights“²⁰²

Dómstóllinn hefur tekið fram að almannahagsmunir geti ekki réttlætt aðgerðir sem skerða kjarna réttindanna, sbr. tilvitnunin að ofan og *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*.²⁰³ Einnig er ekki unnt að byggja á almannahagsmunum til að réttlæta notkun skýringa í sakamáli sem hafa verið fengnar með þvingun í öðru máli, sbr. *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi*.²⁰⁴ Þá geta almannahagsmunir ekki réttlætt notkun upplýsinga sem aflað hefur verið með þvingun við rannsókn máls (e. non-judicial investigation) en síðar notuð í sakamáli gegn sakborningi.²⁰⁵ Í þessu sambandi má minna á *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*.²⁰⁶ Í tengslum við almannahagsmuni má benda á að stundum er að finna forsendur í úrlausnum Mannréttindadómstóls Evrópu sem mætti flokka undir almannahagsmuni þótt dómstóllinn geri það ekki skýrlega sjálfur. Dæmi um það er umfjöllun sem tengist eðli afbrots. Í

2. mgr. 8.-11. gr. MSE. Á bls. 78, bendir hann á að Evrópudómstóllinn hafi fallist á sjónarmið um skilvirkni við rannsókn samkeppnismála í tengslum við lögaðila.

²⁰⁰ Sjá til dæmis D.J. Harris o.fl. (ritstj.): *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 427.

²⁰¹ Sjá mgr. 97.

²⁰² Sjá mgr. 252.

²⁰³ *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, mgr. 97. Sjá einnig *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi*, mgr. 58, *MDE Quinn gegn Írlandi*, mgr. 59 og *MDE Marttinen gegn Finnlandi*, mgr. 75.

²⁰⁴ *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, mgr. 97, *MDE Bykov gegn Rússlandi*, mgr. 93 og *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 252.

²⁰⁵ *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi*, mgr. 57 og *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 74.

²⁰⁶ *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 74. Sjá einnig Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 638.

Þessu sambandi má vísa til áðurgetinnar ákvörðunar *MDE H og J gegn Hollandi*.

Því hefur verið kastað fram að þröng vernd réttindanna í samkeppnismálum á sviði Evrópuréttar byggist á nauðsyn þess að Evrópuréttur hafi fulla virkni.²⁰⁷

5. Lokaorð

Þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök eru þættir í réttlátri málsmeðferð samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE og eftir atvikum 1. mgr. 70. gr. stjskr. Réttarvernd ákvæðanna tekur ekki aðeins til sakamála í skilningi 1. gr. sml. heldur einnig til ákveðinna stjórnýslumála. Auk þeirra hafa verið lögfest ýmis lagaákvæði um réttindin sem fjallað verður um í sérstaka hlutanum. Í almenna hlutanum var fjallað almennt um réttindin. Áhersla var lögð á hvernig réttindin samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE horfa við í stjórnýslumálum. Farið var yfir réttarheimildarlegan grundvöll þeirra, tengsl við önnur réttindi í MSE, markmið, andlag og inntak. Bent var á að helst reyni á réttindin við tvenns konar aðstæður. *Í fyrsta lagi* þegar gagna hefur verið aflað með þvingun frá sakborningi í tengslum við sakamál. *Í öðru lagi* þegar gagna hefur verið aflað með þvingun frá aðila en eru síðar notuð í sakamáli gegn honum. Þá megi mögulega bæta við þriðju aðstöðunni þegar aðili hefur neitað að tjá sig eða afhenda gögn og dregnar eru ályktanir af því um sekt hans. Þessi staða tengist náið réttinum til að teljast saklaus uns sekt er sönnuð samkvæmt 2. mgr. 6. gr. MSE.

Því næst var farið yfir gildissvið réttindanna samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE. Tekið var fram að þau ættu aðeins við í sakamálum í skilningi ákvæðisins. Við mat á því hvort mál væri sakamál í skilningi ákvæðisins yrði að horfa til svokallaðra Engel-viðmiða. Sum stjórnýslumál gætu talist sakamál í þessum skilningi með þeim afleiðingum að gæta yrði að réttindum ákvæðisins. Þá gildi réttindin um þann aðila sem hefur verið borinn sök um refsivert brot. Aðili telst hafa verið sakaður þegar honum hefur verið formlega tilkynnt um það eða þegar grunur beinist að honum og rannsókn eða meðferð máls hefur haft umtalsverð áhrif á hann. Réttindin gildi ekki í annars konar málum en sakamálum. Þó verði að hafa í huga að sé upplýsinga og gagna aflað í einu máli en notaðar í sakamáli geti reynt á réttindin. Réttindin gildi ekki um þriðja mann en beinist grunur að þriðja manni

²⁰⁷ Sjá til dæmis Jonas Christoffersen: „Retlig kreolisering – om selvinkriminering i dansk, europæisk og amerikansk menneskeret“, bls. 274.

geti hann notið verndar þeirra. Jafnframt var tekið fram að réttaróvissa ríki um hvort lögaðilar njóti verndar réttindanna samkvæmt 6. gr. MSE en ekki væri ósennilegt að þróunin yrði sú að þeir nytu allavega réttindanna að ákveðnu marki.

Eftir það var farið yfir þau sjónarmið sem ber að horfa til við mat á því hvort þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök hafi verið brotnir. Í *fyrsta lagi* er litið til eðlis og umfangs þvingunar. Í því sambandi koma til skoðunar líkamlegar og andlegar þvinganir, blekkingar og brögð sem og annars konar þvinganir, þar á meðal lagalegar þvinganir. Í *öðru lagi* er horft til þess réttaröryggis sem aðili nýtur við málsmeðferðina, þar á meðal hvort honum hafi verið leiðbeint um réttindin. Í *þriðja lagi* er litið til þess hvernig sönnunargagn, sem aflað hefur verið með þvingun frá sakborningi, er notað í sakamáli. Ef gagnið er eina sönnunargagnið eða hefur afgerandi vægi eru meiri líkur á því réttindin teljast brotin. Þá virðist mega taka með í reikninginn í *fjórða lagi* þá almannahagsmuni sem reynir á. Þeir geta þó ekki réttlætt að sjálfur kjarni réttindanna sé skertur.

Abstract

The Rights to Remain Silent and Not to Incriminate Oneself in the Administration. The General Part

The article discusses the rights to remain silent and not to incriminate oneself, predominantly according to articles 6 (1) of the European Convention on Human Rights and 70 of the Icelandic Constitution. The focus of the article is on how the rights apply to the administration. It begins by analysing the content and scope of the rights, mainly according to article 6 (1) of the European Convention on Human Rights. There are two situations where the rights are violated. First, when material or information is obtained by compulsion of the accused in relation to a criminal case. Second, when material or information that has been obtained by compulsion not in relation to a criminal case is later used in such a case. After that the article discusses the main considerations that need to be taken into account when evaluating whether the rights have been infringed. Firstly, the nature and degree of the compulsion. Secondly, the existence of any relevant safeguards in the procedure. Thirdly, the use to which any material or information so obtained is put. Furthermore, the weight of the public interest may be taken into consideration. However, the public interest cannot justify measures, which extinguish the very essence of the right. The article then discusses how these points about the scope and content of the

rights apply to administrative cases in various regards, such as cases where a surveillance authority has the power to fine a person.

Heimildir

Alþingistiðindi.

- Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks og Clare Overy: *Jacobs, White and Overy European Convention on Human Rights*. 7. útg. Oxford. 2017.
- Björg Thorarensen: „Réttur aðila að stjórnýslumáli til að fella ekki á sig sök“. *Rannsóknir í félagsvísindum VI: lagadeild*. Ritstj. Róbert R. Spanó. Reykjavík 2005.
- Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*. 2. útg. Reykjavík 2019.
- Björg Thorarensen og Ásgerður Ragnarsdóttir: *Álitsgerð um rétt til að fella ekki á sig sök á stjórnýslustigi*. Skýrsla nefndar við viðurlög við efnahagsbrotum. Reykjavík 12. október 2006.
- Björn O. Berg: *Forvaltningsanksjónir*. Osló 2005.
- D.J. Harris, M. O’Boyle, E.P. Bates og C.M. Buckley: *Harris, O’Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*. 4. útg. Oxford 2018.
- Eiríkur Jónsson, Friðrik Ársælsson og Kristín Benediktsdóttir: *Opinbert markaðseftirlit*. Reykjavík 2012.
- Eiríkur Jónsson: *Mannréttindi lögðila. Vernd lögðila samkvæmt mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinna, einkum 71. og 73. gr.* Reykjavík 2011.
- Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi. Íslensk lög og lagaframkvæmd í ljósi 1. og 3. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu*. Reykjavík 1999.
- Eiríkur Tómasson og Kristín Benediktsdóttir: „Réttur til réttlátrar málsmeðferðar“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. 2. útg. Björg Thorarensen (ritstj.). Reykjavík 2017, bls. 189-259.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson og Flóki Ásgeirsson: „Hefur tilkynningarregla stjórnýslulaga sjálfstætt gildi?“. Óbirt handrit.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*. Reykjavík 2015.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Brottfall stjórnýsluviðurlaga“. *Stjórnýslulögin 25 ára*. Hafsteinn Dan Kristjánsson (ritstj.). Reykjavík 2019.
- Jens Edvin A. Skoghøy: „Forvaltningsanksjónir, EMK og Grunnloven“. *Jussens Venner* 05/2014, vol. 49, bls. 297-340.
- Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering i forvaltningsretten“. *Forvaltningsrettlige perspektiver*. Carsten Henrichsen o.fl. (ritstj.). Kaupmannahöfn 2006, bls. 243-271.
- Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere*. 4. útg. Kaupmannahöfn 2017.
- Jonas Christoffersen: „Retlig kreolisering – om selvinkriminering i dansk, europæisk og amerikansk menneskeret“. *Europæisk retskultur – på dansk*. Henning Koch og Anne Lise Kjær (ritstj.). Kaupmannahöfn 2004.
- Karen Reid: *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*. 5. útg. London 2015.
- Niels Fenger (ritstj.): *Forvaltningsret*. Kaupmannahöfn 2018.
- NOU 2003:15: *Fra bot til bedring - Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk af straf*. Utredning fra Sanksjonsutvalget oppnefnt ved kgl. res. 26. januar 2001, avgitt til Jurtis- og politidepartementet 16. mai 2003. Osló 2003.
- Ólafur Jóhannes Einarsson: „Pagnarréttur og meðferð samkeppnismála“. *Tímarit lögfræðinga* 2006, bls. 55-86.
- Ole Hasselgaard, Jens Møller og Jørgen Steen Sørensen: *Retssikkerhedsloven*. Kaupmannahöfn 2005.
- Páll Hreinsson: „Stjórnýsluviðurlög“. *Rannsóknir í félagsvísindum VI: lagadeild*. Ritstj. Róbert R. Spanó. Reykjavík 2005.
- Páll Hreinsson: *Stjórnýsluréttur. Málsmeðferð*. Reykjavík 2013.

- Peter Dijk o.fl. (ritstj.): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 2018 Cambridge.
- Prop. 62 L (2015-2016). *Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak). Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative saksjoner mv.)*.
- Róbert R. Spanó: *Ne bis in idem. Bann við endurtekinni málsmeðferð og refsingu*. Reykjavík 2011.
- Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin. Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar. Ákvæði 1. mgr. 68. gr. og 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar og 3. og 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu*. Reykjavík 2012.
- Sigríður Árnadóttir: „Rétturinn til að fella ekki á sig sök og rannsóknin á bankahruninu“. *Tímarit Lögréttu* 2012, bls. 31-62.
- Skýrsla nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum*. Reykjavík 2006.
- Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling*. 2. útg. Kaupmannahöfn 2006.
- Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret*. 4. útg. Kaupmannahöfn 2018.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar Íslands

- Hrd. frá 16. mars 2007 í máli nr. 92/2007.
- Hrd. frá 30. október 2008 í máli nr. 236/2008.
- Hrd. frá 4. febrúar 2016 í máli nr. 842/2014.
- Hrd. frá 16. mars 2017 í máli nr. 345/2016.

Álit umboðsmanns Alþingis

- UA frá 26. ágúst 1996 í máli nr. 1133/1994.
- UA frá 24. september 2001 í málum nr. 2896/1999 og 2954/2000.
- UA frá 3. desember 2015 í máli nr. 8283/2015.

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu

- MDE í máli Adamkiewicz gegn Póllandi frá 2. mars 2010, mál nr. 54729/00.
- MDE í máli Airey gegn Írlandi frá 9. október 1979, mál nr. 6289/73, Series A nr. 32.
- MDE í máli Adolf gegn Austurríki frá 26. mars 1982, mál nr. 8269/78, Series A nr. 49.
- MDE í máli Allan gegn Stóra-Bretlandi frá 5. nóvember 2002, mál nr. 48539/99, Reports of Judgments and Decisions 2002-IX.
- MDE í máli Aleksandr Zaichenko gegn Rússlandi frá 18. febrúar 2010, mál nr. 39660/02.
- MDE í máli Barberá, Messegué og Jabardo gegn Spáni frá 6. desember 1988, mál nr. 10590/83, Series A nr. 146.
- MDE í máli Bendenoun gegn Frakklandi frá 24. febrúar 1994, mál nr. 12547/86, Series A nr. 284.
- MDE í máli Brusco gegn Frakklandi frá 14. október 2010, mál nr. 1466/07.
- MDE í máli Bykov gegn Rússlandi frá 10. mars 2009, mál nr. 4378/02.
- MDE í máli Condrón gegn Stóra-Bretlandi frá 2. maí 2000, mál nr. 35718/97, Reports of Judgments and Decisions 2000-V.
- MDE í máli Corigliano gegn Ítalíu frá 10. desember 1982, mál nr. 8304/78, Series A nr. 57.
- MDE í máli Delcourt gegn Belgíu frá 17. janúar 1970, mál nr. 2689/65, Series A nr. 11.
- MDE í máli Deweer gegn Belgíu frá 27. febrúar 1980, mál nr. 6903/75, Series A nr. 35.
- MDE í máli El Haski gegn Belgíu frá 25. september 2012, mál nr. 649/08.
- MDE í máli Engel o.fl. gegn Hollandi frá 8. júní 1976, mál nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 og 5370/72, Series A nr. 22.
- MDE í máli Ezeh og Connors gegn Stóra-Bretlandi frá 9. október 2003, mál nr. 39665/98 og 40086/98, Reports of Judgments and Decisions 2003-X.
- MDE í máli Escoubet gegn Belgíu frá 28. október 1999, mál nr. 26780/95, Reports of Judgments and Decisions 1999-VII.

- MDE í máli Fayed gegn Stóra-Bretlandi frá 21. september 1990, mál nr. 17101/90, Series A294-B.
- MDE í máli Ferrantelli og Santangelo gegn Ítalíu frá 7. ágúst 1996, mál nr. 19874/92, Reports 1996-III.
- MDE í máli Funke gegn Frakklandi frá 25. febrúar 1993, mál nr. 10828/84, Series A nr. 256-A.
- MDE í máli Gäfgen gegn Þýskalandi frá 1. júní 2010, mál nr. 22978/05, Reports of Judgments and Decisions 2010.
- MDE í máli Heaney og McGuinness gegn Írlandi frá 21. desember 2000, mál nr. 34720/97, Reports of Judgments and Decisions 2000-XII.
- MDE í máli Heglas gegn Tékklandi frá 1. mars 2007, mál nr. 5935/02.
- MDE í máli Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi frá 13. september 2016, mál nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 og 40354/09, Reports of Judgments and Decisions 2016.
- MDE í máli I.J.L. o.fl. gegn Stóra-Bretlandi frá 19. september 2000, mál nr. 29522/95, 30056/96 og 30574/96, Reports of Judgments and Decisions 2000-IX.
- MDE í máli Jalloh gegn Þýskalandi frá 11. júlí 2006, mál nr. 54810/00, Reports of Judgments and Decisions 2006-IX.
- MDE í máli Janosevic gegn Svíþjóð frá 23. júlí 2002, mál nr. 34619/97, Reports of Judgments and Decisions 2002-VII.
- MDE í máli J.B. gegn Sviss frá 3. maí 2001, mál nr. 31827/96, Reports of Judgments and Decisions 2001-III.
- MDE í máli John Murray gegn Stóra-Bretlandi frá 8. febrúar 1996, mál nr. 18731/91, Reports of Judgments and Decisions 1996-I.
- MDE í máli Jussila gegn Finnlandi frá 23. nóvember 2006, mál nr. 73053/01, Reports of Judgments and Decisions 2006-XIV.
- MDE í máli K gegn Austurríki frá 2. júní 1993, mál nr. 16002/90, Series A nr. 255-B.
- MDE í máli Kutic gegn Króatíu frá 1. mars 2002, mál nr. 48778/99, Reports of Judgments and Decisions 2002-II.
- MDE í máli Lückhof og Spanner gegn Austurríki frá 10. janúar 2008, mál nr. 58452/00 og 61920/00.
- MDE í máli Malige gegn Frakklandi frá 23. september 1998, mál nr. 27812/95, Reports 1998-VII.
- MDE í máli Marttinen gegn Finnlandi frá 21. apríl 2009, mál nr. 19235/03.
- MDE í máli Multiplex gegn Króatíu frá 10. júlí 2003, mál nr. 58112/00.
- MDE í máli Navone o.fl. gegn Mónakó frá 24. október 2013, mál nr. 62880/11, 62892/11 og 62899/11.
- MDE í máli O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi frá 29. júní 2007, mál nr. 15809/02 og 25624/02, Reports of Judgments and Decisions 2007-III.
- MDE í máli Perez gegn Frakklandi frá 12. febrúar 2004, mál nr. 47287/99, Reports of Judgments and Decisions 2004-I.
- MDE í máli P.G. og J.H. gegn Stóra-Bretlandi frá 25. september 2001, mál nr. 44787/98, Reports of Judgments and Decisions 2001-IX.
- MDE í máli Quinn gegn Írlandi frá 21. desember 2000, mál nr. 36887/97.
- MDE í máli Rieg gegn Austurríki frá 24. mars 2005, mál nr. 63207/00.
- MDE í máli Saunders gegn Stóra-Bretlandi frá 17. desember 1996, mál nr. 19187/91, Reports 1996-VI.
- MDE í máli Schmid-Laffer gegn Sviss frá 16. júní 2015, mál nr. 41269/08.
- MDE í máli Salduz gegn Tyrklandi frá 27. nóvember 2008, mál nr. 36391/02, Reports of Judgments and Decisions 2008.
- MDE í máli Segame SA gegn Frakklandi frá 7. júní 2012, mál nr. 4837/06, Reports of Judgments and Decisions 2012.
- MDE í máli Serves gegn Frakklandi frá 20. október 1997, mál nr. 20225/92, Reports 1997-VI.
- MDE í máli Shannon gegn Stóra-Bretlandi frá 4. október 2005, mál nr. 6563/03.
- MDE í máli Stojkovic gegn Frakklandi og Belgíu frá 27. október 2011, mál nr. 25303/08.

- MDE í máli Söylemez gegn Tyrklandi frá 21. september 2006, mál nr. 4661/99.
MDE í máli Telfner gegn Austurríki frá 20. mars 2001, mál nr. 33501/96.
MDE í máli Turbylev gegn Rússlandi frá 6. október 2015, mál nr. 4722/09.
MDE í máli Västaberga Taxi Aktiefölg og Vulic gegn Svíþjóð frá 23. júlí 2002, mál nr. 36985/97.
MDE í máli Vasileva gegn Danmörku frá 25. september 2003, mál nr. 52792/99.
MDE í máli Vernon gegn Stóra-Bretlandi frá 7. september 1999, mál nr. 38753/97, Reports of Judgments and Decisions 1999-VI.
MDE í máli Weh gegn Austurríki frá 8. apríl 2004, mál nr. 38544/97.
MDE í máli Örs o.fl. gegn Tyrklandi frá 20. júní 2006, mál nr. 46213/99.
MDE í máli Öztürk gegn Þýskalandi frá 21. febrúar 1984, mál nr. 8544/79, Series A nr. 73.

Ákvarðanir Mannréttindadómstóls Evrópu

- Ákvörðun MDE í máli Abas gegn Hollandi frá 26. febrúar 1997, mál nr. 27943/95.
Ákvörðun MDE í máli Allen gegn Stóra-Bretlandi frá 10. september 2002, mál nr. 76574/01, Reports of Judgments and Decisions 2002-VIII.
Ákvörðun MDE í máli Duteil gegn Frakklandi frá 20. apríl 2010, mál nr. 3221/10.
Ákvörðun MDE í máli H og J gegn Hollandi frá 13. nóvember 2014, mál nr. 978/09 og 992/09, Reports of Judgments and Decisions 2014.
Ákvörðun MDE í máli M.-T.P gegn Frakklandi frá 7. mars 2000, mál nr. 41545/98.
Ákvörðun MDE í máli Morel gegn Frakklandi frá 3. júní 2003, mál nr. 54559/00, Reports of Judgments and Decisions 2003-IX
Ákvörðun MDE í máli Barsom og Varli gegn Svíþjóð frá 4. janúar 2008, mál nr. 40766/06 og 40831/06.
Ákvörðun MDE í máli Peterson Sarpsborg AS o.fl. gegn Noregi frá 27. nóvember 1996, mál nr. 25944/94.
Ákvörðun MDE í máli Schmidt gegn Þýskalandi frá 5. janúar 2006, mál nr. 32352/02.
Ákvörðun MDE í Sociéte Stenuit gegn Frakklandi frá 11. júlí 1989, mál nr. 11598/85.
Ákvörðun MDE í Staines gegn Stóra-Bretlandi frá 16. maí 2000, mál nr. 41552/98, Reports of Judgments and Decisions 2000-V.
Ákvörðun MDE í máli Tirado Ortiz og Lozano Martin gegn Spáni frá 15. júní 1999, mál nr. 43486/98, Reports of Judgments and Decisions 1999-V.
Ákvörðun MDE í máli Van Vondel gegn Hollandi frá 23. mars 2006, mál nr. 38258/03, Reports of Judgments and Decisions 2006-IV.
Ákvörðun MDE í máli X gegn Hollandi frá 4. desember 1978, mál nr. 8239/78, Decisions and Reports 16.

Dómar Evrópuðómstólsins

- C-374/87 Orkem gegn Framkvæmdastjórninni [1989] ECR 3283.
C-238/99 P Limburgse Vinyl Maatschappij o.fl. gegn Framkvæmdastjórninni [2002] ECR I-8375.
C-301/04 P Framkvæmdastjórnin gegn SGL Carbon AG [2006] ECR I-5915
T-112/98 Mannesmannröhren-Werke AG gegn Framkvæmdastjórninni [2001] ECR II-729.
C-60/92 Otto BV gegn Postbank NV [1993] ECR I-5683.

Norskir dómar

- Rt. 1. júní 2011 í máli nr. 456/2011. (Petrolia ASA and others vs. the Public Prosecuting Authority, HR-2011-01118-A, (case no. 2011/456), a criminal case, appeal against a court order.)

Bandarískir dómar

- Hale gegn Henkel 201 US 43 (1906).

Gerður Guðmundsdóttir

RÉTTURINN TIL AÐ FELLA EKKI Á SIG SÖK Í STJÓRNSÝSLUNNI

*Sérstaki hlutinn: Gagna- og upplýsingaöflun stjórnvalda.
Lagaákvæði. Réttaráhrif brota**

Efnisyfirlit

1. Inngangur	310
2. Gagna- og upplýsingaöflun stjórnvalda á grundvelli lagaskyldu	310
2.1 Álitafnið	310
2.2 Um greiningu dómanna.....	311
2.3 Dómar þar sem réttindin voru talin brotin.....	314
2.3.1 MDE Funke gegn Frakklandi	314
2.3.2 MDE J.B. gegn Sviss	319
2.3.3 MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi	323
2.3.4 MDE Martinen gegn Finnlandi.....	325
2.4 Dómar þar sem réttindin voru ekki talin brotin	327
2.4.1 MDE Weh gegn Austurríki og MDE Rieg gegn Austurríki	327
2.4.2 MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi	331
2.4.3 MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki	335
2.5 Dómar sem fjalla um gögn sem hafa sjálfstæða tilvist.....	338
2.5.1 MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi	338
2.5.2 MDE Jalloh gegn Þýskalandi og aðrir dómar	342
2.6 Almennar ályktanir	345
2.7 Kenning um túlkun dómanna.....	348
3. Um lögfestingu réttindanna á sviði stjórnsýslunnar	355
3.1 Danskur réttur	355
3.2 Norskur réttur	357
3.3 Íslenskur réttur.....	360
3.3.1 Hvernig hafa réttindin verið lögfest hér á landi?	360
3.3.2 Nánar um algengasta fyrirkomulagið hér á landi.....	364
4. Réttaráhrif brota á réttindunum í stjórnsýslunni	365
4.1 Ólík stig máls og aðstæður	365
4.2 Eftirlitsstjórnvald stendur frammi fyrir því að taka ákvörðun um efni máls.....	366
4.3 Eftirlitsstjórnvald hefur tekið ákvörðun um efni máls	368
4.4 Eftirlitsstjórnvald fylgir broti á upplýsingaskyldu eftir	368
4.5 Mál er kært eða framsent til annars stjórnvalds	369
5. Lokaorð	370
Abstract.....	375
Heimildir	376

1. Inngangur¹

Eins og fram kom í almenna hlutanum er lagaleg þvingun líklega algengasta þvingunin sem eftirlitsstjórnvöld beita borgarana. Í stjórnýslunni kemur iðulega upp sú staða að stjórnvald krefst þess að aðili máls afhendi gögn og upplýsingar á grundvelli lagaskyldu þess efnis að viðlagðri refsingu.² Í grein þeirri sem hér er rituð verður fjallað sérstaklega um þessa stöðu og hvernig hún horfir við 1. mgr. 6. gr. samningsins um verndun mannréttinda og mannfrelsis, sbr. lög nr. 62/1994 (hér eftir „mannréttinasáttmáli Evrópu“, „mannréttinda-sáttmálinn“ eða „MSE“) og eftir atvikum 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (hér eftir „stjskr.“), að því marki stjórnarskrárákvæðið er sambærilegt ákvæði mannréttinasáttmálans. Um þetta verður fjallað í 2. kafla.

Í framhaldinu verður í 3. kafla farið yfir lagaákvæði um þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök í stjórnýslunni. Fyrst verður lýst hvernig réttindin hafa verið lögfest í dönskum og norskum rétti. Síðan verður farið yfir þau sérlagaákvæði sem hafa verið sett um réttindin í íslenskum rétti. Einnig verður lagt mat á hvernig ákvæðin horfa við 1. mgr. 6. gr. MSE. Þá verður í 4. kafla fjallað um réttaráhrif brota á réttindunum, aðallega samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE, í stjórnýslunni. Að síðustu er í 5. kafla að finna lokaorð. Þar verður því velt upp hvort tilefni sé til að lögfesta almennt ákvæði um réttindin í stjórnýslulög nr. 37/1993.

2. Gagna- og upplýsingaöflun stjórnvalda á grundvelli lagaskyldu

2.1 Álitaefnið

Af dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu (hér eftir „Mannréttindadómstóllinn“, „dómstóllinn“ eða „MDE“) er ekki

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Hafsteini Dan Kristjánssyni, aðjunkt við Lagadeild Háskóla Íslands og stipendiary lecturer við Balliol College við Oxford háskóla, eru færðar þakkir fyrir aðstoð við vinnslu greinarinnar. Jafnframt er Ólafi Guðmundssyni, lögfræðingi hjá skatttranssóknarstjóra ríkisins, færðar þakkir fyrir yfirlestur á greininni. Enn fremur er ritrýni þakkað fyrir gagnlegar ábendingar. Höfundur ber þó einn ábyrgð á efni greinarinnar.

² Um þessa stöðu í tengslum við réttinn til að fella ekki á sig sök, sjá til dæmis Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering i forvaltningsretten“, bls. 244, 249 og 251 og Björgu Thorarensen. „Réttur aðila að stjórnýslumáli til að fella ekki á sig sök“, bls. 33.

Þyllilega ljóst að hvaða marki stjórnvöldum er heimilt að óska eftir gögnum og upplýsingum frá þeim sem er borinn sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE á grundvelli lagaskyldu þess efnis. Staðan er einatt sú að annaðhvort verður aðili við upplýsingabeidninni og afhendir gögn eða veitir upplýsingar sem mögulega eru til þess fallnar að fella á hann sök eða hann neitar að gera það og tekur áhættuna á því að verða beittur þvingunarræðum, þvingunarráðstöfunum eða gerð refsing eða önnur viðurlög. Vegna þess hversu mikilvægur þáttur slík upplýsingaöflun er í starfsemi margra stjórnvalda er tilefni til að reyna að varpa ljósi á hvort og þá hvenær stjórnvöldum er fær þessi leið.

Í umfjölluninni sem fer í hönd verður fyrst fjallað um hvernig lykildómar um efnið verða greindir. Síðan verður farið yfir dóma þar sem réttindin voru talin brotin, þá dóma þar sem réttindin voru ekki talin brotin og loks dóma sem fjalla um gögn sem hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Að lokum verða í þessum kafla dregnar ályktanir af dómaframkvæmdinni og sett fram kenning um hvernig unnt sé að túlka dómama saman í tengslum við álítaefnið um gagna- og upplýsingaöflun stjórnvalda á grundvelli lagaskyldu.

2.2 Um greiningu dómanna

Í eftirfarandi dómum verður leitast við að greina hvaða atriði skipta máli við mat Mannréttindadómstólsins á því hvort þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök hafi verið brotnir. Í 4. kafla almenna hlutans var farið yfir þau sjónarmið sem Mannréttindadómstóllinn hefur tekið fram að líta verði til við mat á því hvort réttindin hafi verið virt. Þau eru í *fyrsta lagi* eðli og umfang þvingunar. Í *öðru lagi* hvort réttaröryggisreglur séu fyrir hendi. Í *þriðja lagi* notkun gagna, sem aflað hefur verið með þvingun, í sakamáli í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Þá verður ráðið af dómum að dómstóllinn liti jafnframt í *fjórða lagi* til almannahagsmuna, svo sem til skilvirkrar og framkvæmanlegar réttarvörslu sem og mögulega einnig eðlis afbrots. Ekki eru allir dómar, sem fjallað verður um hér á eftir, einkum þeir sem eldri eru, rökstuddir skýrlega með vísan til þessara sjónarmiða. Þrátt fyrir það verður leitast við að fella röksemdir dómstólsins undir þessi sjónarmið og leitast við að skilja þá í ljósi þeirra. Jafnframt verður tekið tillit til þess að dómstóllinn hefur nú slegið því föstu að réttindin séu ekki algild.

Auk þessara sjónarmiða verður litið til tveggja annarra sjónarmiða sem Mannréttindadómstóll Evrópu virðist horfa til en hafa ekki verið orðuð með berum hætti sem sjálfstæð sjónarmið. Fyrri sjónarmiðið varðar *eðli eða efni þeirra gagna og upplýsinga* sem aflað er með þvingun.

Eðli sumra gagna og upplýsinga er að vera sýnileg sönnunargögn (e. „real“ evidence), þ.e. hlutlæg, áþreifanleg eða líkamleg. Dæmi um það eru skjöl, ýmsir munir, blóð-, þvag-, hár-, öndunar-, munnvatns-, svita-hljóð-, vefja- og önnur líkamssýni. Þessi gögn, sýni og upplýsingar verða almennt ekki til við þvingunina né breytist eðli þeirra við hana. Þau eru því almennt ekki óáreiðanleg sönnunargögn vegna þess eins hvernig þeirra var aflað. Þá hafa að minnsta kosti sum þeirra sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Þau eru til óháð því hvort hann vilji tjá sig eða aðstoða við rannsókn máls. Stundum er unnt að afla slíkra gagna með húsleit og haldlagningu eða jafnvel frá þriðja manni. Í öðrum tilvikum verður aðili að þola að gagnanna, munanna eða sýnanna sé aflað með öðrum þvingunarráðstöfunum í þágu rannsóknar sakamáls. Eðli annarra gagna og upplýsinga er öðruvísi. Þau verða til við þvingunina eða eðli þeirra breytist við hana. Dæmi um það er þegar aðila er gert að tjá sig um tiltekin atriði, svo sem að svara spurningum. Vilji hann ekki tjá sig verður spurningunum ekki svarað nema sökum þvingunarinnar. Annað dæmi eru gögn sem aðili útbýr eða aflar og tekur saman (frá þriðja manni) til að afhenda stjórnvaldi. Gögnin voru ekki til eða í höndum aðila fyrr en hann var þvingaður. Í þessum tilvikum er krafist virkrar þátttöku aðila við að láta í té upplýsingar og þá eftir atvikum til að fella á sig sök. Sú þátttaka getur verið mismikil eftir eðli og aðstæðum hvers máls. Eftir því sem krafist er meiri virkrar þátttöku frá aðilanum því vafasamari virðist þvingunin vera.

Efni gagna og upplýsinga getur einnig verið ólíkt. Sum gögn eða upplýsingar fela í sér játningu, önnur fela í sér að aðili fellir á sig sök og enn önnur hafa aðeins að geyma upplýsingar um einn þátt máls af mörgum. Þá eru einnig til gögn og upplýsingar sem eru lítt til þess fallin að fella sök á aðila eða að óljóst er hvort þau muni gera það. Telja verður að öflun gagna og upplýsinga af fyrrnefnda taginu með þvingun gangi lengra í að skerða kjarna réttindanna en öflun gagna og upplýsinga af síðari taginu.

Eins og áður greindi hefur Mannréttindadómstóll Evrópu fjallað um efni og eðli gagna og upplýsinga en ekki lýst því atriði sem sjálfstæðu sjónarmiði. Vel má vera að dómstóllinn felli sjónarmiðið undir eðli og umfang þvingunar. Fyrir því eru gildar ástæðar. Eðli og efni upplýsinga er nátengt og stundum samofið eðli og umfangi þvingunar. Þrátt fyrir það verður sjónarmiðunum haldið aðskildum við greiningu dómanna. Að baki því búa tvær ástæður. Sú fyrri er skýrleiki og nákvæmni í greiningunni. Sú síðari er að ágæt rök eru fyrir því að líta á eðli og efni gagna sem sjálfstætt sjónarmið. Þótt sjónarmiðin séu nátengd og jafnvel samofin fjalla þau ekki um nákvæmlega sömu

atriðin. Þvingunin lýtur að þeim aðferðum sem eru viðhafðar til að afla gagna og upplýsinga. Eðli þeirra getur verið margs konar; þær geta verið líkamlegar og andlegar, blekkingar og annars konar þvinganir, svo sem lagalegar. Þá getur umfang þeirra verið mismunandi. Brot á lagaskyldu getur varðað sektum að óverulegri fjárhæð eða fangelsisrefsingu. Einnig kunna yfirvöld að hafa gengið langt í að knýja á um skyldu, svo sem farið oftsinnis með mál fyrir dómstóla. Enn fremur hafa stjórnvöld ýmist takmarkaða heimild til að þvinga aðila til að veita upplýsingar eða víðtæka og almenna. Hitt sjónarmiðið lýtur að *andlagi* réttindanna, þ.e. þess sem er aflað en ekki að aðferðinni sem er beitt til að afla gagnanna eða upplýsinganna. Þótt sjónarmiðunum verði haldið aðskildum hér verður að leggja mat á eðli og umfang þvingunar í tengslum við eðli og efni gagna og upplýsinga. Eftir því sem þvingun er meiri og alvarlegri og eftir því sem gögn og upplýsingar eru nátengdari vilja aðila og líklegri til þess að fella á hann sök því meiri líkur eru á því að kjarni réttindanna hafi verið skertur.

Síðara viðbótarsjónarmiðið, sem litið verður til við greiningu dómanna eru *tengsl við sakamál* í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Allajafna lýtur þetta atriði að gildissviði réttindanna. Þau gilda, eins og fjallað var um í almenna hlutanum, í sakamálum en ekki annars konar málum. Sakamál þarf þó ekki að vera formlega í gangi heldur getur dugað að það sé fyrirhugað eða yfirvofandi (e. pending or anticipated).³ Af því leiðir að tengsl við sakamál geta verið mismikil. Sömuleiðis getur aðili hafa verið formlega sakaður um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE eða að hann hefur orðið fyrir umtalsverðum áhrifum af rannsókn og meðferð máls. Því getur aðili hafa verið borinn sök í skilningi ákvæðis mannréttindasáttmálans á misskýran hátt. Þegar stuðst verður við hugtökin sakamál og sakborningur hér á eftir er oftast vísað til þeirra í merkingu 6. gr. MSE, þ.e. átt er við mál þar sem kveðið er á um refsivert brot og að maður sé borinn sök um refsivert brot, en ekki til dæmis í skilningi sakamálalaga nema annað verði ráðið af samhenginu. Athygli vekur að í sumum dómum, sem fjallað verður um hér á eftir, var fjallað um réttindin þótt dómstóllinn hefði komist að þeirri niðurstöðu að aðili hefði ekki verið borinn sök. Með skírskotun til þess má halda því fram að þótt réttindin séu virk geti tengsl þvingunar við sakamál verið mismikil. Eftir því sem þau eru fjarlægari því minni líkur eru á því að réttindin hafi verið brotin. Vel má vera að dómstóllinn líti aðeins til þessa atriðis til að svara því hvort mál heyri undir gildissviði

³ Sjá til dæmis Jens Edvin A. Skoghøy: „Forvaltningsloven, EMK og Grunnloven“, bls. 320-321.

1. mgr. 6. gr. MSE en hér verður litið á það sem sjálfstætt sjónarmið við mat á því hvort rétturinn hafi verið brotinn.

Eins og fram kom í almenna hlutanum ber að leggja mat á sjónarmiðin í ljósi þeirra markmiða eða raka sem búa að baki réttindunum, meðal annars um að hindra að sakborningur sé dæmdur að ósekju, að vilji aðila til að tjá sig ekki og að fella ekki á sig sök sé ekki brotinn á bak aftur, og að sönnunargögn séu ekki óáreiðanleg. Þá er um heildstætt og atviksbundið mat að ræða. Byggt verður á því að þetta eigi ekki aðeins við um fyrstnefndu sjónarmiðin, þ.e. (1) eðli og umfang þvingunar, (2) hvort réttaröryggisreglur séu fyrir hendi, (3) notkun gagna og (4) almannahagsmuni, heldur einnig þau sem hefur verið bætt við sem sjálfstæðum sjónarmiðum, þ.e. (5) eðli og efni þeirra gagna og upplýsinga sem aflað sé með þvingun og (6) tengslum við sakamál í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE.

2.3 Dómar þar sem réttindin voru talin brotin

2.3.1 MDE Funke gegn Frakklandi

Í máli *MDE Funke gegn Frakklandi*⁴ reyndi á gagnaöflun tollyfirvalda á grundvelli tollalaga.

Í *MDE Funke gegn Frakklandi* fóru tollyfirvöld ásamt lögreglu á heimili kæranda til að afla gagna um eignir hans erlendis vegna gruns um tollalagabrot. Kærandi viðurkenndi að eiga, eða hafa átt, nokkra erlenda bankareikninga en sagði að hann hefði ekki nein bankayfirlit á heimili sínu. Jafnframt var gerð húsleit hjá kæranda þar sem fundust og var lagt hald á meðal annars bankayfirlit erlendra bankareikninga og ávísanahefti. Sakamál var aldrei höfðað á hendur kæranda en í framhaldi af húsleitinni hófst málsmeðferð í tengslum við frekari gagnaöflun (e. parallel proceedings for disclosure of documents and for interim orders). Óskuðu tollyfirvöld meðal annars eftir því að kærandi afhenti þeim bankayfirlit tiltekinna erlendra bankareikninga (e. produce statements) vegna síðustu þriggja ára frá nokkrum erlendum bönkum. Kærandi samþykkti upphaflega að veita gögnin en skipti svo um skoðun. Hófu tollyfirvöld þá mál á hendur kæranda þar sem farið var fram á að hann afhenti gögnin. Var hann dæmdur til greiðslu sektar og til að afhenda gögnin að viðlögðum dagsektum. Hins vegar kom ekki til þess að kærandi væri ákærður fyrir tollalagabrot. Kærandi taldi að með þessu hefði rétturinn til að fella ekki á sig sök verið brotinn þar sem hann hefði verið þvingaður til að afla sönnunargagna gegn sjálfum sér. MDE tók fram að kærandi

⁴ *MDE í máli Funke gegn Frakklandi frá 25. febrúar 1993, mál nr. 10828/84, Series A nr. 256-A, einkum mgr. 44.*

hefði verið dæmdur til þess að afhenda tollyfirvöldum gögn sem þau töldu að væru til þótt þau væru ekki viss um það. Þar sem tollyfirvöld vildu ekki eða gátu ekki aflað gagnanna sjálf hefðu þau reynt að fá kæranda til að veita nauðsynlegar upplýsingar um brot sem hann hefði verið grunaður um að hafa framið. Sérstakt eðli tollalaganna gæti ekki réttlætt slíkt brot gegn þeim sem væri borinn sök samkvæmt 6. gr. MSE. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði verið brotið.⁵

Eðli og umfang þvingunar. Á kæranda hvíldi lagaskylda til að veita umræddar upplýsingar að viðlagðri refsingu. Jafnframt var unnt að knýja á um skylduna með þvingunarúrræðum, þ.e. dagsektum. Reyndi því á lagalega þvingun af ákveðnum toga. Í málinu létu tollyfirvöld ekki nægja að óska eftir fyrrnefndum gögnum frá kæranda heldur gengu lengra. Hafið var mál gegn kæranda sem lauk með því að honum var gerð sekt fyrir að brjóta upplýsingaskylduna. Til viðbótar var hann dæmdur til að láta tollyfirvöldum í té gögnin að viðlögðum dagsektum. Ekki verður lagt mat á það hér hversu þungbærar sektirnar og dagsektirnar voru.

Meta verður eðli og umfang þvingana í ljósi aðstæðna í málinu. Í því hlutuðust tollyfirvöld um að þvingun yrði beitt til að reyna að afla gagna sem þau voru ekki viss um hvort væru til. Ekki var því um það að ræða að kærandi hefði tiltekin gögn undir höndum sem tollyfirvöld krefðust þess að fá afhent. Tollyfirvöld höfðu þegar gert húsleit á heimili kæranda og umrædd gögn höfðu ekki fundist. Ekki er því ósennilegt að umrædd gögn hafi ekki verið til staðar á heimili hans. Jafnframt má ráða af umfjöllun undirréttar í málinu að kærandi hafi haldið því fram að hann væri ófær um að afla gagnanna sem hann hefði sagst ætla láta í té. Að auki verður ráðið af dómnum að tollyfirvöld hefðu ekki freistað þess að afla gagnanna frá þriðja manni. Þrátt fyrir þetta hefði kæranda verið gerð refsing og lögð á hann skylda til að afhenda gögnin að viðlögðum dagsektum.

Þegar þetta er haft í huga verður að telja að í málinu hafi verið gengið langt í að beita þeirri þvingun sem var til staðar að landslögum í málinu. Í þessu sambandi er vakin athygli á því að í síðari dómum hefur Mannréttindadómstóllinn tekið fram að umfang þvingunarinnar í viðkomandi máli (e. degree of compulsion) hafi verið slíkt að sjálfur kjarni réttarins til að fella ekki á sig sök hafi verið skertur (e. in effect, it

⁵ Meirihluti Mannréttindanefndarinnar (e. Commission) hafði áður komist að þeirri niðurstöðu að 6. gr. MSE hefði ekki verið brotin í málinu.

destroyed the very essence of the privilege against self-incrimination).⁶ Í öðrum dómi tók dómstóllinn fram að gagnanna hefði verið aflað með vítaverðum hætti (e. impugned measures).⁷

Eins og áður hefur komið fram óskuðu tollyfirvöld eftir fyrrgreindum gögnum samkvæmt lagaskyldu. Á grundvelli hennar gátu tollyfirvöld við eftirlitsskoðun sína óskað eftir hvers kyns skjölum og gögnum sem tengdust verkefnum er heyrðu undir verksvið þeirra.⁸ Heimild tollyfirvalda var því ekki bundin við tiltekin gögn. Í ummælum undirréttar í málinu kom fram að upplýsingaskyldan samkvæmt almennu ákvæði tollalaganna gildi ekki aðeins um gögn á heimili aðila heldur jafnframt hvar sem þau kynnu að vera. Virðast tollyfirvöld því hafa haft fremur almenna og víðtæka heimild til að afla hvers kyns skjala og gagna og ekki aðeins þeirra sem aðilar hefðu undir höndum.

Ekki er augljóst hvaða þýðingu það hafði í málinu að tollyfirvöld höfðu ekki reynt að afla gagnanna frá þriðja manni. Mögulega ber að skilja ummælin þannig að reyni yfirvöld fyrst að afla gagna frá þriðja manni sé þar með leitast við að leggja minni byrðar á herðar aðila og gætt sé meðalhófs. Þá virðist hafa skipt máli að vafi var fyrir hendi um hvort gögnin væru til. Að því virtu virðist hafa verið gengið langt í að þvinga kæranda til að afhenda gögn sem ekki lá fyrir að væru til. Með því hafi verið lagðar óhóflegar byrðar á kæranda. Því hefur verið varpað fram að mögulega beri að túlka dóminn í því ljósi að tollyfirvöld hafi verið í „veiðiferð“.⁹ Á móti má segja að tollyfirvöld hafi að líkindum talið að þau gögn sem fundust við húsleit hjá kæranda hafi verið sönnunargögn um tilvist gagnanna sem þau kröfðu kæranda um.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Í málinu reyndi á beiðni tollyfirvalda um gögn frá kæranda. Nánar tiltekið óskuðu tollyfirvöld eftir því að kærandi léti í té bankayfirlit erlendra bankareikninga vegna síðustu þriggja ára. Franska ríkið hélt því meðal annars fram að ekki hefði verið

⁶ Yfirdeildardómur MDE í máli *John Murray gegn Stóra-Bretlandi frá 8. febrúar 1996*, mál nr. 18731/91, *Reports 1996-I*, mgr. 49. Sjá einnig MDE *Heaney og McGuinness gegn Írlandi frá 21. desember 2000*, mál nr. 34720/97, *Reports of Judgments and Decisions 2000-XII*, mgr. 48 og yfirdeildardóm MDE *O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi frá 29. júní 2007*, mál nr. 15809/02 og 25624/02, *Reports of Judgments and Decisions 2007-III*, mgr. 46. Sjá einnig D.J. Harris o.fl.: *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 425.

⁷ Yfirdeildardómur MDE *Jalloh gegn Þýskalandi frá 11. júlí 2006*, mál nr. 54810/00, *Reports of Judgments and Decisions 2006-IX*, mgr. 113.

⁸ MDE *Funke gegn Frakklandi*, mgr. 30.

⁹ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Þagnarrétturinn og meðferð samkeppnismála“, bls. 67.

farið fram á að kærandi játaði eða útvegaði sönnunargögn gegn sjálfum sér heldur að hann afhenti gögn í tengslum við sönnunargögn sem hefðu fundust á heimili hans við húsleit.¹⁰ Þrátt fyrir þessa málsvörn verður að telja að gögnin hafi verið þess eðlis að þau hefðu getað orðið sönnunargögn um brot sem kærandi var borinn sök um. Með öðrum orðum þá hefðu þau getað fellt sök á kæranda ef hann hefði látið þau af hendi.

Eins og áður segir kom fram í ummælum undirréttar í málinu að upplýsingaskyldan samkvæmt almennu ákvæði tollalaganna gildi ekki aðeins um gögn sem væru á heimili aðila heldur jafnframt hvar svo sem þau kynnu að vera. Óljóst er hvaða ályktun eigi að draga af þeirri stöðu sem var uppi í málinu. Ein ályktun er sú að aldrei megi fara fram á kærandi afhendi gögn á grundvelli lagaskyldu. Sú ályktun gengur nokkuð langt. Önnur og mildari ályktun er sú að takmarkanir séu á því að fara fram á aðili útvegi eða afli gagna sem hann hefur ekki undir höndum. Sé fallist á þá ályktun reynir á hversu langt er unnt að ganga í að leggja byrðar á herðar aðila. Til að mynda hvort aðeins sé unnt að biðja um gögn sem hann hefur til dæmis á heimili sínu eða vinnustað eða hvort einnig megi biðja hann um gögn sem hann getur útvegað með auðveldum hætti.

Sem fyrr segir hélt kærandi því fram í málinu að hann hefði verið ófær um að afla fyrrgreindra gagna. Í dómi undirréttar kom fram að þessi svör kæranda hefðu ekki verið nægilega rökstudd. Hefði kærandi ekki lagt fram nein bréfasamskipti sem sýndu að hann hefði viðhaft nauðsynlegar ráðstafanir til að afla gagnanna eða sem sýndu að erlendu bankarnir hefðu neitað honum um umrædd gögn. Bendir umfjöllun undirréttar til þess að honum hafi verið gert skylt að *afla eða útvega gögnin* sjálfur, þ.e. hann hafi ekki aðeins þurft að láta þau af hendi heldur hafi hann þurft að verða sér út um gögnin sjálfur. Var því farið fram á *virka þátttöku kæranda* til að afla gagnanna í málinu.¹¹ Umfjöllun yfirdeildar Mannréttindadómstólsins í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* bendir jafnframt til þessa þar dómstóllinn vísar til fyrirbyggjandi máls í umfjöllun um tilvik þar sem kærundur hefðu þurft að *útvega gögn eða skjöl* af hvaða tagi sem er á grundvelli lagaskyldu (e. production of papers and documents of any kind relating to operations of interest to the department).¹² Ein leið til að túlka dóminn er því sú að

¹⁰ Sjá mgr. 42.

¹¹ Sjá til hliðsjónar D.J. Harris o.fl.: *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 424.

¹² *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 58.

tollyfirvöld hafi lagt óhóflegar byrðar á herðar kæranda til að útvega eða afla gagna, sem væru til þess fallin að fella á hann sök, en tollyfirvöld hefðu ekki freistað þess að afla þeirra sjálf.

Tengsl við sakamál. Mannréttindadómstóllinn fjallar ekki sérstaklega um hvort kærandi hafi verið borinn sök í skilningi 6. gr. MSE. Í málinu hafði franska ríkið haldið því fram að kærandi væri ekki þolandi brots í skilningi sáttmálans meðal annars vegna þess að sakamál hefði aldrei verið höfðað. Dómstóllinn benti á móti á að kæra kæranda lyti að öðru máli, þ.e. því að honum hefði verið gert að útvega tiltekin gögn.¹³ Í þessu sambandi má benda á kærandi tók fram að málið, þar sem lagðar voru sektir á hann fyrir að afhenda ekki gögnin, hefði verið sakamál.¹⁴

Bent hefur verið á dóminn í tengslum við að 1. mgr. 6. gr. MSE gildi þótt ekkert sakamál sé hafið gagnvart kæranda.¹⁵ Umfjöllun Mannréttindadómstólsins í ákvörðun *MDE Allen gegn Stóra-Bretlandi* bendir jafnframt til þess að sakamál hafi verið að minnsta kosti fyrirhugað í máli MDE Funke gegn Frakklandi.¹⁶ Af niðurstöðu dómstólsins í málinu virðist mega ráða að hefði kærandi afhent gögnin hefði hann getað fellt á sig sök, hvort sem væri í fyrirhuguðu eða yfirstandandi máli.

Réttaröryggi. Franska ríkið benti meðal annars á að franskir dómstólar hefðu komist að þeirri niðurstöðu að tollyfirvöldum hefði verið rétt að biðja um gögnin þar sem aðili hefði haft rétt til að koma að sínum vörnum við málsmeðferðina (e. adversarial proceedings).¹⁷ Dómstóllinn fjallaði ekki sérstaklega um réttaröryggi kæranda í málinu. Þó má ráða af dóminum að kærandi hafi fengið endurskoðun dómstóla á niðurstöðu undirréttar sem hafði dæmt hann til greiðslu sektar og til að afhenda gögnin að viðlögðum dagsektum.

Notkun gagna. Í málinu reyndi ekki á notkun gagna enda var sakamál aldrei hafið gegn kæranda.

Almannahagsmunir. Franska ríkið vísað til starfsemi skattkerfisins.¹⁸ Dómstóllinn fjallaði ekki um almannahagsmuni í forsendum sínum að öðru leyti en að taka fram að sérstök einkenni tollkerfisins gætu ekki réttlætt brot á réttindunum. Í tengslum við þetta sjónarmið má benda á

¹³ Sjá mgr. 39-40.

¹⁴ Sjá mgr. 41.

¹⁵ *MDE O'Halloran gegn Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 35.

¹⁶ Ákvörðun *MDE Allen gegn Stóra-Bretlandi frá 10. september 2002, mál nr. 76574/01, Reports of Judgments and Decisions 2002-VIII*, mgr. 1.

¹⁷ Sjá mgr. 42.

¹⁸ Sjá mgr. 42.

að mikilvægir almannahagsmunir eru tengdir skilvirkri starfsemi skattkerfis.

Tvö atriði í tengslum við dóminn vekja sérstaka athygli. Annað er hversu stuttur rökstuðningur dómstólsins er fyrir niðurstöðunni en hann er dreginn saman í einni málsgrein sem telur þrjár heilar setningar. Í fyrstu setningunni er meðal annars vísað til þess að kærandi hefði verið sakfelldur fyrir að útvega ekki gögn sem tollyfirvöldu töldu að væru til án þess að vera viss þar um. Í annarri setningu er vísað til þess að tollyfirvöld hafi verið ófær eða óviljug til að útvega gögnin sjálf og hafi þess í stað reynt að þvinga kæranda til að útvega þau í tengslum við meint brot hans. Í þriðju setningunni er tekið fram sérstök einkenni tollkerfisins geti ekki réttlætt brot á réttindunum. Hitt atriðið er að vísað er til réttarins til að tjá sig ekki (e. the right to remain silent) sem og réttarins til að taka ekki þátt í að fella á sig sök (e. not to contribute to incriminating himself). Mögulega er þessi framsetning á síðari réttinum, þ.e. að taka ekki þátt í (e. contribute), víðtækari en rétturinn til að fella ekki á sig sök (e. privilege against self-incrimination), eins og rétturinn er til dæmis kallaður í *MDE J.B. gegn Sviss*.¹⁹ Dómstóllinn sjálfur hefur bent á að ekki sé fjallað nánar um réttindin í *MDE Funke gegn Frakklandi*.²⁰

Í málinu voru tvö sératkvæði. Annars vegar sératkvæði íslenska dómarans sem taldi að 1. mgr. 6. gr. MSE hefði ekki verið brotin og vísaði til rökstuðnings Mannréttindanefndarinnar fyrir því. Hins vegar sératkvæði annars dómara sem taldi að 1. mgr. 6. gr. MSE hefði verið brotin. Hann tók fram að heimilt væri að sekta þann sem telur ekki fram og væri það ekki andstætt réttindunum. Aftur á móti hefði í þessu máli verið hafið sakamál gegn kæranda sem hefði brotið í bága við réttinn.

2.3.2 *MDE J.B. gegn Sviss*

Í *MDE J.B. gegn Sviss* hófu skattyfirvöld rannsókn á skattskilum kæranda og óskuðu eftir öllum gögnum frá honum sem sýndu tekjur hans í tengslum við fjárfestingar í fyrirtækjum. Kærandi viðurkendi að hafa átt þátt í umræddum fjárfestingum og að hann hefði ekki réttilega gert grein fyrir tekjum sínum á skattframtali. Þrátt fyrir ítrekaðar beiðnir skattyfirvalda um gögnin neitaði kærandi að afhenda þau. Lögðu skattyfirvöld fjórum sinnum sekt á kæranda fyrir að afhenda ekki gögnin. Að lokum náðist

¹⁹ Sjá mgr. 64.

²⁰ *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 45.

samkomulag á milli kæranda og skattyfirvalda svo ekki kom til þess að mál væri höfðað gegn honum. Samkvæmt samkomulaginu skyldi hann greiða tiltekna fjárhæð og sekt. Í staðinn yrði málsmeðferð gegn honum felld niður, þar á meðal yfirstandandi sektarmál og áður greiddar sektir kæmu til frádráttar fjárhæðinni. Í málinu hélt kærandi því fram að rétturinn hefði verið brotinn þegar skattyfirvöld reyndu að þvinga hann til að afhenda gögn sem gætu fellt á hann sök. MDE rakti að rétturinn til að fella ekki á sig sök leiði til þess að yfirvöld þurfi að færa sönnur fyrir sekt aðila án þess að styðjast við sönnunargögn sem fengin eru frá sakborningi með þvingun og gegn vilja hans. MDE tók fram að svo virtist sem yfirvöld hefðu reynt að þvinga kæranda til að afhenda gögn sem innihéldu upplýsingar um tekjur hans með það fyrir augum að leggja mat á skatta hans. Markmiðið virtist hafa verið að kanna hvort kærandi hefði tekjur sem hefðu ekki verið skattlagðar. Þótt dómstóllinn gæti ekki getið sér til um eðli upplýsinganna þá gæti kærandi ekki útilokað að gögnin hefðu að geyma upplýsingar um frekari tekjur hans sem hefðu ekki verið skattlagðar og sem gætu leitt til þess að hann yrði borinn sök um skattalagabrot. Í málinu var því haldið fram af hálfu ríkisins að kærandi myndi ekki fella á sig sök við að veita upplýsingarnar þar sem skattyfirvöldum hefði í raun verið kunnugt um umræddar upplýsingar og að kærandi hefði viðurkennt fjárhæðirnar sem um ræddi. MDE benti á að þessar skýringar væru ótrúverðugar í ljósi þess að skattyfirvöld hefðu talið nauðsynlegt að óska átta sinnum eftir upplýsingunum frá kæranda og lagt á hann sektir fjórum sinnum fyrir að gera það ekki. Virtust skattyfirvöld því hafa verið að reyna að þvinga kæranda til að afhenda þeim gögn sem gætu leitt til þess að hann yrði ákærður fyrir skattsvik. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði verið brotið.²¹

Eðli og umfang þvingunar. Í málinu reyndi á lagalega þvingun en á kæranda hvíldi lagaskylda til að láta í té fyrrgreind gögn að viðlagðri refsingu. Af dóminum má ráða að heimild skattyfirvalda til að afla gagna hafi að einhverju leyti verið takmörkuð. Þau hefðu því ekki getað óskað eftir hvers kyns gögnum heldur hefðu þau getað óskað eftir gögnum sem skipt gætu máli við álagningu skatta. Sú takmörkun er þó ekki veruleg. Mannréttindadómstóllinn fjallar ekki sérstaklega um þetta í forsendum sínum. Í þessu sambandi má benda á að Mannréttindadómstóllinn tók fram að álitaefnið sem dómstóllinn þyrfti að leysa úr í málinu væri hvort sekt, sem lögð hefði verið á kæranda fyrir að veita ekki tilteknar upplýsingar, væri í samræmi við sáttmálann. Dómstóllinn væri ekki að skoða hvort ríki gætu skyldað skattgreiðendur til að veita upplýsingar aðeins á þeim grundvelli að tryggja rétta álagningu skatta.

²¹ MDE J.B. *gegn Swiss frá 3. maí 2001, mál nr. 31827/96, Reports of Judgments and Decisions 2001-III, einkum mgr. 63-71.*

Eðli og umfang þvingunar verður að meta út frá þeim aðstæðum sem voru fyrir hendi í málinu. Í tengslum við það má benda á tvö atriði. Í *fyrsta lagi* hversu langt var gengið í að fylgja lagaskyldunni eftir. Dómstóllinn tók fram að skattyfirvöld hefðu á þriggja ára tímabili óskað samtals átta sinnum eftir fyrrgreindum gögnum og hefðu lagt sektir á kæranda fjórum sinnum fyrir að afhenda ekki gögnin. Í málinu létu skattyfirvöld sér því ekki nægja að óska eftir áðurnefndum gögnum frá kæranda heldur var hann jafnframt ítrekað sektaður. Ekki hefur verið lagt mat á það hér hversu þungbærar sektirnar voru en, eins og áður er getið, tók dómstóllinn fram að fjárhæð þeirrar sektar sem lögð hefði verið á kæranda á grundvelli samkomulags hans við skattyfirvöld hafi ekki verið óveruleg. Í *öðru lagi* sagði í dómnum að kærandi hefði haldið því fram að hann hefði ekki getað afhent skattyfirvöldum gögnin þar sem þau hefðu ýmist verið eyðilögð eða afhent þriðja manni, svo sem bönkum. Mannréttindadómstóllinn fjallaði þó ekki sérstaklega um hvort þetta hefði áhrif við matið. Vegna þess er erfitt að álykta um þýðingu þeirrar stöðu í málinu. Þegar atvik eru virt heildstætt, þ.e. umfang lagaskyldunnar, fjárhæð og fjöldi sekta, fjöldi upplýsingabeidna og mála í tengslum við þær, sem og að kærandi hafði umrædd gögn mögulega ekki undir höndum, verður ályktað að þvingunin hafi verið töluverð.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Í málinu höfðu skattyfirvöld óskað eftir gögnum frá kæranda sem sýndu tekjur hans í tengslum við tilteknar fjárfestingar. Mannréttindadómstóllinn tók fram að ef kærandi hefði afhent gögnin hefðu þau getað verið þess eðlis að sökum þeirra yrði hann ákærður fyrir skattsvik; það er að segja að kærandi hefði getað fellt á sig sök með afhendingu gagnanna. Af dómnum verður ráðið að það hafi skipt meginmáli að eðli gagnanna hafi verið slíkt að þau hafðu getað verið til þess fallin að fella sök á kæranda ef hann hefði afhent þau.

Í dómnum var bent á að landsdómstóll hefði vísað til ýmissa lagaákvæða sem gætu leitt til þess að maður væri sakfelldur, svo sem varðandi mælitæki í vörubifreiðum og töku blóð- og þvagsýna. Dómstóllinn tók fram að gögnin í þessu máli væru ekki þess eðlis að þau teldust til þeirra gagna af því tagi sem gerð hefði verið grein fyrir í yfirdeildardómi *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*. Þeirra hefði þar með verið aflað með þvingun og gegn vilja kæranda.²² Af þessu verður helst ályktað að umrædd gögn hafi ekki haft sjálfstæða tilvist. Þó er ekki

²² *MDE J.B. gegn Sviss*, mgr. 68. Sjá einnig yfirdeildardóm *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi frá 17. desember 1996*, mál nr. 19187/91, *Reports 1996-VI*, mgr. 69.

alveg skýrt hvort kærandi hafi aðeins verið beðinn um að afla gagna, sem væru nú þegar til, eða útbúa þau til sjálfur eða útvega. Kærandi hélt því fram að hann hefði ekki umrædd gögn undir höndum en ekki er fjallað sérstaklega um þetta í forsendum dómsins. Umfjöllun í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* bendir til þess að kærandi hefði þurft að útvega eða útbúa gögnin (e. require the production of documents).²³ Virðist mega álykta að með þessu hafi verið krafist virkrar þátttöku kæranda við rannsókn málsins.²⁴

Af hálfu ríkisins var því haldið fram að málið væri ólíkt *MDE Funke gegn Frakklandi* þar sem í því máli hefðu stjórnvöld talið sig vita að gögn væru til þó þau væru ekki viss um það. Í þessu máli hefði skattyfirvöldum hins vegar verið kunnugt um umræddar upplýsingar og kærandi hefði viðurkennt fjárhæðirnar sem um ræddi. Mannréttindadómstóllinn fjallaði ekki sérstaklega um *MDE Funke gegn Frakklandi* en tók hins vegar fram að skýringar ríkisins um að skattyfirvöld hefðu þegar haft þessar upplýsingar væru ekki trúverðugar í ljósi þess að skattyfirvöld hefðu óskað átta sinnum eftir áður nefndum gögnum og lagt sekt fjórum sinnum á kæranda.

Tengsl við sakamál. Af dóminum verður ráðið að þegar skattyfirvöld óskuðu eftir gögnum frá kæranda, sem sýndu upplýsingar um tekjur hans vegna tiltekinna fjárfestinga, hefði rannsókn verið hafin á skattskilum kæranda. Svo virðist sem mörk skatteftirlits og skattrannsókna hafi verið óljós í málinu og um blandaða málsmeðferð hafi verið að ræða.²⁵ Sem fyrr segir benti dómstóllinn á að gögnin sem skattyfirvöld óskuðu eftir frá kæranda hefðu getað verið til þess fallin að hann yrði ákærður fyrir skattsvik.

Áður en málið var tekið fyrir af Mannréttindadómstól Evrópu komust kærandi og skattyfirvöld að samkomulagi. Samkvæmt því skyldi kærandi greiða tiltekna fjárhæð og jafnframt sekt. Í staðinn yrði málsmeðferð gegn honum felld niður, þar á meðal yfirstandandi sektarmál og áður greiddar sektir kæmu til frádráttar. Byggt var á því af hálfu ríkisins að kærandi hefði ekki verið borinn sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE og þurfti dómstóllinn því fyrst að leysa úr því álitaefni. Mannréttindadómstóllinn tók fram að samkvæmt samkomulaginu hefði verið lögð sekt á hann. Þeirri sekt hefði svipað frekar til refsikennndra viðurlaga en skaðabóta. Að auki hefði fjárhæð sektarinnar ekki verið smávægileg. Af þeim sökum taldi dómstóllinn að enginn vafi

²³ *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 58.

²⁴ Sjá til hliðsjónar *NOU 2003:15*, bls. 105.

²⁵ *MDE Weh gegn Austurríki frá 8. apríl 2004*, mál nr. 38544/97, mgr. 52.

væri á því að sektin væri refsing í eðli sínu og komst að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði verið borinn sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Í bæði *MDE Funke gegn Frakklandi* og *MDE J.B. gegn Sviss* er umfjöllun um að sekt, sem kærendum var gerð, hafi fallið undir 1. mgr. 6. gr. MSE. Óljóst er hvort það sé til marks um að það nægi til að slíkt mál falli undir gildissvið ákvæðisins. Rök standa til þess að það eitt dugi ekki til enda gæti slíkt mál verið hafið í tengslum við synjun þriðja manns um að afhenda gögn og upplýsingar.

Réttaröryggi. Ekki var fjallað sérstaklega um réttaröryggi kæranda í málinu. Af dóminum má ráða að málsmeðferðarreglur hafi verið fyrir hendi og að hægt hafi verið að óska eftir endurskoðun dómstóla á sektarákvörðun stjórnvalda. Kærandi áfrýjaði sektarákvörðun skattfyrivalda til alríkisdómstóls og hélt því fram að brotið hefði verið gegn 6. gr. MSE. Alríkisdómstóllinn hafði vísaði málinu frá en tók fram að réttindi kæranda samkvæmt 6. gr. MSE hefðu ekki verið brotin.

Notkun gagna. Í málinu reyndi ekki á notkun gagna.

Almannahagsmunir. Í málinu var ekki fjallað um almannahagsmuni.

2.3.3 *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi*

Í *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* voru atvik þau að yfirvöld höfðu gert húsleit (e. raid) í félagi sem kærandi var fyrirsvarsmaður fyrir. Kærandi var síðar annars vegar ákærður fyrir bókhaldsbrot og svikabrot og hins vegar boðaður í viðtal hjá tveimur rannsakendum í tengslum við fjármálarannsókn (e. financial investigators). Í boðuninni kom fram að rannsóknin beindist meðal annars að því hvort einhver hefði notið góðs af ranglega færðu bókhaldi félagsins. Viðurlög við að mæta ekki í slíkt viðtal gátu verið sekt eða allt að sex mánaða fangelsi. Kærandi mætti ekki í viðtalið og var í kjölfarið dæmdur til greiðslu 200 punda sektar. Í málinu taldi kærandi að með þessu hefðu réttindi hans samkvæmt 6. gr. MSE verið brotin. Breska ríkið hélt því meðal annars fram að kærandi hefði ekki notið réttarins enda hefði ekkert sakamál beinst gegn honum í tengslum við rannsóknina hjá rannsóknarmönnum. Um væri að ræða tvö aðskilin mál, þ.e. rannsóknin hjá rannsóknarmönnum og sakamál gegn kæranda. MDE benti á að kærandi hefði þegar verið borinn sök í sakamálinu. MDE rakti að það væri ekki nauðsynlegt að gögn, sem aflað hefði verið með þvingun, væru í reynd notuð í sakamáli. MDE tók fram að þvingun leiðir ekki ávallt til þess að rétturinn teljist vera brotinn. Ef skyldan til að mæta í viðtal hefði verið lögð á aðila sem væri ekki grunaður og engin áform væru um að hefja sakamál þá hefði lagaskyldan getað verið í samræmi við réttinn til að fella ekki á sig sök. Í málinu hefði kærandi ekki aðeins verið í hættu á að verða ákærður heldur hefði hann nú þegar verið borinn sök um brot sem tengdust sömu húsleit (e. he had already been

charged with a crime arising out of the same raid). Undir þessum kringumstæðum hefðu verið veruleg líkindi fyrir því að hann kynni að veita upplýsingar í viðtalinu sem hefðu getað verið notaðar í hinu málinu. MDE komst að þeirri niðurstöðu að ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði verið brotið.²⁶

Eðli og umfang þvingunar. Í málinu hvíldi lagaskylda á kæranda til að mæta í viðtal hjá fjármálarannsakendum að viðlagðri refsingu. Reyndi því á lagalega þvingun til að mæta í viðtal og veita upplýsingar. Samkvæmt lagaákvæðinu gátu rannsóknarmennirnir aflað upplýsinga um hvaða atriði sem þeir töldu skipta máli fyrir rannsókn málsins.²⁷ Virðast rannsóknarmennirnir hafa haft almenna og víðtæka heimild til að afla upplýsinga með litlum takmörkunum. Í málinu var kærandi dæmdur til greiðslu sektar fyrir að mæta ekki í viðtalið. Sektin var 200 pund. Mannréttindadómstóllinn fjallaði ekki sérstaklega um umfang þvingunarinnar en í ljósi þess að brot á lagaskyldunni gat varðað fangelsi allt að sex mánuðum virðist hún hafa verið þó nokkur. Í þessu samhengi má minna á að við mat á því hvort þriðja Engel-viðmiðið, sem lýtur að eðli og afleiðingum viðurlaga, teljist uppfyllt er meðal annars litið til mögulegrar en ekki raunverulegrar refsingar.²⁸ Almennt telst viðmiðið uppfyllt þegar um frelsisskerðingu er að ræða.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Í málinu reyndi á öflun munnlegra upplýsinga með viðtali en ekki á afhendingu gagna. Málið er að því leyti ólíkt MDE *Funke gegn Frakklandi* og MDE *J.B. gegn Sviss* en líkara MDE *Saunders gegn Stóra-Bretlandi*. Munnleg upplýsingaöflun er síður til þess fallin að hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Mannréttindadómstóllinn tók fram að hefði kærandi mætt í viðtalið og veitt upplýsingar í tengslum við fjármálarannsóknina þá hefðu verið veruleg líkindi fyrir því að þar hefðu komið fram upplýsingar sem hefði verið unnt að nota í hinu málinu, þ.e. sakamálinu gegn honum, sem hefði þá þegar verið hafið. Af þessu verður ráðið að kærandi hefði mögulega getað veitt upplýsingar sem hefðu verið til þess fallnar að fella á hann sök. Í þessu sambandi virðist hafa haft þýðingu hversu tengd málin voru.

Tengsl við sakamál. Kærandi hafði þá þegar verið borinn sök í máli um bókhaldsbrot og svikabrot, sem fyrrisvarsmaður félags, þegar hann var boðaður í viðtalið til fjármálarannsakendanna. Þótt viðtalið, sem hann

²⁶ MDE *Shannon gegn Stóra-Bretlandi* frá 4. október 2005, mál nr. 6563/03, einkum mgr. 34-41.

²⁷ MDE *O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 58.

²⁸ D.J. Harris o.fl. (ritstj.): *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 379.

var boðaður í, varðaði annað mál átti það rót að rekja til sömu húsleitar (e. raid). Dómstóllinn tók fram að mögulegt hefði verið að framsenda upplýsingar, sem kæmu fram í viðtalinu, til lögreglunnar og þar með hefðu þær orðið hluti af sakamálinu. Þá hefði komið til greina að málin yrðu síðar sameinuð. Upplýsingaöflun í málinu virðist því hafa verið tengd skyldu sakamáli sem var í gangi gegn kæranda.

Réttaröryggi. Mannréttindadómstóllinn tók fram að þær málsmeðferðarreglur sem væru fyrir hendi, ef upplýsingarnar hefðu síðar verið notaðar gegn kæranda í dómsmáli, kæmu ekki í veg fyrir brot á réttinum enda reyndi aðeins á þær ef upplýsingarnar væru í reynd notaðar. Aftur á móti nyti kærandi verndar réttarins á fyrra stigi. Þá hefði verið unnt að nota upplýsingarnar gegn kæranda til að benda á ósamræmi í málatilbúnaði hans og þar með hefði hann verið sviptur réttinum til að ákveða hvaða sönnunargögn hann vildi leggja fram í sakamáli. Af framangreindu verður ráðið að viðeigandi réttaröryggisreglur hafi ekki verið fullnægjandi.²⁹

Notkun gagna. Í málinu reyndi ekki á notkun gagna. Dómstóllinn tók fram að ekki væri nauðsynlegt að gögn, sem aflað hefði verið með þvingun, væru notuð í sakamáli til þess að rétturinn til að fella ekki á sig sök virkjaðist.

Almannahagsmunir. Mannréttindadómstóllinn tók fram að sérstakar öryggishagsmunir í tengslum við rannsókn afbrota gætu ekki réttlætt þvingunina í umræddu máli.³⁰

2.3.4 MDE Marttinen gegn Finnlandi

Í *MDE Marttinen gegn Finnlandi*³¹ reyndi á upplýsingaskyldu á grundvelli lagaheimildar. Málið er sambærilegt *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi*.

Í *MDE Marttinen gegn Finnlandi* hafði kærandi verið grunaður um skilasvik þar sem hann hafði mögulega ekki veitt réttar upplýsingar um eigur sínar í tengslum við endurheimtu skulda og við gjaldþrotaskipti. Á meðan rannsókn þess máls stóð yfir var hafið aðfaramál gegn kæranda þar sem hann var meðal annars krafinn um upplýsingar um allar eigur sínar, eigur sem hann hefði afhent öðrum og önnur viðskipti. Kærandi neitaði að veita upplýsingarnar. Hann hélt því fram að upplýsingagjöfin samrýmdist ekki því að annað mál væri rekið á hendur honum varðandi sömu atvik. Með því væri þagnarrétturinn brotinn. Síðar var lögð stjórnvaldssekt á

²⁹ *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, mgr. 51.

³⁰ Sjá mgr. 38.

³¹ *MDE í máli Marttinen gegn Finnlandi frá 21. apríl 2009, mál nr. 19235/03, einkum mgr. 67-76.*

kæranda sem var staðfest af hálfu dómstóla en sektin var lækkuð niður í 50.000 finnsk mörk. Kærandi hélt því fram að með þessu hefði þagnarrétturinn verið brotinn. MDE tók fram að í fyrirbyggjandi máli þyrfti dómstóllinn að meta hvort sekt, sem lögð hefði verið á kæranda fyrir að veita ekki tilteknar upplýsingar, hefði verið í samræmi við réttindin við þær aðstæður að á sama tíma væri yfirstandandi sakamálarannsókn sem beindist að kæranda. Skoða þyrfti hvort þvingunin hefði verið réttlæt看leg. MDE tók fram að ekki væri hægt að útiloka að kærandi hefði veitt upplýsingar sem fælu í sér að hann hefði ekki gefið upp eignir sínar í fyrra málinu og gætu leitt til þess að hann yrði ákærður fyrir skilaskvik. MDE tók fram að umfang þvingunarinnar hefði verið slíkt að sjálfur kjarni þagnarréttarins og réttarins til að fella ekki á sig sök hefði verið skertur þar sem fyrirbyggjandi mál gegn kæranda hefði tengst sömu atburðum og þeim sem yfirstandandi sakamálarannsókn á hendur kæranda hefði tekið til. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði verið brotið.

Eðli og umfang þvingunar. Í málinu hvíldi lagaskylda á kæranda til að veita fyrrgreindar upplýsingar að viðlagðri refsingu. Reyndi því á lagalega þvingun til að afla upplýsinga frá kæranda. Í málinu var jafnframt lögð stjórnvaldssekt á kæranda sem var staðfest af dómstólum þó fjárhæð sektarinnar hefði verið lækkuð. Mannréttinda-dómstóllinn tók fram að um svo verulega þvingun hefði verið að ræða (e. degree of compulsion) að sjálfur kjarni réttindanna hefði verið skertur.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Í málinu reyndi á öflun munnlegra upplýsinga en ekki afhendingu gagna. Dómstóllinn tók fram að ef kærandi hefði veitt upplýsingar í viðtalinu hefði ekki verið unnt að útiloka að þær hefðu getað verið þess eðlis að þær leiddu til þess að hann yrði ákærður í sakamálinu. Taka þyrfti tilhlýðilegt tillit til þess að Hæstiréttur Finnlands hefði ekki neitað því að málin gegn kæranda tengdust sömu staðreyndum eða atvikum. Í þessu sambandi virðist hafa haft þýðingu hversu tengd málin voru.

Í málinu hélt finnska ríkið því meðal annars fram að kærandi hefði aðeins verið þvingaður til að mæta í viðtal en ekki til að svara spurningum. Dómstóllinn tók fram að þetta væri aðeins tæknilegt atriði. Ekki yrði betur séð en að eini tilgangurinn með því að þvinga aðila til að mæta í viðtalið hefði verið að fá fram upplýsingar en ekki að tryggja nærveru hans af öðrum ástæðum.

Tengsl við sakamál. Sambærileg staða var upp í málinu og MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi. Í gangi var sakamál gegn kæranda þar sem hann var grunaður um meðal annars skilaskvik vegna þess að hann hefði ekki gefið upp réttar upplýsingar um eignir sínar. Í aðfararmálinu var lögð á hann skylda til að veita upplýsingar um meðal annars eignir

sínar en með því hefði hann mögulega veitt upplýsingar sem staðfestu að hann hefði ekki veitt réttar upplýsingar í hinu málinu. Í þessu sambandi hefur, sem fyrr segir, þýðingu að málin vörðuðu sömu atvik.

Réttaröryggi. Í málinu byggði finnska ríkið meðal annars á því að þagnarskylda hvíldi á stjórnvöldum um þær upplýsingar sem kærandi hefði getað veitt þeim og væru til þess fallnar að fella sök á kæranda. Mannréttindadómstóllinn tók fram að þetta væri rétt. Aftur á móti væri ekki ljóst hvort kröfuhöfum í aðfararmálinu hefði verið óheimilt að nota slíkar upplýsingar sér til hagsbóta í yfirstandandi sakamáli á hendur kæranda. Síðari lagabreytingar um að bannað væri að nota upplýsingar, sem fengnar væru við þessar aðstæður í síðara sakamáli, hefði ekki átt við um kæranda. Vísun til þess að kröfuhafarnir hefðu mögulega getað notað upplýsingarnar er áhugaverð. Ekki er fullvíst hvort verið sé að vísa til þess að þeir hefðu getað notað upplýsingar í tengslum við einkaréttarlegar kröfur eða hvort upplýsingarnar hefðu orðið hluti af sönnunargögnum gegn kæranda í sakamáli. Vætanlega hefði ekki vegið þungt ef kröfuhafarnir hefðu aðeins getað notað upplýsingarnar í síðara einkamáli gegn kæranda enda væru þær þá ekki notaðar í sakamáli gegn honum.

Notkun gagna. Í málinu reyndi ekki á notkun gagna eða upplýsinga.

Almannahagsmunir. Finnska ríkið byggði meðal annars á því að upplýsingaskylda samkvæmt lagaákvæðunum væri til þess að tryggja skilvirgni í framkvæmd fullnustugerða. Dómstóllinn taldi að þessir hagsmunir gætu ekki réttlætt að sjálfur kjarni réttarins væri skertur.

2.4 Dómar þar sem réttindin voru ekki talin brotin

2.4.1 MDE Weh gegn Austurríki og MDE Rieg gegn Austurríki

Í MDE Weh gegn Austurríki³² komst Mannréttindadómstóll Evrópu að þeirri niðurstöðu að réttindin hefðu ekki verið brotin þar sem ekkert sakamál hefði verið fyrirhugað gagnvart kæranda.

Í Weh gegn Austurríki óskuðu yfirvöld eftir upplýsingum frá kæranda, sem skráðum eiganda bifreiðar, um hver hefði ekið bifreið hans við hraðakstursbrot í tengslum við sakamál sem hafið væri gegn óþekktum öikumanni. Kærandi svaraði að tiltekinn einstaklingur, sem hann gaf upp fullt nafn á, sem byggði í háskólanum í Texas Bandaríkjunum hefði ekið bifreiðinni umrætt sinn. Yfirvöld lögðu í framhaldinu sekt á kæranda fyrir að veita ónákvæmar upplýsingar en við síðari meðferð málsins kom fram að háskólinn hefði fjórtán ólíkar staðsetningar í Texas. Ekki kom til

³² MDE Weh gegn Austurríki, mgr. 53-54.

Þess að kærandi yrði ákærður fyrir umferðalagabrot. Kærandi hélt því fram að með því að skylda hann til að veita upplýsingar um ökumanninn hefði þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök verið brotinn. Meirihluti dómstólsins leit til þess að á þeim tíma þegar kærandi hefði verið krafinn um upplýsingarnar hefði sakamál verið í gangi á hendur óþekktum ökumanni. Hvorki hefði verið í gangi mál gegn kæranda né hefði slíkt mál verið hafið síðar gegn honum. Meirihlutinn tók fram að ekkert í málinu benti til þess að kærandi hefði orðið fyrir umtalsverðum áhrifum (e. substantially affected) þannig að hann gæti talist borinn sök í skilningi 6. gr. MSE. Meirihlutinn rakti að tengslin á milli skyldu kæranda til að veita upplýsingar um ökumann bifreiðar hans við mögulegt sakamál væru hverfandi og reist á tilgátum. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði ekki verið brotið. Í sératkvæði þriggja dómara var komist að þeirri niðurstöðu að réttindin hefðu verið brotin.

Eðli og umfang þvingunar. Í málinu var kæranda skylt að veita upplýsingar að viðlagðri sekt. Reyndi því á lagalega þvingun. Kæranda var gerð sekt í málinu. Meirihluti dómstólsins benti þó á að kæranda hefði ekki verið gerð sekt fyrir að neita að tjá sig heldur fyrir það hafa veitt ófullnægjandi upplýsingar.

Í málinu reyndi á öflun upplýsinga á grundvelli lagaheimildar. Meirihluti dómstólsins tók fram að aðeins væri gerð krafa um að lýsa einföldum staðreyndum, í þessu tilviki hver hefði verið ökumaður bifreiðarinnar tiltekið skipti. Heimildin hefði því verið takmörkuð við upplýsingar um ökumann. Meirihlutinn leggur því áherslu á að þvingunin hafi aðeins verið til að veita takmarkaðar upplýsingar.

Minnihluti dómstólsins taldi að það sem réði úrslitum fyrir það hvort umfang þvingunar væri slíkt að það skerti sjálfan kjarna réttarins væri hvort aðili hefði ekki annað val en að fella á sig sök eða vera beittur viðurlögum. Minnihlutinn taldi ekki ástæðu til að gera greinarmun á því þegar aðili neitar að tjá sig og þegar hann veitir rangar eða villandi upplýsingar, enda gæti aðili hafa gert það til að koma sér hjá því að fella á sig sök. Í fyrirbyggjandi máli hefðu ekki verið önnur sönnunargögn en upplýsingarnar sem kærandi veitti sem útilokuðu að hann væri ökumaðurinn. Þá hefði fjárhæð sektarinnar ekki verið svo óveruleg að umfang þvingunarinnar gæti ekki leitt til brota á réttindunum. Með því að veita til dæmis upplýsingar um að eigandinn sjálfur hefði verið ökumaðurinn hefðu varnir hans í síðara sakamáli verið verulega skertar.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Í málinu reyndi á öflun upplýsinga en ekki afhendingu gagna. Kærandi var skyldaður til að veita upplýsingar um hver hefði ekið bifreiðinni umrætt sinn en ekki til að

afhenda gögn sem væru nú þegar til. Upplýsingarnar höfðu því ekki sjálfstæða tilvist óháð vilja kæranda. Meirihluti dómstólsins taldi að upplýsingagjöfin, þ.e. að veita upplýsingar um ökumann bifreiðar tiltekið skipti, hefðu í sjálfu sér ekki verið til þess fallnar að fella sök á kæranda. Þá hefði kærandi aldrei haldið því fram að hann hefði verið ökumaðurinn heldur bent á annan einstakling. Minnihlutinn taldi aftur á móti að kærandi hefði verið settur í þá stöðu að veita upplýsingar sem mögulega felldu á hann sök eða vera sektaður fyrir að tjá sig ekki.

Tengsl við sakamál. Meirihlutinn tók fram að hvorki væri yfirstandandi sakamál í gangi sem beindist gegn kæranda né væri það fyrirhugað. Yfirvöld hefðu hafið sakamál gegn óþekktum ökumanni en grunur hefði ekki beinst að kæranda og sakamál gegn honum hefði ekki verið yfirvofandi (e. anticipated). Málið væri ólíkt *MDE Funke gegn Frakklandi* og *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi*, þar sem grunur hefði beinst að þeim og sakamál gegn þeim því verið yfirvofandi, sem og *MDE J.B. gegn Sviss*, þar sem mál hefði nú þegar verið hafið gegn kærandanum. Þá hefði kærandi ekki orðið fyrir umtalsverðum áhrifum og teldist því ekki borinn sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Upplýsingabeiddin hefði beinst að honum sem skráðum eiganda bifreiðarinnar. Tengslin á milli þess að veita upplýsingarnar og sakamáls hefðu verið fjarlæg og fræðileg (e. remote and hypothetical). Athygli vekur að meirihlutinn leysti ekki úr málinu á þessari forsendu einni saman, þ.e. málið hefði ekki verið innan gildissviðs 1. mgr. 6. gr. MSE. Velta má því upp hvort niðurstaða meirihlutans hefði verið önnur hefði kærandi verið grunaður um brotið en meirihlutinn virðist gefa það í skyn.³³ Svarið við þeim vangaveltum kom í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, sem reifaður verður hér á eftir. Minnihlutinn taldi að hefði kærandi veitt þær upplýsingar að hann hefði verið ökumaðurinn umrætt sinn þá hefði verið líklegt að sakamál hefði beinst að honum. Hann hefði því orðið fyrir umtalsverðum áhrifum þegar upplýsingabeiddin hefði verið send og taldist því borinn sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE.

Réttaröryggi. Meirihlutinn fjallaði ekki sérstaklega um réttaröryggi en minnihlutinn benti á að upplýsingagjöfin hefði getað verið til þess fallin að takmarka möguleika aðila til að verja sig í síðara sakamáli.

Notkun gagna. Í málinu reyndi ekki á notkun upplýsinganna. Velta má upp því álitafni hvort líta mætti á beiðni stjórnvalda í fyrirliggjandi máli sem beiðni til þriðja manns. Eins og fjallað er um í almenna hlutanum gildir rétturinn til að fella ekki á sig sök ekki í þeim málum

³³ Sjá lok mgr. 56.

Þegar stjórnvöld óska eftir upplýsingum eða gögnum frá þriðja manni á grundvelli lagaskyldu. Í slíkum málum getur hins vegar reynt á notkun gagna í síðara sakamáli. Óljóst er hvernig málið hefði horft við ef kærandi hefði til dæmis veitt upplýsingar um að hann hefði verið ökumaðurinn. Hefði þá vaknað spurningin um hvort yfirvöld hefðu mátt nota slíkar upplýsingar í síðara sakamáli sem beinist að kæranda. Sem fyrr greinir var þeirri spurningu svarað í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*.

Almannahagsmunir. Austurríska ríkið hélt því meðal annars fram að jafnvægi yrði að vera á milli almannahagsmuna, það er að koma í veg fyrir hraðakstur sem leiðir oft til alvarlegra slysa, og þagnarréttar eigenda bifreiða. Meirihlutinn fjallaði ekki um röksemdina en minnihlutinn taldi að almannahagsmunir gætu ekki réttlætt að sjálfur kjarni réttindanna væri skertur.

*MDE Rieg gegn Austurríki*³⁴ er sambærilegur dómur. Vísast því til almennt til þeirra atriða sem litið var til við mat dómstólsins í máli *MDE Weh gegn Austurríki* að öðru leyti en nú greinir.

Í *MDE Rieg gegn Austurríki* óskuðu stjórnvöld eftir upplýsingum frá kæranda, sem skráðum eiganda bifreiðar, um hver hefði ekið bifreið hennar við hraðakstursbrot. Hún veitti þeim fullt nafn ökumannsins ásamt því að ökumaðurinn ætti heima í Mostar, Bosníu og Hersegóvínu. Í kjölfarið var lögð á hana sekt fyrir að hafa veitt ófullnægjandi upplýsingar (e. incomplete information). Kærandi tók fram að hún hefði ekki frekari upplýsingar um heimilisfang ökumannsins. Kærandi hélt því meðal annars fram að þagnarrétturinn og rétturinn til að fella ekki á sig sök hefði verið brotinn. MDE tók fram ekkert mál hefði verið hafið sem beindist að henni eða hefði verið hafið síðar. MDE sagði að engin ný rök hefðu komið fram og að málið yrði ekki aðgreint frá *MDE Weh gegn Austurríki*. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði ekki verið brotið. Í sératkvæði tveggja dómara var komist að öndverðri niðurstöðu á grundvelli sambærilegri röksemda og í sératkvæðinu í *MDE Weh gegn Austurríki*. Enn fremur var stungið upp á því að málinu yrði vísað til yfirdeildar dómstólsins.

Í málinu byggði austurríska ríkið á sömu rökum og í *MDE Weh gegn Austurríki*. Meðal þeirra voru að kærandi hefði getað bent á þriðja mann sem ökumann bifreiðarinnar. Í málinu hélt kærandi því meðal annars fram að upplýsingaskyldan þvingaði eigendur ökutækja til þess að velja á milli þess að játa að hafa ekið bifreið sinni eða að verða sektaðir fyrir að neita að veita upplýsingarnar. Virðist kærandi því hafa byggt á

³⁴ MDE í máli *Rieg gegn Austurríki* frá 24. mars 2005, mál nr. 63207/00.

sambærilegum atriðum og komu fram í sératkvæðinu í *MDE Weh gegn Austurríki*. Kærandi vísaði jafnframt til þess að almannahagsmunir gætu ekki réttlætt að brotið yrði gegn réttinum til að fella ekki á sig sök. Kærandi taldi að engin sannfærandi rök væru fyrir því að almannahagsmunir hefðu ríkara vægi við meðferð stjórnýslumáls heldur en við meðferð sakamáls (í skilningi sakamálalaga) þar sem rétturinn til að fella ekki á sig sök væri almennt virtur.

Mannréttindadómstóllinn tók fram að hvorki þegar kærandi hefði verið krafín um upplýsingarnar né síðar hefði sakamál verið höfðað gegn henni vegna hraðakstursbrotsins. Þar sem engin ný rök hefðu komið fram og málið yrði ekki aðgreint frá *MDE Weh gegn Austurríki* komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að 1. mgr. 6. gr. MSE hefði ekki verið brotið.

2.4.2 *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*

Eins og fram kemur í almenna hlutanum verður rétturinn til réttlátrar málsmeðferðar ekki byggður á einni fastmótaðri reglu heldur er hann háður þeim kringumstæðum sem eru fyrir hendi í hverju máli.³⁵ Dómur yfirdeildar *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*³⁶ er gott dæmi um hvernig Mannréttindadómstóllinn leggur heildstætt mat á aðstæður þegar tekin er afstaða til þess hvort réttindin hafi verið brotin. Enn fremur er í honum fjallað ítarlega um dómaframkvæmd dómstólsins. Málið er einnig upplýsandi þar sem O'Halloran veitti upplýsingar og var í kjölfarið dæmdur fyrir umferðarlagabrot en Francis neitaði að veita sambærilegar upplýsingar og var sektaður. Í fyrra tilvikinu reynir því á notkun upplýsinga en ekki í hinu síðara.

Í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* komst meirihluti dómstólsins að þeirri niðurstöðu að rétturinn til að fella ekki á sig sök hefði ekki verið brotinn. Í málunum hafði kærendum, sem skráðum eigendum bifreiða, verið gert skylt að veita upplýsingar um hverjir hefðu ekið bifreiðum þeirra þegar umferðarlagabrot hefðu verið framin. Í máli O'Halloran veitti kærandi upplýsingar um að hann hefði verið ökumaður bifreiðarinnar og var í kjölfarið dæmdur fyrir umferðarlagabrot og til greiðslu sektar. Í máli Francis var lögð sekt á kæranda fyrir að neita að veita upplýsingar um hver hefði ekið bifreiðinni. Meirihlutinn lagði áherslu á að til að meta hvort kjarni réttarins hefði verið brotinn þyrfti að skoða eðli og umfang þvingunar í málinu, tilvist réttaröryggisreglna og hvernig notkun

³⁵ Yfirdeildardómur *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi* frá 13. september 2016, mál nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 og 40354/09, *Reports of Judgments and Decisions* 2016, mgr. 250.

³⁶ *MDE O'Halloran gegn Francis gegn Stóra-Bretlandi*, einkum mgr. 53-63.

gagnanna hefði verið háttáð. Meirihlutinn beitti því heildstæðu mati á öllum kringumstæðum málsins og taldi meðal annars að í ljósi eðlis umferðalaganna og að aðeins hefði verið hægt að óska eftir takmörkuðum upplýsingum, þ.e. upplýsingum um auðkenni ökumanns bifreiðar tiltekið skipti, að ekki hefði verið brotið gegn 1. mgr. 6. gr. MSE í málunum. Í málunum var eitt sératkvæði þar sem komst var að sömu niðurstöðu en með öðrum rökum sem og tvö önnur sératkvæði þar sem talið var að réttindin hefðu verið brotin.

Eðli og umfang þvingunar. Á kærendum hvíldi lagaskylda til að veita umræddar upplýsingar að viðlagðri refsingu. Meirihluti dómstólsins taldi að þetta væri bein þvingun en tók fram að ekki væri hægt að fallast á að *bein þvingun* leiddi sjálfkrafa til þess að réttindin hefðu verið brotin og vísaði meðal annars til þess að réttindin væru ekki algild. Mat á hvort rétturinn til réttlátrar málsmeðferðar hefði verið brotin byggðist ekki á einni reglu heldur heilstæðu mati á aðstæðum í tilteknu máli. Í málinu hefði þurft að líta til þess að þvingunin væri lögð á í samhengi við ákvæði umferðalaga landsréttar, sem lögðu sérstaka skyldu á skráða eigendur ökutækja til að veita upplýsingar um ökumann bifreiðar við tiltekna aðstæður. Eigendur bifreiða veldu að eiga og aka bifreið, sem væru tæki sem gætu valdið alvarlegum meiðslum, og hefðu þar með tekið á sig ábyrgð og skuldbindingar samkvæmt regluverkinu um vélknúin ökutæki, þar á meðal að upplýsa um ökumann bifreiðar.

Velta má fyrir sér hversu sannfærandi síðasta röksemdin er. Erfitt er að halda því fram að umferð sé málefnasvið sem sé algerlega einstakt þó það kunni að hafa einhver sérkenni. Röksemdin, að viðkomandi hefur undirgengist ábyrgð og skuldbindingar samkvæmt regluverki sem á við um háttsemi, hefur mun víðtækara gildissvið. Það á við þótt hún sé takmörkuð við mikilvæg málefnasvið eða þar sem hætta er tengd starfsemi. Sá sem ákveður að reka fyrirtæki undirgengst það regluverk sem gildir um þau og tekur á sig ákveðna ábyrgð og skuldbindingar, þar á meðal til að halda bókhald. Sömu sögu er að segja um þann sem ákveður að flytja inn vörur til landsins sem og þann sem ákveður að fjárfesta í fyrirtækjum. Það eitt að aðilar hafi valið að gera eitthvað sem regluverk gildir um getur varla réttlætt það að réttindin séu takmörkuð. Vissulega geta vélknúin ökutæki valdið miklu tjóni og skapað hættu en hið sama má segja um ýmsa aðra starfsemi, svo sem rekstur efnaverksmiðju.

Meirihlutinn tók einnig fram að skyldan til að veita upplýsingar hefði verið takmörkuð. Lögreglan hefði aðeins getað óskað eftir takmörkuðum upplýsingum á grundvelli lagaákvæðisins, þ.e. upp-

lýsingum um deili á ökumanni bifreiðar. Upplýsingaskyldan hefði því verið verulega takmarkaðri en um hafði rætt í öðrum málum svo sem *MDE Funke gegn Frakklandi* og *MDE J.B. gegn Sviss* þar sem kærundur hefðu þurft að útvega hvers kyns skjöl og gögn (e. produce) á grundvelli lagaskyldu. Í *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi* hefðu kærundur þurft að gera fulla grein fyrir ferðum sínum á tilteknu tímabili. Meirihlutinn tók fram að í *MDE Weh gegn Austurríki* hefði verið óskað eftir takmörkuðum upplýsingum en þar sem ekki hefði verið yfirstandandi eða fyrirhugað sakamál gegn kærandanum hefði ákvæði 6. gr. MSE ekki verið brotið. Mannréttindadómstóllinn vísaði til ummæla réttarins í *MDE Weh gegn Austurríki* þar sem fram hefði komið að skylda til að upplýsa um einfalda staðreynd, þ.e. hver hefði verið ökumaður bifreiðar, væri í sjálfu sér ekki til þess fallin að fella sök á kæranda. Þá var tekið fram að ekki væri heimilt á grundvelli lagaákvæðisins að yfirheyra kærundur í lengri tíma. Af dóminum verður ráðið að skipt geti máli hvort upplýsingar sem óskað er eftir á grundvelli lagaskyldu séu takmarkaðar eða almenns eðlis.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Eins og í *MDE Weh gegn Austurríki* og *MDE Rieg gegn Austurríki* var um að ræða upplýsingar en ekki afhendingu gagna. Ekki verður séð að slík upplýsingagjöf hafi sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Þá gátu upplýsingarnar verið þess eðlis að þær felldu sök á aðila. Til marks um það tók O'Halloran fram að hann hefði verið ökumaðurinn umrætt sinn og var í kjölfarið dæmdur fyrir umferðarlagabrot. Það eitt að skylda til að veita upplýsingar var takmörkuð getur ekki ráðið úrslitum. Unnt er að spyrja afmarkaðra spurninga: „Framdir þú þetta brot þennan dag?“ Ef svarið er já hefur viðkomandi játað eða fellt á sig sök. Það eitt að spurningin sé sett í annan búning breytir ekki eðli upplýsinganna. Dæmi: „Þetta brot var framið þennan dag. Sá sem gerði það ók bifreiðinni. Hver ók bifreiðinni?“ Ef sá sem er spurður var ökumaðurinn er spurningin nákominn þeirri fyrstu.

Tengsl við sakamál. Dómstóllinn tók fram að kærundur hefðu orðið fyrir umtalsverðum áhrifum og teldust þeir því bornir sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Í báðum málunum hefði kærendum verið tilkynnt samhliða upplýsingabeidnunum um að fyrirhugað væri mál gegn ökumanni bifreiðarinnar vegna hraðaksturs. Athygli vekur að í tilkynningunni til O'Halloran stóð í íslenski þýðingu: „Þú hefur verið nefndur sem ökumaður bifreiðarinnar þegar meint brot var framið...“³⁷

³⁷ Á ensku: „You have been named as the driver of the vehicle at the time of the alleged offence ...“.

Ekki verður því annað ráðið en grunur hafi beinst að O'Halloran á þeim tíma þegar hann var krafinn um upplýsingar um hver hefði verið ökumaður bifreiðarinnar. Sú takmarkaða upplýsingabeidni sem beindist að honum laut því beint að því hvort hann eða einhver annar hefði verið ökumaður bifreiðarinnar. Staðfesting á því að hann hafi verið ökumaður bifreiðarinnar við þessar aðstæður virðist því vera ígildi játningar í sakamáli þótt tilgreining ökumanns sé aðeins einn þáttur varðandi afbrotið. Mál Francis svipar til *MDE Weh gegn Austurríki og MDE Rieg gegn Austurríki* að því leyti að í hans máli hafði verið hafið mál gegn ökumanni bifreiðar en í hinum málinu hafði verið hafið mál gegn óþekktum ökumanni bifreiðar. Sá munur er aftur á móti á málunum að Francis svaraði engu og var sektaður fyrir það en Weh og Rieg veittu annars vegar ónákvæmar upplýsingar og hins vegar ófullnægjandi upplýsingar og voru sektaðir fyrir það.

Réttaröryggi. Meirihlutinn tók fram að lagaákvæðið fæli ekki í sér hlutlæga ábyrgð og hættan á óáreiðanlegum játningum (e. unreliable admissions) væri lítil. Ökumaður gæti sýnt fram á að hann vissi ekki og gæti ekki með sanngirni hafa vitað hver væri ökumaður bifreiðar. Hér virðist gerð lítil krafa til réttaröryggis kæranda. Þessi staða verndar kærendur aðeins ef þeir voru ekki ökumenn bifreiðarinnar umrætt sinn. Ef kærendur voru aftur á móti ökumenn bifreiðarinnar umrætt sinn, eins og O'Halloran sagðist hafa verið, fól lagaskyldan í sér að þeim var annaðhvort gert að staðfesta það eða eiga á hættu að vera beittir viðurlögum. Við þær aðstæður verður ekki séð að réttaröryggisvernd þeirra hafi verið fullnægjandi. Í þessu sambandi má benda á að O'Halloran reyndi að koma í veg fyrir að upplýsingarnar yrðu notaðar gegn honum í sakamálinu en það gekk ekki eftir. Staðan virðist því hafa verið sú að O'Halloran hafi verið borinn sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Þar sem hann var ökumaður bifreiðarinnar var hann settur í þá stöðu að staðfesta það eða að eiga á hættu að vera gerð refsing. Vegna þess að hann valdi fyrri kostinn var hann dæmdur fyrir umferðarlagabrot þar sem upplýsingarnar sem hann veitti voru notaðar gegn honum. Sérstakt eðli umferðarlaga breytir ekki því að O'Halloran var þvingaður til að fella á sig sök með því að tjá sig.

Notkun gagna. Um notkun sönnunargagna tók meirihluti dómstólsins fram að þótt O'Halloran hefði viðurkennt að hann hefði verið ökumaður bifreiðarinnar þá breytti það ekki þeirri staðreynd að sönnunarbyrðin hefði verið á ákærvaldinu og kærandi hefði sjálfur getað lagt fram sönnunargögn í málinu. Þá gat reynt á hvort sönnunargögnin væru óáreiðanleg eða hefðu verið fengin með þvingun eða óviðeigandi aðferðum. Einnig hefði tilgreining ökumanns aðeins

verið einn þáttur varðandi afbrotið. Í þessu sambandi má einnig benda á að í málinu kom fram að lögreglan hefði jafnframt lagt fram myndir af bifreiðinni við hraðakstursbrotið sem sönnunargagn. Hefðu upplýsingarnar því ekki verið eina sönnunargagnið í málinu. Þrátt fyrir að tilgreining ökumanns sé aðeins einn þáttur varðandi afbrotið verður varla litið framhjá því að það er mikilvægur þáttur. Hefði O'Halloran til dæmis ekki veitt upplýsingar um ökumann bifreiðarinnar má efast um að önnur sönnunargögn hefðu leitt til ákæru og sakfellingar.

Í máli Francis reyndi ekki á notkun upplýsinga þar sem hann neitaði að veita þær.

Almannahagsmunir. Breska ríkið byggði meðal annars á því að réttindin væru ekki algild og að í málinu væri hægt að takmarka réttindin með vísan til almannahagsmuna. Í þessu sambandi tók breska ríkið fram að dæmi væru um í dómaframkvæmd Mannréttinda-dómstóls Evrópu að við vissar kringumstæður gæti verið heimilt að snúa sönnunarbyrði við að því tilskildu að jafnvægi á milli hagsmuna einstaklingsins og almannahagsmuna samfélagsins sé ekki stefnt í hættu. Breska ríkið hélt því meðal annars fram að gildar ástæður væru fyrir því að eigendur bifreiða þyrftu að upplýsa um ökumenn þeirra þar sem umferðalagabrot væru til þess fallin að valda almenningi hættu. Í málinu töldu kærendur að brot gegn umferðalögum gætu ekki réttlætt slíkar reglur þar sem brotið væri gegn kjarna réttindanna. Vísuðu þeir meðal annars til *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi* þar sem fram hefði komið að vísun til almannahagsmuna gæti ekki réttlætt notkun upplýsinga sem aflað hefði verið með þvingun. Meirihluti Mannréttindadómstólsins lagði áherslu á sérstakt eðli umferðarlaga (e. special nature of the regulatory regime) í heildarmati sínu.

Að lokum má ítreka að meirihlutinn léði tveimur atriðum sérstakt vægi. Annars vegar sérstöku eðli regluverksins og hins vegar að upplýsingaskyldan hefði verið takmörkuð.

2.4.3 *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki*

Í *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki*³⁸ reyndi á sambærileg atvik og í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*. Verður því aðeins fjallað stuttlega um dóminn hér.

³⁸ *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki frá 10. janúar 2008, mál nr. 58452/00 og 61920/00, einkum mgr. 52-59.*

Í *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki* töldu kærendur að rétturinn til að fella ekki á sig sök hefði verið brotinn þegar þeim hefði verið gert skylt, sem skráðum eigendum bifreiða, að veita upplýsingar um þá sem hefðu ekið bifreiðum þeirra þegar umferðalagabrot höfðu verið framin. Í máli Lückhof veitti kærandi yfirvöldum þær upplýsingar að hann hefði verið í fríi með vinum og ekki munað hver hefði keyrt bifreið hans á þeim tíma er brotið hefði átt sér stað. Í máli Spanner svaraði kærandi ekki fyrirspurn yfirvalda. Í báðum málunum var lögð sekt á kærendur fyrir að veita ekki upplýsingar. Í hvorugu málinu var málsmeðferð vegna umferðalagabrotanna haldið áfram. MDE beitti heildstæðu mati á öllum kringumstæðum málsins og tók fram að engin ástæða væri til að komast að annarri niðurstöðu en í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði ekki verið brotið.

Eðli og umfang þvingunar. Í málinu var lögð upplýsingaskylda á kærendur á grundvelli lagaákvæðis að viðlagðri refsingu. Reyndi því á lagalega þvingun. Mannréttindadómstóllinn tók fram að í máli Lückhof hefði ekki verið tekið fram að viðurlög gætu verið við því að veita ekki upplýsingarnar en kæranda hefði mátt vera það ljóst. Í máli Spanner hefði kærandi verið skyldaður til að veita upplýsingarnar að viðlögðum viðurlögum. Dómstóllinn tók fram að þótt þessi munur væri á málunum þá hefði verið um að ræða beina þvingun eins og í máli *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*. Varðandi umfang þvingunarinnar tók Mannréttindadómstóllinn fram að sá munur sem væri á hámarkssektum í málinu samanborið við *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* væri ekki afgerandi. Jafnframt tók dómstóllinn fram að í fyrirliggjandi máli fylgdu vararefsingar, þ.e. fangelsi ef sektirnar yrðu ekki greiddar. Aftur á móti væri ekki hægt að fá vararefsingunni framfylgt nema að undangenginni sérstakri málsmeðferð og að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Því taldi dómstóllinn að vararefsingarnar hefðu ekki haft bein áhrif á kærendur. Mannréttindadómstóllinn tók fram að málin ættu það sameiginlegt að aðeins hefði verið óskað eftir takmörkuðum upplýsingum, þ.e. hverjir hefðu verið öikumenn bifreiðanna tiltekin skipti.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Kærendur voru beðnir um upplýsingar en ekki afhendingu gagna.

Tengsl við sakamál. Í málinu tók dómstóllinn fram að í tilviki Spanner hefði ekki verið vafi um að kærandi hefði verið borinn sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE þar sem sakamál gegn honum hefði verið fyrirhugað (e. pending) vegna umferðalagabrots. Í tilviki Lückhof hefði kærandi orðið

fyrir umtalsverðum áhrifum og taldist borinn sök í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE.

Réttaröryggi. Dómstóllinn sagði að í fyrsta lagi kæmi fram í umferðalögunum að stjórnvöld þyrftu að sannreyna upplýsingar ef aðstæður krefðust þess. Í öðru lagi væri ekki hægt að skylda aðila til greiðslu sektar ef hann gæti ekki veitt upplýsingarnar og slíkan misbrest væri ekki hægt að leiða af gáleysi hans, til dæmis ef bifreið væri stolið og aðili gæti af þeim sökum ekki veitt upplýsingarnar. Draga má í efa hversu þungt fyrri röksemdin vegur. Ástæða þess er sú að hið sama á við um játningar, sbr. til dæmis 1. mgr. 164. gr. laga nr. 88/2008, um meðferð sakamála, þ.e. leggja þarf mat á játninguna. Það eitt að sannreyna beri upplýsingar, sem fella sök á aðila eða játningar, felur ekki í sér mikla réttarvernd. Sömu sögu er að segja um síðari röksemdina. Þótt lagaákvæði kveði ekki á um hlutlæga ábyrgð eða öfuga sönnunarbyrðin felur það ekki í sér mikla réttarvernd.

Notkun gagna. Ekki reyndi á notkun upplýsinganna í sakamáli.

Almannahagsmunir. Dómstóllinn fjallaði ekki um almannahagsmuni í málinu.

Í tengslum við þá dóma sem reifaðir eru í þessum undirkafla má vekja athygli á þeirri nálgun sem hefur verið fylgt í dönskum rétti en hún virðist nokkuð skynsamleg. Í *UfR 2002, bls. 2729 V* var talið að T hefði ekki borið að upplýsa um hver hefði ekið bifreið hans tiltekið skipti vegna þess að ekki hefði verið unnt að útiloka að hann hefði verið ökumaðurinn. Af þeim sökum hefði T verið gert fella á sig sök andstætt 1. mgr. 6. gr. MSE. Í *UfR 2003, bls. 1029 H* lá fyrir af þeirri ljósmynd sem hefði verið tekin af bifreið að eigandinn gæti ekki hafa verið ökumaðurinn. Honum hefði því verið skylt að upplýsa um hver hefði verið ökumaður bifreiðarinnar og heimilt hefði verið að gera honum sekt fyrir að verða ekki við upplýsingabeiðninni, enda hefði engin hætta verið á því að hann hefði fellt á sig sök. Í *UfR 2003, bls. 1896 V* hafði fyrirvarsmaður félags, sem ljóst var að hefði ekki verið ökumaður bifreiðar tiltekið skipti, ekki gert neitt til að upplýsa um hvaða starfsmaður félagsins hefði ekið bifreið þess umrætt sinn. Heimilt hefði verið að gera honum sekt.³⁹ Af dómunum verður ráðið að sé unnt að útiloka að eigandi bifreiðar sé ökumaður hennar tiltekið skipti sé heimilt að skylda hann til að veita upplýsingar. Við þær aðstæður er hann í reynd þriðji maður. Sé ekki unnt að útiloka það gæti hann fellt á sig sök og ekki er heimilt að biðja hann um upplýsingarnar.

³⁹ Fjallað er um dómana í Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 167.

2.5 Dómar sem fjalla um gögn sem hafa sjálfstæða tilvist

2.5.1 MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi

Í yfirdeildardómi MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi⁴⁰ reyndi á hvort nota mætti upplýsingar sem aflað hefði verið í einhvers konar stjórnsýslumáli sem sönnunargagn í síðara sakamáli.

Í MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi voru atvik þau að fyrirtækið Guinness PLC tók yfir annað félag. Kærandi var forstjóri Guinness PLC. Í kjölfar ásakana og orðróms um að ekki hefði allt verið með felldu voru rannsóknarmenn skipaðir til rannsaka yfirtökuna. Kæranda var skylt að svara spurningum rannsóknarmannanna að viðlagðri refsingu. Kærandi var yfirheyrður níu sínum. Rannsóknarmennirnir töldu að lög hefðu verið brotin og létu lögreglu í té endurrit af skýrslutökum kæranda. Í kjölfarið var kærandi ákærður og upplýsingarnar sem hann hafði veitt voru notaðar gegn honum. Sakfelling kæranda byggði að verulegu leyti á þeim. Kærandi taldi að með þessu hefði rétturinn til að fella ekki á sig sök verið brotinn. Meirihluti dómstólsins tók fram að málsmeðferð rannsóknarmannanna hefði ekki fallið undir gildissvið 6. gr. MSE, þ.e. kærandi hefði ekki verið borinn sök um refsivert brot þegar hann hefði verið spurður af rannsóknarmönnum. Aftur á móti hefðu upplýsingarnar, sem kærandi veitti, verið notaðar af ákærvaldinu í sakamáli gegn honum. Sú staðreynd að kærandi hefði ekki verið borinn sök þegar upplýsinganna hefði verið aflað gæti ekki komið í veg fyrir að notkun þeirra í síðara sakamáli væri brot gegn réttinum til að fella ekki á sig sök. Meirihlutinn tók fram að í málinu þyrfti að skoða hvort notkun upplýsinganna af hálfu ákærvaldsins hefði brotið gegn réttinum til að fella ekki á sig sök. Meirihlutinn rakti að leggja þyrfti heildstætt mat á málið þar sem meðal annars yrði litið til þess hvort kærandi hefði verið þvingaður til að afhenda sönnunargögn og hvort notkun sönnunargagnanna í sakamáli gegn honum hefði brotið kjarna réttarins sem felst í 6. gr. MSE. Meirihlutinn tók síðan fram að upplýsinganna hefði verið aflað á grundvelli lagaskyldu þar sem viðurlög lægju við því að veita þær ekki. Meirihlutinn nefndi að hvort sem upplýsingarnar, sem kærandi hefði veitt, væru þess eðlis að þær felldu sök á hann beint eða ekki, þá hefði ákærvaldið notað þær við málsmeðferðina til að reyna að sakfella kæranda. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE hefði verið brotið. Í málinu voru fimm sératkvæði þar sem talið var að rétturinn hefði verið brotinn en með öðrum röksemdum eða athugasemdum. Jafnframt voru tvö sératkvæði fjögurra dómara sem töldu að rétturinn hefði ekki verið brotinn.

⁴⁰ MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi, einkum mgr. 67-76.

Eðli og umfang þvingunar. Á kæranda hvíldi lagaskylda til að veita fyrrgreindar upplýsingar að viðlagðri refsingu. Hann var yfirheyrður níu sínum.

Eðli og efni gagna eða upplýsinga. Í málinu reyndi á beiðni rannsóknarmanna um upplýsingar frá kæranda en ekki til dæmis afhendingu gagna. Fyrri hluti lykilmálgreinar dómsins að þessu leyti hljóðar svo á ensku:

„The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing“⁴¹

Af tilvitnuninni verður ráðið að unnt sé að afla ákveðinna tegunda sönnunargagna með þvingun. Það sem skiptir máli er hvort þau hafi sjálfstæða tilvist óháð vilja sakbornings. Dæmi um slík sönnunargögn eru skjöl, sem aflað er samkvæmt dómsúrskurði, öndunar-, blóð og þvagsýni sem og vefsýni vegna mannfæðisfræðilegrar greiningar. Dómstóllinn hefur fellt fleiri gögn og sýni undir þessa upptalningu í síðari dómum. Til að mynda falla hér undir hljóðsýni sem hafa ekki að geyma neinar yfirlýsingar sem fella sök á aðila (e. voice samples), sbr. *MDE P.G. og J.H. gegn Stóra-Bretlandi*⁴² og yfirdeildardóm *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*.⁴³ Sama á við um hársýni, sbr. *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*.⁴⁴

Framsetning málgreinarinnar er eftirtektarverð. Önnur setningin hefst á þeim orðum að eins og almennt sé viðtekinn skilningur í réttarkerfum aðildarríkjanna og annars staðar þá taki rétturinn til að fella ekki á sig sök ekki til ákveðinna gagna. Ekki er ljóst hvort skilja eigi upphaf setningarinnar á þann veg að meirihlutinn sé aðeins að vísa til þess að í öðrum réttarkerfum sé rétturinn skilinn með þessum hætti eða hvort jafnframt eigi að skilja réttinn í 1. mgr. 6. gr. MSE með þeim hætti. Vegna þess að oft hefur verið vísað til þessa þáttar dómsins í

⁴¹ Sjá mgr. 69.

⁴² Sjá mgr. 80.

⁴³ Sjá mgr. 102.

⁴⁴ Sjá mgr. 102.

öðrum dómum Mannréttindadómstóls Evrópu verður að byggja á síðarnefnda skilningnum.

Í málinu hélt breska ríkið því fram að kærandi hefði ekki sagt neitt í viðtölunum sem gæti fellt á hann sök heldur hefði hann einungis veitt upplýsingar sem myndu auka líkur á sýknu hans. Meirihlutinn tók fram að sum svör kæranda hefðu verið þess eðlis að geta fellt á hann sök þar sem þau lytu meðal annars að vitneskju hans um atvik sem gætu leitt til sakfellingar hans. Meirihlutinn tók fram að rétturinn til að fella ekki á sig sök einskorðist ekki við upplýsingar sem veittar væru með játningu eða athugasemdum sem felldu beint sök á aðila. Benda þessi ummæli réttarins til að annars konar upplýsingar geti jafnframt leitt til þess að rétturinn telst vera brotinn. Þannig sagði meirihlutinn meðal annars svo á ensku:

„In any event, bearing in mind the concept of fairness in Article 6 ..., the right not to incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating. Testimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature - such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact - may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case, for example to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him during the trial or to otherwise undermine his credibility. Where the credibility of an accused must be assessed by a jury the use of such testimony may be especially harmful. It follows that what is of the essence in this context is the use to which evidence obtained under compulsion is put in the course of the criminal trial.“⁴⁵

Eins og ráðið verður af tilvitnuninni verður að leggja mat á hvernig upplýsingar eru notaðar þegar tekin er afstaða til þess hvort þær séu til þess fallnar að fella sök á viðkomandi. Niðurstaða meirihlutans var sú að upplýsingarnar hefðu verið notaðar með þeim hætti að reynt hefði verið að fella sök á kæranda.

Tengsl við sakamál. Þegar kærandi veitti upplýsingarnar þá var hvorki yfirstandandi né fyrirhugað sakamál gegn honum. Í málinu tók dómstóllinn fram að kærandi hefði ekki verið borinn sök í skilningi 6. gr. MSE þegar hann hefði verið spurður af rannsóknarmönnum, þ.e. sú málsmeðferð hefði ekki fallið undir gildissvið 6. gr. MSE. Sakamál hefði verið höfðað á hendur kæranda eftir að hann hefði veitt upplýsingarnar. Því reyndi á notkun upplýsinganna í sakamálinu.

⁴⁵ Sjá mgr. 71.

Réttaröryggi. Ríkið byggði meðal annars á því að viðeigandi réttaröryggisreglur hefðu verið fyrir hendi. Meirihlutinn tók fram að vísun ríkisins til viðeigandi réttaröryggisreglna gæti ekki verið vörn í málinu þar sem þær hefðu ekki komið í veg fyrir að upplýsingarnar yrðu notaðar í síðara sakamáli. Af þessum ummælum má ráða að viðhlítandi réttaröryggisreglur hafi ekki verið til staðar. Þessari röksemd svipar til þeirra sem er að finna í *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Marttinen gegn Finnlandi*. Athygli vekur þó að rétturinn hefði ekki verið brotinn í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* þótt sambærileg röksemd hefði átt við þar. Eins áður kom fram var unnt að nota upplýsingarnar sem O'Halloran veitti í síðara sakamáli gegn honum.

Notkun gagna. Meirihlutinn benti meðal annars á að hluti af endurritum af skýrslutökum kæranda hefði verið lesinn upp af ákærvaldinu fyrir kviðdómi yfir þriggja daga tímabil. Svo yfirgripsmikil notkun ákærvaldsins benti til þess að ákærvaldið hefði talið að upplesturinn hefði verið til þess fallinn að draga úr trúverðuleika kæranda. Meirihlutinn vísaði jafnframt til ummæla undirréttar um að tilteknaðar fullyrðingar kæranda hefðu getað verið til þess fallnar að fella á hann sök. Einnig vísaði meirihlutinn til ummæla áfrýjunardómstóls þess efnis að gögnin hefðu verið verulegur hluti sönnunargagna í máli ákærvaldsins (e. a significant part of the prosecution's case). Meirihlutinn rakti að ákærvaldið hefði reynt að nota gögnin til þess að sýna fram á þekkingu kæranda á ákveðnum atriðum sem væru til þess fallin að draga úr trúverðuleika hans. Upplýsingarnar hefðu einnig verið notaðar af verjendum annarra sakborninga til að draga í efa skýringar kæranda um atvik málsins. Meirihlutinn tók fram að hvort sem upplýsingarnar hefðu fellt beint sök á kæranda eða ekki, þá hefðu þær verið notaðar við málsmeðferðina með þeim hætti að reynt hefði verið að fella á hann sök.

Almannahagsmunir. Í málinu byggði breska ríkið meðal annars á því að í svo flóknum málum væru ríkir almannahagsmunir til þess að réttlæta notkun upplýsinga sem aflað hefði verið með þessum hætti. Mannréttindadómstóllinn tók fram að almannahagsmunir gætu ekki réttlætt notkun upplýsinga sem aflað hefði verið við rannsókn á stjórnáslustigi til að sakfella kæranda í sakamáli. Jafnframt benti dómstóllinn á að réttindin gildi hvort sem aðili sé borinn sök um minni háttar eða meiri háttar refsivert brot. Af þessum ummælum má ráða að vísun til almannahagsmuna geti ekki leitt til þess að réttindin gildi ekki þegar flókin brot eru undirliggjandi. Ef almannahagsmunir gætu

réttlætt notkun slíkra upplýsinga væri erfitt að sjá fyrir sér að einhver gæti notið réttindanna ef undirliggjandi brot væru flókin.

Niðurstaðan í MDE I.J.L. o.fl. gegn Stóra-Bretlandi var sambærileg og í MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi.

2.5.2 MDE Jalloh gegn Þýskalandi og aðrir dómur

Margir dómur hafa síðar vísað í MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi og þá umfjöllun sem kemur fram í málsgreininni um sönnunargögn sem hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja sakbornings. Ekki verður fjallað um þá alla hér. Í staðinn verður getið nokkurra dóma með það fyrir augum að draga ályktanir af þeim um réttarstöðuna.

Fyrst ber að nefna yfirdeildardóm MDE Jalloh gegn Þýskalandi. Í málinu hafði kæranda verið gefið lyf með slöngu sem var þrædd í gegnum nasir hans til að hann myndi kasta upp eiturfjóm sem hann hafði gleypt. Meirihluti dómstólsins tók fram að eiturfjóm væru hlutlæg gögn sem gætu talist hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila í skilningi MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi. Um væri að ræða sýnileg sönnunargögn (e. „real“ evidence) andstætt til dæmis játningu.⁴⁶ Þrátt fyrir það taldi meirihluti dómstólsins að rétturinn til að fella ekki á sig sök hefði verið brotinn. Meirihlutinn benti á að í sumum málum hefði rétturinn verið talinn brotinn við það að afhenda sýnileg sönnunargögn, svo sem í MDE Funke gegn Frakklandi og MDE J.B. gegn Sviss.⁴⁷ Vísun meirihlutans til MDE J.B. gegn Sviss er áhugaverð en þar tók dómstóllinn fram að ekki væri um að ræða gögn eins og þau sem getið væri um í MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi.⁴⁸ Í MDE Jalloh gegn Þýskalandi virðist dómstóllinn aftur á móti vera að segja að gögnin í MDE J.B. gegn Sviss hafi verið sýnileg sönnunargögn en ekki er ljóst hvort þau hafi haft sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Í síðarnefnda málinu taldi dómstóllinn að gögnin hefðu ekki haft sjálfstæða tilvist.

Hvað sem þessari vangaveltu líður sagði meirihlutinn í MDE Jalloh gegn Þýskalandi á ensku:

„In the Court’s view, the evidence in issue in the present case, namely, drugs hidden in the applicant’s body which were obtained by the forcible administration of emetics, could be considered to fall into the category of material having an existence independent of the

⁴⁶ MDE Jalloh gegn Þýskalandi, mgr. 102 og 110-116.

⁴⁷ Sjá mgr. 110-111.

⁴⁸ Sjá mgr. 68.

will of the suspect, the use of which is generally not prohibited in criminal proceedings.”⁴⁹

Af tilvitnuninni verður ráðið að fíkniefni geti talist til sönnunargagna sem hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Í framhaldinu tók dómstólinn þó fram að nokkrar ástæður aðgreindu málið frá til dæmis *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*. Í fyrsta lagi hin umdeilda aðferð (e. impugned measures) sem notuð hefði verið til að afla gagnsins eins og í *MDE Funke gegn Frakklandi* og *MDE J.B. gegn Sviss*. Í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* hefðu gögnin lotið að líkamssýnum sem unnt væri með réttarrannsókn (e. forensic examination) að kanna, til dæmis alkóhóli og lyfjum í líkama.⁵⁰

Í öðru lagi væri umfang þvingunar (e. degree of force/compulsion) töluvert frábrugðið því sem ætti við í tilviki þeirra gagna og sýna sem væru talin upp í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*. Í tengslum við það sagði í dóminum:

„To obtain such material, a defendant is requested to endure passively a minor interference with his physical integrity (for example when blood or hair samples or bodily tissue are taken). Even if the defendant’s active participation is required, it can be seen from *Saunders* that this concerns material produced by the normal functioning of the body (such as, for example, breath, urine or voice samples). In contrast, compelling the applicant in the instant case to regurgitate the evidence sought required the forcible introduction of a tube through his nose and the administration of a substance so as to provoke a pathological reaction in his body. As noted earlier, this procedure was not without risk to the applicant’s health.”⁵¹

Tvennt virðist skipta máli samkvæmt tilvitnuninni. Annars vegar hvort um smávægilegt inngrip í líkamlega velferð er að ræða sem aðili verður að þola án þess að taka virkan þátt (e. endure passively), til dæmis taka blóðsýnis. Hins vegar að þótt krafist sé virkrar þátttöku (e. active participation) þá væru líkamssýnin tengd venjulegri líkamsstarfsemi. Í fyrirbyggjandi máli hefði kærandi verið þvingaður til að kasta upp á ákveðinn hátt og að sú aðferð hefði haft í för með sér hættu fyrir heilsu kæranda.

Í þriðja lagi tók meirihlutinn fram að aðferðin sem hefði verið stuðst við hefði brotið í bága við 3. gr. MSE.⁵² Þessu væri öðruvísi háttað þegar

⁴⁹ Sjá mgr. 113.

⁵⁰ Sjá mgr. 113.

⁵¹ Sjá mgr. 114.

⁵² Sjá mgr. 115.

tekin væri líkamssýni í öðrum tilvikum. Þannig sagði dómstóllinn meðal annars:

„The procedure used in the applicant’s case is in striking contrast to procedures for obtaining, for example, a breath test or a blood sample. Procedures of the latter kind do not, unless in exceptional circumstances, attain the minimum level of severity to contravene Article 3. Moreover, though constituting an interference with the suspect’s right to respect for private life, these procedures are, in general, justified under Article 8 § 2 as being necessary for the prevention of criminal offences ...“⁵³

Af tilvitnuninni verður ráðið að það hafi þýðingu hvort aðferðin falli undir 3. gr. MSE eða feli til dæmis í sér inngríp samkvæmt 8. gr. MSE um friðhelgi einkalífs. Í síðarnefnda tilvikinu séu aðferðirnar oft réttlætanagerlegar takmarkanir á friðhelgi einkalífs.

Í nokkrum dómum hefur Mannréttindadómstóllinn sagt að þau gögn sem hefðu sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila í skilningi *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* féllu utan við gildissviðs réttarins til að fella ekki á sig sök. Þannig sagði til dæmis í *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi*:

„In *Saunders*, for example, the Court listed types of material which exists independently of the will of a suspect and which fall outside the scope of the right (matters such as documents acquired pursuant to warrant, breath, blood, DNA and urine samples ...).“⁵⁴

Sama kemur fram í *MDE Marttinen gegn Finnlandi*.⁵⁵ Orðalagið að gögnin falli utan við gildissvið réttarins (e. outside the scope of the right) er unnt að túlka á tvenns konar hátt. Annars vegar bókstaflega. Af þeirri túlkun leiðir að ýmis gögn, sem virðast hlutlæg með sambærilegum hætti og þau sem eru talin upp, hafa engu að síður ekki sjálfstæða tilvist, svo sem þau sem frá greinir í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* og *MDE J.B. gegn Sviss*. Verður þá að leggja heildstætt mat á önnur sjónarmið áður en unnt er að taka afstöðu til þess hvort um sé að ræða gögn sem hafa sjálfstæða tilvist. Hins vegar er í ljósi þessara dóma unnt að túlka orðalagið ekki með afdráttarlausum hætti. Í staðinn fyrir að litið sé á eðli og efni þeirra upplýsinga sem er verið er að afla með þvingun sem fortakslaust atriði í tengslum við gildissvið réttarins er litið á umrædd atriði sem sjónarmið við matið. Samkvæmt síðari nálgunin verður eðli og efni gagna og upplýsinga hluti að hinu heildstæða mati en ekki útkoma þess.

⁵³ Sjá mgr. 115.

⁵⁴ Sjá mgr. 36.

⁵⁵ Sjá mgr. 69.

Þá má geta þess að *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* eru nefnd gögn sem aflað er samkvæmt dómsúrskurði (e. documents pursuant to a warrant). Ekki er minnst á að annarra líkamssýna þurfi að vera aflað samkvæmt dómsúrskurði. Þannig er til dæmis ekki minnst á dómsúrskurð í vísun til dómsins í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*.⁵⁶ Þá var í tengslum við dóminn minnst á skjöl án þess að vísað væri til þess að þeirra væri aflað samkvæmt dómsúrskurði í *MDE Heaney og McGuinness gegn Írlandi*.⁵⁷ Af þessum sökum er ekki ljóst hvort nauðsynlegt sé að hvers kyns skjala sé aflað samkvæmt dómsúrskurði, svo sem um húsleit og haldlagningu, til þess að þau hafi sjálfstæða tilvist í skilningi *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*. Áréttta ber þó að upptalning dæmanna í dómnum er ekki tæmandi.

2.6 Almennar ályktanir

Hér reynir ekki aðeins á túlkun eins fordæmis heldur margra fordæma saman. Skoða ber hvernig Mannréttindadómstóll Evrópu hefur sjálfur túlkað fordæmi sín. Enn fremur verður að túlka fordæmin í ljósi síðari fordæma dómstólsins. Markmiðið er að álykta um gildandi rétt um heimildir stjórnvalda til að afla gagna og upplýsinga, einkum með lagalegri þvingun að viðlagðri refsingu í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Áður en farið verður yfir það verður tekið saman hvernig dómarnir, sem reifaðir voru að ofan, horfa við þeim sjónarmiðum sem greining þeirra tók mið af.

Í öllum málunum, sem voru reifuð, reyndi á lagalega þvingun að viðlagðri refsingu í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Þannig var kærendum gerð refsing í formi sekta í *MDE Funke gegn Frakklandi*, *MDE J.B. gegn Sviss*, *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi*, *MDE Marttinen gegn Finnlandi*, *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* að því er Francis varðaði og *MDE Lückhoff og Spanner gegn Austurríki*. Þá voru kærendum gerð sekt fyrir ónákvæma eða ófullnægjandi upplýsingagjöf í *MDE Weh gegn Austurríki* og *MDE Rieg gegn Austurríki*. Kærendur tjáðu sig í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* að því er O'Halloran varðaði. Þá var í *MDE J.B. gegn Sviss* og *MDE Funke gegn Frakklandi* einnig beitt þvingunarúrræði, þ.e. dagsektum.

Upplýsingaskyldan var takmörkuð í *MDE Weh gegn Austurríki*, *MDE Rieg gegn Austurríki*, *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-*

⁵⁶ Sjá mgr. 47.

⁵⁷ Sjá mgr. 40.

Bretlandi og MDE Lückhoff og Spanner gegn Austurríki. Hún var aftur á móti nokkuð almenn eða víðtæk í MDE Funke gegn Frakklandi, MDE J.B. gegn Sviss, MDE Shannon gegn Írlandi og MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi. Sama gildir væntanlega um MDE Marttinen gegn Finnlandi.

Kærendur voru þvingaðir til að tjá sig, þ.e. svara spurningum eða mæta í viðtal, í MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi, MDE Marttinen gegn Finnlandi og MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi. Sama var uppi á teningnum í MDE Weh gegn Austurríki, MDE Rieg gegn Austurríki, MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi og MDE Lückhoff og Spanner gegn Austurríki. Erfitt er að sjá að slík upplýsingagjöf hafi sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Kærendur voru aftur á móti skyldaðir til að afhenda gögn í MDE Funke gegn Frakklandi og MDE J.B. gegn Sviss. Athugasemd í MDE Jalloh gegn Þýskalandi bendir til þess að gögnin hafi ekki haft sjálfstæða tilvist í MDE J.B. gegn Sviss þótt þar hafi verið um sýnileg sönnunargögn að ræða. Þá töldust eiturfyrir í MDE Jalloh gegn Þýskalandi vera gögn sem hafa sjálfstæð tilvist en engu að síður var rétturinn til að fella ekki á sig sök brotinn. Í flestum þessara mála voru gögnin til þess fallin að fella sök á kæranda, þau voru notuð til að fella sök á hann, sbr. MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi, eða ekki var unnt að útiloka að þau hefðu getað fellt sök á hann, sbr. til dæmis MDE Marttinen gegn Finnlandi og MDE Shannon gegn Finnlandi. Þessu var öðruvísi háttað í sumum dómum um umferðarlagabrotin, þ.e. MDE Weh gegn Austurríki og MDE Rieg gegn Austurríki.

Í meirihluta dómanna voru gerðar þó nokkrar kröfur til réttaröryggis kæranda. Virðist krafan hafa gengið út á að þeir hefðu notið fullnægjandi verndar gegn því að fella á sig sök og að slík gögn eða upplýsingar yrðu notuð síðar í sakamáli gegn þeim. Þannig kom fram í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* að ekki hefði verið komið í veg fyrir að upplýsingar sem kærandi veitti yrðu notaðar í síðara sakamáli og í *MDE Marttinen gegn Finnlandi* var þagnarskylda ekki talin duga, enda hefði ekki verið útilokað að kröfuhafar hefðu getað nýtt upplýsingarnar síðar í sakamáli. Þá var tekið fram í *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* að unnt hefði verið að framsenda upplýsingar til lögreglu og aðeins reyndi á reglur sem giltu við síðara dómsmál ef dómsmál væri höfðað en kærandi nyti réttarverndarinnar fyrr. Þá hefði það takmarkað möguleika aðila til að ákveða hvaða sönnunargögn hann vildi leggja fram í síðara sakamáli. Aftur á móti var í dómunum um umferðarlagabrotin kveðið við annan tón. Tekið var fram í *MDE O'Halloran og Francis* að lagareglur hefðu ekki að geyma hlutlæga

ábyrgð og viðkomandi hefðu getað bent á einhvern annan, þá hefði sönnunargögn aðeins verið þáttur í að sanna afbrot, unnt hefði verið að vefengja þau og leggja fram önnur sönnunargögn síðar. Í *MDE Lückhoff og Spanner gegn Austurríki* var tekið fram að sannreyna þyrfti upplýsingarnar og kærendur bæru ekki ábyrgð ef þeir með sanngirni vissu ekki hver hefði verið ökumaðurinn. Kröfur til réttaröryggis í síðarnefndu dómunum eru töluvert vægari en í fyrrnefndu dómunum.

Dómarnir spanna allan skalann varðandi tengsl við sakamál. Í *MDE Weh gegn Austurríki* og *MDE Rieg gegn Austurríki* taldi meirihlutinn að kærendur hefðu ekki verið bornir sök um refsivert brot og upplýsingabeidnin hefði ekki verið sett fram í tengslum við sakamál sem beindist að þeim. Í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Lückhoff og Spanner gegn Austurríki* var á hinn bóginn talið að upplýsingabeidni hefði verið sett fram í tengslum við sakamál þar sem þeir hefðu verið bornir sök. Í *MDE Funke gegn Frakklandi* virðist sakamál hafa verið fyrirhugað eða yfirvofandi og í *MDE J.B. gegn Sviss* var um blandað mál að ræða þar sem hluti þess var sakamál sem var í gangi. Í *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Marttinen gegn Finnlandi* voru tvö mál í gangi sem áttu rót að rekja til sama atburðar eða vörðuðu sömu staðreyndir og voru því nátengd. Í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* var upplýsinga aflað í máli sem taldist ekki sakamál en þær voru síðan notaðar síðar í sakamáli.

Í flestum dómunum reyndi ekki á notkun gagna. Aftur á móti reyndi á notkun þeirra í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* að því er O'Halloran varðaði. Einnig reyndi á notkun gagna í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*.

Í meirihluta dómanna voru almannahagsmunir, svo sem skilvirkni réttarvörslukerfis eða sérstakt eðli málefnasviðs, ekki taldir réttlæta brot á sjálfum kjarna réttindanna, þ.e. *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* (flókin efnahagsbrot), *MDE Funke gegn Frakklandi* (tollalagabrot), *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* (öryggishagsmunir tengdir Norður-Írlandi) og *MDE Marttinen gegn Finnlandi* (hagsmunir tengdir fullnustugerðum). Í sumum dómanna vék dómstóllinn ekki að almannahagsmunum, svo sem *MDE J.B. gegn Sviss* (skattalagabrot) og *MDE Weh gegn Rieg* (umferðarlagabrot). Í öðrum dómum veitti dómstóllinn sérstöku eðli málefnasviðs mikið vægi, þ.e. *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Lückhoff og Spanner gegn Austurríki*. Virðist sérstakt eðli umferðarlagabrot vera einstaks eðlis í þessu samhengi. Er það athyglisvert enda hefur dómstóllinn haldið því fram að réttindin eigi við um bæði meiri háttar og minni háttar afbrot, sbr. til dæmis *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*.

2.7 Kenning um túlkun dómanna

Þegar litið er á dómana þar sem niðurstaðan var sú að rétturinn til að tjá sig ekki og rétturinn til að fella ekki á sig sök hefðu verið brotnir, einkum *MDE Funke gegen Frakklandi* og *MDE J.B. gegen Sviss*, mætti ef til vill álykta að ekki væri unnt að krefja þann sem er borinn sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE um gögn og upplýsingar að viðlagðri refsingu, að minnsta kosti ekki ef það krefst virkrar þátttöku viðkomandi.⁵⁸ Þá reynir á hvað telst virk þátttaka. Mögulega mætti gera greinarmun á því að aðili þurfi sjálfur að afhenda gögn og þegar hann þarf að þola húsleit og haldlagningu samkvæmt dómsúrskurði. Slík aðgreining er þó ekki mjög sannfærandi vegna þess að mörkin á milli þessara tveggja tilvika eru óskýr. Í sumum tilfellum getur verið bagalegra að þurfa að þola húsleit og haldlagningu gagna á heimili sínu en til dæmis að verða við upplýsingabeidni um að afhenda tiltekin gögn. Sé jafnframt litið til dómanna þar sem réttindin voru ekki talin brotin flækist myndin. Hún verður enn óskýrari þegar litið er til þeirra dóma sem fjalla um gögn sem hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja sakbornings.

Í fræðunum hafa dómarnir verið túlkaðir svo að útgangspunkturinn sé sá að réttindin teljist brotin ef aðili er krafinn um upplýsingar á grundvelli lagaskyldu að viðlagðri refsingu.⁵⁹ Frá því séu undantekningar þegar um sérstök málefnasvið er að ræða þar sem aðilar hafa undirgengist skuldbindingar samkvæmt lögum, svo sem samkvæmt umferðarlögum.⁶⁰ Þessi túlkun fellur að ýmsum röksemdum sem nefndar eru í dómunum og gerð var grein fyrir hér að framan. Afleiðingin af henni er sú að verulegar takmarkanir eru á því að stjórnvöld geti aflað upplýsinga og gagna frá aðila stjórnsýslumáls, sem er borinn sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Kann útkoman að verða sú að ýmsum stjórnvöldum verði óhægt um vik við að upplýsa mál og að stjórnsýslumál verða óskilvirkt úrræði. Við þær aðstæður verður annaðhvort að hverfa af þeirri braut að kveða á um stjórnsýsluviðurlög í stað refsinga, þar sem mál eru lögð í farveg venjulegs sakamáls í skilningi 1. gr. laga nr. 88/2008, um meðferð sakamála, eða að opna á þann möguleika að stjórnvöld geti krafist

⁵⁸ Sjá til hliðsjónar Björn O. Berg: *Forvaltningsanskjoner*, bls. 205.

⁵⁹ Um þær ályktanir sem voru dregnar af dómaframkvæmdinni í Danmörku, einkum eldri dómunum, sjá Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 132 og 135, Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering in forvaltningsretten“, bls. 251 og Jonas Christoffersen: „Retten til tavshed over for håndhævelse af immaterialrettigheder“, bls. 319.

⁶⁰ Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, bls. 641-642.

dómsúrskurðar í fleiri tilvikum, til dæmis um afhendingu gagna eða húsleit og haldlagningu. Sé síðari leiðin farin eykst álagið á dómstóla. Ótti stjórnvalda við að brjóta réttindin kann einnig að leiða til þess að oftast sé farið í húsleit en ella.

Þótt framangreind túlkun í fræðunum falli að dómunum virðist annar túlkunarkostur vera til staðar. Í stað þess að flokka dómanna á þann hátt sem gert var að ofan er byggt á þeirri aðferðafræði sem dómstóllinn sjálfur hefur lagt til grundvallar við úrlausn málanna, einkum í nýlegri dómaframkvæmd, sbr. til dæmis *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* og *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*. Þannig verður að horfa til þess að réttindin eru ekki algild og leggja verður mat á hvort sjálfur kjarni þeirra hafi verið skertur, sbr. til dæmis yfirdeildardóm *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi*.⁶¹ Meta verður hvort ótilhlýðilegri þvingun hafi verið beitt (e. improper compulsion) og hvort takmörkunin á réttindunum hafi verið réttlætlanleg (e. unjustified infringement). Leggja verður mat á hvort sjálfur kjarni réttindanna hafi verið skertur en það byggist á heildstæðu og atviksbundnu mati. Er það gert í ljósi eftirfarandi sjónarmiða: (1) eðli og umfangs þvingunar, (2) réttaröryggisreglna, (3) notkunar upplýsinga og (4) almannahagsmuna. Í því sambandi skiptir meðal annars máli að bein þvingun leiðir ekki sjálfkrafa til þess að réttindin teljist brotin. Gera má því skóna að undir síðastnefnda sjónarmiðið falli ekki aðeins sérstakt eðli málefna sviðs heldur einnig eðli afbrots sem og eðli og umfang þeirra viðurlaga sem það varðar. Þó má minna á að dómstóllinn hefur bent á að réttindin taki til bæði meiri háttar og minni háttar afbrota, sbr. *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*.

Til viðbótar við þau sjónarmið sem dómstóllinn hefur kveðið á um berum orðum standa rök til þess, sem fyrr greinir, að líta til eðlis og efnis gagna og upplýsinga, sem er verið að afla með þvingun. Við það mat reynir meðal annars á hvort þau hafi sjálfstæða tilvist. Mögulega myndi dómstóllinn, eins og áður sagði, fella þetta sjónarmið undir eðli og umfang þvingunar en hreinlega er að halda þessum atriðum aðskildum. Annað atriði lýtur að aðferðinni við öflun upplýsinga en hitt að andlaginu sjálfu. Atriðin verða þó ekki slitin í sundur enda verður að meta bæði aðferðina og það sem er aflað með henni, sbr. umfjöllun í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*. Enn fremur verður að líta til þess hvaða tengsl öflun gagna og upplýsinga hefur við sakamál í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE.

⁶¹ Sjá mgr. 48-49.

Í ljósi framanrakins er unnt að snúa ályktuninni í fræðunum á hvolf og halda því fram að unnt sé að túlka dómama á þann hátt að útgangspunkturinn sé sá að stjórnvaldi sé unnt að biðja aðila stjórn-sýslumáls, sem borinn er sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE, um að afhenda gögn á grundvelli lagaskyldu nema eitthvað meira komi til.⁶² Þessi nálgun kann að virka einkennileg við fyrstu sýn í ljósi *MDE Funke gegn Frakklandi* og *MDE J.B. gegn Sviss* og ályktana í fræðunum á grundvelli þeirra. Þó má minna á að dómstóllinn hefur ekki haldið því fram í síðari dómum sínum að almennt sé óheimilt að óska eftir gögnum frá aðila máls. Fremur hefur dómstóllinn í síðari dómum sínum leitast við að afmarka þá frekar. Til marks um það hefur dómstóllinn, sem fyrr greinir, vísað til umfangs þvingunar í *MDE Funke og Frakklandi*, sbr. *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi*, og til þess að aðferðirnar í *MDE Funke og Frakklandi* og *MDE J.B. gegn Sviss* hafi verið vítaverðar, sbr. *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*. Dómstóllinn tók ekki af skarið með það í *MDE Funke gegn Frakklandi* hvort réttindin væru algild og rökstuðningur dómsins var takmarkaður. Dómstóllinn tók meira að segja fram í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* að hann þyrfti ekki að svara því hvort réttindin væru algild. Aftur á móti hefur dómstóllinn skýrlega tekið fram í meðal annars *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi* að réttindi séu ekki algild og, sem fyrr segir, bent á sjónarmið

⁶² Vekja má athygli á því til hliðsjónar þagnarrétturinn tekur almennt ekki til þess að neita afhenda gögn samkvæmt 5. viðauka Bandarísku stjórnarskrárinnar. Sjá *Fischer gegn Bandaríkjunum* 425 US 391 (1976). Sjá þó *Bandaríkin gegn Doe* 465 US 605 (1984) þar sem talið var um brot að ræða en yfirvöld vissu ekki hvort tiltekin gögn voru til. Á sá dómur samhljómi í *MDE Funke gegn Frakklandi*. Sjá nánar Ólaf Jóhannes Einarsson: „Þagnarréttur og meðferð samkeppnismála“, bls. 71-78. Í þessu sambandi má benda á að réttindin leiða af 5. og 14. viðauka stjórnarskrárinnar fyrir alríkis-yfirvöld annars vegar og hins vegar fyrir yfirvöld fylkja. Í 5. viðauka segir: „No person ... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself.“ Sjá til dæmis Jonas Christoffersen: „Retlig kreolisering – om selvinkriminering i dansk, europæisk og amerikansk menneskeret“, bls. 258-264. Fyrir kanadískan rétt og 7. gr. mannréttindaskrárinnar má benda á *R. v. S. (R.J.) [1995] 1 S.C.R. 451* þar sem sagði meðal annars: „Defining ‘self-incrimination’ over-inclusively as arising whenever the State obtains evidence it could not have obtained ‘but-for’ the individual’s participation, would take the notion of self-incrimination far beyond the communicative character that grounds it at common law ... Both the common law and the Charter draw a fundamental distinction between incriminating evidence and self-incriminating evidence: the former is evidence which tends to establish the accused’s guilt, while the latter is evidence which tends to establish the accused’s guilt by his own admission, or based upon his own communication. The s. 7 principle against self-incrimination that is fundamental to justice requires protection against the use of compelled evidence which tends to establish the accused’s guilt on the basis of the latter grounds, but not the former.“

sem líta verður til við matið í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*. Þeirri aðferðafræði var fylgt í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* sem og *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki*. Af þessum sökum er ekki hægt að draga fortakslausar ályktanir af *MDE Funke gegn Frakklandi* og *MDE J.B. gegn Sviss*. Skilja verður dómanna í ljósi þess að réttindin eru ekki algild og þeirra sjónarmiða sem skipta máli við matið.

Skoðum dæmi í ljósi sjónarmiðanna, þar sem reynir á lagalega þvingun sem er bein. Við nánara mat kann að skipta máli hvort beiðnin byggist á lagaákvæði sem felur í sér víðtæka og almenna skyldu, sbr. til dæmis *MDE Funke gegn Frakklandi*, *MDE J.B. gegn Sviss* og *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* eða er afmörkuð og takmörkuð, sbr. *MDE Weh gegn Austurríki*, *MDE Rieg gegn Austurríki*, *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki*. Enn fremur kann eðli þvingunarinnar að skipta máli, til dæmis hvort hún varði fangelsisrefsingu. Sama á við um umfang hennar, til dæmis hvort hún varði sektum sem eru ekki óverulegar. Gefum okkur að lagaheimild feli í sér víðtæka upplýsingaskyldu og brot á henni varði refsingu sem er ekki óveruleg, einkum fésektum eða stjórnvaldssektum.

Við nánara mat á þvinguninni kann jafnframt að reyna á hversu harkalega stjórnvöld ganga fram við að knýja um skylduna sem og hvort óhóflegar byrðar séu lagðar á herðar aðilans. Í því sambandi kann að skipta máli hvers konar þátttöku er krafist af aðilanum og þá í hvaða umfangi, sbr. til hliðsjónar umfjöllun í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*. Til að mynda mætti líta til þess hvort farið sé fram á að aðili útvegi gögn annars staðar frá, hvort stjórnvöld viti hvort þau séu til sem og hvort stjórnvöld hafi reynt að afla þeirra frá þriðja manni, sbr. *MDE Funke gegn Frakklandi* og einnig *MDE J.B. gegn Sviss*. Gefum okkur sem dæmi að aðeins sé farið fram á að aðili máls afhendi gögn sem hann hefur undir höndum eða getur nálgast með auðveldum hætti og stjórnvaldið geti ekki aflað þeirra frá þriðja manni með auðveldum hætti.

Í dæminu er fjallað um beiðni um afhendingu gagna. Leggja verður mat á eðli og efni gagna og upplýsinga sem er aflað með þvingun, sbr. *MDE Saunders gegn Stóra-Bretland*. Taka verður afstöðu til þess hvort þau hafi sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Samkvæmt þeim skilningi sem er lagður í hugtakið hér myndu gögn sem eru nú þegar til almennt hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Aftur á móti myndi upplýsingabeidni sem felur í sér að aðili útbúi gögn ekki gera það, að minnsta kosti ef það felur í sér annað og meira en að finna þau og taka saman. Sama á við um önnur gögn sem verða til við upplýsingabeidni. Þetta gildir einnig um annars konar upplýsingagjöf, svo sem að svara því hver hafi ekið bifreið í tiltekið skipti. Þegar gögn og upplýsingar

hafa ekki sjálfstæða tilvist skiptir miklu máli að skylda til að veita upplýsingar sé takmörkuð, sbr. *MDE Weh gegn Austurríki*, *MDE Rieg gegn Austurríki*, *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki*. Í öllum þessum málum reyndi á upplýsingagjöf sem hafði ekki sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila en engu að síður var ekki talið að réttindin hefðu verið brotin. Í því sambandi var lögð áhersla á að um takmarkaða upplýsingaskyldu væri að ræða.

Þótt gagn hafi sjálfstæða tilvist skiptir máli hvernig þess er aflað. Ekki er unnt að beita aðferðum sem falla undir 1. mgr. 68. gr. stjkskr. og 3. gr. MSE. Þó kann að vera unnt að beita aðferðum sem falla undir 71. gr. stjkskr. og 8. gr. MSE svo lengi sem þær eru réttlætanager, sbr. *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*. Þá getur skipt máli við notkun sönnunargagns hvort þess var aflað með pyndingum eða ómannlegri eða vanvirðandi meðferð, sbr. *MDE Jalloh gegn Þýskalandi* og yfirdeildaróm *MDE Gäfgen gegn Þýskalandi*, sem fjallað er um í almenna hlutanum.

Leiða má rök að því að ekki eigi að ráða úrslitum hvort aðili verði aðeins að þola inngríp eða krafist sé virkrar þátttöku hans. Í því sambandi skiptir máli hversu langt er gengið, sbr. *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, og hve mikillar þátttöku sé krafist af hálfu aðila. Að afhenda gagn, sem er nú þegar til og aðili hefur undir höndum, krefst vitanlega virkrar þátttöku hans, enda verður hann að grípa til þeirrar aðgerðar að finna það og afhenda. Efast má þó um að það eitt og sér gangi of langt, enda er það vart viðurhlutameira inngríp en þegar til dæmis húsleit er gerð á heimili aðila og í framhaldinu er lagt hald á nákvæmlega sömu gögnin. Erfitt er að sjá að lágmarksþátttaka aðilans við að afhenda gagn ráði úrslitum um það hvort það hafi sjálfstæða tilvist. Í þessu sambandi má þó gera þann fyrirvara að ekki er ljóst hvernig eigi að túlka *MDE J.B. gegn Sviss*. Þá verður ekki séð að það að afhenda gagn, sem kann að hafa að geyma upplýsingar sem fella sök á aðila, sé verra fyrir aðila en að vera knúinn til að svara spurningu, sem kann að fella sök á hann, sbr. meðal annars *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*. Þetta er sagt með þeim fyrirvara að upplýsingabeidni feli ekki í sér að óhóflegar byrðar séu lagðar á aðila og stjórnvald gangi langt í að knýja á um skylduna.

Í þessu sambandi má benda á að það varðar sviptingu ökuréttinda að neita að veita atbeina sinn við rannsókn máls samkvæmt 3. mgr. 52. gr., sbr. 101. gr. umferðarlaga nr. 77/2019. Í 3. mgr. 52. gr. segir að lögreglan annist töku öndunar-, svita- og munnvatnssýnis. Læknir, hjúkrunarfræðingur og lífeindafræðingur annist töku blóðsýnis og eftir atvikum munnvatns-, svita- og þvagsýnir. Aðrar rannsóknir og klínískt mat skuli framkvæmt af til þess bærum heilbrigðisstarfsmanni. Ökumanni

sé skylt að hlíta þeirri meðferð sem talin er nauðsynleg við rannsókn samkvæmt 2. mgr. Neiti ökumaður er lögreglu heimilt að beita valdi við framkvæmd rannsóknar, sbr. þó 4. mgr. Í umræddri 4. mgr. kemur fram að um þvagrannsókn samkvæmt 2. mgr. fari samkvæmt lögum um meðferð sakamál nema fyrir liggi ótvírætt samþykki ökumanns. Vegna þess sem fram kemur í lokamálslið 3. mgr. 52. gr. umferðarlaga, þ.e. að neiti ökumaður sé lögreglu heimilt að beita valdi við framkvæmd rannsóknar, er minnt á að slík valdbeiting má ekki brjóta í bága við meðalhófsreglur, 1. mgr. 68. gr. stjkskr. og 3. gr. MSE sem og verður að vera réttlæt看leg takmörkun á friðhelgi einkalífs samkvæmt 71. gr. stjkskr. og 8. gr. MSE. Sjá í þessu sambandi meðal annars *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*. Ekki er augljóst að það eitt að afhenda gagn, sem nú þegar er til og aðili hefur undir höndum, sé viðurhlutameira eða meira brot á vilja hans en sú sýnataka sem mælt er fyrir um í umferðarlögum.

Þegar framangreind sjónarmið um eðli eða efni gagns eru heimfærð til dæmisins mætti til að mynda halda því fram að stjórnvald geti óskað eftir gögnum sem aðila ber lagaleg skylda til að halda, svo sem til að stjórnvöld geti haft eftirlit með starfsemi aðilans. Dæmi um slík gögn eru bókhaldsgögn og fylgiskjöl þeirra. Þá má halda því fram að þessi gögn hafi sjálfstæða tilvist óháð vilja grunaðs aðila. Gögnin verða ekki til vegna þvingunarinnar sjálfrar eða breyta um eðli vegna hennar. Af þessum sökum er lítil hætta á því að þau séu óáreiðanleg af þeirri ástæðu hvernig þeirra var aflað.⁶³

Velta má því upp hvort skipt geti máli við matið hvort gögn séu þess eðlis að almennt væri unnt að afla þeirra frá þriðja manni eða þau eru til hjá þriðja manni. Slík gögn væru þá almennt til óháð vilja hins grunaða. Gögn frá fjármálastofnunum og sambærileg gögn gætu fallið hér undir. Jafnframt má telja að almenn beiðni stjórnvalds um upplýsingar frá aðila máls sem máli skipta, svo sem tölvupósta eða samninga, brjóti ekki gegn réttinum til að fella ekki á sig sök. Allajafna myndi slík almenn beiðni ekki vera til þess fallin að brjóta gegn vilja aðila til að tjá sig um einstök atriði sem eru þess eðlis að hann fellir á sig sök. Jafnframt er það lagt í hendur aðilans sjálfs að leggja mat á hvaða gögn hann telur skipta máli og vill afhenda. Í þessu sambandi kann þó að hafa þýðingu hvort aðila hafi verið leiðbeint um réttinn til að fella ekki á sig sök. Þetta er þó ekki einhlítt og fer eftir heildarmati á öllum aðstæðum í hverju máli.

⁶³ Björg Thorarensen og Ásgerður Ragnarsdóttir: *Álitsgerð um rétt til að fella ekki á sig sök á stjórnsýslustigi*, bls. 143.

Á hinn bóginn gæti notkun gagna, sem verða til vegna beiðni stjórnvalds um upplýsingar brotið réttindin samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE. Dæmi um slíkt væri ef stjórnvald sendi sakborningi tilkynningu um að rannsókn væri hafin á honum. Í kjölfar tilkynningarinnar sendir aðilinn tölvupóst til annarra málsaðila og segir öllum að þegja um tiltekin atvik. Sá tölvupóstur varð til vegna tilkynningarinnar og lýtur beinlínis að vilja aðila til að tjá sig ekki um sakargiftir. Kæmist stjórnvaldið á snoðir um tölvupóstinn mætti efast um að það gæti krafið aðila um að afhenda hann. Það á ekki síst við ef slíkt gagn væri notað í síðara sakamáli. Sjá til hliðsjónar *Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 842/2014) (símhlustun)* og *MDE Allan gegn Stóra-Bretlandi*, sbr. þó yfirdeildardóm *MDE Bykov gegn Rússlandi* og *MDE Heglas gegn Tékklandi*, sem reifaðir voru í almenna hlutanum.

Sérstök athygli er vakin á því sem segir í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* um að gagna sé aflað samkvæmt dómsúrskurði (e. acquired pursuant to a warrant).⁶⁴ Ekki verður séð að það breyti eðli eða efni gagnanna hvort þeirra sé aflað samkvæmt upplýsingabeiðni stjórnvalds eða á grundvelli dómsúrskurðar. Krafa um dómsúrskurð er þó til þess fallin að auka á réttaröryggi, sem er eitt sjónarmið við heildarmatið. Af könnun á dómaframkvæmdinni verður ekki séð að skýr fordæmi séu fyrir hendi um þær aðstæður þegar gögn eru fengin á grundvelli lagaskyldu en ekki dómsúrskurðar með tilliti til þess hvort þau hafi sjálfstæða tilvist. Þó eru til dómur varðandi tilvik þar sem krafist var svara við því hver hefði ekið bifreið og var það ekki gert á grundvelli dómsúrskurðar. Í því ljósi má efast um að það ráði úrslitum hvort gagns sé aflað á grundvelli dómsúrskurðar þó litið að sé til þess í heildarmatinu. Í því sambandi má benda á að sum stjórnvöld geta borið ágreining undir dómstóla, sbr. til dæmis 6. mgr. 94. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt. Dómsúrskurður er liður í mati á réttaröryggi aðila.

Auk framangreinds skiptir máli að fyrir hendi séu viðeigandi réttaröryggisreglur, svo sem um að aðili geti vefengt áreiðanleika sönnunargagna eða lagt fram eigin sönnunargögn. Einnig hefur þýðingu hvort gagn, sem er aflað með þvingun, sé eina sönnunargagnið eða hafi afgerandi vægi við sönnunarmat. Leiða má líkur að því að sjónarmiðið hafi meira vægi eftir því sem lengra hefur verið gengið með þvingun við öflun sönnunargagns. Erfitt er að öðru leyti að fullyrða um gagna- og upplýsingaöflun stjórnvalds enda ræðst niðurstaðan af heildstæðu og atviksbundnu mati. Rétt er þó að ítreka að

⁶⁴ Sjá mgr. 69.

aðili getur ávallt samþykkt að veita upplýsingar og gögn að undangenginni leiðbeiningu stjórnvalds um réttindin.

3. Um lögfestingu réttindanna á sviði stjórnýslunnar

Eins og áður segir getur reynt á þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE í stjórnýslunni. Niðurstaða um það hvort réttindanna njóti við í einstökum tilvikum ræðst af heildstæðu mati á nokkrum sjónarmiðum í ljósi kringumstæðna hvers máls. Ýmis stjórnýslumál geta heyrnt undir gildissvið 1. mgr. 6. gr. MSE með þeim afleiðingum að eftirlitsstjórnvöld verða að gæta að réttindunum. Þau kunna þó að vera í misvel í stakk búinn til þess. Stundum er farin sú leið að lögfesta hluta af réttindunum. Verður nú farið yfir hvernig slíkri lögfestingu hefur verið háttað í dönskum, norskum og íslenskum rétti, einkum að því er almenn ákvæði varðar.

3.1 Danskur réttur

Í Danmörku var komið á fót svokallaðri réttaröryggisnefnd (d. retssikkerhedskommissionen) og útkoma af vinnu nefndarinnar voru svokölluð retssikkerhedslov (nánar tiltekið lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter).⁶⁵ Í 10. gr. þeirra er að finna sérstakt ákvæði um réttindin. Í 1. mgr. 10. gr. kemur fram að ef til staðar er rökstuddur grunur um að einstaklingur eða lögaðili hafi framið refsivert brot skulu stjórnvöld ekki beita lagaákvæðum um upplýsingaskyldu gagnvart viðkomandi nema unnt sé að útiloka að þær upplýsingar sem krafist er geti haft þýðingu fyrir ákvörðun um sekt viðkomandi.⁶⁶

⁶⁵ Sjá retssikkerhedskommissionens betænkning nr. 1428/2003 en Jens Møller var formaður nefndarinnar.

⁶⁶ Ákvæðið hljóðar svo:

§ 10. Hvis der er konkret mistanke om, at en enkeltperson eller juridisk person har begået en lovovertrædelse, der kan medføre straf, gælder bestemmelser i lovgivningen m.v. om pligt til at meddele oplysninger til myndigheden ikke i forhold til den mistænkte, medmindre det kan udelukkes, at de oplysninger, som søges tilvejebragt, kan have betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrædelse.

Stk. 2. I forhold til andre end den mistænkte gælder bestemmelser i lovgivningen m.v. om pligt til at meddele oplysninger, i det omfang oplysningerne søges tilvejebragt til brug for behandlingen af andre spørgsmål end fastsættelse af straf.

Stk. 3. En myndighed skal vejlede den mistænkte om, at vedkommende ikke har pligt til at meddele oplysninger, som kan have betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrædelse. Hvis den mistænkte meddeler samtykke til at afgive oplysninger, finder reglerne i § 9, stk. 4, 2. og 3. pkt., tilsvarende anvendelse.

Ákvæðið kveður á um svokallaðan algildan eða fortakslausan rétt.⁶⁷ Virðist það byggja á þeirri túlkun á dómaframkvæmd Mannréttinda-dómstóls Evrópu að ekki sé heimilt að þvinga sakborning í sakamáli að taka þátt í að upplýsa málið (d. meðvirke til at oplyse sagen/ aktiv medvirkning). Enn fremur var ákvæðið í samræmi við útfærslu réttindanna í sakamálaréttafari og á ákveðnum öðrum réttarsviðum.⁶⁸ Þá hefur verið bent á að erfitt sé að tryggja réttindin á annan hátt í stjórnslunni.⁶⁹ Ákveðin gagnrýni hefur þó komið fram á þessa nálgun.⁷⁰

Athygli vekur að ákveðið tekur til lögaðila. Þá er útgangspunkturinn sá að rökstuddur grunur sé á sambærilegu stigi og í sakamálum almennt séð.⁷¹ Einnig má biðja um aðrar upplýsingar en þær sem eru til þess fallnar að fella sök á aðila, svo sem nafn og heimilisfang.⁷²

Í 2. mgr. 10. gr. laganna kemur fram að öðrum en þeim sem borinn sé sök um refsiverða háttsemi sé skylt að veita stjórnvöldum upplýsingar að því marki sem þær nýtast í öðrum tilgangi en til að taka ákvörðun um sekt viðkomandi. Í athugasemdum með frumvarpinu er tekið dæmi um að skattyfirvöld, sem gruna einstakling um að hafa talið rangt fram til skatts, geti krafist þriðja mann um upplýsingar um sameiginlega veltu hans og grunaða einstaklingsins á tilteknu tímabili vegna álagningar skatta. Ákvæðið virðist ganga nokkuð langt. Í því sambandi

Stk. 4. Den mistænkte kan meddele samtykke til anvendelse af en oplysningspligt over for andre med henblik på at tilvejebringe oplysninger til brug for en straffesag mod den mistænkte. Reglerne i § 9, stk. 4, 2. og 3. pkt., finder tilsvarende anvendelse.

⁶⁷ Jonas Christoffersen: „Retlig kreolisering – om selvinkriminering i dansk, europæisk og amerikansk menneskeret“, bls. 274.

⁶⁸ Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 135, Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering in forvaltningsretten“, bls. 251 og Jonas Christoffersen: „Retten til tavshed over for håndhævelse af immaterialrettigheder“, bls. 319.

⁶⁹ Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering in forvaltningsretten“, bls. 258.

⁷⁰ Jonas Christoffersen hefur fjallað nokkuð um frumvarpið og lögin í ljósi dómaframkvæmdar Mannréttindadómstóls Evrópu. Sjá til dæmis Jonas Christoffersen: „Retlig kreolisering – om selvinkriminering i dansk, europæisk og amerikansk menneskeret“, bls. 275 og Jonas Christoffersen: „Forslag til loven om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter“, bls. 272-300. Sjá einnig Jonas Christoffersen: „Selvinkriminering – Menneskerettighedsdomstolens praksis“. Hann bendir einnig á umfjöllun fræðimanna um að dómaframkvæmdin sé óljós. Sjá Jon Fridrik Kjølbro: „Om selvinkriminering og straffesanktionerede oplysningsspligter“, bls. 131-143 og Lars Bo Langsted: „Selvinkriminering og oplysningspligter“, bls. 308-324.

⁷¹ Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 178 og Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering in forvaltningsretten“, bls. 252.

⁷² Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 183.

má þó benda á að það felur ekki í sér lögfestingu á réttindum 1. mgr. 6. gr. MSE heldur byggir á því að við þessar aðstæður eigi að fylgja reglum sakamálaréttarfars.⁷³ Í tengslum við það má minna á að réttarvernd 1. mgr. 6. gr. MSE tekur ekki til manns sem er ekki borinn sök um refsivert brot í skilningi ákvæðisins.

Í 3. mgr. 10. gr. laganna kemur fram að yfirvöld verði að leiðbeina þeim sem grunaður er um refsiverða háttsemi um að honum sé ekki skylt að veita upplýsingar sem geti haft þýðingu fyrir ákvörðun um sekt hans. Í athugasemdum með frumvarpinu segir að stjórnvöld geti ekki krafist upplýsinga sem geti haft þýðingu fyrir ákvörðun um sekt viðkomandi, en geti aftur á móti beint fyrirspurn til viðkomandi um hvort hann vilji veita slíkar upplýsingar af fúsum og frjálsum vilja. Þá kemur jafnframt fram að sé um skyldu til að skila upplýsingum með reglubundnum hætti skuli stjórnvöld tilkynna viðkomandi um að honum sé ekki lengur skylt að veita upplýsingar sem geti haft þýðingu fyrir ákvörðun um sekt hans. Viðkomandi geti samþykkt að veita stjórnvöldum upplýsingarnar þrátt fyrir að rökstuddur grunur sé um að hann hafi framið refsivert brot en slíkt samþykki skuli vera skriflegt og fara eftir ákvæðum 4. mgr. 9. gr. laganna.⁷⁴

Í 4. mgr. 10. gr. laganna kemur svo fram að sá sem grunaður sé um refsivert brot geti veitt samþykki fyrir því að stjórnvöld krefji þriðja mann um upplýsingar sem geta haft þýðingu í sakamáli gegn honum. Slíkt samþykki skuli vera samkvæmt 4. mgr. 9. gr. laganna. Í athugasemdum við frumvarp laganna kemur fram að þriðji maður geti ávallt veitt stjórnvöldum upplýsingar af fúsum og frjálsum vilja án samþykkis þess sem grunaður er um refsivert brot.⁷⁵

3.2 *Norskur réttur*

Árið 2003 var gefin út skýrsla af nefnd í Noregi og lagt til að lögfest yrði ákvæði í 53. gr. norsku stjórnsýslulaganna sem var efnislega samþærilegt og 1. mgr. 10. gr. rettsikkerhedsloven í Danmörku. Samkvæmt tillögu nefndarinnar hljóðaði ákvæðið á þann veg að í máli sem geti varðað við stjórnsýsluviðurlög eða kæru til lögreglu ætti aðili rétt til að neita að svara spurningum eða afhenda gögn eða muni ef

⁷³ Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 164.

⁷⁴ Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 187-188.

⁷⁵ Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 188.

upplýsingarnar eða gögnin gætu fellt sök á viðkomandi. Stjórnvald skyldi gera viðkomandi grein fyrir þessum rétti.⁷⁶

Ákvæðið var ekki fært í lög. Talið var að tillaga nefndarinnar veitti mun ríkari rétt en þann sem leiða mætti af 6. gr. MSE. Samkvæmt ákvæði mannréttindasáttmálans þyrfti að beita heildstæðu mati í hverju máli og rétturinn samkvæmt 6. gr. MSE væri ekki algildur.⁷⁷ Í tillögunni væri lögaðilum veitt sama vernd og einstaklingum en í Noregi hefði aftur á móti verið litið svo á að vernd einstaklinga væri mun ríkari heldur en vernd lögaðila. Þá hefðu mörg stjórnvöld bent á að erfitt yrði að sinna lögbundinni eftirlitsskyldu sinni ásamt því að erfiðara og kostnaðarsamra yrði að beita stjórnsýsluviðurlögum.⁷⁸

Árin 2015 til 2016 kom aftur til skoðunar hvort setja ætti sérstakt ákvæði í norsku stjórnsýslulögin um réttinn til að fella ekki á sig sök. Ljóst var að stjórnvöld vildu ekki setja almennar reglur um rétt til að neita að tjá sig eða afhenda gögn sem veittu rýmri rétt en samkvæmt 6. gr. MSE. Í athugasemdum við frumvarp norsku stjórnsýslulaganna kom fram að ef setja ætti almennt ákvæði um réttinn þyrfti það að lýsa samsvarandi vernd og þeirri vernd sem 6. gr. MSE veitir. Erfitt væri að setja slíkt ákvæði þar sem ávallt þyrfti að fara fram heildstætt mat ásamt því að erfitt væri að setja ákvæði sem tæki bæði til gildandi framkvæmdar Mannréttindadómstóls Evrópu og mögulegrar framkvæmdar dómstólsins í framtíðinni. Jafnframt var litið til þeirra sjónarmiða sem voru höfð uppi árið 2003. Ákveðið var að lögfesta ekki almennt ákvæði um réttinn í norsku stjórnsýslulögunum. Tekið var þó fram að það gæti verið rétt að setja slíkt ákvæði í sérlæg.⁷⁹

Í kjölfarið var skoðað hvort setja ætti sérstakt ákvæði um skyldu stjórnvalda til að leiðbeina um réttinn til að fella ekki á sig sök. Slíka leiðbeiningarskyldu væri hægt að daga af almennri leiðbeiningarreglu stjórnsýslulaganna en sérstakt lagaákvæði væri til þess fallið að aðstoða stjórnvöld við að átta sig á því í hvaða tilfellum mætti biðja um upplýsingar og gögn. Við matið á því hvort lögfesta ætti slíkt ákvæði

⁷⁶ *NOU 2003:15*, kafli 12.7.4. Tillagan að ákvæðinu hljóðaði svo: „I sak om administrativ sanksjon eller mulig politianmeldelse har enhver rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff. Forvaltningsorganet skal gjøre vedkommende kjent med denne retten.“

⁷⁷ Det kongelige jurts- og beredskapsdepartement. *Prop. 62 L* (2015-2016). Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak). Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.), bls. 139-140.

⁷⁸ *Prop. 62 L*, bls. 134-141.

⁷⁹ *Prop. 62 L*, bls. 134-141.

var meðal annars litið til þess að erfitt gæti verið fyrir stjórnvöld að veita nákvæmar leiðbeiningar þar sem ávallt þyrfti að beita heildstæðu mati á fjölda þátta. Stjórnvöld sem óskuðu eftir upplýsingum eða gögnum gætu ekki vitað fyrir fram hvort upplýsingarnar eða gögnin felldu sök á aðilann. Aðeins þyrfti að leiðbeina um réttinn í þeim málum þar sem kæmi til greina að beita stjórnýsluviðurlögum og þau væru takmörkuð við aðila sem væru bornir sök í skilningi 6. gr. MSE. Meiri hluti stjórnýslumála hæfist án þess að ljóst væri hvort því lyki með stjórnýsluviðurlögum. Skoðað var hvort leiðbeiningarskyldan ætti aðeins að ná til upplýsinga en ekki til afhendingar gagna eða hluta. Talið var að rétturinn til að neita að tjá sig veitti ríkari vernd heldur en rétturinn til að afhenda gögn. Þá væru ekki ákvæði í norsku sakamálaögunum um réttinn til að neita að afhenda gögn. Þar sem álitæfni um afhendingu gagna væri svo nátengt eftirlitsskyldu stjórnvalda var litið svo á að ákvæði um leiðbeiningarskyldu réttarins þyrfti einnig að ná til gagna. Litið var til þess að erfitt væri að lögfesta umfang leiðbeiningarskyldunnar. Þegar um væri að ræða stjórnýsluviðurlög ætti að leiðbeina um að aðili *gæti* átt rétt til að tjá sig ekki eða neita að afhenda gögn ef þau felldu á hann sök. Ætti það ekki síst við þar sem lögfesting leiðbeiningarskyldu um réttinn í stjórnýsluögunum ætti við um öll stjórnvöld og hefði því víðtækt gildissvið. Hægt væri að veita leiðbeiningar með stöðluðum texta. Að lokum var slíkt ákvæði sett í 48. gr. norsku stjórnýslulaganna.⁸⁰

Samkvæmt ákvæðinu skulu stjórnvöld, ef beita skal stjórnýsluviðurlögum, tilkynna hlutaðeigandi aðilum um að þeir geti átt rétt til þess að svara ekki spurningum eða að afhenda ekki gögn eða hluti þegar upplýsingarnar eða gögnin geti leitt til að viðkomandi verði gert að sæta stjórnýsluviðurlögum eða refsingu. Þá er tekið fram að leiðbeiningarskyldan gildi ekki þegar aðilanum má vera ljóst um að slíkur réttur sé fyrir hendi.

Til að stjórnvöld uppfylli leiðbeiningarskyldu sína samkvæmt ákvæðinu er nóg að láta aðila vita á með almennum hætti um réttinn til að fella ekki á sig sök. Ákvæðið lýtur að leiðbeiningarskyldu stjórnvalda og umfang þess er því töluvert minna en samkvæmt

⁸⁰ Ákvæðið hljóðar svo:

§ 48. (orientering om taushetsrett mv.)

I sak om administrativ sanksjon skal forvaltningsorganet gjøre parter som det er aktuelt for, oppmerksom på at det kan foreligge en rett til ikke å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff. Orienteringsplikten gjelder ikke der parten må antas å være kjent med at det kan foreligge en slik rett.

ákvæðinu sem stóð til að lögfesta árið 2003 sem veitti aðila fortakslausan rétt til þess að tjá sig ekki eða afhenda ekki gögn. Skylda stjórnvalda til að upplýsa aðila um réttinn nær aðeins til aðila sem raunverulega njóta réttarins. Þá er stjórnvöldum jafnframt ekki skylt að upplýsa aðila um réttinn í öllum tilvikum jafnvel þegar aðili er borinn sök í skilningi 6. gr. MSE ef viðkomandi er meðvitaður um að rétturinn sé fyrir hendi.

Til viðbótar var sett sambærilegt ákvæði í norsku skattalögin, sbr. grein 14-9.81. Þar segir að ef um sé að ræða álag (n. tilleggsskatt) eða stjórnvaldssektir (n. overtredelsesgebyr) skuli skattyfirvöld, að því marki sem nauðsynlegt er fyrir aðila til að gæta hagsmuna sinna í máli, leiðbeina skattskyldum aðila og þriðja aðila um gildissvið réttarins til að svara ekki spurningum eða að afhenda skjöl eða hluti þegar svarið eða upplýsingarnar geti leitt til þess að viðkomandi verði gert að greiða álag eða sæta refsingu. Í athugasemdum með frumvarpi laganna kemur fram að skattyfirvöld þurfi að leiðbeina aðila er eftirliti sætir (n. kontrollsobjektene) um umfang réttarins til að svara ekki spurningum. Löggjafinn hefur þannig valið sömu nálgun varðandi vernd aðila samkvæmt skattalögunum og í norsku stjórnslögunum.

3.3 Íslenskur réttur

3.3.1 Hvernig hafa réttindin verið lögfest hér á landi?

Ekki hafa verið lögfest almenn ákvæði um þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök í stjórnslögunum eins og í sakamálaöllum. Þannig er ekkert ákvæði í stjórnslögunum nr. 37/1993 (hér eftir „stjórnslög“ eða „ssl.“) sem áréttar og útfærir réttindin fyrir stjórnslögunum. Sett hafa verið ýmis ákvæði í sérlög um réttindin og hefur þeim fjölgað síðasta áratuginn. Sem dæmi má nefna 143. gr. laga nr. 108/2007, um verðbréfavíðskipti. Þar segir að í máli sem beinist að einstaklingi og lokið geti með álagningu stjórnvaldssekta eða kærur til lögreglu hafi maður, sem rökstuddur grunur leikur á að hafi gerst sekur um lögbrot, rétt til að neita að svara spurningum eða afhenda gögn eða muni nema hægt sé að útiloka að það geti haft þýðingu fyrir ákvörðun

⁸¹ Ákvæðið hljóðar svo:

§ 14-9. Veiledning om taushetsrett mv.

I sak om tilleggsskatt eller overtredelsesgebyr skal skattemyndighetene, så langt det er nødvendig for at en part kan ivareta sine interesser i saken, veilede skattepliktig og tredjepart om rekkevidden av retten til ikke å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen kan utsette vedkommende for tilleggsskatt, overtredelsesgebyr eller straff.

um brot hans. Fjármálaeftirlitið skuli leiðbeina hinum grunaða um þennan rétt. Ýmis ákvæði eru sama marki brennd.⁸² Á 135. lögjafarþingi, þ.e. árið 2007-2008, var lagt fram frumvarp til breytinga á stjórnýslulögum sem fól í sér að bæta við nýjum kafla um stjórnýsluviðurlög.⁸³ Frumvarpið náði ekki fram að ganga. Í frumvarpinu var lagt til að sett yrði almennt ákvæði um réttindin í stjórnýslulög. Var frumvarpsgreinin sambærileg fyrrnefndu ákvæði 143. gr. laga nr. 108/2007. Hefði frumvarpið orðið að lögum hefði ákvæðið um réttindin tekið til allrar stjórnýslunnar að því marki sem hún félli undir gildissvið stjórnýslulaga og kaflans um stjórnýsluviðurlög.

Þótt algengasta fyrirkomulagið sé það sem er að finna í 143. gr. laga nr. 108/2007 finnst dæmi um viðtækari útfærslu í 4. mgr. 10. gr. laga nr. 68/2011, um rannsóknarnefndir. Í því segir meðal annars að skylda til afhendingar gagna og til að láta af hendi upplýsingar og svör, sbr. 7. gr., og til að láta af hendi upplýsingar við skýrslugjöf, sbr. 8. gr., sé þó ekki fyrir hendi ef ætla megi að í henni geti falist játning eða bending um að sá sem beðinn er um að afhenda gögnin eða láta af hendi upplýsingar hafi framið refsiverðan verknað eða atriði sem valdi honum siðferðislegum hnekki eða tilfinnanlegu fjárhagstjóni. Sama eigi við ef ætla megi að afhending gagna eða veiting upplýsinga hefði sömu afleiðingar fyrir einhvern þann sem tengist viðkomandi með þeim hætti sem segir í 1. og 2. mgr. 117. gr. sml. Í umræddum ákvæðum sakamálalaga er fjallað um aðila sem geta skorast undan því að gefa vitnaskýrslu.

Aðra tilhögun á efni lagaákvæðis en að framan greinir er að finna í 2. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005. Þar segir að ekki sé heimilt að nota upplýsingar sem fyrirsvarsmaður fyrirtækis hafi veitt Samkeppniseftirlitinu sem sönnunargagn í sakamáli sem höfðað sé gegn honum vegna brota sem tilgreind séu í 41. gr. a.⁸⁴ Einnig eru dæmi

⁸² Sjá til dæmis 112. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, 15. gr. c laga nr. 87/1992, um gjaldeyrimál, og 50. gr. laga nr. 90/2018, um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga.

⁸³ Alþt. 2007-2008, 135. löggj.þ., þskj. 837.

⁸⁴ Ákvæðinu var ætlað að skerpa á þagnarrétti einstaklinga. Einnig var tekið fram að ákvæðið hefði þá þýðingu að fyrirsvarsmaður fyrirtækis gæti ekki neitað að veita Samkeppniseftirlitinu upplýsingar til notkunar í stjórnýslumáli gegn viðkomandi fyrirtæki á þeim grundvelli að þær yrðu síðar notaðar gegn honum persónulega í sakamáli. Einnig var horft til réttar lögáðila til að fella ekki á sig sök í Evrópurétti. Sjá Alþt. 2006-2007, 133. löggj.þ., þskj. 788. Ákvæði 5. mgr. 10. gr. laga nr. 68/2011, um rannsóknarnefndir, er sambærilegt.

Þess að stjórnvöldum beri að fara eftir sakamála lögum við meðferð mála. Í því sambandi má benda á 7. mgr. 103. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt. Samkvæmt ákvæðinu ber skattrannsóknarstjóra að gæta ákvæða sakamála laga við rannsóknaraðgerðir eftir því sem við getur átt, einkum varðandi réttarstöðu grunaðra manna á rannsóknarstigi. Af því leiðir að skattrannsóknarstjóra ber að gæta að VII. kafla sml.

Í framangreindum lagaákvæðum er mælt fyrir um þrenns konar réttindi. Í *fyrsta lagi* rétt til að svara ekki spurningum sem og að neita að afhenda gögn og upplýsingar við vissar aðstæður. Í *öðru lagi* leiðbeiningarskyldu stjórnvalds um réttindin. Í *þriðja lagi* bann við notkun gagna og upplýsinga í sakamáli sem hefur verið aflað með ákveðnum hætti við meðferð annarra mála. Ljóst er því að unnt er að fara ýmsar leiðir við lögfestingu á ákvæðum um réttindin. Til samanburðar má rifja upp að í fyrrnefndri 10. gr. svokallaðra rettsikkerhedslov í Danmörku er að finna ákvæði um réttindin. Upphafsmálgrein ákvæðisins er að nokkru leyti sambærileg fyrrnefndri 143. gr. laga nr. 108/2007 og í 3. mgr. ákvæðisins er mælt fyrir um leiðbeiningarskyldu stjórnvalda. Þá var norsku stjórnsýslulögunum breytt árið 2016 eins og fyrr getur. Eins og rakið hefur verið var ekki farin sama leið og í Danmörku. Sérstaklega var ákveðið að lögfesta ekki almennt ákvæði um réttinn til að svara ekki spurningum eða neita að afhenda gögn og upplýsingar við vissar aðstæður. Í staðinn er nú að finna ákvæði í 48. gr. norsku stjórnsýslulaganna um leiðbeiningarskyldu stjórnvalda um réttindin.

Þótt lagaákvæði um réttindin sé að finna á víð og dreif í lögum og þeim hafi fjölgað hafa ekki verið lögfest ákvæði í öllum tilvikum sem stjórnvöld hafa heimild til að leggja á stjórnvaldssekt. Ástæða þess kann að vera sú í ýmsum tilvikum að heimildin til að leggja á stjórnvaldssekt sé bundin við lögaðila og að baki búi sú afstaða að réttindin taki ekki til þeirra eða gildi að minnsta kosti ekki fullum fetum. Til að mynda er kveðið á um í 22. gr. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, að Neytendastofa geti lagt stjórnvaldssektir á fyrirtæki vegna ákveðinna brota. Í lögunum er ekki finna ákvæði um réttindin. Fleiri dæmi eru svipuð.⁸⁵ Til marks um þessa afstöðu má

⁸⁵ Sjá einnig til dæmis lög nr. 3/2006, um ársreikninga, en í 120. gr. er kveðið á um sektarheimildir vegna félaga, sektarheimild í 11. gr. laga nr. 72/1994, um merkingar og upplýsingaskyldu um vörur sem tengjast orkunýtingu, sektarheimild í 25. gr. e laga nr. 57/2005, um brunavarnir, sektarheimild í 14. gr. laga nr. 42/2009, um visthönnun sem tengist orkunotkun, sektarheimild í 4. gr. laga nr. 78/2014, um greiðslur yfir landamæri í evrum, og sektarheimild í 31. gr. laga nr. 11/2008, um sértryggð skuldabréf. Ekki hefur

einnig benda á að þegar kveðið er á um réttindin í lögum eru þau oftast takmörkuð við einstaklinga. Ákvæðin bera ýmist yfirskriftina „réttur manna til að fella ekki á sig sök“, „réttur einstaklinga“ eða „réttur grunaðs manns“. Í sumum tilvikum hafa þau þó ekkert heiti.⁸⁶ Þau ákvæði eru sambærileg 143. gr. laga nr. 108/2007, um verðbréfa-viðskipti, og er það algengasta útfærslan á lögfestingu réttindanna. Framangreind ástæða útskýrir þó ekki fyrirkomulag þessara mála í öllum lagabálkum. Þannig er til dæmis kveðið á um stjórnvaldssektir einstaklinga eða lögaðila í 25. gr. laga nr. 155/2018, um landgræðslu, án þess að kveðið sé á um réttinn til að fella ekki á sig sök. Fleiri lagabálkar eru á sömu lund.⁸⁷

Þegar ekki hafa verið sett ákvæði í sérlög um réttindin eða það reynir á atriði sem sérlagaákvæðin taka ekki á ræðst réttarstaðan af því hvernig 1. mgr. 6. gr. MSE og 1. mgr. 70. gr. stjkskr. horfa við í stjórnýslumálum. Beiting mannréttindareglanna er ekki vandalaus. Helgast það meðal annars af því að ákveðinnar réttaróvissu gætir um hvernig réttindin eiga við í stjórnýslumálum. Dómar á vettvangi Mannréttindadómstóls Evrópu um þetta efni eru fáir.⁸⁸ Þá er heldur

verið athugað hvort sá greinarmunur sem er gerður á einstökum lögum eigi rætur að rekja til EES-réttar.

⁸⁶ Um þessi lagaákvæði sjá til dæmis 50. gr. laga nr. 90/2018, um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga, 63. gr. efnalaga nr. 61/2013, 9. gr. j laga nr. 22/1994, um eftirlit með fóðri, áburði og sáðvöru, 67. gr. laga nr. 128/2011, um verðbréfasjóði, fjárfestingarsjóði og fagfestasjóði, 35. gr. laga nr. 110/2007, um kauphallir, 34. gr. b laga nr. 131/1997, um rafræna eignarskráningu verðbréfa, 99. gr. laga nr. 56/2010, um váttryggingastarfsemi, 167. gr. laga nr. 100/2016, um váttryggingastarfsemi, 48. gr. laga nr. 140/2018, um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka, 10. gr. laga nr. 15/2018, um afleiðuviðskipti, miðlæga mótaðila og afleiðuviðskiptaskrár, 4. mgr. 77. gr. laga nr. 120/2011, um greiðsluþjónustu, 4. mgr. 18. gr. innheimtulaga nr. 95/2008, 10. mgr. 3. gr. laga nr. 50/2017, um lánshæfismatsfyrirtæki, 8. gr. laga nr. 55/2017, um skortsölu og skuldtryggingar, 4. mgr. 43. gr. laga nr. 17/2013, um útgáfu og meðferð rafeyris, og 52. gr. laga nr. 60/2017, um váttryggingasamtæður.

⁸⁷ Sjá einnig 55. gr. laga nr. 155/2018, um lax- og silungsveiðar, um stjórnvaldssektir á skipstjóra, 13. gr. laga nr. 65/2015, um leigu skráningarskyldra ökutækja, 2. mgr. 59. gr. vegalaga nr. 80/2007, 18. gr. laga nr. 95/2016, um timbur og timburvörur, 18. gr. laga nr. 146/1996, um öryggi raforkuvirkja, neysluveitna og raffanga, 34. gr. laga nr. 130/2014, um vernd afurðarheita sem vísa til uppruna, landssvæðis eða hefðbundinnar sérstöðu, og 22. gr. a laga nr. 85/2007, um veitingastaði, gististaði og skemmtanahald. Ekki hefur verið tekin afstaða til þess hvort sektarheimildirnar í þessum lögum teljist refsingar eða viðurlög í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE.

⁸⁸ Jens Edvin A. Skoghøj: „Forvaltningssanskjoner, EMK og Grunnloven“, bls. 321 og Jens Garde o.fl. (ritstj.): *Forvaltningsret. Sagsbehandling*, bls. 30, segja að óvissu hafi gætt árum saman um réttindin í Danmörku og hafi verið rætt um þau lengi áður en rettsikkhedsloven hafi verið sett.

ekki alltaf ljóst hvernig eigi að beita þeim sjónarmiðum og viðmiðum sem þar koma fram fyrir önnur tilvik en beinlínis reyndi á í dómunum enda ræðst niðurstaðan af heildstæðu og atviksbundnu mati. Enn fremur hefur verið bent á að ekki verði alltaf séð að fullt samræmi sé á milli dómanna.⁸⁹ Þá hafa fáir dómar verið kveðnir upp hér á landi þar sem reynt hefur á réttindin í tengslum við stjórnsýsluna en þó má benda á *Hrd. 16. mars 2007 í máli nr. 92/2007 (olíufélög)*. Þessi staða kann að skapa vandkvæði í framkvæmd þar sem stjórnvöld eru jafn misjöfn og þau eru mörg. Það hafa ekki öll stjórnvöld sömu reynslu af beitingu réttindanna og lögreglan og handhafar ákærvalds. Því er mikilvægt að stjórnvöld kortleggi hvernig reynt geti á réttindin í málum hjá þeim og starfsmönnum stjórnsýslunnar sé veitt fræðsla um þau.

3.3.2 *Nánar um algengasta fyrirkomulagið hér á landi*

Eins og gerð var grein fyrir hér á undan er ekki að finna almennt ákvæði um þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök í stjórnsýslulögum en á 135. löggjafarþingi var gerð tillaga um slíkt lagaákvæði. Frumvarpið náði ekki fram að ganga. Ákvæðið var, sem fyrr segir, sambærilegt við til dæmis 112. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, en það hefur að geyma algengasta fyrirkomulagið á lögfestingu réttarins hér á landi. Ákvæðið hljóðar svo:

Í máli sem beinist að einstaklingi og lokið getur með álagningu stjórnvaldssekta eða kæru til lögreglu hefur maður, sem rökstuddur grunur leikur á að hafi gerst sekur um lögbot, rétt til að neita að svara spurningum eða afhenda gögn eða muni nema hægt sé að útiloka að það geti haft þýðingu fyrir ákvörðun um brot hans. Fjármálaeftirlitið skal leiðbeina hinum grunaða um þennan rétt.

Þegar ákvæðið er borið saman við 1. og 3. mgr. 10. gr. rettsikkerhedsloven og tillöguna sem var lögð fram árið 2003 í Noregi er ljóst að það byggir á þeim. Líkt og vikið var að hér að framan eru einnig til dæmi um aðra tilhögun á lögfestingu réttindanna hér á landi en ekki verður fjallað nánar um þær hér. Í staðinn verður farið minnst á nokkur atriði í tengslum við sérlagaákvæði eins og 112. gr. laga nr. 161/2002.

Nokkur atriði varðandi sérlagaákvæðin eru eftirtektarverð. Í *fyrsta lagi* eru ákvæðin bundin við einstaklinga. Verði þróunin sú að lögaðilar

⁸⁹ Karen Reid: *A Practioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 313, þar sem segir á bls. 315 að erfitt er að samrýma MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi og MDE J.B. gegn Sviss.

njóti réttinda samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE fer um þá réttarvernd eftir því ákvæði.⁹⁰ Bæði í Danmörku og Noregi hefur verið farin sú leið að takmarka réttarverndina ekki við einstaklinga. Rétt er þó að halda því til haga að ef lögaðilar njóta réttindanna er ekki ósennilegt að réttarvernd þeirra verði takmarkaðri en réttarvernd einstaklinga.

Í öðru lagi eru ákvæðin almennt bundin við álagningu stjórnvaldssekta en taka ekki til annarra stjórnýsluviðurlaga sem geta fallið undir 1. mgr. 6. gr. MSE.

Í þriðja lagi eru ákvæðin ekki bundin við gildissvið MSE eins og til dæmis IX. kafli norsku stjórnýslulaganna. Því er ekki útilokað að þau taki til stjórnvaldssekta sem falla utan við 1. mgr. 6. gr. MSE þó það sé ósennilegt. Líklega tekur orðalagið „rökstuddur grunur um að hafi gerst sekur um lögbrot“ til flestra tilvika þar sem maður hefur verið borinn sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE en einhver frávik kunna að vera frá því. Það ræðst þó af því hvernig ákvæðin verða túlkuð.

Í fjórða lagi kunna að rísa upp álitæfni í tengslum við orðalagið „kæra“. Ákveðin rök eru fyrir því að mál sem byggjast á framsendingarskyldu eða -heimild falli einnig undir ákvæðið en það ræðst þó af túlkun þess.

Í fimmta lagi er ekki gerður neinn greinarmunur á gögnum og munum eftir því til dæmis hvort þau hafi sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila, sbr. *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi*. Þá er rétturinn til að svara spurningum ekki háður öðrum takmörkunum nema að útilokað sé að upplýsingar hafi þýðingu fyrir ákvörðun um brot. Þannig er ekki gert ráð fyrir tilvikum eins og þeim sem voru uppi í *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Lückhoff og Spanner gegn Austurríki*.

Með skírskotun til framangreinds kunna sérлагаákvæðin að ganga lengra en gerð er krafa um samkvæmt dómaframkvæmd Mannréttinda-dómstóls Evrópu.

4. Réttaráhrif brota á réttindunum í stjórnýslunni

4.1 Ólík stig máls og aðstæður

Brot á þagnarréttinum og réttinum til að fella ekki á sig sök samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE og eftir atvikum 1. mgr. 70. gr. stjkskr. hafa í för með sér sömu réttaráhrif og brot á réttinum til réttlátrar málsmeðferðar fyrir dómi enda eru þau liður í þeim rétti. Í þessu sambandi má minna á að

⁹⁰ Um þessa mögulegu þróun, sjá til dæmis Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering i forvaltningsretten“, bls. 263.

með dómi Hæstaréttar í *Hrd. 16. mars 2007 (mál nr. 92/2007) (olíufélög)* var ákæru á hendur sakborningum vísað frá dómi. Einnig var horft framhjá tilteknum sönnunargögnum við úrlausn máls í *Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 842/2014) (símhlustun)*. Þá leysti Hæstiréttur úr máli án þess að byggja á umdeildu þvagsýni í *Hrd. 30. október 2008 (máli nr. 236/2008) (þvagsýni)*. Rétturinn tók þó ekki afstöðu til þess hvort þess hefði verið aflað með ólögætum hætti og hvaða afleiðingar það ætti hafa eins og gert var í *Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 842/2014) (símhlustun)*. Hér verður stiklað á stóru um réttaráhrif brota á réttindunum í stjórnáskilunni. Sérstaklega hafa verið höfð í huga réttindin samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE en sama kann að eiga við vegna brota á réttindunum samkvæmt 1. mgr. 70. gr. stjkskr. og eftir atvikum sérlagaákvæðum.

Við umfjöllunarefnið verður að huga að þrennu. Í *fyrsta lagi* hvers konar brot er um að ræða hverju sinni, þ.e. var ekki gætt að leiðbeiningarskyldu, var gagna aflað með ótilhlýðilegri þvingun eða voru gögn, sem var aflað með slíkum hætti í öðru máli, notuð í síðara sakamáli. Í *öðru lagi* verður kanna á hvaða stigi máls eða við hvers konar aðstæður reynir á réttaráhrif brotanna. Til að mynda hvort álitaefnin komi til skoðunar hjá eftirlitsstjórnvaldi sjálfu eða fyrir dómstóli og hvort mál sé enn í gangi eða því lokið. Í *þriðja lagi* ber að hafa hugfast að aðilar geta látið reyna á ólíkar afleiðingar brota. Þannig geta þeir til dæmis farið fram á ógildingu stjórnvaldsákvörðunar eða krafist skaðabóta. Með þetta í huga verður nú vikið að nokkrum aðstæðum þar sem kann að reyna á réttaráhrif brota á réttindunum.

4.2 Eftirlitsstjórnvald stendur frammi fyrir því að taka ákvörðun um efni máls

Máli getur lokið hjá eftirlitsstjórnvaldi með ákvörðun um efni máls, svo sem ákvörðun þar sem til greina kemur að leggja stjórnvaldssekt á aðila. Segjum að stjórnvald hafi fengið gögn í hendur án þess að hafa gætt að leiðbeiningarskyldu sinni um réttindin. Stjórnvaldið stendur nú frammi fyrir því að taka ákvörðun í máli. Virðist nærtækasta niðurstaðan vera sú að stjórnvaldið geti ekki byggt á umræddum gögnum. Minna má þó á að mat á því hvort málsmeðferð sé réttlát vegna þess að stuðst hafi verið við „ólögæt“ sönnunargögn er ávallt heildstætt og ólögæti er aðeins einn þáttur í matinu samkvæmt 1.

mgr. 6. gr. MSE.⁹¹ Ef leiðbeiningarskyldan hefur verið brotin án þess að það hafi komið að sök en aðili hefur enn þörf fyrir leiðbeiningar af einhverri ástæðu verður að telja að stjórnvaldinu beri að leiðbeina honum sem fyrst.

Ef stjórnvald sem hefur aflað gagna og upplýsinga með ótilhlýðilegri þvingun þannig að í bága fari við réttindin stendur frammi fyrir að taka ákvörðun um efni máls virðist niðurstaðan vera á sama veg. Ekki er heimilt að styðjast við gögnin við úrlausn málsins. Sjá til hliðsjónar *Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 842/2014) (símhlustun)* þar sem að vísu reyndi ekki á þýðingu gagna í stjórnýslumáli.

Hér verður ekki fjallað nánar um það vandasama álitaefni hvort ákveðin „smithætta“ sé af gögnum og upplýsingum með þeim hætti að málið í heild ónýtist með þeim afleiðingum að stjórnvaldið getur ekki tekið ákvörðun þar sem einfaldlega er litið framhjá gögnunum, eins og gert var í *Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 842/2014) (símhlustun)*. Sjá í þessu sambandi til hliðsjónar *Hrd. 16. mars 2007 (máli nr. 92/2007) (olíufélög)*. Í þessu samhengi kann að reyna á hvort umrædd sönnunargögn séu eina sönnunargagnið eða hafi afgerandi vægi. Þannig gæti haft þýðingu hvort niðurstaða byggist einnig á öðrum sönnunargögnum. Jafnframt kann að reyna á hvernig sönnunargögnin tengjast öðrum sönnunargögnum málsins og hversu auðveldlega þau verða aðskilin frá þeim.

Segjum að aðili máls hafi í samræmi við rétt sinn neitað að tjá sig eða afhenda gögn og upplýsingar og nú standi eftirlitstjórnvald frammi fyrir því að taka ákvörðun í máli. Við þessar aðstæður reynir ekki á brot á réttindunum. Vert er þó að minna á að eftirlitsstjórnvaldið verður að gæta að því að sönnunarmatið fari ekki í bága við réttindin og 2. mgr. 6. gr. MSE, svo sem með því að byggja niðurstöðu um að aðili hafi gerst brotlegur við lög einvörðungu á þögn hans eða synjun um að afhenda gögn og upplýsingar, sbr. til hliðsjónar *MDE John Murray gegn Stóra-Bretlandi*.⁹²

⁹¹ Í tengslum við mat á sönnunargögnum og réttinn til að fella ekki á sig sök er að finna lista yfir áhrifaþætti í mgr. 247 í *MDE Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi*. Ólögmat sönnunargögn er að finna í c-lið listans.

⁹² Um sönnun í stjórnýslunni sjá Pál Hreinsson: *Stjórnýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 510-512 og 515-520. Sjá einnig til hliðsjónar Niels Fenger (ritstj.): *Forvaltningsret*, bls. 493, Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces*, bls. 45-48 og Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret*, bls. 151-152.

4.3 Eftirlitsstjórnvald hefur tekið ákvörðun um efni máls

Ef eftirlitsstjórnvald tekur ákvörðun, þar sem byggt er á gögnum og upplýsingum, sem var aflað í andstöðu við réttindin, verður að telja að almennt sé um verulegan annmarka að ræða. Slík stjórnvaldsákvörðunin er því almennt ógildanleg. Enn á ný ber þó að minna á að mat á því hvort málsmeðferð sé réttlát er heildstætt og atviksbundið.⁹³

Hafi eftirlitsstjórnvald brotið í bága við leiðbeiningarskylduna án þess að það hafi komið að sök, þ.e. engra gagna eða upplýsinga var aflað sem fella sök á viðkomandi, verður að leggja mat á aðstæður allar í ljósi þess hvort reynt hafi á leiðbeiningarregluna sem verklagsreglu eða öryggisreglu.⁹⁴ Í fyrra tilvikinu er ákvörðun væntanlega ekki ógildanleg en hún er það mögulega í síðara tilvikinu. Í því sambandi kann að reyna á hvort ótilhlýðileg þvingun í máli hafi verið alvarleg.⁹⁵

Sé staðan sú að aðili hefur neitað að tjá sig eða afhenda gögn og upplýsingar og eftirlitsstjórnvald hefur við sönnunarmat sitt brotið gegn réttindunum eða 2. mgr. 6. gr. MSE er ákvörðunin sömuleiðis almennt haldin ógildingarannmarka. Á það að minnsta kosti við ef um mikilvægt atriði var að ræða.

Verði eftirlitsstjórnvald vart við að brotið hafi verið í bága við réttindin í máli sem nú þegar hefur verið tekin ákvörðun þarf það að taka afstöðu til þess hvort ákvörðun sé afturkallanleg, sbr. 2. tölul. 25. gr. ssl. Telji aðili máls að ákvörðun sé haldin ógildingarannmarka getur hann, innan tímaskilyrða, óskað eftir endurupptöku máls, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 24. gr. ssl. og eftir atvikum óskráðar reglur um endurupptöku máls.

4.4 Eftirlitsstjórnvald fylgir broti á upplýsingaskyldu eftir

Eftirlitsstjórnvald kann að hafa krafið aðila um gögn og upplýsingar á grundvelli lagaskyldu að viðlagðri refsingu. Aðili máls neitar að afhenda gögnin og upplýsingarnar. Í framhaldinu er aðili ákærður þar sem til greina kemur að gera honum refsingu vegna brots á lagaskyldunni. Sé um ótilhlýðilega þvingun að ræða og brot á réttindunum ber að sýkna. Það mælir með sýknu í stað frávisunar við þessar aðstæður að málið lýtur aðeins að vanrækslu á upplýsingaskyldu sem aðila var ekki skylt að verða við. Hafi verið höfðað mál til

⁹³ Sjá til hliðsjónar til dæmis Ole Hasselgaard o.fl.: *Retssikkerhedsloven*, bls. 146.

⁹⁴ Sjá til hliðsjónar Pál Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 913-914.

⁹⁵ Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana, sjá Pál Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 913-926 og Arnar Þór Stefánsson: „Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana“, bls. 261-315.

að knýja á um upplýsingagjöfina að viðlögðum dagsektum bæri jafnframt að sýkna af slíkri kröfu.

Ef eftirlitsstjórnvald hefur sjálft heimild til að ákveða stjórnvaldssekt í tilefni af broti á upplýsingaskyldu eða beita aðila þvingunarræðum á borð við dagsektir er ekki heimilt að taka ákvörðun þar sem slíkum úrræðum er beitt. Ástæða þess er sú að aðilanum var heimilt að synja að verða við upplýsingabeiðni og hefur því ekki gerst brotlegur við lög.

Geti eftirlitsstjórnvald hlutast til um að þvingunarráðstöfun í þágu rannsóknar máls sé beitt og beiðni um þvingunarráðstöfun felur í sér að brotið verði gegn réttindunum, sbr. til dæmis aðstöðuna í *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*, verður að gera ráð fyrir því að dómara beri að synja henni enda brjóti hún í bága við stjórnarskrá og MSE. Þegar opinberir starfsmenn fá fyrirskipun um að beita aðila líkamlegum eða andlegum þvingunum sem fara í bága við 3. gr. MSE og 1. mgr. 68. gr. stjtskr. verður að telja að þeir séu ekki skyldir til að fylgja henni þrátt fyrir 15. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, og 140. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Að öðru leyti vísast til reglna og sjónarmiða um hvenær opinberum starfsmanni er heimilt að láta hjá líða að fylgja fyrirskipun yfirboðara.⁹⁶

4.5 Mál er kært eða framsent til annars stjórnvalds

Segjum að eftirlitsstjórnvald hafi aflað gagna og upplýsinga í bága við réttindin og standi nú frammi fyrir því að kæra málið til annars stjórnvalds, sem hefur það hlutverk að úrskurða um brot, eða kæra eða framsenda málið til rannsóknar og dómsmeðferðar. Berist upplýsingar til úrskurðaraðilans eða lögreglu og handhafa ákærvalds verður að telja að þeim sé ekki heimilt að nota þær með þeim fyrirvara, sem áður hefur verið imprað á, að mat á hvort málsmeðferð sé réttlát, þar sem byggt er á „ólögmætum“ sönnunargögnum, er heildstætt og atviksbundið. Sé mál höfðað af hálfu ákærvaldsins er heldur ekki heimilt að byggja á gögnunum í dómsmáli, sbr. fyrirnefnd *Hrd. 16. mars 2007 (mál nr. 92/2007) (olíufélög)* og *Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 842/2014) (símhlustun)*. Hafi gögn og upplýsingar verið notuð í dómsmáli kann það að valda því að dómi verði áfrýjað af hálfu aðila og hann að lokum ómerktur. Þá kann einnig að reyna á endurupptöku dómsmáls og að lokum kæru til Mannréttindadómstóls Evrópu, séu skilyrði til þess uppfyllt.

⁹⁶ Sjá til hliðsjónar Hafstein Dan Kristjánsson: „Heimildir stjórnvalda til að taka afstöðu til þess hvort lög samrýmist stjórnarskránni“, bls. 91-93.

Sú spurning vaknar hver eigi að taka afstöðu til þess hvort gögn séu framsend eða notuð. Er það eftirlitsstjórnvaldið sem metur hvort eigi að framsenda gögnin og upplýsingarnar eða er það viðtakandans að meta? Ekki verður leyst úr þessu álitaefni hér að öðru leyti en með því að benda á eftirfarandi sjónarmið: Annars vegar kann að koma til skoðunar hvort um skýrt brot á réttindunum sé að ræða. Sé ekki um skýrt brot að ræða kann að vera málefnalegt og eðlilegt af hálfu eftirlitsstjórnvalds að framsenda gögnin og upplýsingarnar og fela viðtakandanum að meta hvort styðjast eigi við þau. Eftirlitsstjórnvaldinu ber þó að vekja athygli viðtakandans á álitaefninu. Hins vegar kann framsending að skapa hættu á því að mál ónýtist ef talið verður að slík gögn og upplýsingar valdi „smithættu“ eða hafi „smitáhrif“, sbr. til hliðsjónar *Hrd. 16. mars 2007 (mál nr. 92/2007) (olíufélög)* og þau sjónarmið sem voru reifuð hér að ofan.

Auk framangreinds kann íslenska ríkið að vera bótaskyldt gagnvart aðila máls.

5. Lokaorð

Í sérstaka hlutanum var fjallað um þá stöðu þegar stjórnvöld krefja aðila máls, sem borinn er sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE, um gögn og upplýsingar á grundvelli lagaskyldu þess efnis að viðlagðri refsingu. Í því sambandi voru lykildómar greindir og gerð grein fyrir viðhorfum höfundar til réttarstöðunnar á grundvelli þeirra. Lögð var áhersla á að um heildstætt og atviksbundið mat væri að ræða á grundvelli nokkurra sjónarmiða. Vegna þess bæri að forðast að draga of afdráttarlausar ályktanir af einstökum dómum. Í framhaldinu voru síðan rakin dæmi um lagaákvæði um lögfestingu réttindanna á sviði stjórnsýslunnar í dönskum, norskum og íslenskum rétti. Að lokum var velt upp hvernig geti reynt á réttaráhrif brota á réttindunum í stjórnsýslunni og bent á mögulegar lausnir í því sambandi. Ítreka má það sem fram kom í kafla 3.3.1 að mikilvægt er að stjórnvöld kortleggi hvernig geti reynt á réttindin hjá þeim og að starfsmönnum verði veitt fræðsla um þau. Verður nú varpað fram þeirri spurningu hvort tilefni sé til að lögfesta almennt ákvæði um réttindin í stjórnsýslulög. Þótt umfjöllunin einskorðist við þau lög kunna sum þeirra sjónarmiða, sem reifuð eru, einnig að eiga við um hvort tilefni sé til að lögfesta fleiri ákvæði í sérlög.

Eins og að framan greinir hafa verið farnar ólíkar leiðir í nágrannaríkjum okkar. Í Danmörku hefur verið lögfest víðtækt og almennt ákvæði um réttindin í 10. gr. retssikkerhedsloven. Í

upphafsmálgrein þess er, sem fyrr segir, mælt fyrir um rétt aðila til að neita að svara spurningum og að afhenda gögn og upplýsingar við vissar aðstæður. Með ákvæðinu eru réttindin gerð algild. Ákvæðið nær til allrar stjórnsýslunnar. Jafnframt er það ekki takmarkað við einstaklinga. Þá er ekki gerður neinn greinarmunur eftir sviðum stjórnsýslunnar eða eðli gagna og upplýsinga. Verður með rökum talið að lagaákvæðið gangi lengra en leiðir af 1. mgr. 6. gr. MSE, sbr. umfjöllunina í 2. kafla, enda eru það nokkuð afdráttarlaust og tekur ekki mið af því heildstæða mati sem áskilið er samkvæmt dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu. Í því sambandi má einnig benda á að sumir þeirra dóma, þar sem ekki var talið að um brot á réttindunum væri að ræða við þessar aðstæður, voru kveðnir upp eftir að lögin tóku gildi. Áréttað er að réttindin samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE eru ekki algild.

Þótt upphaflega hafi verið gerð tillaga um að fara sambærilega leið í Noregi var ákveðið að gera það ekki. Byggðist sú afstaða á því að tillagan, sem var sama marki brennd og danska lagaákvæðið, gengi lengra en nauðsyn bæri til samkvæmt þeim kröfum sem eru gerðar í dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu. Í því sambandi var sérstaklega vísað til ákveðinna dóma þar sem réttindin voru ekki talin brotin þótt aðili væri krafinn um upplýsingar í tengslum við sakamál á hendur honum. Enn fremur var vísað til skilvirknissjónarmiða. Afstaðan var sú að ekki væri almennt bann gegn því að krefjast upplýsinga samkvæmt lagaheimild að viðlagðri refsingu.⁹⁷ Í staðinn var farin sú leið að færa í lög sérstaka leiðbeiningarskyldu um réttindin, sbr. 48. gr. norsku stjórnsýslulaganna. Var gildissvið IX. kafla norsku stjórnsýslulaganna, þar sem ákvæðið er að finna, jafnframt bundið við þau tilvik þegar um refsivert brot í skilningi MSE væri að ræða. Nú hefur komið fram tillaga að nýjum heildarstjórnsýslulögum í Noregi. Í tillögunni er ekki gert ráð fyrir því að víkja af þeirri braut sem nú er fylgt.⁹⁸

Þá má jafnframt benda á að skattfyrvöld í Bretlandi hafa útibúið samantekt fyrir skattaðila í tengslum við 6. gr. MSE. Þar kemur fram að rétturinn til að fella ekki á sig sök nái ekki til upplýsinga eða gagna sem þegar eru til ef skattfyrvöld hafa heimild til að óska eftir þeim.⁹⁹

⁹⁷ *Prop. 62 L*, bls. 136 og einnig 139.

⁹⁸ Tillögun er að finna í *NOU 2019:13*.

⁹⁹ Sjá HMRC, Compliance checks series – CC/FS9. The Human Rights Act and penalties: „When we’re considering penalties you’ve the right under Article 6 not to answer our questions. This is sometimes called the right not to self-incriminate or the right to silence. This right does not cover information or documents that already exist. This means that

Þegar lagt er mat á hvort tilefni sé til að lögfesta almennt ákvæði í stjórnýslulög er unnt að hafa hliðsjón af ýmsum sjónarmiðum. Í *fyrsta lagi* hvort lagaákvæði treysti réttaröryggi borgaranna, svo sem með því að treysta réttindin og vegna sjónarmiða um skýrleika og fyrirsjáanleika (réttaröryggissjónarmið). Í *öðru lagi* hvort lagaákvæði myndi auðvelda beitingu réttindanna og gera stjórnýsluna skilvirkari (skilvirknis-sjónarmið). Í *þriðja lagi* hvort lagaákvæði hefði upplýsinga- og fræðslugildi fyrir stjórnvöld og borgarana (fræðslusjónarmið). Í *fjórða lagi* sjónarmið um einfaldara regluverk. Í *fimmta lagi* sjónarmið um samræmi milli lagabálka og réttarsviða (samræmissjónarmið).

Þau rök sem mæla með því að almennt ákvæði verði lögfest í stjórnýslulög, eins og stungið var upp á með frumvarpi til breytinga á stjórnýslulögum (stjórnýsluviðurlög) á 135. löggjafarþingi, er að slíkt ákvæði gæti treyst réttarverndina og aukið á skýrleika og fyrirsjáanleika fyrir borgarana sem og auðveldað beitingu réttindanna í stjórnýslumáli. Enn fremur gæti það haft upplýsinga- og fræðslugildi fyrir bæði stjórnvöld og borgarana. Að auki verður ekki horft framhá því að lagaákvæði um réttindin eru í sakamálaögum og ýmsum sérögum. Þó er ekki að finna sambærileg lagaákvæði í öllum tilvikum þar sem til dæmis er heimild til að leggja stjórnvaldssekt á einstaklinga. Réttaröryggis-, samræmis-, fræðslu- og einsleitni sjónarmið mæla því með lögfestingu lagaákvæðis.

Önnur rök mæla gegn lögfestingu almenns ákvæðis í stjórnýslulög. Líkt og oftsinnis hefur verið áréttað ráðast réttindin af heildstæðu og atviksbundnu mati á grundvelli nokkurra sjónarmiða. Af þeim sökum er erfiðleikum háð að lögfesta almennt ákvæði sem fangar inntak réttindanna að fullu. Þá er hættan ávallt sú að aðeins sé verið að endurtaka það sem nú þegar gildir samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE og 1. mgr. 70. gr. stjskr. Sjónarmið um einfaldara regluverk kunna að mæla gegn slíkri lögfestingu en fræðslusjónarmið með því, enda er ekki kveðið berum orðum á um réttindin í framangreindum réttarheimildum og nokkuð snúið er að greina dómaframkvæmdina. Einnig er það vandkvæðum bundið að orða lagaákvæði um hluta réttindanna sem tekur mið af matskenndu eðli þeirra. Þær leiðir sem hafa verið farnar hér á landi og í dönskum og norskum rétti hafa því verið að lögfesta hluta af inntaki réttindanna og í dönskum og íslenskum rétti hafa jafnvel verið settar nokkuð afdráttarlausar reglur sem ganga lengra en þær kröfur sem koma fram í dómaframkvæmd MDE

you must give us the information or documents that already exist, if we've a legal right to ask for them."

varðandi inntak 1. mgr. 6. gr. MSE. Sé sett almennt ákvæði um hluta réttindanna í stjórnýslulög skapast einnig sú hættta að stjórnvöld kynni sér aðeins þau lög en gleymi að huga að 1. mgr. 6. gr. MSE og 1. mgr. 70. gr. stjkskr.

Réttaröryggissjónarmið kunna að mæla því að lögfest sé afdráttarlaus regla sem gengur lengra en verndin samkvæmt MSE og stjórnarskrá. Með því er borgurunum fengin meiri vernd. Andspænis því standa þó skilvirknissjónarmið. Ekki má vængstýfa stjórnýsluna um of og gera stjórnvöldum illmögulegt að rækja þau lögbundnu verkefni sem þau sinna í þágu almannahagsmuna. Er sérstök hættta á því þegar hugað er að lögfestingu almenns ákvæðis. Ástæða þess er sú að það myndi taka til allra mála á öllum sviðum stjórnýslunnar. Hafa verður hugfast að stjórnýslan er fjölbreytt. Staðan er því ólík þeirri þegar reynir á réttindin hjá lögreglu og handhöfum ákærvalds í sakamálum í skilningi 1. gr. sml. Almenn og afdráttarlaus regla sem tekur til allrar stjórnýslunnar kann því að vera skaðlegri en sértæk regla í þessu sambandi. Sé gengið langt í að takmarka heimildir stjórnvalda til að afla upplýsinga verður róðurinn þungur fyrir mörg eftirlitsstjórnvöld. Þá má ekki gleyma því að ákvæði 2. mgr. 64. gr. og 2. mgr. 113. gr. sml. fjalla um að sakborningi og ákærða sé „óskýlt að svara spurningum“. Ákvæðin, sem virðist algild, taka ekki til gagna, muna og sýna ólíkt algengasta fyrirkomulaginu í sérlögum hér á landi.

Ef niðurstaðan er sú að engin stjórnvöld geta krafðið þann sem er borinn sök um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE um nein gögn, muni eða upplýsingar, sama hvers eðlis eða efnis þau eru, verður erfiðleikum háð að halda uppi réttarvörslukerfi með stjórnýsluviðurlögum. Jafnframt þyrfti að opna á þann möguleika að eftirlitsstjórnvöld geti hlutast til um dómsúrskurð um afhendingu gagna og upplýsinga eða jafnvel að fjölga heimildum til þess að þau geti hlutast til um húsleit og haldlagningu. Með því eykst álagið á dómstólana og málsmeðferð stjórnvalda verður þunglamaleg.

Ljóst er af framansögðu að rök eru með og á móti lögfestingu almenns ákvæðis um þagnarréttinn og réttinn til þess að fella ekki á sig sök í stjórnýslunni. Sitt sýnist hverjum um vægi þeirra. Þá er hægt að fara ólíkar leiðir um hversu langt er gengið við að lögfesta réttinn.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Jonas Christoffersen: „Retten til tavshed over for håndhævelse af immaterialrettigheder“, bls. 321-322. Hann gerir grein fyrir þremur leiðum. Í fyrsta lagi þar sem eru víðtækar upplýsingarskyldur en takmarkanir á öflun og notkun gagna með ótilhlýðilegri þvingun, eins og í dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu. Í öðru lagi takmarkaðri upplýsingaskyldu en engar takmarkanir á gagna sem eru aflað í samræmi við hana, eins og í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins í samkeppnismálum. Í

Helstu rökin sem mæla gegn lögfestingu eiga við um tillögur sem eru afdráttarlausar og ganga lengra en krafa er um samkvæmt MSE. Að því virtu mætti ímynda sér lagaákvæði sem væri takmarkað við refsiverð brot í skilningi MSE og reynir að fanga inntak réttindanna samkvæmt dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins.

Af þeim réttindunum sem kemur til greina að lögfesta er einfaldast að orða leiðbeiningarskylduna um réttinn til að fella ekki á sig sök. Telja verður þó að hún felist nú þegar í 1. mgr. 7. gr. ssl. Lögfesting leiðbeiningarskyldu væri því til áréttingar og útfærslu.

Auk þess mætti lögfesta ákvæði um að í máli sem geti lokið með ákvörðun um refsivert brot í skilningi MSE eða kæru eða framsendingu til lögreglu hafi aðili máls, sem rökstuddur grunur leikur á að hafi gerst sekur um lögbrot,¹⁰¹ rétt til að neita að láta af té gögn og muni sem ekki hafa sjálfstæða tilvist óháð vilja hans eða sem aflað hefur verið með ótilhlýðilegum aðferðum nema hægt sé að útiloka að þau geti haft þýðingu fyrir ákvörðun um brot hans. Með slíku lagaákvæði væri leitast við að taka mið af grundvallardómum Mannréttindadómstóls Evrópu í *MDE Saunders gegn Stóra-Bretlandi* sem og *MDE Jalloh gegn Þýskalandi*. Þá yrði að vera skýrt í lögskýringargögnum að ótilhlýðilegar aðferðir taki til þeirrar stöðu þegar stjórnvöld krefjast (of) virkrar þátttöku aðila máls, svo sem til að afla eða útbúa gögn sjálfur í nokkrum mæli, leggja óhóflegar byrðar á aðila við að taka þátt í að upplýsa mál gegn sjálfum sér eða ganga langt við að fylgja eftir lögbundinni upplýsingaskyldu. Sjá í þessu sambandi þann skilning sem var lagður í *MDE Funke gegn Frakklandi*, *MDE J.B. gegn Sviss*, *MDE Shannon gegn Stóra-Bretlandi* og *MDE Marttinen gegn Finnlandi* í 2. kafla. Einnig yrði að gera nánari grein fyrir viðmiðinu um sjálfstæða tilvist óháð vilja aðila. Í báðum tilvikum yrði að vísa til MSE og dómaframkvæmdar Mannréttindadómstóls Evrópu. Þá væri heppilegra að opna á að lögaðilar geti notið réttindanna en við matið á ótilhlýðileika yrði tekið til mið af eðli aðilans.

Gera má sér í hugarlund tvær aðferðir í tengslum við þagnarréttinn. Annars vegar afdráttarlaust ákvæði sem tæki af skarið um að aðili hefði rétt til að neita að svara spurningum, eins og nú er kveðið á um í 2. mgr. 64. gr. og 2. mgr. 113. gr. sml. Telja verður að minni ókostir fylgi af

Þriðja lagi algild réttindin með sértækum upplýsingaskyldum sem undantekningum, sem virðist vera leiðin sem hafi verið farin í dönskum rétti. Sjá einnig Jonas Christoffersen: „Retlig kreolisering – om selvinkriminering i dansk, europæisk og amerikansk menneskeret“, bls. 250.

¹⁰¹ Einnig mætti orða þetta svo að aðili máls, sem borinn er sök um refsivert brot í skilningi MSE.

slíku afdráttarlausu lagaákvæði en fortakslausu lagaákvæði um gögn og upplýsingar. Það sem mælir með slíkri nálgun er að erfitt er að fanga aðstæðurnar í *MDE Weh gegn Austurríki*, *MDE Rieg gegn Austurríki*, *MDE O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi*, og *MDE Lückhof og Spanner gegn Austurríki* í lagaákvæði. Hins vegar mætti gera tilraun og takmarka réttinn í lagaákvæði við þær aðstæður þar sem ekki er um ótilhlýðilega þvingun að ræða eða óréttlætanagera takmörkun á réttinum.

Að síðustu mætti taka til skoðunar lögfestingu á notkun gagna sem hefur verið aflað í bága við réttindin. Þannig mætti færa í lög ákvæði um að stjórnvaldi sé ekki heimilt að byggja á sönnunargögnum sem hafi verið aflað í bága við þagnarréttinn og réttinn til að fella ekki á sig sök. Einnig mætti binda slíka takmörkun við sönnunargögn sem hafa verulegt vægi. Ekki verður lagt til hér að lögfesta ákvæði um sönnunarmat í tengslum við réttindin og 2. mgr. 6. gr. MSE. Í tengslum við það hefur verið horft til þess að almennt er ekki kveðið á um sönnun í stjórnáslunni með almennum hætti í lögum.¹⁰²

Abstract

The Rights to Remain Silent and Not to Incriminate Oneself in the Administration. The Special Part

The special part focuses on the situation where a person, who is charged with a crime in the sense of article 6 (1) of the European Convention on Human Rights, is required by law to produce materials or information in an administrative case or else risk being sanctioned. The article analyses key cases of the European Court of Human Rights in this regard. Next the author's views on how to interpret article 6 (1) and the cases is presented. After that the article discusses legal provisions that enshrine the rights to remain silent and not to incriminate oneself in the administration in Iceland, Denmark and Norway. Thereafter, the article analysis possible legal consequences of violations of the rights. Finally, the article discusses whether there is a need to enact a general provision concerning the rights in the Administrative Act and makes a few suggestions in that regard.

¹⁰² Sjá til hliðsjónar sambærilegar vangaveltur í norskum rétti um sönnun í *Prop. 62 L*, bls. 141.

Heimildir

Alþingistíðindi.

- Arnar Þór Stefánsson: „Um ógildingu stjórnvaldsákvarðana“. *Úlfjótur* 2. tbl. 2005, bls. 261-315.
- Björg Thorarensen. „Réttur aðila að stjórnslumáli til að fella ekki á sig sök“. *Rannsóknir í félagsvísindum VI: lagadeild*. Ritstj. Róbert R. Spanó. Reykjavík 2005.
- Björg Thorarensen og Ásgerður Ragnarsdóttir: *Alitsgerð um rétt til að fella ekki á sig sök á stjórnsýslustigi*. Skýrsla nefndar við viðurlög við efnahagsbrotum. Reykjavík 12. október 2006.
- Bjørn O. Berg: *Forvaltningssanksjoner*. Oslo 2005.
- D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates og C.M. Buckley: *Harris, O'Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*. 4. útg. Oxford 2018.
- Det kongelige justis- og beredskapsdepartment. *Prop. 62 L* (2015-2016). Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak). Endringer i forvaldningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.).
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Heimildir stjórnvalda til að taka afstöðu til þess hvort lög samrýmst stjórnarskránni“. *Tímarit Lögréttu* 2011, bls. 79-96.
- HMRC, Compliance checks series – CC/ FS9. The Human Rights Act and penalties.
- Jens Edvin A. Skoghøy: „Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven“. *Jussens Venner* 05/2014, vol. 49, bls. 297-340.
- Jens Møller: „Forbud mod selvinkriminering i forvaltningsretten“. *Forvaltningsretlige perspektiver*. Carsten Henrichsen o.fl. (ritstj.). Kaupmannahöfn 2006, bls. 243-271.
- Jens Garde o.fl. (ritstj.): *Forvaltningsret. Sagsbehandling*. 6. útgáfa. Kaupmannahöfn 2007.
- Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere*. 4. útg. Kaupmannahöfn 2017.
- Jonas Christoffersen: „Retten til tavshed over for håndhævelse af immaterialrettigheder“. *UfR* 2006B, bls. 319-328.
- Jonas Christoffersen: „Retlig kreolisering – om selvinkriminering i dansk, europæisk og amerikansk menneskeret“. *Europæisk retskultur – på dansk*. Henning Koch og Anne Lise Kjær (ritstj.). Kaupmannahöfn 2004.
- Jonas Christoffersen: „Forslag til loven om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter“. *EU-ret og Menneskeret* 2003, bls. 272-300.
- Jonas Christoffersen: „Selvinkriminering – Menneskerettighedsdomstolens praksis“. *Jurister* 2000, bls. 45-57.
- Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. 5. útg. London 2015.
- Lars Bo Langsted: „Selvinkriminering og oplysningspligter“. *Nordisk tidsskrift for kriminalvidenskab* 1998, bls. 308-384.
- Niels Fenger (ritstj.): *Forvaltningsret*. Kaupmannahöfn 2018.
- NOU 2003:15: *Fra bot til bedring - Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk af straf*. Utredning fra Sanksjonsutvalget oppnefnt ved kgl. res. 26. januar 2001, avgitt til Justis- og politidepartementet 16. mai 2003. Oslo 2003.
- NOU 2019:5: *Ny forvaltningslov: Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven)*. Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 23. oktober 2015 til å revidere forvaltningsloven, Avgitt til Justis- og beredskapsdepartementet 14. mars 2019. Oslo 2019.
- Ólafur Jóhannes Einarsson: „Pagnarréttur og meðferð samkeppnismála“. *Tímarit lögfræðinga* 2006, bls. 55-86.
- Ole Hasselgaard, Jens Møller og Jørgen Steen Sørensen: *Retssikkerhedsloven*. Kaupmannahöfn 2005.
- Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*. Reykjavík 2013.
- Retssikkerhedskommissionens betænkning nr. 1428/ 2003.
- Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling*. 2. útg. Kaupmannahöfn 2006.
- Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret*. 4. útg. Kaupmannahöfn 2018.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar Íslands

Hrd. frá 30. október 2008 í máli nr. 236/ 2008.

Hrd. frá 16. mars 2007 í máli nr. 92/ 2007.

Hrd. frá 4. febrúar 2016 í máli nr. 842/ 2014.

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu

MDE í máli Allan gegn Stóra-Bretlandi frá 5. nóvember 2002, mál nr. 48539/99, Reports of Judgments and Decisions 2002-IX.

MDE í máli Bykov gegn Rússlandi frá 10. mars 2009, mál nr. 4378/02.

MDE í máli Funke gegn Frakklandi frá 25. febrúar 1993, mál nr. 10828/84, Series A nr. 256-A.

MDE í máli Gáfgen gegn Þýskalandi frá 1. júní 2010, mál nr. 22978/05, Reports of Judgments and Decisions 2010.

MDE í máli Heaney og McGuinness gegn Írlandi frá 21. desember 2000, mál nr. 34720/97, Reports of Judgments and Decisions 2000-XII.

MDE í máli Heglas gegn Tékklandi frá 1. mars 2007, mál nr. 5935/02.

MDE í máli I.J.L. o.fl. gegn Stóra-Bretlandi frá 19. september 2000, mál nr. 29522/95, 30056/96 og 30574/96, Reports of Judgments and Decisions 2000-IX.

MDE í máli Ibrahim o.fl. gegn Stóra-Bretlandi frá 13. september 2016, mál nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 og 40354/09, Reports of Judgments and Decisions 2016.

MDE í máli J.B. gegn Sviss frá 3. maí 2001, mál nr. 31827/96, Reports of Judgments and Decisions 2001-III.

MDE í máli Jalloh gegn Þýskalandi frá 11. júlí 2006, mál nr. 54810/00, Reports of Judgments and Decisions 2006-IX.

MDE í máli John Murray gegn Stóra-Bretlandi frá 8. febrúar 1996, mál nr. 18731/91, Reports of Judgments and Decisions 1996-I.

MDE í máli Lückhof og Spanner gegn Austurríki frá 10. janúar 2008, mál nr. 58452/00 og 61920/00.

MDE í máli Marttinen gegn Finnlandi frá 21. apríl 2009, mál nr. 19235/03.

MDE í máli O'Halloran og Francis gegn Stóra-Bretlandi frá 29. júní 2007, mál nr. 15809/02 og 25624/02, Reports of Judgments and Decisions 2007-III.

MDE í máli P.G. og J.H. gegn Stóra-Bretlandi frá 25. september 2001, mál nr. 44787/98, Reports of Judgments and Decisions 2001-IX.

MDE í máli Rieg gegn Austurríki frá 24. mars 2005, mál nr. 63207/00.

MDE í máli Saunders gegn Stóra-Bretlandi frá 17. desember 1996, mál nr. 19187/91, Reports 1996-VI.

MDE í máli Shannon gegn Stóra-Bretlandi frá 4. október 2005, mál nr. 6563/03.

MDE í máli Weh gegn Austurríki frá 8. apríl 2004, mál nr. 38544/97.

Ákvarðanir Mannréttindadómstóls Evrópu

Ákvörðun MDE í máli Allen gegn Stóra-Bretlandi frá 10. september 2002, mál nr. 76574/01, Reports of Judgments and Decisions 2002-VIII.

Danskir dómar

UfR 2002, bls. 2729 V.

UfR 2003, bls. 1029 H.

UfR 2003, bls. 1896 V.

Bandarískir dómar

Fischer gegn Bandaríkjunum 425 US 391 (1976).

Bandaríkin gegn Doe 465 US 605 (1984).

R. v. S. (R.J.) [1995] 1 S.C.R. 451.

Heiða Björg Pálmadóttir

MIKILVÆGI MÁLSMEÐFERÐARREGLNA VIÐ VISTANIR BARNA UTAN HEIMILIS MEÐ SAMÞYKKI *

Efnisyfirlit

1. Inngangur	380
2. Eðli ákvarðana um vistanir utan heimilis með samþykki.....	381
3. Ferill barnaverndarmáls	383
3.1 Upphaf máls	383
3.2 Beiting úrræða.....	384
3.2.1 Vistanir með samþykki.....	385
3.2.2 Lokun máls	387
4. Málsmeðferðarreglur sem reynir á við vinnslu barnaverndarmála	387
4.1 Gildi stjórnýslulaga.....	387
4.2 Sérreglur um málsmeðferð í barnaverndarlögum.....	387
4.3 Málsmeðferðarreglur sem skoðaðar voru sérstaklega vegna rannsóknar um vistanir barna utan heimilis.....	389
4.3.1 Rannsóknarreglan.....	389
4.3.2 Meðalhófsreglan	393
4.3.3 Málshraðareglan	397
4.3.4 Andmælaréttur	401
4.3.5 Skráning upplýsinga	404
5. Rannsókn á málum þar sem samþykki lá fyrir vistun.....	406
5.1 Inngangur	406
5.2 Gögn til grundvallar rannsókn og framkvæmd rannsóknar	407
5.3 Niðurstöður rannsóknar á samþykkismálum.....	407
5.3.1 Brot á rannsóknarreglu	408
5.3.2 Brot á meðalhófsreglu	409
5.3.3 Brot á málshraðareglu	410
5.3.4 Brot á reglum varðandi samþykki aðila og andmælarétt.....	411
5.3.5 Skortur á skráningu upplýsinga	412
6. Ályktanir og lokaorð	413
Abstract.....	415
Heimildir	416

1. Inngangur

Barnaverndarmál varða mikilsverð stjórnarskrárbundin réttindi bæði barna og foreldra þeirra. Réttur fjölskyldunnar til að fá að vera í friði fyrir opinberum afskiptum hefur verið meðal grundvallarréttinda borgaranna jafnt hér á landi sem og í öðrum lýðræðisríkjum. Hins vegar hefur það einnig verið viðurkennt að friðhelgi heimilis og fjölskyldu er ekki án takmarkana og heimilt er að ganga með lögætum hætti á þau réttindi ef tiltekna aðstæður og skilyrði eru fyrir hendi. Réttur barna til verndar og umönnunar er meðal þeirra atriða sem réttlætt geta takmörkun á friðhelgi heimilis og fjölskyldu. Í slíkum málum getur verið heimilt að rjúfa þá friðhelgi sem almennt nýtur verndar, en þá vegast á hagsmunir fjölskyldunnar, að fá að vera án afskipta hins opinbera, og þörfin á því að veita börnum sérstaka vernd, jafnvel fyrir sínum nánustu. Þessi stundum andstæðu réttindi birtast m.a. í 71. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands, sbr. 9. gr. stjórnarskipunarlaganna nr. 97/1995 og 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE), sbr. lög nr. 62/1994, þar sem fjallað er um friðhelgi fjölskyldunnar, og 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 14. gr. stjórnarskipunarlaganna nr. 97/1995 og 2. mgr. 3. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sbr. lög nr. 19/2013, þar sem kveðið er á um rétt barna til verndar og umönnunar.¹ Ætla má að þessi tengsl barnaverndarmála við grundvallarmannréttindi hafi þær afleiðingar að gerðar séu töluverðar kröfur til vinnslu mála hjá barnaverndarnefndum um að málsmeðferð þeirra sé í samræmi við kröfur laga og reglugerða.

Barnaverndarnefndir taka árlega fjölda ákvarðana um vistanir barna utan heimilis. Í Ársskýrslu Barnaverndarstofu 2012 – 2013 kemur fram að á árinu 2010 voru 302 vistanir utan heimilis í úrræðum á vegum sveitarfélaga, þ.e. á heimilum eða stofnunum skv. 84. gr. barnaverndarlaga eða fósturheimilum, og 199 í úrræðum á vegum ríkisins. Árið 2011 voru 364 vistanir utan heimilis í úrræðum á vegum sveitarfélaga og 166 í úrræðum á vegum ríkisins. Árið 2012 voru 324 vistanir utan heimilis í úrræðum á vegum sveitarfélaga og 128 í úrræðum á vegum ríkisins. Hafa ber í huga að börn eru færri en fjöldi ráðstafana utan heimilis þar sem sama barni getur verið ráðstafað í

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Sjá nánar um þau réttindi og heimildir barnaverndarnefnda sveitarfélaga til að stíga inn þegar þörf er á í: Heiða Björg Pálmadóttir: *Vægi málsmeðferðarreglna þegar börn eru vistuð utan heimilis án samþykkis* (2015), Bókauktáfan Codex, Reykjavík, bls. 316-328.

fleiri en eitt úrræði innan sama árs. Flestar vistanirnar eru gerðar með samþykki foreldra og þeirra barna sem náð hafa 15 ára aldri.²

Markmið greinar þessarar er að fjalla um það hvaða málsmeðferðarreglur gilda þegar börn eru vistuð utan heimilis með samþykki hlutaðeigandi aðila. Farið verður yfir niðurstöður rannsóknar þar sem skoðað var hvort og þá hvaða frávík væru á því að mál væru unnin í samræmi við kröfur laga þar sem börn voru vistuð utan heimilis á árunum 2010 – 2012 með samþykki. Að lokum verður reynt að draga ályktanir af því hvert vægi málsmeðferðarreglna við vinnslu þessara mála er í raun og hvaða þýðingu það vægi hefur.³ Í því sambandi þarf að hafa í huga að eðli barnaverndarmála er nokkuð ólíkt mörgum öðrum stjórnvöldsmálum í því tilliti að málinu lýkur ekki við töku stjórnvaldsákvörðunar heldur er það opið áfram og lagt mat á málið áfram og ekki er óalgengt að fjöldamargar stjórnvaldsákvörðanir séu teknar í máli hvers barns á meðan það er opið hjá barnaverndarnefnd.

2. Eðli ákvarðana um vistanir utan heimilis með samþykki

Þegar fjallað er um ákvarðanir barnaverndarnefnda um vistanir utan heimilis skiptir máli að gera sér grein fyrir því hvers eðlis umræddar ákvarðanir eru. Það er hlutverk stjórnvöldslunnar að sjá um framkvæmd laga og ná fram þeim markmiðum sem löggjafinn hefur stefnt að með setningu laga. Stjórnvöld þurfa því oft að hafa áhrif á athafnir almennings og stýra þeim inn á ákveðnar brautir. Heimildir stjórnvalda til að taka stjórnvaldsákvörðanir í einstaka málum hafa löngum verið

² Ársskýrsla Barnaverndarstofu 2012 – 2013, Barnaverndarstofa, 2014, bls. 129, tafla 5-16.

³ Höfundur vinnur að doktorsrannsókn við lagadeild Háskólans í Reykjavík þar sem skoðað er samspil og vægi málsmeðferðarreglna stjórnvöldsluréttar og grundvallarreglnanna um rétt barna til verndar og umönnunar annars vegar og friðhelgi fjölskyldunnar hins vegar í barnaverndarmálum. Er rannsóknin unnin í samstarfi við Barnaverndarstofu. Markmið rannsóknarinnar er meðal annars að reyna að komast að því hvert er raunverulegt vægi þessara málsmeðferðarreglna, bæði hvort þeim er almennt fylgt við vinnslu barnaverndarmála og eins hvaða afleiðingar það kann að hafa ef þeim er ekki fylgt. Rannsóknin lýtur að barnaverndarmálum þar sem börn voru vistuð utan heimilis, tímabundið eða varanlega, á árunum 2010 – 2012. Hluti rannsóknarinnar felst þannig í því að skoða gögn frá barnaverndarnefndum þar sem börn voru vistuð utan heimilis með samþykki hlutaðeigandi aðila, þ.e. forsjáaraðila og barna sem náð höfðu 15 ára aldri þegar vistun hófst. Annar hluti rannsóknarinnar lýtur svo að því að fara yfir niðurstöðu dómstóla (úrskurði og dóma) í vistunarmálum á sama tímabili. Grein þessi er byggð á þeim hluta doktorsrannsóknarinnar sem lýtur að athugun samþykkismála og byggist jafnframt á erindinu *The interaction of procedural rules and fundamental rights in child protection cases* sem höfundur hélt á The Nordic Congress on Child Welfare þann 7. september 2018 þar sem sömu niðurstöður voru kynntar.

meðal þýðingarmestu úrræða sem löggjafinn veitir stjórnvöldum til þess að hafa áhrif á athafnir almennings. Stjórnvaldsákvörðanir hafa verið eitt af virkustu úrræðum stjórnvalda til að hafa áhrif á breytni borgaranna þar sem þær geta fært mönnum réttindi eða skert þau, létt af þeim skyldum eða lagt á þá auknar byrðar.⁴

Ekki kemur fram skilgreining á hugtakinu stjórnvaldsákvörðun í íslensku stjórnsýslulögunum. Hins vegar birtist einn þáttur af skilgreiningu hugtaksins í 2. mgr. 1. gr. laganna, þar sem segir að lögin gildi þegar stjórnvöld taki ákvörðanir um rétt og/eða skyldu manna.⁵ Við gildistöku stjórnsýslulaga nr. 37/1993 komst einnig betra samræmi á hvað telst stjórnvaldsákvörðun og er hugtakið þá notað í samræmi við það sem segir í stjórnsýslulögum og athugasemdum við frumvarpið er varð að stjórnsýslulögum.⁶ Hugtakið *stjórnvaldsákvörðun* hefur verið skilgreint á þann veg að um stjórnvaldsákvörðun sé að ræða þegar stjórnvöld kveður einhliða á um rétt eða skyldu tiltekens aðila í ákveðnu máli í skjóli stjórnsýsluvalds.⁷

Í riti sínu *Hvaða ákvörðanir eru stjórnvaldsákvörðanir?* skilgreinir Páll Hreinsson hugtakið stjórnvaldsákvörðun þannig: „Stjórnvaldsákvörðun er ákvörðun sem tekin er í skjóli stjórnsýsluvalds og er beint milliliðalaust út á við að tilteknum aðila eða aðilum og með henni er kveðið á bindandi hátt á um rétt eða skyldur þeirra í ákveðnu og fyrirbyggjandi máli.“ Hann telur jafnframt að það sé yfirleitt einkennandi fyrir stjórnvaldsákvörðanir að þær séu teknar einhliða af stjórnvöldum og oftast á skriflegan hátt.⁸ Telja verður að þessi skilgreining sé ítarlegri en sú fyrri og verður hér á eftir miðað við hana þegar hugtakið stjórnvaldsákvörðun er notað. Hafa málsmeðferðar-

⁴ Páll Hreinsson: *Hvaða ákvörðanir eru stjórnvaldsákvörðanir?* (1999), Handrit, Reykjavík, bls. 199.

⁵ Páll Hreinsson: *Hvaða ákvörðanir eru stjórnvaldsákvörðanir?* (1999), bls. 202-203

⁶ Páll Hreinsson: *Hvaða ákvörðanir eru stjórnvaldsákvörðanir?* (1999), bls. 200.

⁷ Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin – Skýringarrit* (1994), Forsætisráðuneytið, Reykjavík, bls. 44.

⁸ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), Bókaútgáfan Codex, Reykjavík, bls. 161 og Páll Hreinsson: *Hvaða ákvörðanir eru stjórnvaldsákvörðanir?* (1999), bls. 247. Þó ber þess að gæta að við samningu stjórnsýslulaga var meðal annars haft í huga að lögin stuðluðu að því, eða girtu að minnsta kosti ekki fyrir, að málsmeðferð í stjórnsýslunni gæti í senn verið einföld, hraðvirk og ódýr. Í samræmi við það var ekki gerð krafa um að stjórnvaldsákvörðanir þyrftu ávallt að vera skriflegar. Því gildir ekki almenn regla um form stjórnvaldsákvörðana og tiltekið form ákvörðunar er ekki almennt hugtaksskilyrði um stjórnvaldsákvörðanir. Þær eru þó engu að síður oftast skriflegar. Í mörgum lögum er kveðið á um að tilteknar stjórnvaldsákvörðanir skuli vera skriflegar, eða það verður leitt af lögnum. Þannig þurfa úrskurðir æðri stjórnvalda í kærumálum ávallt að vera skriflegir, sbr. 31. gr. stjórnsýslulaga, sbr. Páll Hreinsson: *Hvaða ákvörðanir eru stjórnvaldsákvörðanir?* (1999), bls. 242.

reglur stjórnsluréttar það hlutverk að segja fyrir um hvernig stjórnvöld eiga að starfa við undirbúning töku stjórnvaldsákvarðana og hafa málsmeðferðarreglurnar þann tilgang að reyna að tryggja að ákvarðanir stjórnvalda séu bæði lögmætar og efnislega réttar.

Barnaverndarnefndir hafa samkvæmt 12. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002 það hlutverk að kanna aðstæður og uppeldisskilyrði barna og meta sem fyrst þarfir þeirra sem ætla má að búi við óviðunandi aðstæður, sæti illri meðferð eða eigi í alvarlegum félagslegum erfiðleikum sem og að beita þeim úrræðum skv. barnaverndarlögum til að vernda börn sem talin eru eiga best við hverju sinni og þykja heppilegust til að tryggja hagsmuni og velferð barna, sbr. 1. mgr. 1. gr. barnaverndarlaga.⁹ Í VI. kafla barnaverndarlaga er svo kveðið á um þær ráðstafanir sem barnaverndarnefndir geta gripið til í einstaka málum eftir að mál barns hefur verið kannað, sbr. umfjöllun í kafla 3.1. og undirköflum hér að framan. Eðli málsins samkvæmt eru þær ráðstafanir, sem barnaverndarnefnd getur kveðið á um með bindandi hætti gagnvart barni og foreldrum, þess eðlis að þær uppfylla skilyrði þess að vera stjórnvaldsákvarðanir, hvort sem ákvarðanirnar eru teknar með samþykki aðila máls eða ekki. Verður því að telja að ákvarðanir, sem teknar eru á grundvelli 24. – 27. gr. barnaverndarlaga, þar á meðal 25. gr. laganna, þar sem kveðið er á um heimild til vistana utan heimilis með samþykki, séu þess eðlis að þær uppfylli öll atriði í skilgreiningunni hér að framan til að teljast stjórnvaldsákvarðanir.

3. Ferill barnaverndarmáls

3.1 Upphaf máls

Eftir að ákvörðun hefur verið tekin af hálfu barnaverndarnefndar um að taka mál barns til skoðunar, sbr. 21. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002, þá fer fram sérstök könnun sem hefur að markmiði að upplýsa það áður en ákvörðun er tekin hvort og þá hvaða úrræðum þykir rétt að beita í málinu, sbr. 22. gr. barnaverndarlaga.¹⁰ Í ákvæðinu er

⁹ Sjá nánar um uppbyggingu barnaverndarkerfisins og hlutverk sveitarfélaga við vinnslu barnaverndarmála í Heiða Björg Pálmadóttir: *Vægi málsmeðferðarreglna þegar börn eru vistuð utan heimilis án samþykkis* (2015), bls. Bókaútgáfan Codex, Reykjavík, bls. 329 -331.

¹⁰ Þetta er í samræmi við rannsóknarreglu stjórnsluréttar sem birtist í 10. gr. stjórnslulaga þar sem kveðið er á um að stjórnvald skuli sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því, sbr. einnig samhljóða ákvæði í 1. mgr. 41. gr. barnaverndarlaga. Könnun barnaverndarmáls skal fara fram áður en beitt er úrræðum á grundvelli barnaverndarlaga, sbr. 1. málsl. 1. mgr. 21. gr. reglugerðar nr.

sérstaklega tiltekið að nefndin skuli kappkosta að afla sem gleggstra upplýsinga um hagi barns, svo sem andlegt og líkamlegt ásigkomulag, tengsl við foreldra eða aðra, hagi foreldra, aðbúnað barns á heimili, skólagöngu, hegðun og líðan þess. Leita skal aðstoðar sérfræðinga eftir því sem þörf krefur.¹¹

Kveðið er á um það í 1. mgr. 23. gr. barnaverndarlaga og 2. mgr. 21. gr. reglugerðar nr. 56/2004, um málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd (hér eftir nefnd reglugerð um málsmeðferð), að þegar mál hefur verið nægjanlega kannað að mati barnaverndarnefndar skuli nefndin taka saman greinargerð þar sem lýst er niðurstöðum könnunar, tiltekið er hverra úrbóta sé þörf og settar eru fram tillögur að heppilegum úrræðum ef því er að skipta. Í a – e liðum 2. mgr. 21. gr. reglugerðar um málsmeðferð er kveðið á um þau atriði sem skylt er að geta um í greinargerð um niðurstöðu könnunar. Greinargerðin skal liggja fyrir að jafnaði innan þriggja mánaða og eigi síðar en fjórum mánuðum eftir að ákvörðun var tekin um að hefja könnun, sbr. 3. mgr. 21. gr. reglugerðar um málsmeðferð.¹²

3.2 Beiting úrræða

Í VI. kafla barnaverndarlaga er kveðið á um ráðstafanir barnaverndarnefnda, þ.e. þarna er kveðið á um heimildir barnaverndarnefnda til að taka ákvarðanir í kjölfar þess að mál hefur verið kannað¹³ og hvaða úrræða nefndin getur gripið til í einstaka málum.

Ef könnun leiðir í ljós að þörf er á beitingu sérstakra úrræða samkvæmt lögunum skal barnaverndarnefnd, í samvinnu við foreldra og eftir atvikum barn sem náð hefur 15 ára aldri, gera skriflega áætlun um frekari meðferð máls,¹⁴ sbr. 2. mgr. 23. gr. barnaverndarlaga og 1.

56/2004, um málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd. Í V. kafla reglugerðar nr. 56/2004 eru fleiri ákvæði um hvernig standa á að könnun máls.

¹¹ Sérstakt ákvæði er í 43. gr. barnaverndarlaga þar sem kveðið er á um ítarlegar rannsóknarheimildir barnaverndarnefnda. Einnig er í 44. gr. laganna kveðið á um upplýsingaskyldu annarra aðila gagnvart barnaverndarnefnd. Af ákvæðunum má ráða að barnaverndarnefnd getur aflað ítarlegra upplýsinga um hagi barnsins og fjölskyldunnar við könnun máls, sbr. nánari umfjöllun í kafla 4.3.1. um rannsóknarregluna.

¹² Ef aðstæður barns teljast viðunandi að mati barnaverndarnefndar ber að loka máli og tilkynna forsjáradilum og barni eftir atvikum um þá ákvörðun, sbr. 4. mgr. 21. gr. reglugerðar um málsmeðferð.

¹³ Fjallað er um könnun máls í kafla 3.1.1. hér að ofan.

¹⁴ Í 2. mgr. 23. gr. er einnig m.a. kveðið á um að hafa skuli samráð við yngri börn eftir því sem aldur þeirra og þroski gefur tilefni til og að áætlun skuli gera til ákveðins tíma og endurskoða eftir þörfum.

mgr. 22. gr. reglugerðar um málsmeðferð (þar sem fjallað er um áætlun um stuðningsúrræði).¹⁵ Í a – f liðum 3. mgr. 22. gr. reglugerðar um málsmeðferð er kveðið á um þau atriði sem skylt er að geta um í slíkri áætlun.^{16 17}

Náist ekki samkomulag við foreldra eða barn, þegar það á við, skal barnaverndarnefnd einhliða semja áætlun um framvindu máls og beitingu úrræða samkvæmt ákvæðum laga þessara, sbr. 4. mgr. 23. gr. barnaverndarlaga og 1. mgr. 24. gr. reglugerðar um málsmeðferð, og ber að kynna þá áætlun fyrir foreldrum og barni. Í a – e liðum 1. mgr. 24. gr. reglugerðar um málsmeðferð er kveðið á um þau atriði sem koma eiga fram í einhliða áætlunum barnaverndarnefnda.¹⁸

3.2.1 *Vistanir með samþykki*

Í VI. kafla barnaverndarlaga er einnig kveðið á um þau úrræði sem barnaverndarnefnd getur beitt í hverju máli fyrir sig. Er úrræðunum annars vegar skipt upp eftir því hvort samþykki er fyrir úrræðinu eða ekki, sbr. 24. og 25. gr. barnaverndarlaga um úrræði með samþykki og 26. – 29. gr. um úrræði án samþykkis, og hins vegar eftir því hvort

¹⁵ Kveðið er á um það í 3. mgr. 23. gr. að barnaverndarnefnd skuli ætíð meta þörf á samstarfi við aðra aðila við gerð og framkvæmd áætlunar. Sérstaklega beri að meta þörf á samstarfi við þá sem vinna með málefni viðkomandi barns og nefndir eru í 2. mgr. 17. gr. Þar er einnig kveðið á um að ef barnaverndarnefnd telur hagsmuni barns kalla á samstarf við þessa aðila beri nefndinni að leggja áherslu á að afla samþykkis foreldra til að samstarfi verði komið á.

¹⁶ Áætlun skal skv. 4. mgr. 22. gr. reglugerðar um málsmeðferð vera undirrituð af aðilum og fulltrúa barnaverndarnefndar. Samkvæmt 5. mgr. 22. gr. reglugerðarinnar skal gera eina áætlun í einu fyrir hvert barn til tiltekins tíma og endurskoða áætlun eftir þörfum.

¹⁷ Samkvæmt 23. gr. reglugerðar um málsmeðferð ber barnaverndarnefnd, við undirbúning, gerð og framkvæmd áætlunar, að meta þörf á samstarfi við alla þá sem koma að umönnun barns, veitt gætu barni stuðning eða vinna í málum barnsins, s.s. leikskóla, skóla, heilbrigðisstarfsmenn, lögreglu, dómstóla og fangelsismálayfirvöld. Ef barnaverndarnefnd telur mikilvægt að koma á samvinnu við aðra en forsjáraðila eða framkvæmd áætlunar ber barnaverndarnefnd samkvæmt sama ákvæði að leita eftir samþykki forsjáraðila og leitast við að koma slíku samstarfi á. Með lögum nr. 80/2011 var 26. gr. barnaverndarlaga breytt þannig að barnaverndarnefnd væri heimilt að láta aðilum, sem vinna með mál viðkomandi barns og nefndir eru í 2. mgr. 17. gr. og 18. gr. laganna, í té upplýsingar um líðan barns eða meðferð máls ef það er talið nauðsynlegt vegna hagsmuna barnsins. Samþykki aðilar máls ekki að deila upplýsingum á grundvelli 23. gr. reglugerðar um málsmeðferð er barnaverndarnefnd þannig heimilt að úrskurða um slíkt, teljist það nauðsynlegt vegna hagsmuna barnsins.

¹⁸ Ráðstafanir án samþykkis foreldra skulu ávallt vera tímabundnar og eigi standa lengur en þörf krefur hverju sinni og skulu endurskoðaðar eigi sjaldnar en á sex mánaða fresti, sbr. 2. mgr. 26. gr. barnaverndarlaga.

úrræðin fela í sér vistun eða ekki, sbr. 24. og 26. gr. um úrræði án vistunar og 25. og 27. – 29. gr. um úrræði sem fela í sér vistun. Eru vistanir utan heimilis þannig ein tegund þeirra úrræða sem hægt er að kveða á um í áætlun um meðferð máls, hvort sem það er með samþykki eða ekki. Hluti doktorsrannsóknar höfundar laut að því að skoða hvort mál barna, sem voru vistuð með samþykki, hafi verið unnin í samræmi við þær kröfur sem lög og reglur gera til málsmeðferðar í slíkum málum og verður gerð grein fyrir helstu niðurstöðum þess þáttar rannsóknarinnar í kafla 5 og undirköflum hér að neðan.

Í 24. og 25. gr. barnaverndarlaga er kveðið á um úrræði með samþykki foreldra og eftir atvikum barns.¹⁹ Kveðið er á um vistanir utan heimilis tímabundið eða varanlega með samþykki aðila, þ.e. forsjáraðila og barns sem náð hefur 15 ára aldri, í 25. gr. barnaverndarlaga, sbr. 1. og 4. mgr. 25. gr. laganna.²⁰ Þar er í 1. mgr. 25. gr. kveðið á um að barnaverndarnefnd geti, eftir því sem nánar sé ákveðið í áætlun skv. 23. gr., með samþykki foreldra og barns sem náð hefur 15 ára aldri:

a. tekið við forsjá eða umsjá barns og ráðstafað barni í fóstur, b. tekið við forsjá eða umsjá barns og vistað barn utan heimilis á heimili eða stofnun eða leitað annarra úrræða skv. XIII. og XIV. kafla til umönnunar, rannsóknar, meðferðar eða stuðnings.

Í 2. mgr. 25. gr. barnaverndarlaga er svo kveðið á um að fóstur eða vistun barns skv. 1. mgr. skuli eigi standa lengur en þörf krefur. Þessar ráðstafanir skulu að jafnaði vera tímabundnar og sæta reglulegri endurskoðun eftir því sem nánar sé kveðið á um í fóstur- eða vistunarsamningi. Með tilliti til hagsmuna barns geti fóstur eða vistun barns þó varað þar til barn verður lögráða og tekur barnaverndarnefnd þá við forsjá þess.²¹

¹⁹ Í 24. gr. barnaverndarlaga er kveðið á um þau úrræði sem barnaverndarnefnd getur beitt með samþykki foreldra og eftir atvikum í samráði við barn og eru úrræðin talin upp í a – d liðum 1. mgr. ákvæðisins.¹⁹ Samkvæmt 2. mgr. 24. gr. laganna getur barnaverndarnefnd enn fremur með samþykki foreldra og án sérstaks úrskurðar beitt öðrum þeim úrræðum sem kveðið er á um í 26. gr. laganna. Ef foreldrar búa ekki saman en fara sameiginlega með forsjá barns nægir að það foreldranna, sem barnið býr hjá samkvæmt ákvæðum forsjársamnings, samþykki ráðstafanir samkvæmt 24. gr., sbr. 3. mgr. 24. gr. laganna.

²⁰ Samkvæmt 4. mgr. 25. gr. er fullnægjandi að það foreldri, sem barn býr hjá, samþykki vistunina hafi barnið náð 15 ára aldri og samþykki ráðstöfunina sjálf. Ber þá að leita umsagnar hins forsjáforeldrisins.

²¹ Líkt og fram kemur í kafla 2 hér að framan eru ákvarðanir skv. 25. gr. barnaverndarlaga stjórnvaldsákvæðanir.

3.2.2 Lokun máls

Þegar aðstæður barns verða viðunandi að mati barnaverndarnefndar ber að loka máli og tilkynna forsjáraðilum og barni eftir atvikum þá ákvörðun, sbr. 2. mgr. 23. gr. barnaverndarlaga og 5. mgr. 22. gr. reglugerðar um málsmeðferð.

Að sama skapi ber barnaverndarnefnd að loka máli ef ekki næst samkomulag um stuðningsúrræði og ekki eru talin uppfyllt skilyrði barnaverndarlaga um beitingu þvingunarúrræða, sbr. 2. mgr. 24. gr. reglugerðar um málsmeðferð. Samkvæmt ákvæðinu ber nefndinni þá að tilkynna forsjáraðilum og barni eftir atvikum um þá ákvörðun.

4. Málsmeðferðarreglur sem reynir á við vinnslu barnaverndarmála

4.1 Gildi stjórnýslulaga

Í 1. gr. stjórnýslulaga nr. 37/1993 er kveðið á um gildissvið þeirra laga. Samkvæmt 2. mgr. 1. gr. laganna gilda lögin þegar stjórnvöld taka ákvarðanir um rétt eða skyldu manna, þ.e. þegar teknar eru stjórnvaldsákvarðanir. Sé litið til þess sem fram kemur í kafla 2 hér að framan er ljóst að ekki leikur vafi á því að ákvæði stjórnýslulaga nr. 37/1993 gilda þegar barnaverndarnefndir taka ákvarðanir um vistun á grundvelli 25. gr. barnaverndarlaga.

4.2 Sérreglur um málsmeðferð í barnaverndarlögum

Það er ekki nægilegt að líta eingöngu til gildissviðs stjórnýslulaga þegar metið er hvaða málsmeðferðarreglur gilda við vinnslu barnaverndarmála þar sem mikilvægt er að skoða ákvæði barnaverndarlaga með tilliti til þess hvort þar sé kveðið á um með hvaða hætti haga eigi vinnslu og meðferð barnaverndarmála.

Sérstakur kafli er í barnaverndarlögum um málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd í VIII. kafla laganna. Þar er í 1. mgr. 38. gr. kveðið á um að um könnun barnaverndarmáls og málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd gildi ákvæði stjórnýslulaga með þeim frávikum sem greinir í barnaverndarlögum.²²

²² Í 1. mgr. 38. gr. barnaverndarlaga er jafnframt kveðið á um að þessar málsmeðferðarreglur gildi einnig, eftir því sem við á, þegar barnaverndarnefnd undirbýr og tekur ákvörðun um málshöfðun fyrir dómi til að koma fram ráðstöfunum skv. 28., 29. og 37. gr. barnaverndarlaga. Af 1. mgr. 38. gr. barnaverndarlaga er því ljóst að ákvæði stjórnýslulaga gilda um allar ákvarðanir sem barnaverndarnefndir taka um vistun barns utan heimilis, óháð því hvort þær teljast stjórnvaldsákvarðanir eða ekki, með þeim

Séu ákvæði barnaverndarlaga skoðuð má sjá að ekki eru í þeim neinar almennar undantekningar frá þeim meginreglum sem birtast í stjórnáskilum, þ.e. hvergi í barnaverndarlögum er kveðið á um að tiltekin málsmeðferðarregla, sem fram kemur í stjórnáskilum, gildi ekki við vinnslu barnaverndarmála. Einnig er sérstaklega áréttað að margar reglurnar gildi við meðferð barnaverndarmála, s.s. reglurnar um rannsókn mála, málshraða og andmælarétt, sbr. 41. og 47. gr. barnaverndarlaga. Hér má einnig sem dæmi nefna að meðalhófsreglan birtist víða í barnaverndarlögum, fyrst sem ein af meginreglum barnaverndarstarfs í 7. mgr. 4. gr. barnaverndarlaga. Í 1. mgr. 26. gr. laganna er kveðið á um að barnaverndarnefnd geti úrskurðað um tiltekin úrræði gegn vilja foreldra ef úrræði skv. 24. og 25. gr. sömu laga, þar sem kveðið er á um úrræði með samþykki foreldra og eftir atvikum barns, hafa ekki skilað árangri. Einnig er kveðið á um það í 80. gr. barnaverndarlaga að áður en barn er vistað á heimili eða stofnun skv. 79. gr.²³ skuli barnaverndarnefnd reyna önnur stuðningsúrræði, nema ljóst þyki að þau komi ekki að gagni. Af þessum ákvæðum og fleirum er ljóst að meðalhófsreglan vegur þungt við vinnslu barnaverndarmála, enda verður að telja slíkt eðlilegt þegar litið er til þess að barnaverndarmál eru í eðli sínu takmörkun á grundvallarreglunni um friðhelgi heimilis og fjölskyldu, sbr. umfjöllun í kafla 1 hér að framan.

Almennt eru ákvæði barnaverndarlaga ítarlegri en ákvæði stjórnáskilum laga og getur það leitt til þess að einhver blæbrigðamunur verði talinn á innihaldi reglnanna, eins og þær birtast í barnaverndarlögum, frá því sem stjórnáskilum kveða á um. Ekkert bendir til þess að hér sé um að ræða veigamikil frávik frá reglunum eins og þær birtast í stjórnáskilum. Verður í samræmi við þetta að draga þær ályktanir að barnaverndarnefndum beri þannig að fylgja öllum almennum málsmeðferðarreglum sem almennt gilda um meðferð stjórnáskilum laga þegar barnaverndarmál eru unnin.

Í 2. mgr. 38. gr. laganna er svo kveðið á um að ráðherra setji nánari ákvæði í reglugerð um meðferð mála hjá barnaverndarnefnd. Er sú reglugerð nefnd *Reglugerð um málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd* og er hún nr. 56/2004.

frávikum sem kveðið er á um í barnaverndarlögum. Í 37. gr. barnaverndarlaga er ákvæði sem heimilar barnaverndarnefnd, að ákveðnum skilyrðum uppfylltum, að krefjast brottvikningar heimilismanns eða nálgunarbanns fyrir dómi.

²³ Heimili eða stofnanir skv. 79. gr. eru úrræði sem ríkið skal sjá um að séu tiltæk í málefnum barna sem sýna áhættuþegðun, s.s. afbrot, alvarlega hegðunarerfiðleika eða vímuefnaneyslu, sbr. 79. gr. barnaverndarlaga.

4.3 *Málsmeðferðarreglur sem skoðaðar voru sérstaklega vegna rannsóknar um vistanir barna utan heimilis*

Við framkvæmd rannsóknar á málum þar sem börn voru vistuð utan heimilis á vegum barnaverndarnefnda með samþykki var ákveðið að beina sjónum að þeim reglum stjórnáráðs sem telja verður til lykilreglna við vinnslu barnaverndarmála þegar vista á börn utan heimilis. Í þessum kafla verða raktar þær reglur, sem sérstaklega voru teknar til skoðunar og varða vistanir utan heimilis skv. 25. gr. barnaverndarmála, og mikilvægi þeirra við vinnslu barnaverndarmála útskýrt.

4.3.1 *Rannsóknarreglan*

Fyrsta reglan, sem telja verður að skipti verulegu máli þegar vistanir barna utan heimilis eru skoðaðar, er rannsóknarreglan.

Samkvæmt 10. gr. stjórnáráðs skal stjórnvald sjá til þess að mál sé nægilega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Er þessi regla nefnd rannsóknarreglan. Samkvæmt þessu ákvæði hvílir á stjórnvaldi sú skylda að sjá til þess að eigin frumkvæði að málsatvik stjórnáráðsmáls séu nægilega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Markmið rannsóknarreglunnar er að tryggja að stjórnvaldsáskvarðanir verði bæði löglegar og réttar. Ákvæðið er byggt á óskráðri meginreglu sem hefur víðtækara gildissvið en 10. gr. laganna og tengist reglan náið andmælarétti.²⁴ Í 1. mgr. 41. gr. barnaverndarlaga er ákvæði sem er sambærilegt 10. gr. stjórnáráðs, en þar er kveðið á um að barnaverndarnefnd skuli sjá til þess að mál sé nægilega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því.

Ákvæði barnaverndarlaga um rannsókn mála eru nokkru ítarlegri en ákvæði 10. gr. stjórnáráðs. Um könnun máls, rannsóknarheimildir barnaverndarnefnda, skyldu til að láta barnaverndarnefndum í té upplýsingar og málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd almennt gilda ákvæði VIII. kafla laganna, þar sem kveðið er á um málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd, sbr. í 2. mgr. 22. gr. barnaverndarlaga. Í 2. mgr. 41. gr. laganna er sérstaklega kveðið á um að könnun barnaverndarmáls megi ekki vera umfangsmeiri en nauðsyn krefur. Einnig er í 43. gr. barnaverndarlaga sérstaklega fjallað um rannsóknarheimildir barnaverndarnefnda. Þar er í 1. mgr. 43. gr. lögð áhersla á að leitast skuli við að könnun fari fram í samráði og samvinnu við foreldra og er foreldrum eða þeim sem barn dvelst hjá skylt skv. 2. mgr. 43. gr. og 2.

²⁴ Páll Hreinsson: *Stjórnáráðs – skýringarrit* (1994), bls. 105.

mgr. 17. gr. reglugerðar um málsmeðferð að veita liðsinni sitt til þess að könnun máls geti gengið greiðlega, enda skuli barnaverndarnefnd sýna þeim, er málið varðar, ýtrustu nærgætni.

Einnig er í 44. gr. barnaverndarlaga sérstakt ákvæði um upplýsingaskyldu gagnvart barnaverndarnefnd. Þar er í 1. mgr. 44. gr. fjallað um að eftir að barnaverndarnefnd hefur tekið ákvörðun um könnun máls sé öllum heilbrigðis- og sjúkrastofnunum, þar með töldum sjálfstætt starfandi heilbrigðisstarfsmönnum, sérfræðingum sem veita félagslega þjónustu, geðdeildum, meðferðardeildum og meðferðarstofnunum fyrir áfengissjúklinga og fíkniefnaneytendur, og stofnunum sem veita félagslega þjónustu eða aðstoð, skylt að láta nefndinni endurgjaldslaust í té upplýsingar og afrit af nauðsynlegum gögnum um heilsu barns, foreldra þess og annarra heimilismanna, þar á meðal upplýsingar um ástand viðkomandi og batahorfur, auk annarra upplýsinga sem nefndin telur að skipt geti máli fyrir úrlausn málsins.²⁵

Öðrum stofnunum og aðilum þar sem barn hefur dvalist eða kemur reglulega er að sama skapi skylt að láta nefndinni í té upplýsingar sem hún telur að skipt geti máli fyrir úrlausn málsins auk þess sem lögregla og sakaskrá ríkisins skulu láta nefndinni í té upplýsingar og afrit nauðsynlegra gagna sem þessar stofnanir búa yfir um barn, foreldra þess og aðra heimilismenn, sbr. 2. – 3. mgr. 44. gr. barnaverndarlaga.

Samkvæmt 4. mgr. 44. gr. barnaverndarlaga er skylt að veita upplýsingar skv. greininni eins fljótt og auðið er og eigi síðar en 14 dögum eftir að beiðni barst. Samkvæmt 5. mgr. ákvæðisins gengur upplýsingaskylda skv. þessari grein framur ákvæðum laga eða síðareglna um þagnarskyldu einstakra starfsstétta.

Í þessum ákvæðum felst annars vegar skylda barnaverndarnefnda til að ganga ekki nær aðilum barnaverndarmáls en þörf er á en jafnframt skylda þeirra, sem barn dvelst hjá, til að liðsinna við könnun málsins. Einnig vekur athygli að hvergi er í barnaverndarlögum kveðið á um að samþykki aðila þurfi til upplýsinga- eða gagnaöflunar og verður að draga þær ályktanir að samþykki aðila þurfi ekki að liggja fyrir svo hægt sé að afla þeirra gagna og upplýsinga sem barnaverndarnefnd telur nauðsynleg við vinnslu máls. Er það jafnframt áréttað í síðari málsli. 1. mgr. 17. gr. reglugerðar um málsmeðferð að samþykki forsýraraðila þurfi ekki að liggja fyrir til að afla upplýsinga sem barnaverndarnefnd telur nauðsynlegar fyrir úrlausn máls.

²⁵ 1. mgr. 44. gr. var breytt lítillega með 22. gr. laga nr. 80/2011 þar sem heimild barnaverndarnefndar var útvíkkuð þannig að nefndinni væri ekki eingöngu heimilt að afla upplýsinga um börn og foreldra heldur einnig aðra heimilismenn.

Sérstaklega er fjallað um réttindi barns við málsmeðferð í 46. gr. barnaverndarlaga. Þar er í 1. mgr. kveðið á um það að barn, sem náð hefur 15 ára aldri, sé aðili að tilteknum barnaverndarmálum. Eins og fram kemur í 46. gr. barnaverndarlaga er barn, sem orðið er 15 ára, sjálfst aðili að málinu þegar um er að ræða vistanir utan heimilis, endurskoðun á þeim eða umgengni meðan barn er í fóstri eða á heimili eða stofnun, þ.e. ákvarðanir á grundvelli 25., 27., 2. mgr. 34., 74. og 81. gr. barnaverndarlaga.²⁶

Í 46. gr. barnaverndarlaga er kveðið á um rétt barns við málsmeðferð hjá barnaverndarnefnd og er þar kveðið á um að barn, sem náð hefur 15 ára aldri, teljist aðili barnaverndarmáls skv. m.a. 25. og 27. gr. laganna, en bæði ákvæðin varða ákvarðanir um vistanir utan heimilis. Í 55. gr. sömu laga er fjallað um aðild barns við meðferð mála fyrir dómi skv. 29. og 1. mgr. 34. gr. (þ.e. í málum þar sem barnaverndarnefnd krefst forsjársviptingar fyrir dómi eða foreldrar krefjast þess að fá umráð barns að nýju) og í 1. mgr. 62. gr. laganna er kveðið á um aðild að málum fyrir dómi sem rekin eru skv. 27. og 28. gr. barnaverndarlaga (varða tímabundnar vistanir utan heimilis). Af þessum ákvæðum er ljóst að barn, sem náð hefur 15 ára aldri, á beina og sjálfstæða aðild að málum, bæði hjá barnaverndarnefndum og fyrir dómstólum, þegar til álita kemur að vista það utan heimilis, hvort sem það er tímabundið eða varanlega.

Framangreind ákvæði hafa verið túlkuð þannig að börn yngri en 15 ára teljist ekki beinir aðilar að málum hjá barnaverndarnefnd eða fyrir dómstólum þegar ákvarðanir eru teknar um vistun utan heimilis. Þrátt fyrir að teljast ekki aðilar að barnaverndarmálum eiga börn yngri en 15 ára töluverðan rétt skv. ákvæðum barnaverndarlaga. Til dæmis er kveðið á um rétt barns til að tjá sig um mál sem varðar það í samræmi við aldur þess og þroska og að taka skuli réttmætt tillit til skoðana þess við úrlausn málsins í 2. mgr. 46. gr. barnaverndarlaga. Einnig er í 3. mgr. 46. gr. meðal annars kveðið á um að það skuli að jafnaði skipa barni talsmann áður en gripið er til ráðstafana skv. 25., 27. eða 28. gr. og áður en sett er fram krafa um sviptingu forsjár skv. 29. gr. nema barn njóti aðstoðar lögmanns, sbr. 2. mgr. 47. gr. Er þannig sérstök áhersla lögð á það að barn eigi kost á að koma sínum sjónarmiðum að áður en teknar eru ákvarðanir í barnaverndarmálum, ekki síst íþyngjandi ákvarðanir líkt og vistanir utan heimilis. Ætla má að upplýsingar, sem

²⁶ Handbók Barnaverndarstofu, útgefin í mars 2006, endurskoðuð í ágúst 2011, bls. 71. <http://www.bvs.is/media/handbok/handbok-2006---uppfaerd-agust-2011b.pdf> Tekið af vefnum 14. janúar 2015.

barn gefur í slíkum málum, séu jafnframt mikilvægar til þess að upplýsa málið, sbr. kröfur 22. og 1. mgr. 41. gr. barnaverndarlaga og 10. gr. stjórnslulaga.

Mál telst þannig nægilega rannsakað þegar þeirra upplýsinga hefur verið aflað sem nauðsynlegar eru til þess að hægt sé að taka efnislega rétta ákvörðun í því. Veruleg vanræksla á rannsókn máls getur almennt leitt til þess að ákvörðun verði talin ógildanleg, ekki síst ef um íþyngjandi ákvörðun er að ræða.²⁷

Rannsókn barnaverndarmála er tengd meðalhófsreglunni, samkvæmt 2. málsl. 1. mgr. 21. gr. reglugerðar um málsmeðferð. Skál könnun ekki vera umfangsmeiri en þörf krefur hverju sinni og ekki aflað annarra persónuupplýsinga en þeirra sem nauðsynlegar eru til að geta fjallað um mál barns.

Fram kemur í kafla 3.1. hér að framan að í 1. mgr. 23. gr. barnaverndarlaga sé kveðið á um að þegar könnun er lokið sé skylt að gera sérstaka greinargerð um niðurstöðu hennar og ber í greinargerðinni að taka fram hvaða úrbóta sé þörf og setja fram tillögur að heppilegum úrræðum, sbr. einnig e-lið 2. mgr. 21. gr. reglugerðar um málsmeðferð. Þarf rannsókn málsins þannig að leiða til þess að afstaða sé tekin til þess af hálfu barnaverndarnefndar hvaða aðgerða grípa þurfi til svo bæta megi aðstæður eða stöðu barns.

Þegar litið er til þess hvaða kröfur þarf að gera til rannsóknar mála í barnavernd þarf að líta til þeirrar sérstöðu barnaverndarmála að máli lýkur almennt ekki þegar stjórnvaldsákvörðun hefur verið tekin, sbr. umfjöllun í kafla 1 hér að framan, heldur er það opið áfram til endurmats og ekki er óalengt að fjölmargar stjórnvaldsákvæðanir séu teknar í eina og sama málinu á meðan það er opið. Telja verður að þessi staða hafi í för með sér að áframhaldandi rannsóknarskylda hvíli á barnaverndarnefnd allan tímann á meðan mál er opið hjá nefndinni og bera ákvæði barnaverndarlaga og reglugerðar um málsmeðferð merki um að svo sé. Í þessu sambandi þarf að líta til þess að í e-lið 3. mgr. 22. gr. reglugerðar um málsmeðferð er kveðið á um að í áætlun um meðferð máls sé skylt að fjalla um hvenær og hvernig meta skuli árangur þeirrar áætlunar sem skrifað er undir. Einnig er gerð krafa um það við gerð einhliða áætlunar að þar séu raktar þær stuðningsaðgerðir sem kunna að hafa verið gerðar og mat á árangri þeirra, sbr. c-lið 1. mgr. 24. gr. sömu reglugerðar. Telja verður að framangreindar kröfur um að í greinargerð sé settar fram tillögur að heppilegum úrræðum og

²⁷ Páll Hreinsson: *Stjórnslulögín – Skýringarrit* (1994), bls. 113 og 116. Sjá nánar um rannsóknarregluna í sama riti, bls. 105-117.

að í áætlun komi fram hvenær og hvernig eigi að meta árangur (í áætlun um stuðningsúrræði) eða mat á því hvaða árangur hefur náðst af þeim stuðningsaðgerðum sem kunna að hafa verið gerðar (í einhliða áætlun um þvingunarráðstafanir) feli í sér að barnaverndarnefnd verður að rannsaka málið nægilega vel til þess að hægt sé að leggja til tiltekin úrræði. Enn fremur hvort þau úrræði, sem getið er um í áætlun um meðferð máls, hafi borið árangur og að í upphafi (þegar áætlun er gerð) liggi fyrir hvað þurfi til svo að tiltekið úrræði teljist hafa borið árangur. Feli umrædd ákvæði e-liðar 3. mgr. 22. gr. og c-liðar 1. mgr. 24. gr. reglugerðar um málsmeðferð þannig í sér sérreglu um rannsókn máls í skilningi stjórnsluréttar.

Þegar rannsóknarreglan hefur verið brotin að hluta til eða öllu leyti þá er alltaf talið að það feli í sér annmarka að lögum. Rannsóknarreglan er þess eðlis að hún er almennt talin veita meira öryggi fyrir því að efni stjórnvaldsákvörðunar verði bæði rétt og lögmætt, þ.e. hún er svonefnd öryggisregla og er í raun talin hryggjarstykki öryggisreglna stjórnsluréttar.²⁸

4.3.2 Meðalhófsreglan

Önnur reglan, sem nauðsynlegt er að gefa sérstakan gaum þegar vistanir barna utan heimilis eru skoðaðar, er meðalhófsreglan.

Þegar efni ákvörðunar er að einhverju leyti komið undir mati stjórnvalds er mat þess bundið af meðalhófsreglunni. Reglan er lögfest í 12. gr. stjórnslulaga en er þó ekki ný af nálinni því hún hefur lengi gilt, til dæmis um valdbeitingu lögreglu og er ein af þeim meginreglum um starfshætti stjórnvalda sem dómstólar hafa skapað. Reglan er því meginregla sem hefur víðtækara gildissvið en 12. gr. laganna.²⁹ Meginsjónarmiðin að baki reglunni eru þau að stjórnvaldi sé ekki aðeins skylt að líta til þess markmiðs sem starf þess stefnir að heldur beri því einnig að taka tillit til hagsmuna og réttinda þeirra aðila sem athafnir stjórnvaldsins og valdbeiting beinist að. Ber stjórnvaldi að fara ákveðinn meðalveg á milli þessara andstæðu sjónarmiða.³⁰ Meðalhófsreglan er nátengd grundvallarmannréttindum og hefur reglan til að

²⁸ Páll Hreinsson: *Stjórnsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 532 - 533.

²⁹ Páll Hreinsson: *Stjórnslulögin – Skýringarrit* (1994), bls. 148 og Páll Hreinsson: *Stjórnsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 42 – 43.

³⁰ Nefnd um starfsskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlög við réttarbrotum í stjórnslu: *Starfsskilyrði stjórnvalda* (1999), Forsætisráðuneytið, Reykjavík, bls. 42.

mynda verið talin þýðingarmikil grundvallarregla í dómum Mannréttindadómstóls Evrópu.³¹

Þrír meginþættir felast í meðalhófsreglunni. Sá fyrsti er byggður á þeirri meginreglu að aldrei megi íþyngja almenningi að nauðsynjalausu. Af orðalagi 1. máls. 12. gr. stjórnslulaga, sem kveður á um að stjórnvald skuli því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði, sem að er stefnt, verði ekki náð með öðru og vægara móti, og af athugasemdum við greinina í frumvarpinu sem varð að stjórnslulögum er ljóst að stjórnvaldsákvörðun verður að vera til þess fallin að ná því markmiði sem að er stefnt. Íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun, sem augljóslega er ekki til þess fallin að ná því markmiði sem að er stefnt, er því ólögmæt.³²

Annar meginþáttur meðalhófsreglunnar er að ef stjórnvöld hafa val um fleiri en eina leið eða val um að beita fleiri en einni tegund þvingunarúrræða til að ná því markmiði, sem að er stefnt við töku ákvörðunar, þá leiðir af fyrri málslið 12. gr. að velja ber það úrræði sem vægast er og að gagni getur komið.³³ Þeim mun tilfinnanlegri, sem sú skerðing er sem leiðir af ákvörðun stjórnvalds, þeim mun strangari kröfur verður að gera til sönnunar á nauðsyn skerðingarinnar.

Þriðji meginþátturinn er sá að þegar vægasta úrræðið, sem að gagni getur komið, hefur verið valið verður að hafa í huga að hóf verður að vera í beitingu þess, miðað við þá hagsmuni sem í húfi eru, og ekki má ganga lengra en nauðsyn ber til.³⁴

Vandséð er að stjórnvöld fái beitt þvingunarúrræðum í samræmi við meðalhófsregluna nema þau hafi áður fengið viðhlítandi upplýsingar um hagsmunina sem í húfi eru og vægast á í málinu³⁵ og er reglan þannig nátengd rannsóknarreglu stjórnsluréttar, sbr. umfjöllun um regluna í kafla 4.3.1. hér að framan.

Meðalhófsreglan er efnisregla, þ.e. hún segir til um hvert efni ákvörðunar á að vera. Reglan er hins vegar ekki algild regla sem leiðir til afdráttarlausrar niðurstöðu í einstökum tilvikum. Meðalhófsreglan gefur til kynna ákveðin sjónarmið sem ber að beita við skýringu reglna svo og við úrlausn mála í einstökum tilvikum.³⁶ Þegar notuð eru mun harkalegri úrræði en efni standa til, eða gengið mun lengra í beitingu

³¹ Páll Hreinsson: *Stjórnslulögin – Skýringarrit* (1994), bls. 148.

³² Páll Hreinsson: *Stjórnslulögin – Skýringarrit* (1994): bls. 150.

³³ Páll Hreinsson: *Stjórnslulögin – Skýringarrit* (1994): bls. 150, *Starfsskilyrði stjórnvalda* (1999), bls. 43-44 og Páll Hreinsson: *Stjórnsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 909.

³⁴ Páll Hreinsson: *Stjórnslulögin – Skýringarrit* (1994): bls. 147 og 154.

³⁵ Páll Hreinsson: *Stjórnsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 908.

³⁶ Páll Hreinsson: *Stjórnslulögin – Skýringarrit* (1994): bls. 147.

Þess úrræðis sem valið er en efni standa til, er um að ræða efnisannmarka sem leiðir yfirleitt til þess að ákvörðun telst ógildanleg. Þegar um er að ræða skilyrðið um að ákvörðun verði að vera fallin til þess að ná því markmiði sem að er stefnt verður ákvörðunin þó væntanlega ekki ógildanleg nema hún sé augljóslega ekki til þess fallin að ná fram því markmiði.³⁷ Þar sem málsaðilar verða oft fyrir tjóni þegar meðalhófsreglan er brotin geta þeir í mörgum tilvikum átt rétt á bótum.^{38 39}

Meðalhófsreglan kemur ávallt til skoðunar þegar efni ákvörðunar er að einhverju leyti komið undir mati stjórnvalds.⁴⁰ Ákvarðanirnar, sem teknar eru af barnaverndarnefndum, eru þess eðlis að þær eru ávallt matskenndar að efni til. Birtist þetta meðal annars í því að meðalhófsreglan er rauður þráður í barnaverndarlögum, sbr. t.d. 7. mgr. 4. gr. barnaverndarlaga þar sem meginreglur barnaverndarstarfs eru raktar.⁴¹ Einnig skal ekki taka ákvörðun um að hefja könnun nema rökstuddur grunur sé um að tilefni sé til, sbr. 5. mgr. 21. gr. laganna og 5. mgr. 14. gr. reglugerðar um málsmeðferð. Í 4. mgr. 23. gr. laganna og 1. mgr. 24. gr. reglugerðar um málsmeðferð er kveðið á um að barnaverndarnefnd skuli semja einhliða áætlun um framvindu máls og beitingu úrræða ef ekki næst samkomulag við foreldra eða barn, þegar það á við. Samkvæmt 26. gr. barnaverndarlaga er jafnframt heimilt að beita úrræðum án samþykkis foreldra, þ.e. án vistar, ef úrræði með samþykki hafa ekki skilað árangri að mati barnaverndarnefndar, eða eftir atvikum barnaverndarnefnd hafi komist að því að þau séu ófullnægjandi. Sérstaklega er tekið fram í 2. mgr. 26. gr. barnaverndarlaga að ráðstafanir skv. 1. mgr. skuli ávallt vera tímabundnar og eigi standa lengur en þörf krefur hverju sinni. Í ákvæðinu er jafnframt kveðið á um að slíkar ráðstafanir beri að endurskoða eigi sjaldnar en á sex mánaða fresti.⁴² Vísast hér einnig til kafla 4.3.1. að framan um

³⁷ Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin – Skýringarrit* (1994): bls. 159.

³⁸ Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin – Skýringarrit* (1994): bls. 159.

³⁹ Sjá nánar um meðalhófsregluna í *Stjórnsýslulögin – Skýringarrit* (1994) eftir Pál Hreinsson, bls. 147-159, *Forvaltningsret* (2002) eftir Hans Gammeltoft-Hansen, Jon Andersen, Morten Engberg, Kaj Larsen, Karsten Loiborg og Jens Olsen, 2. útgáfa, Jurist og Økonomsforbundets Forlag, Kaupmannahöfn, bls. 372-374 og *Forvaltningsret* (1994) eftir Hans Gammeltoft-Hansen, Jon Andersen, Kaj Larsen og Karsten Loiberg, 1. útgáfa, Jurist og Økonomsforbundets Forlag, Kaupmannahöfn, bls. 254.

⁴⁰ Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin – Skýringarrit* (1994), bls. 149.

⁴¹ Alþt. 2001-2002, A- deild, þskj. 403, bls. 1812-13 og 1837.

⁴² Er hér ekki um tæmandi talningu að ræða er varðar ákvæði þar sem meðalhófsreglan birtist í ákvæðum barnaverndarlaga.

rannsóknarregluna þar sem fjallað er um að rannsókn barnaverndarnefnda eigi ekki að vera umfangsmeiri en þörf er á hverju sinni.

Líkt og rakið er í kafla 4.3.1. um rannsóknarregluna þá er samkvæmt e-lið 3. mgr. 22. gr. reglugerðar um málsmeðferð skylt að kveða á um það í áætlun um meðferð máls hvenær og hvernig meta skuli árangur þeirrar áætlunar sem skrifað er undir. Einnig er gerð krafa um það við gerð einhliða áætlunar að þar séu raktar þær stuðningsaðgerðir sem kunna að hafa verið reyndar og mat á árangri þeirra, sbr. c-lið 1. mgr. 24. gr. sömu reglugerðar.

Í áætlun þarf samkvæmt ofangreindu að koma fram hvenær og hvernig eigi að meta árangur (í áætlun um stuðningsúrræði) og mat á því hvaða árangur hefur náðst af þeim stuðningsaðgerðum, sem kunna að hafa verið gerðar (í einhliða áætlun um þvingunarráðstafanir). Telja verður að þetta feli ekki bara í sér að barnaverndarnefnd verði að rannsaka hvort þau úrræði, sem getið er um í áætlun um meðferð máls, hafi borið árangur og að í upphafi, þ.e. þegar áætlun er gerð, liggja fyrir hvað þurfi til svo að tiltekið úrræði teljist hafa borið árangur. Ákvæðin feli jafnframt í sér að þegar ákveðið er hvort beita eigi frekari úrræðum í framhaldi af því að áætlun hafi verið gerð þá liggja fyrir hvaða úrræði eru til þess fallin að bera árangur og rétt er að setja inn í nýja áætlun. Feli umrædd ákvæði e-liðar 3. mgr. 22. gr. og c-liðar 1. mgr. 24. gr. reglugerðar um málsmeðferð þannig í sér sérreglu um með hvaða hætti eigi að beita meðalhófsreglu stjórnisýsluréttar við mat á því hvaða úrræða eigi að grípa til þegar ný áætlun er undirbúin og tekin er ákvörðun um hvaða úrræðum eigi að beita við vinnslu barnaverndarmáls. Sama gildir um kröfur barnaverndarlaga um að setja fram tillögur að heppilegum úrræðum í greinargerð um niðurstöðu könnunar, þ.e. að í þeirri kröfu felist að barnaverndarnefnd verði að meta hvaða úrræði geta borið árangur og gera tillögu um að beita vægasta úrræði sem ætla má að komið geti að gagni.

Sérstaklega er vikið að reglum um meðalhóf í þeim ákvæðum sem varða vistun utan heimilis. Má hér nefna að í 2. mgr. 25. gr. er kveðið á um að fóstur eða vistun barns skv. 1. mgr. ákvæðisins skuli eigi standa lengur en þörf krefur og að ráðstafanir þessar skuli að jafnaði vera tímabundnar og endurskoðaðar reglulega.⁴³

⁴³ Sömu skilyrði og rakin eru í 26. gr. barnaverndarlaga eru fyrir úrskurði um vistun barns utan heimilis, sbr. 1. másl. 1. mgr. 27. gr. laganna. Að sama skapi getur barnaverndarnefnd eingöngu gert kröfu fyrir dómi um vistun barns lengur en í tvo mánuði ef nefndin telur það nauðsynlegt að ráðstöfun skv. a- og b-lið standi lengur en þar er kveðið á um. Kröfu um sviptingu forsjár skal jafnframt því aðeins gera að ekki sé

4.3.3 Málshraðareglan

Þriðja reglan, sem rétt þykir að taka sérstaklega til skoðunar í tengslum við vistanir barna utan heimilis, er málshraðareglan.

Mörg stjórnáskilnaðsmál eru þess eðlis að úrlausn þeirra mun óhjákvæmilega taka nokkurn tíma, enda er það markmið með flestum lögmæltum ákvæðum um undirbúning og rannsókn máls að tryggja að mál verði rannsakað á nægilega vandaðan hátt áður en ákvörðun er tekin. Hins vegar þarf að hafa í huga að oftast hafa aðilar máls ekki síður brýna hagsmuni af því að mál hljóti hraða afgreiðslu hjá stjórnvöldum. Þar sem starfsemi, verkefni og aðbúnaður stjórnvalda er með svo ólíkum hætti er ekki hægt að setja þeim einn og sama afgreiðslufrest. Því er mælt fyrir um það í 1. mgr. 9. gr. stjórnáskilnaðslulaga að ákvarðanir í málum skuli teknar svo fljótt sem unnt er. Í ákvæðinu felst m.a. að áskilnaður um að aldrei megi vera um ónaúðsynlegan drátt á afgreiðslu máls að ræða. Það getur oft verið erfitt að feta veginn á milli málshraðareglunnar og rannsóknarreglunnar þannig að mál sé afgreitt svo fljótt sem unnt er en sé jafnframt rannsakað á viðhlítandi hátt og verður ófullnægjandi rannsókn á máli almennt ekki réttlætt á grundvelli málshraðareglunnar.⁴⁴ Líkt og fram kemur í kafla 2 hér að framan gilda ákvæði stjórnáskilnaðslulaga þegar stjórnvöld taka stjórnvaldsákvarðanir. Hins vegar er ákvæði 9. gr. stjórnáskilnaðslulaga byggt á óskráðri meginreglu sem hefur víðtækara gildissvið en ákvæði laganna sjálfra. Á grundvelli meginreglunnar ber stjórnvöldum þannig almennt að svara erindum sem þeim berast án ástæðulausrar tafar og í 1. mgr. 9. gr. felst m.a. áskilnaður um að aldrei megi vera um óréttlættan drátt á afgreiðslu máls að ræða.^{45 46}

Af ofangreindu leiðir að málshraðareglan er afstæð að efni til og verður þannig að meta málsmeðferðina heildstætt í hverju tilviki, þ.e. hvað geti talist eðlilegur afgreiðslutími. Er þá litið til umfangs málsins og atvika hverju sinni. Ljóst er að mönnun og álag á einstakar stjórnáskilnaðstofnanir hefur áhrif á afgreiðsluhraða. Einnig hefur

unnt að beita öðrum og vægari úrræðum til úrbóta eða slíkar aðgerðir hafi verið reyndar án viðunandi árangurs, sbr. 2. mgr. 29. gr. barnaverndarlaga.

⁴⁴ Páll Hreinsson: *Stjórnáskilnaðslulögin – Skýringarrit* (1994), bls. 97-98 og Páll Hreinsson: *Stjórnáskilnaðsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 445. og 448. Sjá nánar um togstreituna milli rannsóknarreglunnar og málshraðareglunnar í Páll Hreinsson: *Stjórnáskilnaðsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 447-448.

⁴⁵ Páll Hreinsson: *Stjórnáskilnaðslulögin – Skýringarrit* (1994), bls. 98-99 og Páll Hreinsson: *Stjórnáskilnaðsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 448.

⁴⁶ Í 3. mgr. 9. gr. stjórnáskilnaðslulaga er svo kveðið á um skyldu stjórnvalda til að skýra ástæðu tafa á afgreiðslu mála, sjá m.a. í Páll Hreinsson: *Stjórnáskilnaðslulögin – Skýringarrit* (1994), bls. 100.

mikilvægi ákvörðunar fyrir aðila máls mikla þýðingu. Þannig ber almennt að hraða meðferð mála sem varða mjög verulega fjárhagslega eða persónulega hagsmuni aðila. Einnig hefur eðli málsins, sem fjallað er um hverju sinni, þýðingu í þessu sambandi.⁴⁷

Almennt er það talið til óréttmætra tafa þegar ekkert hefur verið unnið í máli frá móttöku þess í langan tíma. Einnig er það þannig að þegar tafir verða á grundvelli atvika sem stjórnvaldið ber ábyrgð á og ber áhættuna af er talið að um óréttmætar tafir sé að ræða, ólíkt því þegar um er að ræða aðstæður sem talið er að málsaðili beri áhættuna af, s.s. þegar samvinna er ekki fyrir hendi. Mála fjöldi og starfsálag er almennt ólíkt eftir tímabilum. Því eru ákveðnar tafir vegna mála fjölda og starfsálags taldar réttlætningar sé mikill fjöldi mála til afgreiðslu hjá stjórnvöldum. Þetta sjónarmið réttlætir almennt ekki margra mánaða tafir á afgreiðslu mála eða tafir sem taldar verða í árum. Einnig hafa tafir vegna leyfa ekki talist til réttmætra tafa.⁴⁸ Sjónarmið, sem talin hafa verið réttmætar tafir á afgreiðslu máls, gera það aðeins í ákveðinn tíma. Þannig kann langur afgreiðslutími í mörgum tilvikum einungis að verða réttlættur að hluta til á grundvelli sjónarmiðanna sem búa að baki töfunum.^{49 50} Sú skylda hvílir á forstöðumönnum stofnana að sjá til þess að málshraðareglan sé virt við afgreiðslu mála hjá hverju og einu stjórnvaldi. Þetta þýðir að fara verður með skipulegum hætti yfir vinnulag og verkferla stjórnvalds, greina kröfur sem uppfylla verður skv. réttarheimildum á viðkomandi sviði og skrá verkferla og skipuleggja vinnubrögð í samræmi við réttarheimildir. Einnig verður að hafa virkt innra eftirlit með því að vinnubrögð séu í samræmi við skráða verkferla.⁵¹

Verði óhóflegar og ástæðulausar tafir á afgreiðslu máls getur verið um að ræða brot í opinberu starfi hjá starfsmanninum sem fer með málið en á hinn bóginn valda tafir á afgreiðslu yfirleitt ekki ógildi ákvörðunar, þó á því séu undantekningar, þrátt fyrir að brot á málshraðareglunni teljist ávallt þess eðlis að til staðar sé annmarki að

⁴⁷ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 449-450.

⁴⁸ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 452-453.

⁴⁹ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 454.

⁵⁰ Þegar tafir verða á afgreiðslu máls ber stjórnvaldi að upplýsa um það, sbr. 3. mgr. 9. gr. stjórnsýslulaga. Sjá nánari umfjöllun í Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 456-458.

⁵¹ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls.459.

lögum.⁵² Svo til greina komi að telja að tafir á afgreiðslu máls geti valdið ógildingunni ákvörðunar verða þær að hafa haft áhrif á niðurstöðu ákvörðunar málsins, auk þess sem hinn lagalegi annmarki verður að vera verulegur, þ.e. að annmarkinn hafi haft efnisleg áhrif á úrlausn málsins til skaða fyrir málsaðila. Einnig geta aðstæður verið með þeim hætti að veigamiklar aðstæður mæli gegn því að ógilda ákvörðun á grundvelli brots á málshraðareglu, þrátt fyrir að önnur skilyrði ógildingar geti verið fyrir hendi.⁵³ Á hinn bóginn geta slíkar tafir á afgreiðslu mála haft önnur réttaráhrif, s.s. bótaábyrgð hins opinbera í þeim tilvikum þegar mál hefur dregist óhóflega og að ástæðulausu og það hefur bakað málsaðila tjón.⁵⁴ Þegar mælt er fyrir um málshraðareglu í ákvæðum sérlaga virðist eitthvað minna þurfa til svo ákvörðun verði talin ógildanleg sökum tafa á afgreiðslu máls en samkvæmt hinni almennu málshraðareglu 9. gr. stjórnábyrgðarlaga. Hins vegar geta málshraðareglur haft mikla þýðingu þegar um er að ræða íþyngjandi bráðabirgðaúræði, sem í eðli sínu eru varúðar- og öryggisráðstöfun.⁵⁵ Í þeim tilvikum eru forsendur bráðabirgða-ákvörðunar ekki fyrir hendi í mjög langan tíma.⁵⁶

Málshraðaregluna má sjá víða í ákvæðum barnaverndarlaga og reglugerð um málsmeðferð. Sem dæmi má nefna að þegar barnaverndarnefnd fær tilkynningu um aðstæður barns eða berast upplýsingar með öðrum hætti skal nefndin taka afstöðu til þess án tafar, og eigi síðar en innan sjö daga frá því að tilkynning eða upplýsingar berast, hvort ástæða sé til að hefja könnun í málinu, sbr. 1. mgr. 21. gr. barnaverndarlaga, 1. og 2. mgr. 14. gr. reglugerðar um málsmeðferð. Samkvæmt 1. málsl. 1. mgr. 21. gr. reglugerðar um málsmeðferð er skylt að hraða könnun máls svo sem kostur er og greinargerð um niðurstöðu könnunar og ákvörðun um beitingu úrræða skal svo að jafnaði liggja fyrir innan þriggja mánaða og eigi síðar en fjórum mánuðum eftir að ákvörðun var tekin um að hefja könnun, sbr. síðari málsl. 2. mgr. 41. gr. laganna og 3. mgr. 21. gr. reglugerðar um málsmeðferð. Ef talin er þörf á beitingu úrræða, skal svo fljótt sem

⁵² Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 461. Einnig er hægt að kæra óhæfilegan drátt á afgreiðslu máls til æðra stjórnvalds, sbr. 4. mgr. 9. gr. stjórnábyrgðarlaga. Sjá nánar í Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 458-459.

⁵³ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 463-465.

⁵⁴ Andersen, P: *Forsinkelser i den offentlige Forvaltning*, Juristen (1965), bls. 196-202, Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin-Skýringarrit* (1994), bls. 101-102 og Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 467-468.

⁵⁵ Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin – Skýringarrit* (1994), bls. 103.

⁵⁶ Sjá hér m.a. dóma Hæstaréttar í máli nr. 1989:1242 og máli nr. 1991:1632.

verða má eftir að niðurstöður könnunar liggja fyrir, gera áætlun um stuðningsúrræði, sbr. 2. mgr. 22. gr. reglugerðar um málsmeðferð. Tímanlega áður en áætlun rennur út skal barnaverndarnefnd í samvinnu við aðila meta árangur og hvort þörf er á beitingu frekari úrræða sbr. síðari málsl. 4. mgr. 22. gr. reglugerðar um málsmeðferðir. Samkvæmt 2. mgr. 25. gr. reglugerðar um málsmeðferðir skal tímanlega áður en fóstri lýkur meta árangur og hvort þörf er á beitingu frekari úrræða.

Einnig er í barnaverndarlögum sérstaklega tekið á því hvernig haga eigi meðferð mála þegar aðilar eru ekki í samvinnu, þar sem í 4. mgr. 23. gr. barnaverndarlaga er kveðið á um að ef ekki náist samkomulag við foreldra eða barn við gerð áætlunar skuli barnaverndarnefnd semja einhliða áætlun um framvindu máls og beitingu úrræða skv. ákvæðum barnaverndarlaga. Af ákvæðinu má ráða að barnaverndarnefnd eigi ekki að láta skort á samvinnu tefja málið óhóflega heldur hafi þá skyldu að taka af skarið með gerð einhliða áætlunar, sbr. nánar um einhliða áætlanir í köflum 3.2. og 4.3.1. hér að framan. Einnig getur barnaverndarnefnd aflað allra nauðsynlegra upplýsinga án þess að samþykki aðila liggja fyrir, sbr. umfjöllun í kafla 4.3.1. hér að framan þar sem fjallað er um rannsóknarregluna.

Löggjafinn hefur í nokkrum tilvikum sett stjórnvöldum afgreiðslufrest í vissum málaflokkum. Þegar löggjafinn fer þessa leið verður að miða við að til grundvallar slíkri lagasetningu liggja tiltekið mat af hálfu löggjafans. Annars vegar að málið sé þess eðlis að rétt sé með tilliti til hagsmuna þeirra sem í hlut eiga að lögbinda afgreiðslutíma málanna og þá oft við tiltölulega stuttan tíma. Hins vegar að löggjafinn hafi metið það svo að sá tími, sem hann lögbindur, sé nægjanlegur til afgreiðslu málanna miðað við þær upplýsingar sem gengið er út frá við lagasetninguna. Í slíkum tilvikum ber stjórnvöldum að haga meðferð mála með þeim hætti að tryggt sé að lögmæltir frestir til afgreiðslu þeirra séu haldnir. Það kallar aftur á að starfsemi, verkferlar og málsmeðferð séu að öðru leyti þannig skipulögð hjá stjórnvaldinu að hægt sé að halda hina lögmæltu fresti í heiðri.⁵⁷ Líkt og má sjá í umfjölluninni hér að framan þá eru bæði settir tímafrestir í barnaverndarlög um að taka eigi afstöðu til tilkynninga eða upplýsinga um aðstæður barna án tafar og að könnun máls eigi að liggja fyrir innan þriggja mánaða frá því að ákvörðun um könnun er tekin, fjögurra mánaða ef málið er sérstaklega umfangsmikið. Verður að telja að

⁵⁷ Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin – Skýringarrit* (1994), bls. 97-98 og Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 450-451.

mönnun hjá barnaverndarnefndum og skipulag starfs verði að haga með þeim hætti að umræddir málsmeðferðarfrestir séu virtir.

Líkt og áður hefur verið rakið í kafla 1 og kafla 4.3.1. hér að framan er ekki óalgengt að fjöldamargar stjórnvaldsákvörðanir séu teknar í máli hvers barns á meðan málið er opið hjá barnaverndarnefnd. Þegar þetta er sett í samhengi við málshraðareglu stjórnvísuluréttar þá verður að draga þær ályktanir að á barnaverndarnefndum hvíli sú skylda að hafa áætlun í gangi á meðan málið er opið, enn fremur tilhlýðilegt mat á þeim úrræðum sem áætlun gerir kröfu um hverju sinni og að þau úrræði, sem gripið er til, séu til þess fallin að ná árangri. Ef ekki er gripið inn í snemma og réttum úrræðum beitt tímanlega getur það leitt til þess að vandi haldi áfram að þróast og vaxa þar til vægari úrræði, sem hugsanlega hefðu komið til álita á fyrri stigum, eru ekki lengur til þess fallin að skila árangri. Þannig getur langur málsmeðferðartími í barnaverndarmálum haft áhrif á efnislega niðurstöðu máls og það leitt til þess að ákvörðun geti talist ógildanleg. Gerir það málshraðaregluna að reglu sem leggja þarf ríka áherslu á að fylgja í barnaverndarmálum.

4.3.4 Andmælaréttur

Fjórða reglan, sem mikilvægt er að hafa í huga, er andmælaréttur aðila máls.

Við meðferð stjórnvísulamála, þar sem taka á stjórnvaldsákvörðun, gildir andmælaregla, sbr. 13. gr. stjórnvísululaga. Í grundvallarreglunni um andmælarétt felst meðal annars að málsaðili á að eiga kost á því að gæta réttar síns og hagsmuna með því að kynna sér gögn máls, tjá sig um efni máls og framkomnar upplýsingar í því og koma að frekari upplýsingum um málsatvik áður en stjórnvald tekur ákvörðun í máli hans.⁵⁸ Andmælaréttur er nátengdur upplýsingarétti aðila máls, þ.e. rétti aðila til aðgangs að gögnum máls sem hann varðar.⁵⁹

⁵⁸ Páll Hreinsson: *Stjórnvísululöginn – Skýringarrit* (1994), bls. 165 og Páll Hreinsson: *Stjórnvísuluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 570.

⁵⁹ Kveðið er á um upplýsingarétt aðila í 15. gr. stjórnvísululaga. Samkvæmt 1. mgr. 45. gr. barnaverndarlaga og 1. mgr. 27. gr. reglugerðar um málsmeðferð skal barnaverndarnefnd með nægilegum fyrirvara láta aðilum máls í té öll gögn sem málið varða og koma til álita við úrlausn þess, enda tryggi þeir trúnað. Hér er barnaverndarnefnd gert að hafa frumkvæði að því að aðili málsins fái gögn málsins í hendur áður en ákvörðun er tekin og er hér um ríkari rétt aðila að ræða en samkvæmt 15. gr. stjórnvísululaga, þar sem gert er ráð fyrir því að aðili málsins hafi frumkvæði að því að nálgast gögn stjórnvísulamáls. Í 2. mgr. 45. gr. barnaverndarlaga er kveðið á um takmörkun á aðgangi aðila að gögnum. Að auki má ætla að ákvæði 16. og 17. gr. stjórnvísululaga gildi um takmörkun á rétti til aðgangs að gögnum og gögn sem undanþegin eru aðgangi aðila.

Fyrir gildistöku stjórnarsýslulaga var engin almenn sett andmælaregla í opinberri stjórnarsýslu þegar stjórnvöld tóku ákvarðanir um rétt eða skyldu manna. Sérákvæðum um andmælarétt fjölgað jafnt og þétt í íslenski löggjöf þegar líða tók á síðustu öld og hin óskráða andmælaregla festi smám saman rætur í stjórnarsýslurétti. Hún gildi þó ekki við meðferð allra mála þar sem teknar voru stjórnvaldsákvarðanir. Virðist málsaðili helst hafa verið talinn eiga andmælarétt í ólögfestum tilvikum ef mál varðaði mikilvæga persónulega eða fjárhagslega hagsmuni hans, enda lægi afstaða hans ekki fyrir í gögnum máls.⁶⁰

Undantekningar frá meginreglu andmælaréttar eiga sjaldan við þegar um er að ræða mál sem varða mikla hagsmuni, s.s. þegar mál snertir stjórnarskrárvarin réttindi. Verður þá almennt að gera ríkar kröfur til málsmeðferðar, þ.m.t. að aðili hafi átt þess kost að tjá sig um mál áður en ákvörðun er tekin í því.⁶¹

Meginreglan er sú að aðili máls verður sjálfur að hafa frumkvæðið að því að kynna sér gögn og tjá sig um mál. Frá þessu eru tvær höfuðundantekningar og í þeim tilvikum er stjórnvaldi almennt óheimilt að taka ákvörðun í máli fyrr en aðila hefur verið gefið sérstakt færi á að kynna sér gögn og tjá sig um mál. Þetta á við þegar mál byrjar að frumkvæði annars en aðila máls og hann veit ekki að mál hans er til meðferðar, enda liggi afstaða og rök aðila ekki fyrir eða talið verði augljóslega óþarft að veita aðila færi á að tjá sig. Hin undantekningin er þegar aðila er ókunnugt um að ný gögn og upplýsingar hafi bæst við í málinu og þær eru honum í óhag og hafa verulega þýðingu við úrlausn málsins. Eftir að stjórnvald hefur veitt aðila tiltekinn frest til að kynna sér gögn og tjá sig um málið er það almennt undir aðila máls komið hvort hann nýtir sér rétt sinn.⁶²

Eðli barnaverndarmála er að með þeim er seilst inn á stjórnarskrárbundna friðhelgi fjölskyldu og heimilis.⁶³ Verður þannig að ætla að miklu máli skipti að virða andmælarétt aðila máls. Birtist það sjónarmið t.a.m. í 47. gr. barnaverndarlaga, þar sem andmælaréttur aðila er sérstaklega áréttáður. Kemur fram í 1. mgr. ákvæðisins, og 1. – 2. mgr. 28. gr. reglugerðar um málsmeðferð, að aðilar barnaverndar-

⁶⁰ Páll Hreinsson: *Stjórnarsýslulögin – Skýringarrit* (1994), bls. 161-163.

⁶¹ Páll Hreinsson: *Stjórnarsýslulögin – Skýringarrit* (1994), bls. 166-167. Sjá nánar um undantekningar frá andmælareglu 13. gr. í Páll Hreinsson: *Stjórnarsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 582-589.

⁶² Páll Hreinsson: *Stjórnarsýslulögin – Skýringarrit* (1994), bls. 165-166. Sjá nánar um hvenær óheimilt er að taka ákvörðun fyrr en aðila máls hefur gefist sérstakt tækifæri til að tjá sig í Páll Hreinsson: *Stjórnarsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013) bls. 573-582.

⁶³ Sbr. umfjöllun í kafla 1.

máls skuli eiga þess kost að tjá sig munnlega eða skriflega, þar með talið með aðstoð lögmanns, um efni máls og annað sem lýtur að málsmeðferðinni áður en barnaverndarnefnd kveður upp úrskurð. Í 2. mgr. 47. gr. er kveðið á um að barnaverndarnefnd skuli veita foreldrum og barni, sem er aðili máls, fjárstyrk til að greiða fyrir lögmannsaðstoð skv. 1. mgr. og í tengslum við rekstur máls fyrir kærunefnd barnaverndarmála eftir reglum sem nefndin setur.⁶⁴ Er þannig lögð sérstök áhersla á frumkvæði barnaverndarnefnda til þess að veita aðila máls kost á að tjá sig áður en ákvörðun er tekin í barnaverndarmáli.

Í þessu sambandi er jafnframt áhugavert að velta upp þeirri spurningu hvort 2. og 3. mgr. 46. gr. barnaverndarlaga, þar sem kveðið er á um rétt barns til að tjá sig um mál sem það varðar í samræmi við aldur og þroska og að almennt skuli skipa barni talsmann áður en ákvörðun er tekin um að vista barn eða krefjast vistunar fyrir dómi, teljist sérregla um sjálfstæðan andmælarétt barns við töku ákvarðana um vistun.⁶⁵

Þegar brotið hefur verið í bága við 13. gr. stjórnslulaga þannig að aðila hefur ekki verið veitt færi á að tjá sig telst það almennt verulegur annmarki sem leiðir til að íþyngjandi ákvörðun telst yfirleitt ógildanleg þar sem andmælaeign telst öryggisregla. Á það ekki síst við um mál þar sem ákvörðun felur í sér að refsikennd viðurlög eru lögð á aðila eða hún er á annan hátt talin mjög íþyngjandi.⁶⁶ Þegar mál eru flókin og málsaðila hefur verið gefinn kostur á að tjá sig í nokkrum áföngum er oft um það deilt hvort andmælaréttur hafi að öllu leyti verið virtur við meðferð máls í heild. Getur þannig matið á því hvort um annmarka að lögum er að ræða verið flókið.⁶⁷ Þegar stjórnvald hefur brotið andmælaeignina við meðferð máls og tekið ákvörðun án þess að aðila máls hafi gefist færi á að gæta hagsmuna sinna, þýðir almennt ekki fyrir stjórnvald að reyna að bæta þar úr eftir á með útskýringum, sé málið ekki endurupptekið til nýrrar meðferðar.⁶⁸ Við mat á því hvort annmarkinn telst verulegur að lögum hafa dómstólar bæði beitt almennum mælikvarða og sérstökum mælikvarða, þ.e. talið brotið sjálft nægilegt til að leiða til ógildingar eða lagt mat á það hvort brotið hafi

⁶⁴ Skv. lokamálslið 2. mgr. 47. gr. barnaverndarlaga skal í reglunum taka tillit til efnahags foreldra, eðlis og umfangs málsins.

⁶⁵ Sjá umfjöllun um 46. gr. barnaverndarlaga í kafla 4.3.1. þar sem fjallað er um rannsóknarregluna.

⁶⁶ Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin – Skýringarrit* (1994), bls. 178 -179 og Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 623.

⁶⁷ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 620.

⁶⁸ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 622.

leitt til rangrar efnislegar niðurstöðu í viðkomandi máli. Í upphafi sönnunarfærslu í slíkum málum hvílir sönnunarbyrðin almennt á viðkomandi stjórnvaldi.⁶⁹ Reglan um andmælarétt aðila er nátengd rannsóknarreglunni þar sem þegar mál varðar mjög mikla hagsmuni er það stundum ekki talið fullrannsakað fyrir en fengnar eru nauðsynlegar upplýsingar frá aðila málsins og honum veitt sérstakt tækifæri til að tjá sig.⁷⁰ Að sama skapi má ætla að almennt sé nauðsynlegt að fá fram afstöðu barns til hugsanlegrar vistunar á grundvelli 2. og 3. mgr. 46. gr. áður en ákvörðun er tekin um vistun þrátt fyrir að barn teljist ekki beinn aðili að málinu þar sem málið geti illa talist fullrannsakað án þeirra afstöðu, hvort sem umrædd ákvæði eru talin fela í sér sjálfstæðan andmælarétt barns, sem ekki nýtur stöðu aðila, eða ekki. Þegar stjórnvöld brjóta bæði rannsóknarregluna og andmælaregluna virðast dómstólar hafa tilhneigingu til að beita hinum almenna ógildingarmælikvarða, sé ekki um minni háttar brot að ræða. Hins vegar geta aðstæður verið með þeim hætti að veigamikil rök mæli gegn því að ógilda ákvörðun á grundvelli brota á andmælareglunni, enda þótt öll skilyrði ógildingar séu fyrir hendi.⁷¹

4.3.5 Skráning upplýsinga

Fimmti og síðasti þáttur málsmeðferðar, sem rétt þykir að taka sérstaklega til skoðunar í tengslum við vistanir barna utan heimilis, er skylda stjórnvalda til að skrá upplýsingar. Ekki eru sérstök ákvæði um skráningu upplýsinga í stjórnsýslulögum. Hins vegar er kveðið á um skráningu mála og upplýsinga í ákvæði upplýsingalaga. Við framkvæmd á vistunum þeim, sem athugun greinar þessarar tekur til, sbr. umfjöllun í kafla 5 hér á eftir, voru ákvæði upplýsingalaga nr. 50/1996 í gildi. Miðast umfjöllunin hér að neðan því við ákvæði þeirra laga en ekki ákvæði núgildandi upplýsingalaga nr. 140/2012.⁷²

Lög nr. 50/1996 tóku til allrar starfsemi stjórnvalda, sbr. 1. mgr. 2. gr. laganna og tóku því til starfsemi sveitarfélaga, þ.á m. Barnaverndarnefnda þeirra. Markmið laganna var skv. 1. gr. þeirra að tryggja gegnsæi í stjórnsýslu og við meðferð opinberra hagsmuna, m.a. í þeim tilgangi að styrkja upplýsingarétt og tjáningarfrelsi, möguleika

⁶⁹ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 623.

⁷⁰ Alþt. 1992, A deild, bls. 3294 og 3295, Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin – Skýringarrit* (1994), bls. 166.

⁷¹ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013), bls. 626.

⁷² Þess má geta að ekki urðu veigamiklar breytingar á kröfum til stjórnvalda um að skrá mál og gögn þegar núgildandi upplýsingalög nr. 140/2012 felldu lög nr. 50/1996 úr gildi.

almennings til þátttöku í lýðræðissamfélagi, aðhald fjölmiðla og almennings að stjórnvöldum, og traust almennings á stjórnvöldum.

Í VI. kafla upplýsingalaga voru ákvæði um skráningu mála o.fl. Þar var í 26. gr. laganna kveðið á um að um skráningu mála, skjalaskrár og aðra vistun gagna og upplýsinga færi að ákvæðum laga um Þjóðskjalasafn Íslands. Ekki var þar að finna sérstakar reglur um skráningu mála eða málgagna fyrr en með lögum nr. 140/2012, þar sem nýtt ákvæði, 5. gr. a þess efnis, kom inn í lög um Þjóðskjalasafn Íslands nr. 66/1985.⁷³

Samkvæmt 1. mgr. 27. gr. upplýsingalaga nr. 50/1996 bar stjórnvöldum, við meðferð mála þar sem taka á ákvörðun um rétt eða skyldu manna, að skrá upplýsingar sem veittar voru munnlega um málsatvik eða viðkomandi fékk vitneskju um með öðrum hætti ef þær höfðu þýðingu fyrir úrlausn máls og var ekki að finna í öðrum gögnum þess. Sama átti við um helstu ákvarðanir um meðferð máls og helstu forsendur ákvarðana, enda kæmu þær ekki fram í öðrum gögnum málsins.

Sérreglur eru um skráningu mála og upplýsinga í barnaverndarmálum í ákvæðum reglugerðar um málsmeðferð. Skyld er að skrá á kerfisbundinn hátt allar tilkynningar sem berast og afdrif þeirra, sbr. 2. mgr. 12. gr. og 1. mgr. 32. gr. reglugerðar um málsmeðferð. Samkvæmt 2. málsl. 2. mgr. 32. gr. reglugerðarinnar ber barnaverndarnefndum einnig að skrá á kerfisbundinn hátt öll barnaverndarmál sem nefnd hefur til meðferðar og málaskrá skal skv. 3. málsl. 2. mgr. skipuleggja þannig að barnaverndarnefnd geti á hverjum tíma með auðveldum hætti fundið mál barns og mál sem forsjáraðilar barnsins tengjast.

Einnig er barnaverndarnefnd, skv. 33. gr. reglugerðar um málsmeðferð, skyld að varðveita með skipulögðum hætti allar upplýsingar um hvert barnaverndarmál, m.a. þau atriði sem talin eru upp í a-g liðum ákvæðisins. eru það til dæmis allar tilkynningar sem berast og allar greinargerðir og áætlanir, sbr. a og e liði ákvæðisins. Einnig ber að varðveita afrit bréfa sem send eru, skrifleg gögn sem aflað er við könnun og upplýsingar um málsatvik sem veittar eru munnlega, sbr. b-d liði ákvæðisins.

Í barnaverndarlögum er gerð sérstök krafa um að samþykki fyrir vistun skuli vera skriflegt. Kveðið er á um hvernig haga eigi samþykki fyrir vistun utan heimilis í 48. gr. laganna. Þar er tilgreint að samþykki foreldra og barns skv. 25. gr. skuli vera skriflegt og undirritað í viðurvist tveggja manna sem votta að foreldrum hafi verið gerð full

⁷³ Lög nr. 66/1985 voru felld úr gildi þegar lög um opinber skjalasöfn nr. 77/2014 voru samþykkt á Alþingi.

grein fyrir eðli og réttaráhrifum samþykkisins.⁷⁴ Er samþykki fyrir vistun þannig ekki fullnægjandi nema það sé gefið skriflega og uppfylli þær kröfur sem að öðru leyti eru gerðar í 48. gr. barnaverndarlaga. Slíkt samþykki fyrir vistun er heimilt að sameina áætlun um meðferð máls, enda uppfylli samþykkið formkröfur 48. gr. laganna, sbr. síðari málsl. 3. mgr. 22. gr. reglugerðar um málsmeðferð.

5. Rannsókn á málum þar sem samþykki lá fyrir vistun

5.1 Inngangur

Af því sem rakið er að framan í köflum 3 og 4 um feril barnaverndarmála og þær málsmeðferðarreglur stjórnvöldur sem raktar hafa verið, má ráða að barnaverndarnefndir og starfsmenn þeirra þurfi að gæta að margvíslegum málsmeðferðarreglum, bæði form- og efnisreglum, til þess að tryggja að vinnsla málsins sé í samræmi við lög. Löggjafinn gerir þannig töluverðar kröfur til þess að málsmeðferð í barnaverndarmálum sé vönduð og í barnaverndarlögum eru þær grundvallarreglur um málsmeðferð, sem m.a. birtast í ákvæðum stjórnvöldur, útfærðar með nokkuð ítarlegum hætti. Í grunninn verður þó að telja að um sé að ræða sömu reglur þrátt fyrir að útfærslan sé ítarlegri og þannig séu gerðar kröfur til nákvæmari vinnubragða hjá barnaverndarnefndum en hjá stjórnvöldum almennt. Þegar litið er til þeirra grundvallarréttinda, sem barnaverndarmál taka til, verður að telja eðlilegt að ítarlegar kröfur séu gerðar til málsmeðferðar í barnaverndarmálum.

Í ljósi framangreinds er áhugavert að skoða hversu vel barnaverndarnefndir fylgja umræddum málsmeðferðarreglum við vinnslu barnaverndarmála. Hér fyrir neðan verður gerð grein fyrir niðurstöðum rannsóknar á því hvort vinnsla barnaverndarnefnda var í samræmi við málsmeðferðarreglur stjórnvöldur.

⁷⁴ Fram til 2011 var gerð krafa um að vottarnir væru óháðir en það skilyrði var fjarlægt úr lögum með 24. gr. laga nr. 80/2011. Í athugasemdum með 23. gr. frumvarpsins, sem varð að 24. gr. laga nr. 80/2011, kemur fram að það sé með öllu óraunhæft að gera ráð fyrir að kalla til utanaðkomandi einstaklinga og veita þeim aðgang að viðkvæmum persónuupplýsingum í máli barns til að gera þeim kleift að votta undirskrift. Til að vernda hagsmuni þeirra einstaklinga, sem eiga í hlut, barns og foreldra, verður að láta hér nægja vottun starfsmanna barnaverndarnefndar, nefndarmanna eða lögmanns aðila þótt enginn þeirra geti með réttu talist óháður. Sjá <https://www.althingi.is/altext/139/s/0057.html>.

5.2 Gögn til grundvallar rannsókn og framkvæmd rannsókna

Niðurstöður rannsóknarinnar á vistunum með samþykki eru byggðar á gögnum í málum 187 barna sem vistuð voru utan heimilis á grundvelli 25. gr. barnaverndarlaga á árunum 2010-2012. Eingöngu voru skoðuð mál þar sem barn var fjarlæggt af heimili sínu á þessu tímabili, ekki mál þar sem verið var að framlengja vistun sem upphaflega var ákveðin fyrir 1. janúar 2010 eða vistanir sem ákveðnar voru eftir 31. desember 2012.

Rannsóknin laut ekki að því að skoða málsmeðferðina í heild sinni heldur var athyglinni beint að þeim málsmeðferðarreglum sem taldar eru skipta mestu við vinnslu barnaverndarmála, sbr. þær reglur sem raktar eru í kafla 3 og undirköflum hér að framan. Í samræmi við þetta var ekki óskað eftir afriti af öllum gögnum máls heldur eingöngu afriti af þeim gögnum og upplýsingum sem lögum samkvæmt eiga að vera til og skráð í öllum barnaverndarmálum og eiga að varpa ljósi á vinnslu málanna út frá þeim málsmeðferðarreglum sem skoðaðar voru sérstaklega. Nánar til tekið var óskað eftir eftirfarandi gögnum:

- Tilkynningum um aðstæður barns.
- Greinargerðum um niðurstöðu könnunar.
- Áætlunum um meðferð máls.
- Samþykki aðila fyrir vistun.
- Öðrum gögnum sem varpa ljósi á þá þætti sem gögnin að ofan eiga að bera með sér ef þau gögn væru ekki til.

Gögnin voru skoðuð með það fyrir augum að kanna í fyrsta lagi hvort umrædd gögn væru til eða upplýsingarnar skráðar í málið. Í öðru lagi var skoðað hvort innihald gagnanna væri í samræmi við lög, þ.e. hvort þau atriði, sem ákvæði barnaverndarlaga og reglugerðar um málsmeðferð kveða á um að eigi að koma fram í gögnunum, hafi komið þar fram. Í þriðja lagi var lagt mat á það hvort tímarammar lagaákvæða væru uppfylltir og í fjórða lagi hvort samfella væri í vinnslu mála. Nánar verður farið yfir þessa þætti í kafla 5.3. og undirköflum hér að neðan.

5.3 Niðurstöður rannsókna á samþykkismálum

Heildarniðurstaða rannsóknarinnar á þeim 187 málum sem skoðuð voru er sú að ekkert þeirra var unnið í fullu samræmi við málsmeðferðarreglurnar sem skoðaðar voru og sem skylt er að fylgja

við vinnslu málanna.⁷⁵ Nánar verður farið yfir eðli brota á einstökum málsmeðferðarreglum í köflum 5.3.1. – 5.3.5. hér að neðan.

5.3.1 Brot á rannsóknarreglu

Ákvæði stjórnslulaga, barnaverndarlaga og reglugerðar um málsmeðferðir, sem varða rannsóknarreglu stjórnsluréttar og skipta máli við vistun barna utan heimilis, eru rakin í kafla 4.3.1. hér að framan. Líkt og þar kemur fram eru allítarlegar kröfur um rannsókn mála í ákvæðum barnaverndarlaga og reglugerð um málsmeðferð. Þar er m.a. rakið að í greinargerð um niðurstöðu könnunar eigi að setja fram tillögur að heppilegum úrræðum og að það feli í sér að rannsókn mála eigi að vera nægilega nákvæm til að hægt sé að setja fram slíkar tillögur.

Í samræmi við ofangreint var sérstaklega tekið til skoðunar hvort slík greinargerð lægi fyrir við rannsókn mála fyrst eftir að þau voru opnuð hjá barnaverndarnefnd og, ef slík greinargerð lá fyrir, hvort þar væru tillögur að heppilegum úrræðum, ef ekki var lagt til að loka málinu að lokinni könnun.

Alls vantaði greinargerðir í fyrstu könnun máls í 102 mál, eða í 54,5% þeirra mála sem voru skoðuð. Þar af var fyrsta könnun framkvæmd fyrir gildistöku laga nr. 80/2002 í níu málum, þ.e. í 4,8% þeirra mála sem skoðuð var og 8.8% þeirra mála þar sem greinargerð vantaði. Jafnmörg mál voru flutt frá annarri barnaverndarnefnd og því hugsanlegt að greinargerð hafi verið unnin þar þó að hún hafi ekki fylgt með þeim gögnum sem send voru. Átta málanna, eða 4,3% heildarmála og 7,8% þeirra mála þar sem greinargerð vantaði, voru opnuð á meðan barn var í móðurkviði og því hugsanlegt að til sé greinargerð þó að hún hafi ekki verið skráð í mál barnsins sjálfs. Eftir standa 76 mál, eða 40,6% mála alls og 70,6% þeirra mála þar sem greinargerð vantaði, þar sem engar skýringar er hægt að finna á því af hverju greinargerð skorti.⁷⁶

Í þeim 85 málum þar sem greinargerðir lágu fyrir vantaði tillögur að heppilegum úrræðum í 38 mál, þ.e. 20,3% allra mála eða 44,7% þeirra 85 mála þar sem greinargerðir voru gerðar. Skoðun á greinargerðunum

⁷⁵ Ekki er útilokað að fleiri málsmeðferðarreglur hafi verið brotnar við vinnslu umræddra mála þar sem eingöngu hluti málsmeðferðarreglnanna var tekinn til skoðunar í rannsókninni.

⁷⁶ Líkt og fram kemur í kafla 5.3.3. hér að neðan þá var algengt að málum væri lokað og þau opnuð aftur, jafnvel oft. Í sumum tilvikum voru gerðar greinargerðir um niðurstöður könnunar eftir að mál höfðu verið opnuð að nýju og málin könnuð að nýju en það var ekki algilt.

sýndi að þegar skýrar tillögur lágu fyrir var það oft tillaga um að loka málinu en sjaldgæft var að það lægi fyrir að beita ætti tilteknum stuðnings- eða þvingunarúrræðum.

Samkvæmt 4. mgr. 14. gr. reglugerðar um málsmeðferð skal taka ákvörðun um hvort ástæða sé til að hefja könnun sérstaklega fyrir hvert barn sem barnaverndarnefnd berst tilkynning um eða fær upplýsingar um með öðrum hætti auk þess sem það kemur fram í 5. mgr. 22. gr. sömu reglugerðar að gera skuli eina áætlun í einu fyrir hvert barn. Ljóst er af þeim gögnum sem skoðuð voru vegna rannsóknarinnar að almennt eru mál systkina unnin í einu lagi, bæði hvað varðar könnun og áætlanir, óháð aldri, kyni og stöðu að öðru leyti. Veltir það upp spurningum um hversu vel aðstæður eða þarfir hvers barns eru rannsakaðar, sérstaklega í ljósi þess að þarfir barna fyrir stuðning og aðgerðir geta verið ólíkar þrátt fyrir að þau alist upp í sömu fjölskyldu. Telja verður að það geti a.m.k. stundum verið óljóst hvort aðstæður hvers barns fyrir sig séu nægilega ljósar þegar mál þeirra ekki aðgreind með afgerandi hætti. Einnig benda gögn málanna til þess að vísbindingum eða gruni um líkamlegt ofbeldi hafi ekki verið fylgt eftir með afgerandi hætti.

Hvað snertir þá þætti rannsóknarreglunnar, sem varða mat á árangri áætlunar, sbr. það sem fram kemur í kafla 4.3.1., þá verður fjallað um þann þátt í kafla 5.3.2., þar sem tekin verða fyrir brot á meðalhófsreglunni, enda eru rannsóknarreglan og meðalhófsreglan nátengdar.

5.3.2 Brot á meðalhófsreglu

Líkt og fram kemur í kafla 4.3.2. um meðalhófsregluna má aldrei íþyngja almenningi að nauðsynjalausu og stjórnvald má ekki taka íþyngjandi ákvörðun nema hinu lögsmæta markmiði, sem stefnt er að, sé ekki hægt að ná með öðru og vægara móti. Einnig eru almennt gerðar strangari kröfur til sönnunar á nauðsyn skerðingar á réttindum fólks eftir því sem skerðingin er tilfinnanlegri. Ef val stendur á milli fleiri en eins úrræðis verður að beita því vægasta sem ætla má að geti komið að gagni. Í kaflanum er einnig rakið að í áætlun um meðferð máls verði að kveða á um hvenær og hvernig eigi að meta árangur áætlanna sem eru í gildi, sbr. e-lið 3. mgr. 22. gr. reglugerðar um málsmeðferð (um áætlanir í samvinnu) eða kveða á um þær stuðningsaðgerðir sem kunna hafa verið gerðar og mat á árangri þeirra, sbr. c-lið 1. mgr. 24. gr. sömu reglugerðar (um einhliða áætlanir þegar aðilar neita að skrifa undir áætlun). Þar er einnig fjallað um það hvernig þessi ákvæði felast í sérreglu um meðalhóf, auk þess sem krafan um að í

greinargerð um niðurstöðu könnunar séu settar fram tillögur að heppilegum úrræðum, sbr. 1. mgr. 23. gr. barnaverndarlaga og e-liður 3. mgr. 22. gr. um málsmeðferð, feli í sér að í greinargerðinni eigi að liggja fyrir mat á því hvaða úrræði geta komið að gagni og tillaga um að beita vægustu úrræðum sem ætla má að geti komið að gagni.

Líkt og fram kemur í kafla 4.3.1. hér að framan þá lágu aðeins fyrir tillögur að heppilegum úrræðum í 38 þeirra mála sem skoðuð voru. Engar áætlanir voru til í 10 málum af þeim málum sem skoðuð voru, eða í 5,3% málanna.⁷⁷ Er því engin leið að sjá hvort tilraun var gerð til að beita vægari úrræðum eða hvort eða þá með hvaða hætti árangur vægari úrræða var metinn.

Í þeim 187 málum, sem skoðuð voru, lágu samtals fyrir 984 áætlanir. Athugun á þeim leiddi í ljós að almennt skorti að kveðið væri á um hvenær og hvernig ætti að leggja mat á árangur þeirra áætlana sem gerðar voru um meðferð máls. Kveðið var á um hvenær og með hvaða hætti leggja ætti mat á árangur áætlunarinnar í tveimur áætlunum og lágu umræddar áætlanir fyrir í sitt hvoru málinu. Mat á árangri áætlunar lá því fyrir í einhverjum mæli í 1,1% þeirra mála sem skoðuð voru og í 0,2% þeirra áætlana sem lágu fyrir í málunum. Bendir þetta til þess að almennt skorti kerfisbundið mat á máli og þar með hvaða úrræði ætla má að geti komið að gagni. Þetta fellur hvort tveggja undir það að geta talist brot á rannsóknarreglu og meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar.

5.3.3 Brot á málshraðareglu

Eins og fram kemur í kafla 4.3.3. þá vegur málshraðareglan þungt við vinnslu barnaverndarmála enda má víða finna efni reglunnar í ákvæðum barnaverndarlaga og reglugerðar um málsmeðferð. Dæmi um þetta er að könnun máls ber að ljúka innan þriggja mánaða, eða fjögurra þegar málið er sérstaklega umfangsmikið, sbr. síðari málsl. 2. mgr. 41. gr. barnaverndarlaga og 3. mgr. 21. gr. reglugerðar um málsmeðferð. Svo fljótt sem verða má eftir samningu greinargerðar um niðurstöðu könnunar er jafnframt skylt að gera áætlun um stuðningsúrræði, sbr. 2. mgr. 22. gr. reglugerðar um málsmeðferð. Þegar eðli barnaverndar-mála er sett í samhengi við málshraðareglu stjórnsýsluréttar verður að draga þær ályktanir að á barnaverndar-nefndum hvíli skylda til þess að hafa áætlun í gangi á meðan mál er

⁷⁷ Í einu þeirra mála fylgdu engar áætlanir með og gögn báru ekki með sér að áætlanir hefðu verið gerðar.

opið og tilhlýðilegt mat á árangri úrræða liggja fyrir svo ljóst sé hvort úrræði séu til þess fallin að ná árangri. Ef ekki er gripið inn í nægilega snemma geti vandi haldið áfram að vaxa og vægari úrræði, sem hefðu e.t.v. getað komið að gagni, gagnast ekki lengur.

Í samræmi við þetta var skoðað í hversu mörgum málum samfelldar áætlanir lágu fyrir, þ.e. ein áætlun var látin taka við af annarri eftir að könnun lauk. Samfelldar áætlanir voru í 13 þeirra mála sem skoðuð voru, eða í 7,0% málanna. Í flestum málum var staðan sú að langur tími leið milli þess sem ein áætlun féll úr gildi þar til skrifað var undir nýja áætlun, oft margir mánuðir. Einnig voru málín almennt opin mjög lengi eða opnuð á ný eftir að þeim var lokað, allt að sjö sinnum frá því að það var opnað fyrst og fram til þess tíma sem það var vistað á tímabilinu 2010-2012.

Einnig verður að telja að skortur á mati á árangri áætlunar, sbr. umfjöllun í kafla 5.3.2. hér að framan, feli í sér að málið sé ekki unnið með eins markvissum hætti og lög og reglur gera ráð fyrir og það feli í sér að málin taki lengri tíma en þörf er á án þess að málefnaleg sjónarmið geti réttlætt þá töf.

5.3.4 Brot á reglum varðandi samþykki aðila og andmælarétt

Þegar aðili hefur samþykkt vistun gera barnaverndarlög annars vegar ráð fyrir því að slíkt sé gert á grundvelli skriflegrar áætlunar sem aðilar rita undir, sbr. umfjöllun í kafla 3.1.2 um beitingu úrræða, og hins vegar að samþykkið sé undirritað með sérstökum hætti skv. 48. gr. barnaverndarlaga, sbr. umfjöllun í kafla 4.2.5. um skráningu upplýsinga. Heimilt er skv. síðari málslið 3. mgr. 22. gr. reglugerðar um málsmeðferð að sameina slíkt samþykki áætlun um meðferð máls, enda séu formkröfur 48. gr. laganna uppfylltar.

Ekki er sérstaklega kveðið á um hvernig gæta eigi að andmælarétti aðila þegar samþykki liggur fyrir, ólíkt því þegar til stendur að úrskurða í máli, sbr. 1. mgr. 46. gr. barnaverndarlaga. Í samræmi við þetta þótti rétt að skoða hvort andmælaréttur aðila hefði verið virtur út frá því hvort skriflegt samþykki aðila skv. 48. gr. barnaverndarlaga lægi fyrir og væri í samræmi við kröfur laga. Var þá litið til þess hvort samþykkið lægi fyrir samhliða eða áður en vistun hófst og hvort samþykki allra þeirra, sem þurfa að veita samþykki fyrir vistun, væri til staðar, hvort vottar væru að undirskrift og hvort tímalengd vistunar

væri skilgreind sérstaklega.⁷⁸ Ekki er hægt að fullyrða að aðilum hafi gefist kostur á að koma sjónarmiðum sínum á framfæri eða áttað sig á réttaráhrifum sem samþykki þeirra hafði í för með sér.

Niðurstöður rannsóknarinnar benda til þess að töluvert skorti á að gætt sé að því að fullnægjandi samþykki liggi fyrir þar sem í 122 málum af 187 var samþykki fyrir vistun ekki í samræmi við 48. gr. laganna, eða í 65,2% málanna. Í mörgum tilvikum var óljóst hvort samþykki hefði legið fyrir og þá hvenær, hvenær vistun hófst og/eða lauk, hversu langan vistunartíma verið var að samþykkja, eða samþykki liggur ekki fyrir fyrr en eftir að vistun hefst, og þeir sem þurfa að samþykkja gera það ekki allir skriflega eða votta vantar að hluta til eða öllu leyti.

Í tengslum við andmælarétt vakti það athygli við skoðun málanna hversu mikið vægi svokallaðir meðferðarfundir höfðu við vinnslu mála hjá mörgum nefndanna. Um er að ræða fundi sem starfsmenn barnaverndarnefnda sitja (hjá fjölmennari starfshópum situr hluti þeirra fundina). Ákvæði barnaverndarlaga gera ekki ráð fyrir slíkum fundum og hafa þeir þar af leiðandi ekkert formlegt gildi. Af þeim gögnum sem fylgdu með málunum er ljóst að mál eru tekin fyrir á meðferðarfundum þegar taka þarf ákvarðanir um næstu skref og framvindu málanna. Nákvæmar upplýsingar eru skráðar um forsögu málanna og í lokin gerð sérstök bókun um ákvarðanirnar sem teknar eru í málum á fundunum. Ljóst er af gögnunum að um innanhússfundi er að ræða og að aðilar máls koma ekki á fundina. Einnig virðist ekki sem formleg afstaða aðila til málanna sé fengin eða þeim kerfisbundið kynnt ný gögn eða upplýsingar áður en mál þeirra eru tekin fyrir á fundunum. Oft virðast á fundunum teknar nokkuð afdráttarlausar ákvarðanir um hvert eigi að stefna. Velta má upp þeirri spurningu hvort í raun og veru hafi ákvarðanir í málum verið teknar á þeim fundum og þá hvort andmælaréttar hafi verið nægilega gætt áður en það var gert.

5.3.5 Skortur á skráningu upplýsinga

Af því sem rakið er í köflum 5.3.1. – 5.3.4. hér að framan er ljóst að almennt skortir verulega á að lögbundin gögn séu til staðar auk þess sem oft skortir á að þau gögn sem til eru séu í samræmi við kröfur barnaverndarlaga og reglugerðar um málsmeðferð. Þar skortir einnig oft að skráðar séu grundvallarupplýsingar, s.s. vistunartími barns,

⁷⁸ Barnaverndarstofa hefur útbúið eyðublað um samþykki skv. 48. gr. barnaverndarlaga og þar gert ráð fyrir að skrá upphafs- og lokadag vistunar. Sjá hér: <http://www.bvs.is/media/eydyblod-v-medferdar/Yfirlysing-forsjaradila-fyrir-vistun-utanheimilis-1.pdf> (Tekið af vefnum 14. desember 2018).

hvenær og hvernig meta á árangur af þeim úrræðum sem til eru eða hvaða úrræði eru lögð til í málum barns. Af þessu leiðir að telja verður að skráningu upplýsinga sé almennt ábótavant í umræddum málum.

6. Ályktanir og lokaorð

Eins og rakið er í köflum 4 og 5 hér að framan er það niðurstaða rannsóknar á vistunum barna utan heimilis á árunum 2010 – 2012 að veruleg frávik séu frá málsmeðferðarreglum stjórnsluréttar við vinnslu málanna og að þau frávik séu umfangsmikil og almenn. Er helstu málsmeðferðarreglum stjórnsluréttar þannig almennt ekki fylgt við vinnslu málanna.

Draga verður þær ályktanir af niðurstöðum á rannsókn á barnaverndarmálum þar sem börn voru vistuð með samþykki á árunum 2010 – 2012, sem farið var yfir í kafla 5.3. og undirköflum, að almennt sé málsmeðferðarreglum, sem kveðið er á um í barnaverndarlögum, og reglugerð um málsmeðferð ekki fylgt við vinnslu barnaverndarmála. Ekkert málanna, sem voru skoðuð, var unnið í fullu samræmi við málsmeðferðarreglur sem skylt er að fylgja við vinnslu þeirra. Líkt og nánar er rakið í köflum 5.3.1. – 5.3.5. þá eru almennt veruleg frávik frá reglunum um málsmeðferð og vísbendingar um að almennt sé ekki unnið í samræmi við þær reglur sem skoðaðar voru, þ.e. rannsóknarreglu, meðalhöfsreglu, málshraðareglu, andmælarétt og samþykki aðila og skráningu upplýsinga. Verður því að telja að við vinnslu mála þar sem barnaverndarnefndir vistuðu börn utan heimilis með samþykki aðila á árunum 2010 – 2012 hafi verið umtalsverð og almenn frávik frá helstu málsmeðferðarreglum stjórnsluréttar.

Þessar niðurstöður rannsóknarinnar eru í samræmi við úttekt sem Barnaverndarstofa lét vinna fyrir sig á niðurstöðum kvartana til stofunnar skv. 3. mgr. 8. gr. barnaverndarlaga á árunum 2003 – 2008. Sú athugun leiddi í ljós að af þeim 100 málum, sem skoðuð voru efnislega á áður nefndu árabili, þá gerði Barnaverndarstofa athugasemdir við að málsmeðferð væri ekki í samræmi við lög í 60% málanna. Athugun á 70 lokabréfum, sem höfðu verið skrifuð frá 1. janúar 2011 til 24. september 2012, sýndi að í 58 bréfanna höfðu verið gerðar athugasemdir við málsmeðferð nefndanna, þ.e. 82,9% málanna, og voru að meðaltali gerðar 3,8 athugasemdir í þeim málum, þ.e. gerðar athugasemdir við fleiri en eina málsmeðferðarreglu í hverju bréfi. Í 45% tilvika var skráning ekki fullnægjandi, í 40% tilvika vantaði greinargerð um niðurstöðu könnunar og/eða áætlun um meðferð máls. Í 35% tilvika voru gerðar athugasemdir við framkvæmd vistana og í jafnmörgum

tilvikum voru gerðar athugasemdir við að barnaverndarnefnd hefði ekki sinnt lögbundnum verndarskyldum sínum.⁷⁹ Benda þessar upplýsingar til þess að almennt víki barnaverndarnefndir töluvert frá þeim málsmeðferðarreglum sem þeim er gert skylt að fylgja við vinnslu barnaverndarmála og að frávíkunum sé jafnvel að fjölga, sbr. að gerðar eru athugasemdir við 60% mála sem skoðuð voru efnislega hjá Barnaverndarstofu á árunum 2003 – 2008 en 82,9% mála sem skoðuð voru frá 1. janúar 2011 – 24. september 2012.⁸⁰

Eins og fram kemur hér að framan þá er það niðurstaða rannsóknar á gögnum barnaverndarnefnda vegna barna sem vistuð voru utan heimilis á grundvelli 25. gr. barnaverndarlaga á árunum 2010 – 2012 að almenn frávik hafi verið frá þeim málsmeðferðarreglum sem gilda við vinnslu málanna. Er því ekki að sjá að þessar reglur stjórnsýsluréttar hafi almennt mikið vægi við vinnslu mála hjá barnaverndarnefndum á Íslandi.

Þegar litið er til þess að ekkert málanna var unnið í fullu samræmi við þær málsmeðferðarreglur sem skoðaðar voru og að frávikin lúta að ýmsum grundvallarþáttum við vinnslu mála, s.s. að meta árangur þeirra úrræða sem reynd eru í málum, hlýtur að þurfa að draga þær ályktanir að brot á málsmeðferðarreglum geti og hafi í einhverjum tilvikum haft í för með sér að brotið er gegn friðhelgi fjölskyldunnar, sem vernduð er í 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar og 8. gr. MSE. Er hér nauðsynlegt að horfa til þeirra krafna sem gerðar eru samkvæmt áðurgreindum ákvæðum til heimilda til takmörkunar á friðhelgi fjölskyldunnar um að inngripið sé nauðsynlegt og ekki sé hægt að ná markmiðum sem stefnt sé að með vægari hætti.⁸¹ Erfitt er að sjá hvernig hægt er að fullyrða að meðalhófs hafi verið gætt við val á úrræði, þ.e. ákveðið er að vista barn, þegar skort hefur á að skilgreint sé með markvissum hætti hvaða markmiðum á að ná og hvernig á að mæla hvort þau hafi náðst, þrátt fyrir að með skýrum hætti sé kveðið á um það í málsmeðferðarreglum að gera eigi slíkt með skriflegum hætti. Slíkur skortur á markvissri vinnslu getur hæglega leitt til þess að ekki sé gripið til vægari úrræða sem hægt er að nýta og að einstaklingar

⁷⁹ Heiða Björg Pálmadóttir: *Að læra af reynslunni – Úttekt á niðurstöðum kvartana til Barnaverndarstofu á árunum 2003 – 2008*. Kynning á málstofu 24. september 2012. [http://www.bvs.is/fagfolk/malstofur/Glaerur/tekna af vefnum 16. janúar 2015](http://www.bvs.is/fagfolk/malstofur/Glaerur/tekna%20af%20vefnum%2016.%20janu%20ar%202015).

⁸⁰ Heiða Björg Pálmadóttir: *Að læra af reynslunni – Úttekt á niðurstöðum kvartana til Barnaverndarstofu á árunum 2003 – 2008*. Kynning á málstofu 24. september 2012. <http://www.bvs.is/fagfolk/malstofur/>.

⁸¹ Sjá hér nánar í Heiða Björg Pálmadóttir: *Vægi málsmeðferðarreglna þegar börn eru vistuð utan heimilis án samþykkis* (2015), bls. 320 – 322.

verði þar með jafnframt af félagslegum stuðningi og aðstoð sem þeir eiga rétt á. Geta brot á þeim málsmeðferðarreglum sem skoðaðar voru þannig leitt til brota gagnvart bæði foreldrum og börnum skv. 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar og 8. gr. MSE.

Af framangreindu leiðir að jafnframt geta brot á málsmeðferðarreglum falið í sér brot á rétti barns til verndar og umönnunar í einhverjum málum, sbr. 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar. Líklegt er að markvissari og hraðari vinnsla málanna til samræmis við málsmeðferðarreglur geti í einhverjum tilvikum haft í för með sér að mál hefði verið lagt í annan farveg þannig að með öflugri félagslegum stuðningi eða aðstoð hefði e.t.v. verið hægt að koma í veg fyrir vistun. Einnig er ekki ólíklegt að með slíkri vinnslu hefði komið í ljós að þörf var á að vista barnið fyrr en raun bar vitni.

Þá má færa rök fyrir því að skortur á markvissum vinnubrögðum til samræmis við lög hafi í för með sér að bæði foreldrar og börn sem barnaverndarnefndir hafa afskipti af verði af því að fá félagslegan stuðning og aðstoð, sbr. 1. og 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar og 2. mgr. 19. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sbr. lög nr. 80/2013.

Abstract

Child protection cases in principle revolve around two kinds of fundamental rights; a child's right to protection and care and the right to respect for private and family life. Children have both of those rights and their parents also have the right to private and family life. Sometimes it can become complicated to balance those rights so they are upheld for both children and their parents. Procedural rules in administrative law have the purpose to increase citizens' rights when interacting with the authorities and increase their legal security, that activities and decisions of authorities are in accordance with the law, both fundamental law and general law. Therefore, there should be a link between fundamental rights and procedural rules.

The chapter is based on a part of the author's PhD research at The Reykjavík University School of Law and is done in co-operation with The Government Agency for Child Protection, which was presented at The Nordic Congress on Child Welfare in September of 2018.

The chapter focuses on which procedural rules are fundamental when children are placed outside of their home by child protection authorities. In the chapter the author also introduces the findings of the part of the PhD research where 187 child protection cases were

examined where children were placed outside of their home in 2010 – 2012 with consent of the parties involved. The research shows that none of the cases examined were processed in accordance with the procedural rules that the author analyzed.

Heimildir

Alþingistíðindi.

Andersen, P. Forsinkelser i den offentlige Forvaltning. Juristen. 1965.

Barnaverndarstofa: Ársskýrsla Barnaverndarstofu 2012 - 2013. Barnaverndarstofa 2014.

Barnaverndarstofa: Eyðublað um samþykki skv. 48. gr. barnaverndarlaga. <http://www.bvs.is/media/eydyblod-v-medferdar/Yfirlýsing-forsjaradila-fyrir-vistun-utan-heimilis-1.pdf>. Tekið af vefnum 14. desember 2018.

Barnaverndarstofa: *Handbók Barnaverndarstofu*. Barnaverndarstofa. Mars 2006, endurskoðuð í ágúst 2011. <http://www.bvs.is/media/handbok/handbok-2006---uppfaerd-agust-2011b.pdf>. Tekin af vefnum 14. janúar 2015.

Hans Gammeltoft-Hansen o.fl.: *Forvaltningsret*. 1. útg. Kaupmannahöfn 1994.

Hans Gammeltoft-Hansen o.fl.: *Forvaltningsret*. 2. útg. Kaupmannahöfn 2002.

Heiða Björg Pálmadóttir: Að læra af reynslunni – Úttekt á niðurstöðum kvartana til Barnaverndarstofu á árunum 2003 – 2008. Kynning á málstofu 24. september 2012. <http://www.bvs.is/fagfolk/malstofur/>. Glærur teknar af vefnum 16. janúar 2015.

Heiða Björg Pálmadóttir: „Vægi málsmeðferðarreglna þegar börn eru vistuð utan heimilis án samþykkis.“ *Afmælisrit Tryggvi Gunnarsson sextugur 10. júní 2015*. Reykjavík 2015, bls. 315-357.

Páll Hreinsson: *Hvaða ákvarðanir eru stjórnvaldsákvarðanir?* Handrit. Reykjavík 1994.

Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin: skýringarrit*. Reykjavík 1994.

Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*. Reykjavík 2013.

Starfsskilyrði stjórnvalda : skýrsla nefndar um starfsskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlög við réttarbrotum í stjórnsýslu. Reykjavík 1999.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar Íslands

Hrd. 1989, bls. 1242.

Hrd. 1991, bls. 1632.

Lagaskrá

Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, með síðari breytingum.

Mannréttindasáttmáli Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994.

Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sbr. lög nr. 19/2013.

Barnaverndarlög nr. 80/2002, með síðari breytingum.

Lög um opinber skjalasöfn nr. 77/2014.

Lög um Þjóðskjalasafn Íslands nr. 66/1985, með síðari breytingum.

Stjórnsýslulög nr. 37/1993, með síðari breytingum.

Upplýsingalög nr. 50/1996.

Upplýsingalög nr. 140/2012.

Reglugerðir

Reglugerð nr. 56/2004 um málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd.

Hildur Hjörvar¹

NE BIS IN IDEM OG TVÍÞÆTT MÁLSMEÐFERÐ*

Efnisyfirlit

1. Inngangur.....	418
2. Almenn t um bannið við endurtekinni málsmeðferð	418
3. Lagaumhverfi og dómaframkvæmd h érlendis	423
3.1 Lagaramminn umhverfis bannið við endurtekinni málsmeðferð	423
3.2 Dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu í íslenskum málum	426
3.3 Íslensk dómaframkvæmd um endurtekna málsmeðferð	431
4. Lagaumgjörðin í Noregi	438
5. Ályktanir.....	440
Abstract.....	445
Heimildir	446

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Höfundur er lögfræðingur við Mannréttindadómstól Evrópu. Grein þessi er á ábyrgð höfundar sjálfs, hún er ekki rituð í nafni Dómstólsins og bindur hann ekki með neinum hætti.

1. Inngangur

Í greininni er fjallað um *ne bis in idem*, eða bannið við endurtekinni málsmeðferð vegna refsiverðrar háttsemi. Svo sem glöggir lesendur kunna að geta sér til um kemur frasinn úr latínu, en hann merkir bókstaflega „ekki tvisvar það sama“. Fyrst verður gerð grein fyrir almennu inntaki og umfangi bannsins, en því næst verður fjallað um dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu um bannið. Að því loknu verður fjallað um lagaumgjörð stjórnslu- og refsiviðurlaga í íslenskum rétti og innlenda dómaframkvæmd tengda banninu, og hún borin saman við lagaumgjörðina í Noregi. Að lokum verða dregnar ályktanir um gildandi rétt og velt upp möguleikum á breytingum þar á.

2. Almennt um bannið við endurtekinni málsmeðferð

Bannið við endurtekinni málsmeðferð kemur fram í 4. gr. 7. viðauka Mannréttinasáttmála Evrópu,¹ sem lögfestur var á Íslandi með lögum nr. 62/1994 um Mannréttinasáttmála Evrópu. Ákvæðið hljóðar svo á íslensku:

1. Enginn skal sæta lögsókn né refsingu að nýju í sakamáli innan lögsögu sama ríkis fyrir brot sem hann hefur þegar verið sýknaður af eða sakfelldur um með lokadómi samkvæmt lögum og sakamálaréttarhari viðkomandi ríkis.
2. Ákvæði undanfarandi töluliðar skulu ekki vera því til fyrirstöðu að málið sé endurupptekið í samræmi við lög og sakamálaréttarfar viðkomandi ríkis ef fyrir hendi eru nýjar eða nýupplýstar staðreyndir, eða ef megingalli hefur verið á fyrri málsmeðferð sem gæti haft áhrif á niðurstöðu málsins.
3. Óheimilt er að víkja frá þessari grein með skírskotun til 15. gr. samningsins.

Þessi íslenska þýðing er raunar ekki allskostar gallalaus. Í *dómi Hæstaréttar Íslands frá 8. júní 2006 í máli nr. 248/2006* var fjallað um þýðinguna og talið að hún væri ekki í fullu samræmi við erlendana texta ákvæðisins, enda hefði Mannréttindadómstóll Evrópu² túlkað ákvæðið svo að gildissvið þess takmarkaðist ekki við málsmeðferð fyrir dómi, heldur gæti málsmeðferð fyrir stjórnvöldum og eftirfarandi ákvörðun viðurlaga á stjórnslustigi fallið undir ákvæðið að vissum skilyrðum

¹ Hér eftir ýmist nefndur „Mannréttinasáttmálinn“, „sáttmálinn“ eða „MSE“.

² Hér eftir ýmis nefndur „Mannréttindadómstóllinn“, „Dómstóllinn“ eða „MDE“.

uppfylltum, sem fengi stoð í texta ákvæðisins á frummálunum.³ Líkt og hér verður fjallað um er það vissulega svo – og er það vel fyrir höfund, enda ætti umfjöllun þessi annars lítið erindi í afmælisrit stjórnáskriflaga.

Ekki er þetta eini vankanturinn á íslensku þýðingunni á þessu ákvæði Mannréttindasáttmálans, heldur hefur einnig verið bent á að hugtakið *málsókn* eigi betur við en *lögsókn* í 1. mgr.; að hugtakið *sakamál* gefi til kynna þrengra gildissvið en ákvæðið raunverulega hefur; og að í íslensku þýðinguna vanti vísun í að ákvæðið banni það að fólk *eigi á hættu* að sæta ítrekaðri málsókn (e. *liable to be tried*), ekki aðeins að það raunverulega sæti ítrekaðri málsókn⁴ – en um þessi atriði verður nánar fjallað hér að neðan.

Hafa mætti mörg orð um dómaframkvæmd Mannréttinda-dómstólsins um ákvæði 4. gr. 7. viðauka sáttmálans frá því hann tók gildi á níunda áratug síðustu aldar, en látið verður nægja að drepa niður fæti seint í því ferðalagi; í stefnumarkandi dómi yfirdeildar í máli *Sergey Zolotukhin gegn Rússlandi*, mál nr. 14939/03, 10. febrúar 2009. Lengst af var ákvæðið um *ne bis in idem* nokkuð afskipt réttindaákvæði sáttmálans og var mál *Sergey Zolotukhin* það fyrsta þar sem álitæfni um túlkun og beitingu 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka um *ne bis in idem* voru tekin til skoðunar af yfirdeild réttarins.

Málið varðaði kæranda sem komst í kast við lögin og var færður á lögreglustöð í rannsóknarskyni, en þar var hann ölvaður og sýndi af sér svo hranalega hegðun að hann var á endanum settur í járn. Laganna verðir biðu ekki boðanna og samdægurs handtöku kæranda var hann sakfelldur af héraðsdómstóli fyrir minniháttar óspektir, sem taldist til brots stjórnáskriflægs eðlis (e. *administrative offence*). Dómurinn, sem varð endanlegur þann sama dag, skikkaði kæranda í þriggja daga varðhald. Tæplega þremur vikum síðar hófst sakamálarannsókn á hendur kæranda vegna hinnar hranalegu hegðunar og var hann síðar ákærður í þremur liðum; fyrir að fara ekki að fyrirmælum opinbers starfsmanns, fyrir að opinberlega móðga opinberan starfsmann og fyrir að hóta opinberum starfsmanni líkamsmeiðingum. Kærandi var

³ Ráðandi útgáfur viðaukans, líkt og sáttmálans, eru sú enska og sú franska. Fyrsta málgrein ákvæðisins hljóðar svo á ensku: „No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.“ Á frönsku hljóðar ákvæðið svo: „Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat.“

⁴ Róbert R. Spanó: *Ne bis in idem*, bls. 23-24.

sýknaður af fyrsta ákærulið en sakfelldur af hinum síðari tveimur í dómi undirréttar, sem staðfestur var á áfrýjunarstigi.

Fyrir Mannréttindadómstólnum hélt kærandi því fram að brotið hefði verið gegn rétti hans samkvæmt 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka sáttmálans þar sem hann hefði þurft að sæta málsmeðferð vegna sömu hegðunar tvívegis. Yfirdeild Dómstólsins tók fyrst til skoðunar hvort fyrri viðurlögin sem kærandi sætti hefðu fallið undir gildissvið ákvæðisins, þ.e.a.s. hvort í þeim hefði falist refsing. Í því augnamiði beitti Dómstóllinn svonefndum *Engel*-viðmiðum, en þau voru sett fram í dómi Dómstólsins í máli *Engel og fleiri gegn Hollandi*, mál nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 og 5370/72, 8. júní 1976. *Engel*-viðmiðin eru mælikvarði Mannréttindadómstólsins á það hvort að tilvik falli undir gildissvið refsitengdra ákvæða sáttmálans, en samkvæmt þeim ber að líta til þriggja atriða. Í *fyrsta lagi* hvernig háttsemin sé skilgreind að landsrétti, sem þó hefur ekki úrslitaáhrif, enda hefur Dómstóllinn við fjölmörg tækifæri undirstrikað að hugtökin *refsivert brot* og *refsing* í 6. og 7. gr. sáttmálans hafi sjálfstæða merkingu. Í *öðru lagi* ber að líta til raunverulegs eðlis háttseminnar og í *þriðja lagi* til þess hve þungbær hin mögulegu viðurlög eru. Í máli *Sergey Zolotukhin* mat Dómstóllinn það sem svo að þrátt fyrir að fyrri viðurlögin hafi ekki verið skilgreind sem refsing að landsrétti hafi eðli brotsins og refsiramma vegna þess verið slík að í viðurlögum hafi falist refsing í skilningi 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka.

Að því sögðu lagði Dómstóllinn línurnar um hvernig meta bæri hvort brotið hefði verið gegn banninu við endurtekinni málsmeðferð.⁵ Í fyrsta lagi þyrfti að meta hvort refsingarnar tvær vörðuðu sama brot (*idem*), en við það mat ætti fyrst og fremst að skoða hvort atvikin, sem til umfjöllunar væru, væru þau sömu – það er að segja sú hegðun eða það athafnaleysi sem sótt var til saka fyrir. Með þessu hafnaði Dómstóllinn því að formleg skilgreining brotanna að landsrétti eða nauðsynlegir þættir þeirra samkvæmt landslögum réðu úrslitum.⁶

Í öðru lagi þyrfti að meta hvort kærandi hefði sætt tvöfaldri málsmeðferð (*bis*), en við það mat skipti höfuðmáli hvort málið hafi fengið endanlega úrlausn í fyrri málsmeðferðinni. Í því fælist, samkvæmt undirbúningsgögnum 7. viðauka, að úrlausnin hefði öðlast

⁵ Í hinni almennu umfjöllun Dómstólsins var farið yfir fyrri dómaframkvæmd um ákvæðið, sem var að vissu leyti sundurleit, og tekið af skarið um samræmda aðferðafræði til frambúðar. Þessi þróun verður ekki til umfjöllunar hér en henni eru gerð ítarleg skil í riti Róberts R. Spanó: *Ne bis in idem*.

⁶ A og B gegn Noregi, mál nr. 24130/11 og 29758/11, 15. nóvember 2016, mgr. 108.

res judicata áhrif og engin frekari málskot eftir hefðbundnum leiðum væru möguleg. Í slíkri endanlegri úrlausn fælust því ekki aðeins jákvæð efnisleg réttaráhrif, að því leyti að kveða á um tiltekna niðurstöðu, heldur einnig neikvæð efnisleg réttaráhrif, þ.e. að girða fyrir endurtekna refsimeðferð sama máls. Niðurstaða Dómstólsins í máli hins seinheppna Zolotukhin var sú að um hefði verið að ræða endurtekna málsmeðferð í trássi við 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka. Niðurstöðurnar í báðum málsmeðferðum hefðu talist til refsinga og þær hefðu í meginatriðum byggst á sömu hegðun kærands. Í ljósi þess að fyrri niðurstaðan hafði öðlast *res judicata* áhrif áður en sakamálarannsókn á hendur kærandanum hófst taldi yfirdeildin að í síðari málsmeðferðinni hefði falist brot gegn *ne bis in idem*.

Bannið við endurtekinni málsmeðferð hefur verið til umfjöllunar hjá Dómstólnum í tengslum við ýmiss konar stjórnvaldssektir,⁷ en einnig hefur það komið við sögu t.a.m. í tengslum við skattamál, svo sem frægt er orðið hérlandis.⁸ Þar þar einna hæst í seinni tíð dómur yfirdeildarinnar í máli *A og B gegn Noregi*, mál nr. 24130/11 og 29758/11, 15. nóvember 2016. Þar höfðu kærendur sætt rannsókn skattayfirvalda vegna vanhalds á að telja fram til skatts eftir kúnstarinnar reglum. Báðir höfðu þeir sætt málsmeðferð annars vegar hjá skattayfirvöldum, sem lauk með endurákvörðun skattálagningar með 30% álagi, og hins vegar fyrir dómstólum, sem lauk með sakfellingu og fangelsisdómum. Miður sáttir við þessi málalok leituðu kærendur á náðir Mannréttinda-dómstólsins og byggðu á því að brotið hefði verið gegn banni við endurtekinni málsmeðferð gagnvart þeim.

Líkt og fyrri daginn beitti Dómstóllinn *Engel*-viðmiðunum og taldi að samkvæmt þeim fæli beiting 30% álagsins á skattstofna kæranda í sér refsingu í skilningi 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka sáttmálans. Hann taldi enn fremur, líkt og Hæstiréttur Noregs hafði raunar einnig talið, að málsmeðferðirnar vörðuðu sömu atvik og þar af leiðandi sömu brot í skilningi ákvæðisins. Dómstóllinn undirstrikaði að bannið við endurtekinni málsmeðferð samkvæmt 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka fæli í sér þrenns konar vernd; vernd við því að vera refsað (e. *punished*), vernd

⁷ Sjá t.a.m. *Tsonyo Tsonev gegn Búlgaríu* (nr. 2), mál nr. 2376/03, 14. janúar 2010 og *Khmel gegn Rússlandi*, mál nr. 20383/04, 12. desember 2013.

⁸ Sjá t.a.m. *Ponsetti og Chesnel gegn Frakklandi* (ákv.), mál nr. 36855/97 og 41731/98, 14. september 1999, *Ruotsalainen gegn Finnlandi*, mál nr. 13079/03, 16. júní 2009 og *Lucky Dev gegn Svíþjóð*, mál nr. 7356/10, 27. nóvember 2014. Einnig vísast til umfjöllunar um íslensk mál tengd skattarétti, sem fjallað verður um í kafla 3.2.

fyrir því að vera saksótt(ur) (e. *tried*) og vernd fyrir því að eiga á hættu að vera saksótt(ur) (e. *liable to be tried*) ítrekað fyrir sama brot.⁹

Aftur á móti var ekki talið að sáttmálinn legði blátt bann við tvíþætri málsmeðferð, heldur gæti slík málsmeðferð verið réttlætanagerlegt viðbragð réttarkerfisins við lögbrotum. Vísaði Dómstóllinn um þetta til þess að ákvæðinu væri ekki ætlað að útiloka möguleika aðildarríkja sáttmálans á að bregðast við lögbrotum með samhliða málsmeðferðum sem héldust í hendur og kæmu hver annarri til fyllingar. Að því gefnu að þeir hagsmunir einstaklinga sem verndaðir væru með *ne bis in idem* væru vegnir og metnir gagnvart þeim samfélagslegu hagsmunum að bregðast við lögbrotum á heildstæðan hátt, gætu slík kerfi samhliða málsmeðferða staðist kröfur 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka. Þessu til nánari útfærslu setti Dómstóllinn fram matskenndan mælikvarða á slík kerfi: Þau skilyrði sem slíkar samhliða málsmeðferðir þurfa að uppfylla, samkvæmt *A og B gegn Noregi*, eru fyrst og fremst að þær séu nægilega tengdar bæði í efni og tíma (e. *sufficiently closely connected in substance and time*) til þess að mynda samhangandi heild. Þá er gerð sú krafa að mögulegar afleiðingar þess að setja mál í slíkan farveg séu hóflegar og fyrirsjáanlegar fyrir þá eða þann sem í hlut á.

Við mat á því hvort nægileg *efnisleg tenging* sé milli málsmeðferða skiptir samkvæmt dómnum meðal annars máli að líta til þess hvort málsmeðferðirnar varði hver ólíka þætti þess misferlis sem málin byggjast á og séu hver annarri til fyllingar. Einnig skiptir máli að tvöfeldni málsmeðferðar sé fyrirsjáanleg bæði að lögum og í framkvæmd. Tillit er tekið til þess hvort tilgangur málsmeðferðanna sé mismunandi og þær þjóni mismunandi samfélagslegu hlutverki – ekki aðeins á blaði, heldur í raun og veru. Enn fremur skiptir máli að framkvæmd málsmeðferða forðist tvíverknað við rannsókn og gagnaöflun með samskiptum milli mismunandi stjórnvalda sem að málinu koma. Síðast en ekki síst skiptir máli að fyrri refsingar vegna sama brots séu teknar með í reikninginn á síðari stigum, þannig að sú byrði sem lögð er á þann eða þá sem sætir tvöfaldri málsmeðferð verði ekki meiri en góðu hófi gegnir. Við matið virðist sem Dómstóllinn líti til allra viðeigandi atriða og leggi heildstætt mat á samhliða málsmeðferðir, við mat á hvort nægileg *efnisleg tenging* sé milli þeirra.¹⁰

⁹ Velta mætti því fyrir sér hvort þetta þriþætta inntak verndarinnar endurspeglar jafn skýrlega í frönsku útgáfu sáttmálans („Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement...“) eins og þeirri ensku („No one shall be liable to be tried or punished in criminal proceedings...“), en umfjöllun um það verður að bíða betra tækifæris.

¹⁰ Jon Petter Rui: „Forbudet mot gjentatt straffefølgning: Prinsipiell storkammerdom mot Norge“, bls. 65.

Efnisleg tenging er nauðsynlegt skilyrði tvíþættrar málsmeðferðar sem uppfyllir kröfur 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka, en ekki nægjanlegt, heldur þarf *tenging í tíma* milli málsmeðferðanna einnig að vera til staðar.¹¹ Í kröfunni um nægilega tengingu í tíma felst aftur á móti ekki að málsmeðferðirnar tvær þurfi að vera reknar samhliða frá upphafi til enda, samkvæmt dómnum, en einhver skörun í tíma verður að vera til staðar. Eftir því sem sú skörun er skammvinnari, þeim mun erfiðara verður það fyrir aðildarríki að réttlæta tvíþætta málsmeðferð.

Þessi skilyrði taldi Dómstóllinn hafa verið uppfyllt í tilfelli þeirra A og B, og því ekkert brot gegn banninu við endurtekinni málsmeðferð til staðar. Lagði þessi nálgun Dómstólsins línurnar fyrir röð íslenskra mála um svipuð álitamál sem fylgdi í kjölfarið, líkt og fjallað verður um í kafla 3.2.

3. *Lagaumhverfi og dómaframkvæmd hérlendis*

3.1 *Lagaramminn umhverfis bannið við endurtekinni málsmeðferð*

Svo sem áður segir endurspeglar ekkert ákvæði stjórnarskrárinnar beinlínis *ne bis in idem*, en heldur ólíklegt er að réttindin rúmist innan almenns ákvæðis 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar um réttláta málsmeðferð, né heldur 1. mgr. 6. gr. MSE.¹² Bannið við endurtekinni málsmeðferð hefur því stöðu almennra laga hér á landi í kjölfar lögfestingar þess, ásamt sáttmálanum öllum, með lögum nr. 62/1994. Er þessu til að mynda öfugt farið á Ítalíu, Spáni, Þýskalandi og Austurríki, að ógleymdum Bandaríkjunum, en í öllum þessum ríkjum heyrir bann við endurtekinni málsmeðferð til stjórnskipunarlags.¹³ Auk bannsins í sáttmálanum má í 2. mgr. 186. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála finna bann við því að krafa sem dæmd hefur verið að efni til verði borin undir sama eða hliðsettan dómstól aftur frammar en í lögum sjálfum segir, en slíkum kröfum skal vísað frá dómi samkvæmt ákvæðinu. Þá er í VI. kafla stjórnsýslulaga nr. 37/1993 kveðið á um skilyrði endurupptaka og afturkallana stjórnvalds-ákvarðana og heimilda til slíks sniðinn nokkuð þröngur stakkur.

Hér á landi hefur ekki verið farin sú leið að lögfesta almennar reglur um stjórnsýsluviðurlög og málsmeðferð þeim tilheyrandi, að öðru leyti

¹¹ A og B gegn Noregi, mál nr. 24130/11 og 29758/11, 15. nóvember 2016, mgr. 134.

¹² Eiríkur Tómasson og Kristín Benediktsdóttir: „Réttur til réttlátrar málsmeðferðar“, bls. 254; Róbert R. Spanó: *Ne bis in idem*, bls. 24-25.

¹³ Jon Petter Rui: „Forbudet mot gjentatt straffefølgning: Prinsipiell storkammerdom mot Norge“, bls. 355.

en því að ákvarðanir um beitingu stjórnsluviðurlaga teljast til stjórnvaldsákvarðana sem taka skal samkvæmt kúnstarrinnar reglum – það er ákvæðum stjórnslulaga og óskráðum meginreglum stjórnsluréttar – líkt og aðrar slíkar ákvarðanir.¹⁴ Með stjórnsluviðurlögum er hér átt við refsikennd viðurlög sem stjórnvöld geta, lögum samkvæmt, lagt á einstaklinga eða lögaðila vegna háttsemi sem er andstæð lögum, almennum stjórnvaldsfyrirmælum eða stjórnvaldsákvörðun, og hafa að markmiði að valda þjáningu eða óþægindum og hafa varnaðaráhrif.¹⁵ Frumvarp þess efnis að lögfesta sérstakar reglur um málsmeðferð við beitingu stjórnsluviðurlaga leit raunar dagsins ljós á 135. löggjafarþingi á vormánuðum 2008, en í því frumvarpi var ekki fjallað um bannið við endurtekinni málsmeðferð eða samhliða stjórnslu- og refsimeðferð mála að öðru leyti en því að undanskilja ákvarðanir um vísun mála til lögreglu málsmeðferðarreglum stjórnslulaga.¹⁶ Frumvarpið dagaði uppi á þinginu.

Þess í stað hafa verið lögfest ákvæði í sérögum sem taka til beitingar stjórnsluviðurlaga á ákveðnum sviðum, svo sem í samkeppnislögum, lögum um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, lögum um Seðlabanka Íslands o.fl. Í sumum þessara tilvika hefur verið kveðið á um að brot gegn lögnum sæti aðeins rannsókn lögreglu að undangenginni kærú sérhæfðs stjórnvalds, þá yfirleitt stjórnvalds sem einnig hefur vald til beitingar stjórnsluviðurlaga. Þannig er til að mynda í 1. mgr. 42. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 kveðið á um að brot gegn lögnum sæti aðeins rannsókn lögreglu að undangenginni kærú Samkeppniseftirlitsins og í 1. mgr. 57. gr. laga nr. 38/2011 um fjölmiðla gerð krafa um kærú fjölmiðlanefndar eða Póst- og fjarskiptastofnunar, þegar við á, til að rannsókn lögreglu geti farið fram. Kærú Seðlabanka Íslands þarf til rannsóknar á brotum gegn lögum nr. 87/1992 um gjaldeyrismál, líkt og kom við sögu í *dómi Hæstaréttar í máli nr. 463/2017* sem reifaður verður síðar. Þá þarf kærú Fjármálaeftirlitsins til lögreglurannsóknar á brotum gegn hinum ýmsu lagabálkum sem fjalla um störf fjármálafyrirtækja, svo sem laga nr. 120/2011 um greiðsluþjónustu, laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki og laga nr. 110/2007 um kauphallir.

Slík ákvæði um vísun mála frá sérhæfðum stjórnvöldum til lögreglu til rannsóknar kveða iðulega á um viðbrögð stjórnvaldsins ef meint brot varða bæði stjórnsluviðurlögum og refsingu. Hljóða ákvæðin einatt á

¹⁴ Sjá *Hrd.* 1999, bls. 957 og Páll Hreinsson: „Stjórnsluviðurlög“, bls. 259.

¹⁵ Páll Hreinsson: „Stjórnsluviðurlög“, bls. 253.

¹⁶ Sjá 536. mál, 135. löggjafarþing 2007-2008.

Þá vegu að varði meint brot bæði stjórnýsluviðurlögum og refsingu sé það undir hinu sérhæfða stjórnvaldi að meta hvort mál skuli kærð til lögreglu eða þeim lokið með stjórnvaldsákvörðun hjá stjórnvaldinu. Séu brot meiriháttar ber stjórnvaldinu iðulega að vísa þeim til lögreglu, sem og að gæta samræmis við úrlausn sambærilegra mála. Þá kveða ákvæðin gjarnan á um samstarf stjórnvaldsins og lögreglu, afhendingu gagna o.s.frv. Að lokum er iðulega kveðið á um heimild ákæranda til endursendingar mála til stjórnvalds sem vísað hefur máli til rannsóknar lögreglu, sé það mat ákæranda að ekki séu efni til málshöfðunar.

Ákvæði þessi eiga uppruna sinn í niðurstöðum skýrslu nefndar forsætisráðherra um viðurlög við efnahagsbrotum frá árinu 2006. Í skýrslunni er fjallað um hin ýmsu álitamál tengd viðurlagakerfinu og þar á meðal áhrif 4. gr. 7. viðauka Mannréttindasáttmálans og þær kröfur sem ákvæðið gerir til viðurlagakerfa aðildarríkjanna, en skýrslan var vel að merkja skrifuð áður en dómur Mannréttindadómstólsins í málum *Sergey Zolotukhins gegn Rússlandi* og *A og B gegn Noregi* litu dagsins ljós, þegar dómaframkvæmd MDE um ákvæðið var enn nokkuð rýr. Í skýrslunni var því lagt til grundvallar að besta lausnin væri að viðurlög við tilteknu lögbroti skyldu aðeins kveðin upp í einu máli, en ekki fleirum.¹⁷ Samhæfa yrði hið almenna viðurlagakerfi og viðurlagakerfi eftirlitsstofnana þannig mál væru ekki rannsökuð á sama tíma hjá eftirlitsstjórnvaldi og lögreglu, og þannig að aðeins væri beitt *annað hvort* stjórnýsluviðurlögum eða refsingu í hinum hefðbundna skilningi. Jafnframt yrði aftur á móti að tryggja að ákærvaldið gæti krafist þess að hinn ákærði sætti, auk refsinga, þeim refsikendu stjórnýsluviðurlögum sem eftirlitsstjórnvöldum væri falið að leggja á í minna alvarlegum málum; annars væri hætta á að vægari viðurlög yrðu í heild dæmt fyrir alvarlegu brotin sem leyst væri úr í refsivörslu-kerfinu.¹⁸ Í skýrslunni voru því lagðar til breytingar á samkeppnislögum og ýmsum lagabálkum um fjármálamarkaði, þar á meðal þessi nýmæli um samstarf stjórnýslu og ákærvalds. Úr varð að nýmælin urðu að lagafrumvörpum og síðar lögum, og síðan hafa sambærileg nýmæli verið tekin upp í öðrum málaflokkum, svo sem í lög um fjölmiðla nr. 38/2011 svo sem áður segir, lög nr. 22/1994 um eftirlit með fódri, áburði og sáðvöru og lög nr. 55/2013 um velferð dýra.

Ákvæði sem þessi hafa þó ekki verið tekin upp á öllum réttarsviðum þar sem stjórnvöldum er heimilt að beita stjórnýsluviðurlögum, og ber þar skattalög eflaust hæst. Á sviði skattaréttar er málsmeðferð þannig

¹⁷ Skýrsla nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum, bls. 65.

¹⁸ Skýrsla nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum, bls. 66.

háttað að skattrannsóknarstjóra er heimilt að vísa einu og sama málinu bæði til ríkisskattstjóra til endurákvörðunar á skattálagningu skattgreiðanda og til sakamálemeðferðar. Eina almenna ákvæðið sem girðir fyrir endurtekna málsmeðferð er þannig lögfesting 7. viðauka Mannréttindasáttmálans.

3.2 *Dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu í íslenskum málum*

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur haft nokkur íslensk mál sem varða bannið við endurtekinni málsmeðferð til skoðunar, sem öll hafa varðað málsmeðferð í skattamálum. Þeirra fyrst var mál *Jóns Ásgeirs Jóhannessonar og fleiri gegn Íslandi*, mál nr. 22007/11, 18. maí 2017, sem tekið var fyrir af sjö dómara deild. Í því máli kvörtuðu kærendur undan broti gegn banninu við endurtekinni málsmeðferð þar sem þeir hefðu bæði þurft að sæta endurálagningu skatta fyrir tiltekin tekjuár að viðbættu 25% álagi, og saksókn og sakfellingu vegna vanhalda á skattskilum fyrir sömu tekjuár. Málsmeðferð gagnvart þeim hófst við upphaf skattrannsóknar skattrannsóknarstjóra í nóvember 2003, en þeirri rannsókn lauk með útgáfu skýrslna í október 2004 annars vegar og nóvember 2005 hins vegar. Á grundvelli skýrslanna taldi ríkisskattstjóri kærendur hafa vantalið vissar greiðslur og endurálagði skatta þeirra vegna tiltekinna tekjuára, að viðbættu 25% álagi samkvæmt 108. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt. Þeim úrskurðum var skotið til yfirskattanefndar af hálfu kæranda, sem staðfesti að mestu leyti ákvörðun álagsins með úrskurðum í ágúst og september 2007. Niðurstöðum hennar var ekki skotið til dómstóla og urðu þær því endanlegar í febrúar og mars 2008.

Jafnframt kærði skattrannsóknarstjóri málið til lögreglu til rannsóknar í nóvember 2004 og sendi lögreglunni skýrslur sínar og þau gögn sem aflað hafði verið í rannsókninni.¹⁹ Af hálfu lögreglu voru fyrst teknar skýrslur af kærendunum í ágúst 2006. Ákærur á hendur þeim voru gefnar út í desember 2008, um níu mánuðum eftir að úrskurðir yfirskattanefndar í málum þeirra urðu endanlegir. Með dómi héraðs-

¹⁹ Fyrstu tveir kærendur í málinu, Jón Ásgeir Jóhannesson og Tryggvi Jónsson, sættu 25% álagi en þriðji kærandinn, Fjárfestingafélagið Gaumur, sætti raunar einnig 10% viðbótarálagi fyrir vanrækslu við að halda eftir og skila ríkissjóði opinberum gjöldum. Aftur á móti var kæra þriðja kærandans felld af málaskrá Dómstólsins á grundvelli 1. mgr. 37. gr. sáttmálans vegna vanhalda á eftirfylgni kærandans, og var því ekki leyst úr málinu efnislega í tilfalli hans. Verður því aðeins fjallað um 25% álagið á fyrstu tvo kærendurna hér.

dóms sem kveðinn var upp 9. desember 2011 voru kærendur sakfelldir fyrir stórfelld skattalagabrot. Var sú sakfelling staðfest af Hæstarétti þann 7. febrúar 2013, sem raunar sakfelldi einnig annan kæranda vegna tveggja ákæruliða sem hann hafði verið sýknaður af í héraði. Heildarmálsmeðferðartími nam því níu árum og þremur mánuðum. Þessum verulega drætti á málinu hafði Hæstiréttur raunar fundið að og skilorðsbundið vegna hans þá fangelsisrefsingu sem kærendur voru dæmdir til. Einnig tók Hæstiréttur tillit til þess álags sem kærendum hafði verið gert að greiða af ríkisskattstjóra við ákvörðun sektar-greiðslna þeirra, án þess að gera sérstaklega grein fyrir útreikningum í þeim efnum.

Í dómi Mannréttindadómstólsins var tekið fram að samþykkt væri að málsmeðferðirnar og refsingarnar tvær hafi haft þann sameiginlega tilgang að fjalla um vanrækslu skattgreiðenda á að fylgja lagareglum um skattskil. Einnig var fallist á að afleiðingarnar af háttsemi kæranda væru fyrirsjáanlegar, enda væru ákvörðun skattálags og saksókn fyrir skattalagabrot bæði liðir í þeim aðgerðum sem gripið væri til samkvæmt lögum vegna vanrækslu á að telja rétt fram til skatts. Þá var talið að nægjanlegt tillit hefði verið tekið til fyrri refsingar með frádrætti skattálagsins frá sektinni sem kærendum var gerð í Hæstarétti.

Aftur á móti var ekki talið að tengsl málsmeðferðanna tveggja hefðu verið nægjanleg til að standast kröfur 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka. Þar hefði helst skort á tvennt sem máli skipti um mat á tengslum milli málsmeðferða í efni og tíma. *Annars vegar* hefði skort á tengingu málsmeðferðanna tveggja í tíma, en á níu ára og þriggja mánaða heildarmálsmeðferðartíma hefðu málsmeðferðirnar tvær aðeins verið reknar samtímis í rétt rúmlega eitt ár. Til samanburðar var fyrri kærandinn í máli *A og B gegn Noregi* sakfelldur af héraðsdómi fyrir skattalagabrot rúmum tveimur mánuðum eftir uppkvaðningu úrskurðar í stjórnslumáli hans, en í tilviki hins seinni liðu níu mánuðir á milli. *Hins vegar* hefði skort á tengingu í gagnaöflun, en þrátt fyrir að hafa aðgang að skýrslum skattrannsóknarstjóra hafði lögreglan ráðist í sjálfstæða rannsókn á atvikum málanna, sem hefði leitt til sakfellingar kæranda rúmlega átta árum eftir að skattrannsóknarstjóri hafði tilkynnt málið til lögreglunnar.

Vegna þessa skorts á tengingu málsmeðferðanna tveggja í efni og tíma var ekki talið að þær hefðu haldist nægilega í hendur til að málsmeðferðin myndaði samhangandi heild og stæðist kröfur 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka.

Næst kom til skoðunar mál *Matthildar Ingvarsdóttur gegn Íslandi, mál nr. 22779/14, 4. desember 2018*, en það mál var tekið fyrir af þriggja

dómara nefnd og afgreitt með ákvörðun þar sem komist var að því að málið væri ekki hæft til efnismeðferðar þar sem það væri augljóslega illa grundað í skilningi a-liðar 3. mgr. 35. gr. sáttmálans. Líkt og mál *Jóns Ásgeirs Jóhannessonar og fleiri gegn Íslandi* varðaði þetta mál einnig tvíþætta málsmeðferð í skattamáli. Hér hafði kærandi sætt endurálagningu skatta sinna með 25% skattálagi. Því til viðbótar hafði hún verið saksótt og sakfelld fyrir meiriháttar skattalagabrot og dæmd í fjögurra mánaða skilorðsbundið fangelsi, auk þess sem henni var gert að greiða sekt. Líkt og fyrri daginn komst Dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að í álagningu skattálags hefði falist refsing í skilningi 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka, auk þess sem talið var að skattálagið og saksóknin hefðu varðað sama brot, en um hvorugt þessara atriða var raunar deilt milli kæranda og ríkisins. Öfugt við það sem uppi var á teningnum í máli *Jóns Ásgeirs Jóhannessonar og fleiri* var aftur á móti talið að tengingar milli málsmeðferðanna tveggja hefðu verið nægjanlegar til að forðast tvítekningu málsmeðferðar (*bis*), enda hefði heildar-málsmeðferðartíminn aðeins verið fjögur ár og tíu mánuðir og málsmeðferðirnar tvær þar af farið fram samtímis í þrjú ár og ellefu mánuði. Undirstrikað var að á grundvelli dómaframkvæmdar Dómstólsins teldist sök um refsivert brot (e. *criminal charge*) annað hvort vera til staðar frá þeim tíma sem einstaklingi væri tilkynnt um að grunur léki á að hann eða hún hefði gerst sek(ur) um refsivert brot af þar til bærum yfirvöldum, eða frá þeim tíma þegar viðkomandi yrði fyrir raunverulegum áhrifum af aðgerðum yfirvalda sem gripið væri til vegna slíkra grunsemda.²⁰ Í ljósi þess teldist refsímál gegn kæranda í málinu hafa hafist þegar húsleit fór fram á heimili hennar, en stjórnslumálið teldist hafa hafist þegar ríkisskattstjóri tilkynnti kæranda um vísun máls hennar til skattransóknarstjóra til rannsóknar.

Dómstóllinn taldi enn fremur að á málsmeðferðartíma hefðu málsmeðferðirnar haldist efnislega í hendur og samvinna verið milli mismunandi yfirvalda við rannsókn málsins. Dómstóllinn lagði sérstaka áherslu á að kærandi hefði verið ákærð í sakamálinu áður en ákvörðun var tekin af skattyfirvöldum, auk þess sem kærandi hefði sjálf borið sök á töfum við rannsókn málsins með ósamvinnuþýðri hegðun. Áhugavert er að Dómstóllinn taldi það ekki hafa afgerandi áhrif að ekki mætti skýrlega ráða það af innlendum dómsniðurstöðum að dómstólar hefðu dregið það skattálag sem kærandi hafði greitt til skattyfirvalda frá þeirri sekt sem henni var gerð með sakfellingu fyrir dómi, en

²⁰ Sjá um þetta efni t.a.m. *Ibrahim og fleiri gegn Bretlandi, mál nr. 50541/08, 13. september 2016, mgr. 249.*

Dómstóllinn taldi enga skýra útreikninga vera að finna í dómi héraðsdóms. Þótt Dómstóllinn hafi í máli *A og B gegn Noregi* tekið fram að það skipti máli umfram allt annað að fyrri refsingar vegna sama brots væru teknar með í reikninginn á síðari stigum, þannig að sú byrði sem lögð væru á þann eða þá sem sættu tvöfaldri málsmeðferð yrði ekki meiri en góðu hófi gegnir, má draga þá ályktun af þessum dómi að slíkt hafi ekki *úrslitaáhrif* við mat á því hvort tvíþætt málsmeðferð standist kröfur 4. gr. 7. viðauka.

Stuttu síðar kom til skoðunar mál *Ragnars Þórissonar gegn Íslandi*, mál nr. 52623/14, 12. febrúar 2019,²¹ en það fór einnig fyrir þriggja dómara nefnd. Í málinu kom sömuleiðis til skoðunar tvöföld málsmeðferð skattfyrvalda og refsivörslukerfisins: Kærandi hér hafði sætt endurálagningu skatta sinna með 25% skattálagi og að auki sætt saksókn fyrir meiriháttar skattalagabrot sem lauk með sakfellingu, þriggja mánaða skilorðsbundnum fangelsisdómi og sektarálagningu – sem að þessu sinni tók skýrlega tillit til þegar greidds álags hjá skattfyrvöldum.

Við mat á máli kæranda lagði Dómstóllinn áherslu á að málsmeðferðirnar tvær hefðu á engum tímapunkti farið fram samhliða; úrskurði ríkisskattstjóra þar sem skattar kæranda voru endurálagðir var ekki skotið til yfirsattanefndar og varð hann endanlegur um mánuði áður en skattrannsóknarstjóri vísaði máli hans til sérstaks saksóknara. Vegna þessa hefði rekstur sakamálsins haldið lengi áfram einn síns liðs; ákæra hefði verið gefin út ellefu mánuðum eftir uppkvaðningu úrskurðar ríkisskattstjóra, dómur héraðsdóms hefði verið kveðinn upp einu og hálfu ári eftir úrskurðinn og dómur Hæstaréttar tveimur og hálfu ári eftir niðurstöðu ríkisskattstjóra. Þessu til viðbótar hefði skort á efnisleg tengsl milli rannsóknanna tveggja þar sem sú síðari hefði að mestu leyti falið í sér sjálfstæða rannsókn á atvikum máls. Að öllu framangreindu röktu komst Dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að meðferð máls kæranda hefði ekki staðist þær kröfur sem gerðar væru til slíkra hliðstæðra málsmeðferða og hefði því falið í sér brot gegn 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka sáttmálans. Færa mætti rök fyrir því að fyrstnefnda ástæðan hefði dugað, ein og sér, til þess að Dómstóllinn teldi hafa verið brotið gegn 4. gr. 7. viðauka, enda var tekið fram í dómi yfirdeildar í máli *A og B gegn Noregi* að þótt málsmeðferðir þyrftu ekki að vera samhliða frá upphafi til enda yrði tenging í tíma að vera til staðar. Engu að síður tindi Dómstóllinn einnig til aðrar röksemdir fyrir niðurstöðu

²¹ Rétt er að taka það fram að höfundur kom að vinnu við málarekstur fyrir Mannréttindadómstólnum fyrir hönd kæranda í þessu máli.

sinni um brot gegn *ne bis in idem*, sem segja mætti að sé í takti við þá heildrænu nálgun sem Dómstóllinn styðst iðulega við.

Síðast en ekki síst ber að nefna mál *Bjarna Ármannssonar gegn Íslandi*, mál nr. 72098/14, 16. apríl 2019, sem einnig sætti endurákvörðun skatts með 25% skattálagi, ásamt saksókn fyrir meiriháttar skattalagabrot. Þeirri saksókn lauk með sakfellingu og hlaut kærandi átta mánaða skilorðsbundinn fangelsisdóm, auk þess sem honum var gert að greiða sekt sem tók tillit til þegar greidds álags hjá skattyfirvöldum. Í þessu máli var meiri skörun í tíma milli málsmeðferðanna tveggja heldur en í máli Ragnars Þórissonar; enda þótt kærandi hér hefði heldur ekki skotið úrskurði ríkisskattstjóra til yfirskattanefndar voru málin rekin samhliða um stund þar sem skattrannsóknarstjóri vísaði málinu til sérstaks saksóknara tveimur og hálfum mánuði áður en úrskurður ríkisskattstjóra var kveðinn upp, og fimm og hálfum mánuði áður en sá úrskurður varð endanlegur. Þá var heildarmálsmeðferðartími sá sami og í tilfalli Matthildar Ingvarsdóttur; fjögur ár og tíu mánuðir. Sá heildarmálsmeðferðartími hafði þó ekki úrslitaáhrif, heldur taldi Dómstóllinn að skörun milli málsmeðferðanna í tíma sem og að efni til hefði verið ófullnægjandi. Vísaði Dómstóllinn til þess að rannsókn í sakamálinu hefði verið að mestu leyti sjálfstæð og málsmeðferðirnar hefðu aðeins verið reknar samhliða lítill hluta heildarmálsmeðferðartímans, en sakfellingardómur í héraði hefði verið kveðinn upp rúmlega ári eftir uppkvaðningu úrskurðar ríkisskattstjóra. Sérstaklega var undirstrikað að í þessum efnum hefði það ekki veruleg áhrif að skattrannsóknarstjóri hefði samþykkt beiðni kæranda um að fresta ákvarðanatöku um hugsanlega vísun málsins til refsimeðferðar þar til úrskurður ríkisskattstjóra um endurákvörðun skatta hefði verið kveðinn upp, enda hvíldi sú skylda á aðildarríkjum sáttmálans að tryggja að málsmeðferðir í sakamálum brytu ekki gegn banninu við endurtekinni málsmeðferð.

Svo sem af framangreindri umfjöllun má ráða hafa íslensk mál um bann við endurtekinni málsmeðferð hingað til öll fjallað um meðferð skattamála. Skattamál eru þó ekki þau einu þar sem spurningar tengdar endurtekinni málsmeðferð hafa vaknað, síður en svo. Slíkar spurningar hafa til að mynda vaknað í dómaframkvæmd Dómstólsins í málum um stjórnvaldssektir, um agaviðurlög og í málum um sviptingu ökuréttinda og annars konar leyfa.²² Álitæfni um endurtekna máls-

²² *Grande Stevens og fleiri gegn Ítalíu*, mál nr. 18640/10, 4. mars 2014, *Ruotsalainen gegn Finnlandi*, mál nr. 13079/03, 16. júní 2009, *Kremzow gegn Austurríki (ákv.)*, mál nr. 16417/90, 7. nóvember 1990, *Toth gegn Króatíu (ákv.)*, mál nr. 49635/10, 6. nóvember 2012, *Hangl gegn*

meðferð geta þannig átt við á öllum réttarsviðum þar sem stjórnsluviðurlögum og saksókn getur verið beitt vegna einnar og sömu hegðunarinnar eða sömu atvikanna, og má með einföldun segja að *ne bis in idem* álitamál séu líklegust til að koma upp á þeim réttarsviðum þar sem inngríp og eftirlit stjórnvalda er mikið.

3.3 Íslensk dómaframkvæmd um endurtekna málsmeðferð

Bannið við endurtekinni málsmeðferð hefur í þó nokkur skipti verið til umfjöllunar fyrir héraðsdómstólum, þar á meðal í málum sem síðar rötuðu til Strassborgar. Þannig var bannið til umfjöllunar í dómi Hæstaréttar í máli Jóns Ásgeirs Jóhannessonar og fleiri, eftir að héraðsdómur vísaði máli ákærvaldsins gegn þeim að hluta til frá dómi með vísan til 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka Mannréttindasáttmálans. Í dómi *Hæstaréttar frá 22. september 2010 í máli nr. 371/2010*, sem felldi frávísunarúrskurðinn úr gildi, var vísað til dómaframkvæmdar Mannréttindadómstólsins, en héraðsdómur hafði vísað til stefnumarkandi dóms í máli *Sergey Zolotukhin* í forsendum fyrir frávísun málsins. Í niðurstöðu Hæstaréttar var talið að óvissu gætti um skýringu á gildissviði og inntaki 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka sáttmálans. Í ljósi þessarar óvissu og þess að engin fordæmi væru fyrir því að Dómstóllinn teldi samhliða beitingu álags á skattstofn og refsiviðurlaga vegna sömu málsatvika brjóta gegn ákvæðinu væri ekki unnt að fallast á frávísun málsins með vísan til þess. Svo að til greina kæmi að slá því föstu að sú skipan skattamála héraðs sem löggjafinn hefði ákvarðað fengi ekki staðist vegna ákvæða Mannréttindasáttmálans þyrfti í það minnsta að liggja skýrt fyrir að sú værir raunin, eftir atvikum í ljósi dóma Mannréttindadómstólsins.

Og slíkir dómur litu enda dagsins ljós. Eftir uppkvaðningu dóms Mannréttindadómstólsins í máli *Jóns Ásgeirs Jóhannessonar og fleiri gegn Íslandi* kom bannið við endurtekinni málsmeðferð fyrst til skoðunar í dómi *Hæstaréttar frá 1. júní 2017 í máli nr. 535/2016*. Í málinu krafðist skattborgari nokkur ógildingar á úrskurðum ríkisskattstjóra þar sem opinber gjöld hans voru endurákvörðuð með 25% álagi, en úrskurðirnir höfðu verið kveðnir upp tveimur árum eftir að skattrannsóknarstjóri tilkynnti skattborgaranum að rannsókn á skattskilum hans væri lokið án frekari aðgerða. Héraðsdómur í málinu vísaði til þess að ríkisskattstjóri og skattrannsóknarstjóri væru hliðsett stjórnvöld sem

Austurríki (ákv.), mál nr. 38716/97, 20. mars 2001, Nilsson gegn Svíþjóð (ákv.), mál nr. 73661/01, 13. desember 2005 og Palmén gegn Svíþjóð (ákv.), mál nr. 38292/15, 22. mars 2016.

sinntu ólíkum hlutverkum við meðferð skattamála. Taldi héraðsdómur að þrátt fyrir að óumdeilt væri að skattrannsóknarstjóri hefði lokið rannsókn sinni á skattskilunum án þess að til refsingar kæmi, bryti það ekki í bága við bann 4. gr. 7. viðauka að ríkisskattstjóri úrskurðaði síðar um skattálag vegna sömu tekjuára. Hæstiréttur vísaði aftur á móti til þess að ekkert lægi fyrir um hvort rannsóknin sneri að þeim atriðum sem úrskurðirnir byggðu á, og hafnaði *ne bis in idem* málsástæðu skattborgarans þegar af þeim sökum.

Aftur var bannið við endurtekinni málsmeðferð til umfjöllunar í *dómi Hæstaréttar frá 21. september 2017 í máli nr. 283/2016*, og í þetta skipti til mun ítarlegri skoðunar. Líkt og fyrri daginn var um að ræða skattamál, en ákærði í málinu hafði sætt 25% álagi á endurákvarðaða skatta sína og síðar sætt saksókn vegna sömu tekjuára. Hæstiréttur rakti ítarlega dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins á þessu sviði og vísaði til *Engel*-viðmiða hans um þá niðurstöðu sína að meðferð máls ákærða hjá skattyfirvöldum hafi verið sakamál í skilningi 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka. Með vísan til þess að málin tvö gegn ákærða vörðuðu sömu annmarka á skattframtölum hans, tækju til sama tímabils og vörðuðu í aðalatriðum sömu fjárhæðir var enn fremur talið að málin vörðuðu sama brot.

Vísaði Hæstiréttur til þess að í íslenskum lögum væri byggt á að heimilt væri að fjalla um brot á skattalögum í tveimur aðskildum málum sem bæði teldust til sakamála í skilningi sáttmálans í ljósi dómaframkvæmdar MDE. Byggði Hæstiréttur á að slíkt fyrirkomulag gæti, samkvæmt dómaframkvæmdinni, staðist kröfur sáttmálans að vissum skilyrðum uppfylltum; þ.e. með samþættum rekstri málanna, bæði í efni og tíma, þannig að úr yrði ein samþætt heild. Í því fælist að markmið sem að væri stefnt og aðferðir sem beitt væri við að ná þeim væru hvor annarri til fyllingar eða viðbótar, að fyrirkomulagið væri fyrirsjáanlegt og það fullnægði áskilnaði um meðalhóf. Hæstiréttur taldi skilyrðinu um fyrirsjáanleika vera fullnægt, enda hefðu tvíþættar afleiðingar af háttsemi ákærða verið lögum samkvæmt og honum hefði auk þess verið tilkynnt um mögulegar afleiðingar hennar með bréfum skattrannsóknarstjóra. Þá taldi Hæstiréttur málsmeðferðirnar tvær þjóna ólíkum markmiðum, enda stefndi rannsókn skattyfirvalda fyrst og fremst að því að sanna hvort tekjur hafi verið vantaldar, en ekki að því að leiða í ljós hugræna afstöðu skattborgarans. Viðurlögin eftir þessum tveimur málsmeðferðum væru ólík og skilyrði fyrir beitingu þeirra mismunandi. Ekki var talið að óþarfa tvítekning hefði orðið við öflun sönnunargagna, enda hefði sú rannsókn sem sérstakur saksóknari gerði verið nauðsynleg til ákvörðunar um hvort brot ákærða hefðu

verið meiriháttar og hver ásetningur hans hefði verið, og hvort aðrir hefðu átt hlut þar að máli. Í því var heldur ekki talin felast ónóg skörun í tíma að ákæra í málinu hefði verið gefin út tveimur mánuðum og níu dögum eftir uppkvaðningu úrskurðar yfirskattanefndar. Vísaði Hæstiréttur til þess að Mannréttindadómstóllinn hefði ekki gert kröfu um að málarekstur færi fram algjörlega samhliða og að hending gæti ráðið því hvort ákæra væri gefin út skömmu fyrir eða eftir lok máls á stjórnarsýslustigi. Því var talið að meðferð málanna uppfyllti þær kröfur sem sáttmálinn gerði til samþættingar í efni þeirra og tíma. Með vísan til þess að ákærði hefði notið þess réttaröryggis sem tryggt væri með lögum við meðferð málanna var enn fremur talið að meðalhófs hefði verið gætt.

Einn dómari skilaði sératkvæði og taldi að fallast bæri á kröfu ákærða um frávísun málsins þar sem kröfum 4. gr. 7. viðauka til tvíþættrar málsmeðferðar væri ekki fullnægt. Vísaði sératkvæðið til þess að ákærði hefði tvívegis gefið skýrslu hjá skattrannsóknarstjóra, en engu að síður verið kallaður aftur tvívegis til yfirheyrslu hjá sérstökum saksóknara tveimur árum síðar án þess að þær yfirheyrslur væru aðeins til fyllingar því sem þegar hefði komið fram við rannsóknina hjá skattyfirvöldum. Enn fremur vísaði sératkvæðið til þess að mál ákærða hefði ekki verið sent sérstökum saksóknara fyrr en eftir að ákærða hafði verið tilkynnt um fyrirhugaða endurákvörðun ríkisskattstjóra á opinberum gjöldum hans. Fyrsta yfirheyrsla sérstaks saksóknara hefði farið fram tæplega fimm mánuðum eftir uppkvaðningu úrskurðar ríkisskattstjóra, ákæra á hendur ákærða hefði verið gefin út rúmum tveimur mánuðum eftir úrlausn málsins hjá yfirskattanefnd og dómur í Hæstarétti kveðinn upp rúmlega þremur árum síðar. Að öllu því virtu taldi minnihluti dómenda meðferð máls ákærða ekki uppfylla kröfur sáttmálans til tvíþættrar málsmeðferðar.

Í dómi Hæstaréttar frá 20. september 2018 í máli nr. 11/2018 var deilt um hvort *ne bis in idem* vernd sáttmálans næði jafnt til lögaðila sem einstaklinga, en í málinu krafðist ákærvaldið þess að felld yrði úr gildi frávísun Landsréttar á sakargiftum á hendur fjórum einkahlutafélögum um brot gegn lögum um virðisaukaskatt frá héraðsdómi, með vísan til 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka. Taldi Hæstiréttur að ekki yrði annað séð af dómaframkvæmd MDE en að þar hefði ákvæðinu verið beitt um lögaðila jafnt sem einstaklinga, og vísaði um það til dóms í máli *Grande Stevens o.fl. gegn Ítalíu*, mál nr. 18640/10, 18647/10 og 18663/10, 4. mars 2014. Í því máli kvörðuðu tvö fyrirtæki og þrjár einstaklingar sem tengdust þeim undan tvöfaldri málsmeðferð gegn þeim vegna fjármálaglæpa. MDE komst að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið

gegn banni sáttmálans við endurtekinni málsmeðferð gagnvart öllum kærendum, án þess að gera greinarmun á einstaklingum og lögaðilum.

Í málinu vísaði Hæstiréttur einnig til þess að á grundvelli laga nr. 62/1994, um mannréttindasáttmála Evrópu, væri ákvæði 4. gr. 7. viðauka um *ne bis in idem* íslensk réttarheimild sem sætti, sem slíkt og óháð því sem vísað var til um dómaframkvæmd MDE, skýringu sem hvert annað lagaákvæði fyrir dómstólum hérlandis. Var vísað til hins fornfræga eðlis máls um að ekki stæðu haldbær efnisrök til að „fella eftir íslenskum landsrétti lögaðila utan þeirrar verndar, sem ákvæði þessu er ætlað að veita“. Þá var talið að álag samkvæmt lögum um virðisaukaskatt teldist vera refsing í skilningi 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka, rétt eins og álag samkvæmt lögum um tekjuskatt, enda þótt hundraðshluti álags í fyrrnefnda tilfellinu væri töluvert lægri heldur en í því síðarnefnda, enda væri í báðum tilfellum um að ræða viðurlög sem taka bæri tillit til við ákvörðun sektar í sakamáli. Að öllum þessum atriðum virtum staðfesti Hæstiréttur frávísun Landsréttar á sakargiftum á hendur lögaðilunum.

Í nokkrum málum sömu kvíslar sem gengu í Landsrétti á svipuðum tíma komu skattamál í samhengi við *ne bis in idem* einnig til skoðunar og var þar beint vísað til dómaframkvæmdar Mannréttindadómstólsins og þeirra viðmiða sem þar hafa verið sett um tvíþættar málsmeðferðir, ýmist til rökstuðnings fyrir frávísun mála eða efnislegrar meðferðar þeirra. Sjá meðal annars *dóm Landsréttar frá 15. júní 2018 í máli nr. 77/2018*, *úrskurð Landsréttar frá 20. júní 2018 í máli nr. 277/2018*, *úrskurð Landsréttar frá 27. september 2018 í máli nr. 455/2018* og *úrskurð Landsréttar frá 4. október 2018 í máli nr. 456/2018*.

Bannið við endurtekinni málsmeðferð hefur þó ekki aðeins komið fyrir sjónir íslenskra dómstóla í skattaréttarlegu samhengi, heldur hefur það hefur einnig verið til umfjöllunar í málum sem varða önnur svið stjórnisýslunnar. Í *dómi Hæstaréttar frá 8. nóvember 2018 í máli nr. 463/2017* kom bannið við endurtekinni málsmeðferð enn við sögu, en í málinu krafðist Samherji þess að ógilt yrði sú ákvörðun Seðlabanka Íslands frá 1. september 2016 að gera Samherja að greiða 15 milljón króna stjórnvaldssekt. Forsaga málsins var sú að á vormánuðum 2013 hafði Seðlabankinn til rannsóknar ætluð brot Samherja á lögum um gjaldeyrismál og reglum settum samkvæmt þeim. Þann 10. apríl 2013 beindi Seðlabankinn kæru til embættis sérstaks saksóknara vegna hinna ætluðu brota, sem meðal annars fólust í ætluðum brotum gegn reglum um skilaskyldu gjaldeyris. Með bréfi þann 28. ágúst 2013 endursendi sérstakur saksóknari málið til Seðlabankans til meðferðar og ákvörðunar, enda taldi saksóknari að hinir kærðu lögaðilar, Samherji

þeirra á meðal, gætu ekki borið refsíabyrgð á hinum ætluðu brotum. Því gæti kærán ekki orðið efni til málshöfðunar, enda þótt saksóknari teldi ekki ástæðu til að vísa kærinni frá á grundvelli 1. málsl. 4. mgr. 52. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála, en samkvæmt því ákvæði vísar lögregla frá kæru um brot ef ekki þykja efni til að hefja rannsókn út af henni. Í bréfi sérstaks saksóknara var sérstaklega tekið fram að sú háttsemi lögaðilanna sem Seðlabankinn hafði talið refsiverða gæti varðað stjórnsluviðurlögum samkvæmt lögum um gjaldeyrismál, án tillits til lykta málsins fyrir saksóknara.

Seðlabankinn brást við með því að senda sérstökum saksóknara nýja kæru þann 9. september 2013, sem að þessu sinni beindist gegn nafngreindum starfsmönnum hinna áður kærðu lögaðila, þ. á m. fyrirsvarsmanni og einum starfsmanni Samherja. Sérstakur saksóknari hafði það mál til rannsóknar í tvö ár áður en það var fellt niður sem sakamál og endursent bankanum hinn 4. september 2015. Samhliða þeirri endursendingu málsins sendi sérstakur saksóknari einnig afmarkaða þætti þess til skattrannsóknarstjóra ríkisins, en í kjölfar skoðunar taldi það embætti ekki ástæðu til að aðhafast neitt í málinu.

Áður en til seinni endursendingar málsins kom ritaði lögmaður Samherja bréf til Seðlabankans, þann 26. mars 2015, og óskaði eftir upplýsingum um stöðu stjórnslumáls Samherja hjá bankanum, meðal annars um hvort rannsókn á þætti Samherja vegna meintra brota á lögum um gjaldeyrismál í málunum væri enn í gangi eða hvort henni væri endanlega lokið og hvort Seðlabankinn myndi mögulega taka Samherja til frekari rannsóknar að virtri niðurstöðu sérstaks saksóknara þegar hún yrði ljós. Þá var beiðst upplýsinga um hversu mörg mál Seðlabankinn hefði stofnað í málaskrá sinni um Samherja vegna rannsóknar sinnar. Í svari Seðlabankans þann 24. apríl 2015 kom fram að bankinn hefði ekki, þegar svarbréfið væri ritað, til meðferðar mál á hendur Samherja; tilteknu máli hefði lokið með kærinni þann 10. apríl, en vegna endursendingar sérstaks saksóknara hefði málið verið tekið aftur til skoðunar undir öðru málsnúmeri, sem aftur hefði verið lokið með kærinni 9. september 2013. Ekki hefðu verið stofnuð fleiri mál á hendur Samherja varðandi meint brot á lögum og reglum um gjaldeyrismál.

Í kjölfar seinni endursendingarinnar hóf Seðlabankinn meðferð málsins að nýju og tilkynnti Samherja um það með bréfi 30. mars 2016, en þeirri málsmeðferð lauk með áðurnefndri ákvörðun Seðlabankans 1. september 2016.

Á þessum grundvelli, auk annarra, krafðist Samherji þess að úrskurður Seðlabankans um sekt á hendur fyrirtækinu yrði felldur úr

gildi; með honum hefði verið brotið gegn banninu við endurtekinni málsmeðferð. Á það féllst héraðsdómur, sem staðfestur var með vísan til forsendna af Hæstarétti. Taldi héraðsdómur að í samræmi við grunnreglu 14. gr. stjórnisýslulaga, um tilkynningu um meðferð máls, hefði Seðlabankanum, í kjölfar bréfs Samherja frá 26. mars 2015, borið að taka formlega afstöðu til þess hvort bankinn myndi halda áfram málinu gegn Samherja með það fyrir augum að leggja á hann stjórnvaldssekt. Vísaði héraðsdómur til þess að þá hefði legið fyrir að ábyrgð Samherja yrði ekki viðkomið með lögreglurannsókn og hefði „endanlegt úrlausnarvald um hugsanleg viðurlög“ þannig legið hjá Seðlabankanum. Bankanum hefði því borið að skýra Samherja frá því með hvaða nánari hætti yrði haldið áfram með mál gegn honum, að hvaða tilteknu atriðum málsmeðferð bankans kynni að beinast eða hvort ákvörðun um málsmeðferð yrði látin bíða þar til niðurstaða lægi fyrir um kæru bankans gegn einstaklingunum. Tók héraðsdómur sérstaklega fram að í þessum efnum bæri að líta til þeirrar grunnreglu réttarríkisins að hver sá/sú sem borin(n) væri sökum um refsiverða háttsemi fengi svo fljótt sem kostur væri vitneskju um eðli og orsök þess sem viðkomandi væri gefið að sök og ætt þess kost að halda uppi vörnum. Í ljósi þessa væri ekki unnt að skilja bréf Seðlabankans frá 24. apríl 2015 öðruvísi en svo að í því hefði falist yfirlýsing þess efnis að mál Samherja hefði endanlega verið látið niður falla hjá bankanum. Við þá niðurfellingu hefði Samherji mátt binda réttmætar væntingar og ekkert hefði komið fram málinu um að sú ákvörðun Seðlabankans að hefja að nýju rannsókn gagnvart honum hefði byggt á nýjum gögnum eða vísbendingum um að slík gögn kynnu að koma fram við frekari rannsókn málsins. Með vísan til grunnreglu 1. og 2. mgr. 4. gr. 7. viðauka MSE hefði verið ríkt tilefni til slíks rökstuðnings, en Seðlabankinn taldist ekki hafa sýnt fram á með neinum hætti á hvaða grundvelli heimilt hefði verið að endurupptaka mál Samherja með vísan til 24. gr. stjórnisýslulaga, um endurupptöku, eða almennra reglna stjórnisýsluréttar.

Öndverð niðurstaða varð í *dómi Hæstaréttar frá 3. febrúar 2010 í máli nr. 15/2010*. Þar var deilt um þá kröfu sóknaraðila, einstaklings, að rannsókn sérstaks saksóknara á ætluðum innherjasvikum hans yrði lýst ólögumæt og felld niður. Sérstakur saksóknari hóf rannsóknina í kjölfar kæru Fjármálaeftirlitsins (hér eftir „FME“), en FME hafði áður tilkynnt stefnanda að athugun á máli hans yrði hætt. Í tilkynningu FME til stefnanda frá 7. maí 2009 sagði að með hliðsjón af fram komnum gögnum og upplýsingum teldi eftirlitið ekki tilefni til frekari athugunar á máli stefnanda. Aftur á móti áskildi eftirlitið sér rétt til að taka málið aftur til skoðunar ef ný gögn eða upplýsingar kæmu fram er vörðuðu

málið. Tveimur mánuðum síðar tilkynnti FME stefnanda um að, með vísan til fyrirvarans, hefði málið verið tekið aftur til skoðunar og var það í kjölfarið sent sérstökum saksóknara, sem stefnandi mótmælti. Byggði hann kröfu sína fyrir dómi á *ne bis in idem* og þeirri málsástæðu að ekki hefði verið lögmætt að binda ákvörðun um lok málsins þeim fyrirvara sem gert var. Gat sóknaraðili gert þessa kröfu byggt á ákvæðinu enda þótt málið væri enn á rannsóknarstigi í ljósi þess sem áður segir um að 4. gr. 7. viðauka verndar ekki aðeins fyrir saksókn sem raungerist, heldur einnig hættunni á endurtekinni saksókn.

Hæstiréttur hafnaði kröfunni á þeim forsendum að jafnvel þótt ákvæði stjórnslulaga um endurupptöku og afturköllun stjórnvaldsákvæðana ættu, samkvæmt lögum um verðbréfavíðskipti, ekki við um ákvörðun FME í málinu þá hefði stjórnvaldinu hefði verið heimilt að binda ákvörðun um að hætta athugun á ætluðum brotum stefnanda þeim fyrirvara sem gert var, enda var fyrirvarinn í eðlilegu samræmi við ákvörðunina og markmið könnunarinnar um að upplýsa málið. Vegna þessa taldi Hæstiréttur stefnanda ekki geta hafa haft réttmætar væntingar um að málinu væri þar með endanlega lokið. Af þeim ástæðum taldi Hæstiréttur ákvæði 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka ekki eiga við í málinu þar sem bréf FME til stefnanda gæti ekki talist ígildi lokaafgreiðslu máls í merkingu ákvæðisins. Líkt og áður var rakið er eitt þeirra atriða sem litið er til, við athugun á því hvort tvöföld málsmeðferð hafi farið fram í trássi við 4. gr. 7. viðauka sáttmálans, hvort endanleg niðurstaða hafi fengist við fyrri málsmeðferðina. Í því felst að niðurstaðan hafi öðlast *res judicata* áhrif og að engar frekari hefðbundnar kæruleiðir standi til boða.²³ Að vissum skilyrðum uppfylltum má ráða af dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins að stjórnvaldsákvæðanir um niðurfellingu mála geti talist til endanlegra málalykta málsmeðferðar í skilningi 4. gr. 7. viðauka og því kveikt á vernd ákvæðisins gegn endurtekinni málsmeðferð.²⁴ Segja má með nokkurri einföldun að þar hafi skilið milli þessara tveggja reifuðu mála fyrir Hæstarétti; í því fyrrnefnda töldu landsdómstólar um endanlega niðurstöðu að ræða, en í því síðarnefnda ekki, og því stóð *ne bis in idem* rannsókninni ekki fyrir þrífum.

²³ Sergey Zolotukhin gegn Rússlandi, mál nr. 14939/03, 10. febrúar 2009, mgr. 107.

²⁴ Jon Petter Rui: *Forbudet mot gjentatt straffefølgning*, bls. 225; Róbert R. Spanó: *Ne bis in idem*, bls. 104-105; Sundquist gegn Finnlandi (ákv.), mál nr. 75601/01, 22. nóvember 2005.

4. *Lagaumgjörðin í Noregi*

Svo sem ráða má af dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins er Ísland langt því frá eina aðildarríki sáttmálans sem hefur kljást við álitaefni tengd *ne bis in idem*. Sú tvíþætta högun málsmeðferðar sem stuðst hefur verið við hérlendis er að vissu leyti samnorræn, eins og svo margt í íslenskum rétti.²⁵ Þannig hefur bannið við endurtekinni málsmeðferð til að mynda verið til umfjöllunar í samhengi við svipað málsmeðferðarkerfi í Noregi. Nýlega tók norskt frændfólk okkar upp á því að bæta nýjum, almennum kafla um stjórnarsýsluviðurlög í norsku stjórnarsýslulögin, *lov um behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)* frá 1967. Nýmælin voru samþykkt með lögum nr. 15/2016 og tóku gildi 1. júlí 2017. Kaflinn tekur til allra viðurlaga sem stjórnvöld geta beitt vegna brota gegn lögum, stjórnvaldsfyrirmælum og ákvörðunum og teljast til refsinga í skilningi MSE, sem norsku nýmælin vísa beinlínis til.

Í kaflanum felast engar sjálfstæðar heimildir til beitingar stjórnarsýsluviðurlaga, heldur er kveðið á um atriði er lúta að málsmeðferð við ákvörðun stjórnarsýsluviðurlaga þegar beiting þeirra er heimil samkvæmt sérlögum. Í 47. gr. er fjallað sérstaklega um samhæfingu málsmeðferða sem miða að því að beita viðurlögum. Hljóðar ákvæðið svo:

Dersom et forvaltningsorgan har grunn til å anta at både straff og administrativ sanksjon kan være en aktuell reaksjon mot samme forhold, må organet i samråd med påtalemyndigheten avklare om forholdet skal forfølges strafferettslig, administrativt eller både strafferettslig og administrativt.

Dersom et forvaltningsorgan har grunn til å anta at det også for et annet organ kan være aktuelt å ilegge administrativ sanksjon mot samme forhold, må forvaltningsorganet sørge for en samordning av behandlingen av spørsmålet om å ilegge sanksjoner.

Til hægðarauka hljóðar ákvæðið svo, í lauslegri þýðingu höfundar:

Ef stjórnvald telur að bæði refsing og stjórnarsýsluviðurlög komi til greina sem viðbrögð við sömu atvikum eða aðstæðum skal stjórnvaldið í samráði við handhafa ákærvalds ákvarða hvort grípa eigi til refsimeðferðar, stjórnarsýsluviðurlaga eða beggja.

²⁵ Sjá til dæmis *Manasson gegn Svíþjóð (ákv.)*, mál nr. 41265/98, 20. júlí 2004, *Pirttimäki gegn Finnlandi*, mál nr. 35232/11, 20. maí 2014 og *A og B gegn Noregi*, mál nr. 24130/11 og 29758/11, 15. nóvember 2016.

Ef stjórnvald telur koma til greina að annað stjórnvald grípi einnig til stjórnsluviðurlaga vegna sömu atvika eða aðstæðna skal stjórnvaldið leitast við að tryggja samræmda málsmeðferð.

Nýmæli þessi eiga rætur sínar að rekja til vinnu starfshóps um refsingar, sem skilaði tillögum sínum til norska dómismálaráðuneytisins árið 2003. Í tillögum starfshópsins var lagt upp með að taka upp í norsku stjórnslulögin ákvæði innblásið af 4. gr. 7. viðauka, sem legði bann við því að stjórnvald, sem vísað hefði máli til lögreglu, beitti einnig stjórnsluviðurlögum, nema málið hefði verið endursent stjórnvaldinu án þess að sótt hefði verið til saka í því. Til viðbótar var lagt til bann við því að stjórnvöld beittu stjórnsluviðurlögum gegn aðilum sem hefðu sætt endanlegum dómi fyrir sömu brot, með vissum undantekningum vegna upptöku eigna. Aftur á móti var lagt til að stjórnvöldum yrði heimilað að láta kröfu um beitingu stjórnsluviðurlaga fylgja með vísun mála til lögreglu.²⁶

Ekki varð úr að þessar tillögur yrðu að veruleika í þeirri mynd sem starfshópurinn lagði upp með. Um það vísaði greinargerð með lögum nr. 15/2016 til þess að vegna aukinna áhrifa 4. gr. 7. viðauka og dómaframkvæmdar um hana yrði ákvæði um bann við endurtekinni málsmeðferð á borð við það sem lagt var til af starfshópnum að óþarfa tvítekingu í lögnum, enda væri bannið við endurtekinni málsmeðferð og inntak þess orðið vel þekkt.²⁷ Um þetta er þó vel að merkja að Mannréttindasáttmáli Evrópu nýtur formlega æðri stöðu en önnur almenn sett lög í Noregi. Hann var lögfestur með lögum nr. 30/1999, ásamt nokkrum öðrum mannréttindasáttmálum, og samkvæmt 3. gr. laganna njóta mannréttindasáttmálarnir forgangs umfram ósamrýmanleg ákvæði í öðrum settum lögum.

Einnig var vísað í greinargerðinni til annarra sjónarmiða um samtvinnun refsímála og stjórnsluviðurlaga og talið vandkvæðum bundið að binda saman meðferð refsímála og stjórnsluviðurlaga, sem starfshópurinn hafði lagt til. Um þetta var meðal annars vísað var til dóms *Rt. 2004, bls. 645* þar sem fjallað var um það hvaða leiðir væru færar samkvæmt þágildandi lagaramma til að samhæfa beitingu skattálags og sektar í refsímáli vegna skattalagabrots. Niðurstaðan var sú að skattalagi var umbreytt í hluta af sekt sem lögð var á ákærða í refsímáli vegna skattalagabrota, frekar heldur en meðhöndla álagið sem einkaréttarlega bótakröfu ríkisins, eða að láta sektina eina duga og

²⁶ *Fra bot til bedring: Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff.*

²⁷ Leena Halila, Veronica Lankinen og Annika Niksson: *Administrativa sanktionsavgifter: En nordisk komparativ studie*, bls. 339.

Þannig hætta á að viðurlög í málum þar sem ákært væri gætu orðið léttvægari en í málum sem hlytu stjórnáslumeðferð.

Í stað tillagna vinnuhópsins um refsingar frá 2003 var því lögð til sú útfærsla sem áður er rakin. Tilgangur afmörkunar hennar samkvæmt greinargerðinni er að forðast það að útvíkka bannið við endurtekinni málsmeðferð til fleiri stjórnásluviðurlaga en þeirra sem teljast til refsinga í skilningi MSE og að tryggja að lagaramminn skilji eftir svigrúm til túlkunar í samræmi við dómaframkvæmd. Þannig var nýmælinu ætlað að ná aðeins til þeirra viðurlaga sem teldust til refsinga samkvæmt 4. gr. 7. viðauka sáttmálans. Með breytingunum var gagnger skylda lögð á stjórnvöld og handhafa ákærvalds að samhæfa aðgerðir sínar, ef til greina kemur að beita tvíþættri málsmeðferð vegna lögbrots. Samhliða þessum breytingum var sams konar samráðsskylda lögð á handhafa ákærvalds, en hana er að finna í 3. mgr. 229. gr. laga nr. 25/1981 um meðferð sakamála. Með þessu er ætlunin að tryggja að tvíþætta málsmeðferðir fari hönd í hönd að svo miklu leyti sem hægt sé. Þessu til rökstuðnings vísuðu lögskýringargögn til þess að samhæfðar málsmeðferðir kæmu til með að minnka tvíverknað og forða sóun á starfskröftum.²⁸

Með lögum nr. 15/2016 var sömuleiðis kveðið á um ýmis önnur almenn atriði tengd málsmeðferð við ákvörðun stjórnásluviðurlaga. Þannig er til dæmis í 46. gr. stjórnáslulaga kveðið á um þau atriði sem líta megi til við mat á því hvort beita eigi stjórnásluviðurlögum, en meðal þessara lögbundnu sjónarmiða eru alvarleiki brots, hvort að um ítrekuð brot sé að ræða, hvort brot hafi verið framið til framdráttar fjárhagslegum hagsmunum fyrirtækis og hvort alþjóðlegar skuldbindingar krefjist þess að viðurlögum sé beitt. Í 48. gr. er kveðið á um skyldu stjórnvalds til að kynna hlutaðeigandi um réttinn til þess að fella ekki á sig sök og í 50. gr. er kveðið á um fulla lögsögu dómstóla til endurskoðunar á stjórnvaldsákvörðunum um beitingu stjórnvaldssekta.

5. *Ályktanir*

Svo sem að framan hefur verið rakið hefur aðlögun framkvæmdar á tvíþættri málsmeðferð í skattamálum hérlendis að þeim kröfum, sem 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka MSE gerir til slíkrar meðferðar, gengið aðeins brösulega. Í kjölfar fyrsta áfellingisdóms yfir íslenska ríkinu sem stafaði frá Strassborg hafa íslenskir dómstólar litið ítarlega og markvisst til þeirra

²⁸ Leena Halila, Veronica Lankinen og Annika Niksson: *Administrativa sanktionsavgifter: En nordisk komparativ studie*, bls. 338.

krafa sem sáttmálinn gerir til slíkra málsmeðferða, en þegar þetta er ritað er ekki ýkja langt síðan refsímáli vegna skattalagabrota var síðast frávísað með vísan til *ne bis in idem*.²⁹ Í því skyni að bregðast við dómum Mannréttindadómstólsins á þessu sviði skipuðu dómsmálaráðherra og fjármálaráðherra vel að merkja nefnd á vormánuðum 2019, sem falið var að móta afstöðu til þess hvort ráðast þyrfti í breytingar til að leysa úr þeim álitaeftum sem Dómstóllinn hefði fjallað um, og þá hvers kyns breytingum þörf væri á. Tíminn mun sjálfsgagt leiða það í ljós hvernig tekst til að aðlaga framkvæmdina að kröfum sáttmálans og eflaust ekki sanngjarnt að draga of víðtækar ályktanir af því þótt málum verði frávísað nokkra stund enn, enda skattamál iðulega hvorki þau einföldustu né fljótlegustu í rannsókn og getur því liðið drykklangur tími þar til þau loks koma fyrir dóm.

Enda þótt íslensk *ne bis in idem* mál sem dæmd hafa verið í Strassborg hafi hingað til aðeins varðað skattalagabrot er ekki loku fyrir það skotið að sambærilegum álitamálum á öðrum sviðum gæti skolað þar á land. Staði vilji til að breyta lagaramma um stjórnsluviðurlög og tvíþættar málsmeðferðir eru ýmsar leiðir færar til að tryggja að kröfum sáttmálans sé fullnægt við málsmeðferð hjá stjórnslunni og í refsivörslukerfinu. Útgangspunktur Mannréttindadómstólsins hefur enda verið sá að það sé fyrst og fremst undir hverju aðildarríki komið, hvernig það kjósi að haga réttarkerfum sínum, þar á meðal refsivörslukerfum.³⁰

Vissulega væri sú leið fær að breyta einfaldlega skipan meðferðar stjórnsluviðurlaga almennt á þá vegu sem gert var um viðurlög við efnahagsbrotum árið 2006, og taka alfarið fyrir beitingu stjórnsluviðurlaga samhliða málsmeðferð í refsivörslukerfinu. Svo sem áður er rakið getur slík samhliða meðferð staðist kröfur Mannréttindasáttmálans að vissum skilyrðum uppfylltum, en sé vilji til að hafa vaðið rækilega fyrir neðan sig í þessum efnun væri slík breyting einn möguleiki. Virðist það hafa verið sú afstaða sem nefnd um viðurlög við efnahagsbrotum tók, enda var skýrsla hennar rituð áður en þeir dómur Mannréttindadómstólsins, sem raktir eru hér að framan, voru kveðnir upp. Vera má að afstaða nefndarinnar hefði verið önnur ef skýrslan hefði verið rituð eftir uppkvaðningu dóms í máli *A og B gegn Noregi* og í máli *Jóns Ásgeirs Jóhannessonar og fleiri gegn Íslandi*, enda var með þeim tekið með mun afdráttarlausari hætti á því hvort, og að hvaða skilyrðum fullnægðum, tvíþætt málsmeðferð gæti staðist kröfur *ne bis*

²⁹ Sjá t.a.m. úrskurð Landsréttar frá 27. september 2018 í máli nr. 455/2018.

³⁰ *A og B gegn Noregi*, mál nr. 24130/11 og 29758/11, 15. nóvember 2016, mgr. 120.

in idem. Eftir sem áður er sú aðferð sem nefndin lagði til sú aðferð sem Dómstóllinn tekur fram í *A og B gegn Noregi* að sé öruggasti máttinn við að tryggja að málsmeðferðir standist kröfur 4. gr. 7. viðauka.³¹ Mælikvarðinn sem settur var fram í þeim dómi er enda matskenndur – og hefur raunar verið gagnrýndur fyrir að leggja ekki nógu skýrar línur um það hvenær tvíþætt málsmeðferð brjóti í bága við 4. gr. 7. viðauka.³²

Að því gefnu að vilji löggjafans standi enn til að beita tvíþættri málsmeðferð á einhverjum sviðum má aftur á móti velta upp möguleikum á að skýra betur réttarstöðuna og þær kröfur sem gera verður til slíkrar tvíþættrar málsmeðferðar, enda þótt að íslenskir dómstólar virðist í framkvæmd hafa litið markvisst til þeirra viðmiða sem sett hafa verið fram í dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins í kjölfar dóma í málum *A og B gegn Noregi* og *Jóns Ásgeirs Jóhannessonar og fleiri gegn Íslandi*. Vitaskuld geta sett lög aldrei tekið með afgerandi hætti á öllum þeim margvíslegu álitaeftum sem risið geta við túlkun þeirra. Almennt má þó telja ákjósanlegt, í nafni fyrirsjáanleika og gagnsæis laganna, að sett lög gefi sem skýrasta og fyllsta mynd af réttarstöðunni hverju sinni. Að því marki sem hægt er að upplýsa borgarana um réttarstöðu þeirra og þær kröfur sem lög gera til framferðis stjórnvalda gagnvart þeim með settum lögum væri því vel að gera svo, enda eru sett lög almennt læsilegri og aðgengilegri borgurum en dómsúrlausnir.

Í þessu augnamiði væri til að mynda hægt að lögfesta sambærilegt ákvæði um samhæfingarskyldu stjórnvalda við beitingu samhliða málsmeðferða og gert var í Noregi. Segja má að sömu rök eigi við um framkvæmd samhliða stjórnsýslu- og sakamála hérlendis; í því felst viss tvíverknaður og sóun á mannafla og vinnustundum að tvær ríkisstofnanir framkvæmi sjálfstæða rannsókn á sömu málunum, með tilheyrandi sóun á mannafla og vinnustundum. Er það enda ein af þeim kröfum sem Mannréttindadómstóllinn hefur gert til efnislegra tenginga milli tvíþættra málsmeðferða að rannsóknir þeirra séu samhæfðar og samnýttar, og má segja að skortur á slíku hafi haft nokkuð afgerandi áhrif á niðurstöðu áfellsdóma Dómstólsins í málum *Jóns Ásgeirs Jóhannessonar og fleiri gegn Íslandi*, *Ragnars Þórissonar gegn Íslandi* og *Bjarna Ármannssonar gegn Íslandi*. Vert er að nefna í þessu samhengi að enda þótt bent hafi verið á í *dómi Hæstaréttar frá 21. september 2017 í máli nr. 283/2016* að hending ein geti ráðið því hvort ákæra sé gefin út

³¹ *A og B gegn Noregi*, mál nr. 24130/11 og 29758/11, 15. nóvember 2016, mgr. 130.

³² Jon Petter Rui: „Forbudet mot gjentatt straffefølgning: Prinsipiell storkammerdom mot Norge“, bls. 68.

skömmu fyrir eða eftir lok máls á stjórnýslustigi, þá undirstrikaði Mannréttindadómstóllinn í máli *Bjarna Ármannssonar gegn Íslandi* að byrðin af því að tryggja samræmda málsmeðferð að þessu leyti hvíli á ríkinu. Væri það því ekki aðeins borgaranum til hagsbóta heldur einnig stjórnvöldum, að samhæfa og samræma aðgerðir að þessu leyti. Sjá má þessum sömu rökum stað í greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 15/2016 í Noregi.

Segja má að enn ríkari ástæða sé til samstarfs milli stjórnýslu og ákærvalds við tvíþætta málsmeðferð þar eð lengd málsmeðferðar, þá kannski sérstaklega fyrir dómstólum, er iðulega háð atriðum sem eru ekki á forræði stjórnvalda, svo sem anna hjá dómstólum og lögmönnum, réttarhléum, frestum til greinargerðarskila o.s.frv. Til þessa hefur verið tekið eitthvert tillit í dómaframkvæmd Dómstólsins, en í tilfelli síðari kæranda í máli *A og B gegn Noregi* var það talið ríkinu til málsbóta um þann tíma sem leið frá uppkvaðningu úrskurðar um endurálagningu til sakfellingar í héraði – sem var níu mánuðir, öfugt við tvo í tilfelli fyrri kæranda – að kærandinn hefði afturkallað játningu sína í málinu með tilheyrandi töfum á málsmeðferð. Vegna þessa voru tafirnar ekki taldar óhóflegar eða óþarflega íþyngjandi fyrir kæranda.

Þessu til viðbótar gætu slíkar lagabreytingar minnkað líkur á því að hending ráði því hvort kröfur 4. gr. 7. viðauka séu uppfylltar eða ekki. Hér má til að mynda benda á að í áður reifuðum dómi í máli *Ragnars Þórissonar gegn Íslandi* var það kannski ekki síst fyrir þá sök að kærandi áfrýjaði ekki úrskurði ríkisskattstjóra til yfirskattanefndar sem tengslin milli skattamálsins og sakamálsins rofnuðu. Fyrir vikið voru málsmeðferðirnar tvær aldrei raktar samtímis, sem Dómstóllinn lagði áherslu á í rökstuðningi fyrir þeirri niðurstöðu sinni að um brot gegn banninu við endurtekinni málsmeðferð hefði verið að ræða. Ljóst er af dómnum að stjórnvöld geta ekki treyst á að aðgerðir borgaranna til málskots, eða annarra leiða til að leita réttar þeirra, brúi bilið milli málsmeðferða svo að skörun verði á þeim í tíma.

Vankantar gætu aftur á móti vitaskuld fylgt slíkum viðbótum, og þyrfti með þeim að taka afstöðu til ýmissa álitafna. Þannig má til að mynda að vissu leyti taka undir þau sjónarmið sem sett eru fram í greinargerð með frumvarpi því sem innleiddi breytingar í norsku stjórnýslulögin, þess efnis að með setningu almenns ákvæðis um stjórnýsluviðurlög í stjórnýslulög sem bannar endurtekna málsmeðferð sé hætt við að *ne bis in idem* sé teygt til stjórnýsluviðurlaga sem ekki teljast til refsinga í skilningi sáttmálans samkvæmt *Engel*-viðmiðunum, og þar með að útvíkka vernd 4. gr. 7. viðauka umfram

það sem sáttmálinn gerir kröfu um. Hvort slíkt sé ákjósanlegt má svo aftur deila um.

Þá er til þess að líta að túlkun Mannréttindadómstólsins á inntaki bannsins við endurtekinni málsmeðferð hefur þróast töluvert í réttarframkvæmd. Þyrfti því að fara varlega í að telja upp með tæmandi hætti þau atriði sem gæta þurfi að við samhliða meðferð mála hjá stjórnvöldum annars vegar og refsivörslukerfinu hins vegar. Ellegar væri hætta á að njörva of kyrfilega niður kröfurnar líkt og þær horfa við okkur í dag, án svigrúms til að taka tillit til framtíðarþróunar í dómaframkvæmd.

Einnig mætti velja því upp hvort ástæða sé til að leita innblásturs hjá norska starfshópnum um refsingar og festa bannið við endurtekinni málsmeðferð, líkt og það er í Mannréttindasáttmála Evrópu, enn frekar í sessi, í samhengi við tvíþættar stjórn-sýslu- og refsivörslu-málsmeðferðir. Þrátt fyrir að norska dómismálaráðuneytið hafi talið felast óþarfa tvítekningu á þegar gildandi rétti í því að lögfesta bannið sérstaklega, er ekki allskostar víst að sömu rök eigi við hérlendis. Svo sem að framan er rakið hefur Mannréttindasáttmáli Evrópu formlega æðri stöðu í norskum rétti en almenn lög að því leyti að hann nýtur forgangs fram yfir ósamrýmanleg ákvæði í settum lögum, sbr. 3. gr. laga nr. 30/1999. Vissulega nýtur Mannréttindasáttmálinn óbeint, í gegnum tengingu sína við mannréttindakafla stjórnarskrárinnar, og í framkvæmd ákveðinnar sérstöðu gagnvart almennum lögum, og hefur verið líkt við stjórnarskrárigildi. Aftur á móti, svo sem áður hefur verið rakið, endurspeglast 4. gr. 7. viðauka sáttmálans ekki í neinu ákvæði stjórnarskrárinnar. Í kjölfar dóms Mannréttindadómstólsins í máli *Jóns Ásgeirs Jóhannessonar og fleiri gegn Íslandi* er það svo sem ekki að sjá af dómaframkvæmd að ákvæðið hafi verið látið „líða fyrir“ þessa veikari stöðu sína gagnvart öðrum ákvæðum sáttmálans, en því mætti engu að síður velja upp hvort rétt væri að tryggja stöðu þess með lögfestingu í stjórn-sýslulögum – líkt og norsk starfshópurinn lagði upp með – eða jafnvel stjórnarskrárbreytingu.

Jafnframt mætti velja því upp hvort ákjósanlegt væri að lögfesta almennar reglur um það með hvaða hætti taka eigi áður álögð stjórn-sýsluviðurlög með í reikninginn við ákvörðun refsingar með dómi, enda þótt þegar sé t.a.m. gert ráð fyrir slíku í 1. mgr. 109. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt, en samkvæmt henni dregst skattur af álagi samkvæmt 108. gr. sömu laga frá sektarfjárhæð. Þótt draga megi þá ályktun af dómi Mannréttindadómstólsins í máli *Matthildar Ingvarsdóttur gegn Íslandi*, að það að fyrri stjórn-sýsluviðurlög komi að því er virðist ekki til frádráttar refsingar sem ákveðin er með dómi

vegna sama brots, hafi ekki úrslitaáhrif við mat á því hvort tvíþætt málsmeðferð standist kröfur 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka, er til þess að líta að Dómstóllinn hefur hnýtt í það, ef svo má að orði komast, að í dómum þar sem stjórnsluviðurlög koma til frádráttar sé ekki gert grein fyrir útreikningum á þeim frádrætti.³³ Á þetta sér stöð í niðurstöðu Dómstólsins í máli *A og B gegn Noregi*, þar sem sagði að „umfram allt“ skipti það máli við mat á því hvort tvíþætt málsmeðferð stæðist kröfur sáttmálans að tillit væri tekið til fyrri málsmeðferða við ákvörðun refsingar á síðari stigum, til að forða því að refsikennd viðurlög yrðu borgaranum hlutfallslega of íþyngjandi. Væri því ákjósanlegt, hvort sem því yrði við komið með lagabreytingu eða í dómaframkvæmd, að skýrlega væri gerð grein fyrir því hvernig tekið sé tillit til áður beitra stjórnsluviðurlaga við ákvörðun refsingar í sakamáli.

Allt að einu er ljóst að viss straumhvörf urðu í dómaframkvæmd íslenskra dómstóla í kjölfar dóma Mannréttindadómstólsins í málum *A og B gegn Noregi* og *Jón Ásgeirs Jóhannessonar og fleiri gegn Íslandi*. Ráðlegt gæti verið að endurspeglu þau straumhvörf í settum lögum og kveða með skýrari hætti á um þær kröfur sem gerðar eru til tvíþættra málsmeðferða, til að mynda að norskri fyrirmynd.

Abstract

The article discusses *ne bis in idem*, or the right not to be tried or punished twice, as protected under Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights. It gives an overview of the European Court of Human Rights' recent case-law pertaining to the right, particularly the *A and B v. Norway* line of case-law on dual proceedings leading to the imposition of administrative and criminal sanctions, which is relevant in the Icelandic context, particularly regarding the Icelandic tax system. It goes on to discuss the Icelandic legal framework regarding instances where the imposition of both administrative and criminal sanctions is possible, and compares it to the Norwegian legal framework, where an explicit duty of cooperation between different administrative and prosecutorial entities in such cases has recently been imposed. Finally, it reflects whether similar changes might be beneficial in the Icelandic context, and discusses the challenges which the introduction of such novelties might present.

³³ *Ragnar Þórisson gegn Íslandi, mál nr. 52623/14, 12. febrúar 2019, mgr. 47.*

Heimildir

- Eiríkur Tómasson og Kristín Benediksdóttir: „Réttur til réttlátrar málsmeðferðar“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu: meginreglur, framkæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. Björg Thorarensen. Reykjavík 2017, bls. 189-256.
- Fra bot til bedring: Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff*. NOU 2003:15, Oslo 2003.
- Jon Petter Rui: *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*. Universitetsforlaget 2009.
- Jon Petter Rui: „Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning: Prinsipiell storkammerdom mot Norge“. *Tidsskrift for strafferett* 2017, 1. tölublað, bls. 57-68.
- Leena Halila, Veronica Lankinen og Annika Niksson: *Administrativa sanktionsavgifter: En nordisk komparativ studie*. Nordic Council of Ministers 2018.
- Páll Hreinsson: „Stjórnsýsluviðurlög“. *Rannsóknir í félagsvísindum VI*. Ritstj. Róbert R. Spanó. Reykjavík 2005.
- Róbert R. Spanó: *Ne bis in idem*. Reykjavík 2011.
- Skýrsla nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum*. Reykjavík 2006.

Dómaskrá

- Dómar og ákvarðanir Mannréttindadómstóls Evrópu*
- A og B gegn Noregi, mál nr. 24130/11 og 29758/11, 15. nóvember 2016.
- Bjarni Ármannsson gegn Íslandi, mál nr. 72098/14, 16. apríl 2019.
- Engel og fleiri gegn Hollandi, mál nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 og 5370/72, 8. júní 1976.
- Grande Stevens o.fl. gegn Ítalíu, mál nr. 18640/10, 18647/10 og 18663/10, 4. mars 2014.
- Hangl gegn Austurríki (ákv.), mál nr. 38716/97, 20. mars 2001.
- Ibrahim og fleiri gegn Bretlandi mál nr. 50541/08, 13. september 2016.
- Jón Ásgeir Jóhannesson og fleiri gegn Íslandi, mál nr. 22007/11, 18. maí 2017.
- Khmel gegn Rússlandi, mál nr. 20383/04, 12. desember 2013.
- Kremzov gegn Austurríki (ákv.), mál nr. 16417/90, 7. nóvember 1990.
- Lucky Dev gegn Svíþjóð, mál nr. 7356/10, 27. nóvember 2014.
- Manasson gegn Svíþjóð (ákv.), mál nr. 41265/98, 20. júlí 2004.
- Matthildur Ingvarsdóttir gegn Íslandi, mál nr. 22779/14, 4. desember 2018.
- Nilsson gegn Svíþjóð (ákv.), mál nr. 73661/01, 13. desember 2005.
- Palmén gegn Svíþjóð (ákv.), mál nr. 38292/15, 22. mars 2016.
- Pirttimäki gegn Finnlandi, mál nr. 35232/11, 20. maí 2014.
- Ponsetti og Chesnel gegn Frakklandi (ákv.), mál nr. 36855/97 og 41731/98, 14. september 1999.
- Ragnar Þórisson gegn Íslandi, mál nr. 52623/14, 12. febrúar 2019.
- Ruotsalainen gegn Finnlandi, mál nr. 13079/03, 16. júní 2009.
- Sergey Zolotukhin gegn Rússlandi, mál nr. 14939/03, 10. febrúar 2009.
- Sundqvist gegn Finnlandi (ákv.), mál nr. 75601/01, 22. nóvember 2005.
- Toth gegn Króatíu (ákv.), mál nr. 49635/10, 6. nóvember 2012.
- Tsonyo Tsonev gegn Búlgaríu (nr. 2), mál nr. 2376/03, 14. janúar 2010.

Dómar Hæstaréttar Íslands

- Dómur Hæstaréttar Íslands frá 8. júní 2006 í máli nr. 248/2006.
- Dómur Hæstaréttar frá 3. febrúar 2010 í máli nr. 15/2010.
- Dómur Hæstaréttar frá 22. september 2010 í máli nr. 371/2010.
- Dómur Hæstaréttar frá 1. júní 2017 í máli nr. 535/2016.
- Dómur Hæstaréttar frá 21. september 2017 í máli nr. 283/2016.
- Dómur Hæstaréttar frá 20. september 2018 í máli nr. 11/2018.
- Dómur Hæstaréttar frá 8. nóvember 2018 í máli nr. 463/2017.

Dómar og úrskurðir Landsréttar

Dómur Landsréttar frá 15. júní 2018 í máli nr. 77/2018.

Úrskurður Landsréttar frá 20. júní 2018 í máli nr. 277/2018.

Úrskurður Landsréttar frá 27. september 2018 í máli nr. 455/2018.

Úrskurður Landsréttar frá 4. október 2018 í máli nr. 456/2018.

BROTTFALL STJÓRNSÝSLUVIÐURLAGA*

Efnisyfirlit

1. Inngangur.....	451
2. Almennt um stjórnsluviðurlög	455
2.1 Skilgreining.....	455
2.2 Stjórnsluúrræði.....	457
2.3 Valdheimild stjórnvalda	458
2.4 Lögum samkvæmt.....	460
2.5 Nánar um tegundir stjórnsluviðurlaga	461
2.6 Í viðurlagaskyni	463
2.7 Þeim sem hefur gerst sekur (brotlegur við lög)	467
2.8 Réttarbrott.....	470
2.9 Skerðing hagsmuna hins brotlega	472
3. Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og stjórnsluviðurlög ...	473
3.1 Nokkrar mannréttindareglur stjórnarskrárinnar og MSE	473
3.2 Heyra stjórnsluviðurlög undir mannréttindareglurnar?	475
4. Sérлагаákvæði um brottfall stjórnsluviðurlaga	478
4.1 Aðeins er kveðið á um brottfall heimildar til að leggja á stjórnvaldssektir í sumum sérlögum	479
4.2 Réttaráhrif þess að heimild fellur brott (fyrning)	480
4.3 Mismunandi lengd fresta.....	485
4.4 Hvenær byrjar frestur að líða?	486
4.5 Hvernig er frestur reiknaður út?.....	489
4.6 Réttaráhrif þess að frestur er rofinn	491
4.7 Hvenær rofnar frestur?	492
4.7.1 Ekki er alltaf byggt á sama viðmiði í sérlögum	492
4.7.2 Stjórnvald tilkynnir aðila um upphaf rannsóknar á meintu broti o.fl.	494
4.7.2.1 Flest sérлагаákvæði miða við tilkynningu ólíkt 4. mgr. 82. gr. hgl.....	494
4.7.2.2 Tilkynning beinist að meintu broti aðilans.....	497
4.7.2.3 Kröfur til skýrleika tilkynningar og rétturinn til að teljast saklaus uns sekt er sönnuð	498

4.7.2.4 Tilkynning er komin til aðila.....	498
4.7.2.5 Hvenær telst tilkynning komin til aðila?	500
4.7.2.6 Önnur viðmið um rof frests o.fl.	502
4.7.3 Tafir á meðferð máls eða því lokið.....	502
4.7.4 Ekki er alltaf kveðið á um rof frests í sérlögum.....	503
4.8 Gagnvart hverjum rofnar fresturinn?.....	505
4.9 Önnur stjórnsluviðurlög en stjórnvaldssektir	507
4.10 Ítrekuð brot.....	508
5. Reglur hegningarlaga um sakarfyrningu.....	510
5.1 Stjórnvaldssektir	510
5.2 Stjórnsluleg réttindasvipting.....	514
5.3 Önnur stjórnsluviðurlög	517
6. Er unnt að lögjafna frá hegningarlögum?	517
6.1 Almenn um lögjöfnun á sviði refsiréttar	518
6.2 Hvernig horfa skilyrðin við stjórnsluviðurlögum?	520
6.2.1 Ólögmaelt í rúmum skilningi	520
6.2.2 Eðlislík og samkynja.....	522
6.2.3 Efnis- og lagarök að öðru leyti.....	523
6.3 Dómar Hæstaréttar frá 4. febrúar 2016	524
7. Meðalhófsregla stjórnslulaga	528
7.1 Almenn um meðalhófsreglu stjórnslulaga.....	529
7.2 Hvernig horfir meðalhófsreglan við stjórnsluviðurlögum?	530
7.2.1 Sjónarmið um að langt er um liðið frá broti falla ágætlega að meðalhófsreglunni.....	530
7.2.2 Tímamark	531
7.2.3 Meðalhófsreglan er sveigjanleg en óljós	532
8. Lokaorð.....	532
Abstract.....	535
Heimildir	537

1. Inngangur¹

Langur tími getur liðið frá því að réttarbrot eiga sér stað þar til að þau upplýsast eða að stjórnáskýslumál í tilefni af þeim er hafið. Með stjórnáskýslumáli er hér átt við mál sem lýkur eða getur lokið með töku svokallaðrar stjórnvaldsákvörðunar, þ.e. ákvörðunar um rétt eða skyldu manna í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnáskýslulaga nr. 37/1993 (hér eftir „stjórnáskýslulög“ eða „ssl.“). Vegna þess rís álitafnið hvort heimildir stjórnvalda til að beita svokölluðum stjórnáskýsluviðurlögum falli niður að ákveðnum tíma liðnum. Svárið skiptir miklu máli enda kann að reyna á álitamálið í starfsemi allra stjórnvalda sem hafa heimildir til að beita stjórnáskýsluviðurlögum. Þeim heimildum fer fjölgandi eftir því sem meiri áhersla hefur verið lögð á skilvirknissjónarmið og að refska aðeins fyrir alvarlegri brot en beita stjórnáskýsluviðurlögum vegna annarra brota.² Til að mynda kann Samkeppniseftirlitið að uppgötva að ólögmætt samráð hafi átt sér stað fyrir tíu árum,³ Fjármálaeftirlitið kann að komast á snöðir um það sjö árum síðar að fjármála fyrirtæki hafi ekki upplýst opinberlega um áhættu, áhættustýringu og eiginfjárstöðu fyrirtækis,⁴ Matvælastofnun kann að fá ábendingu um að einstaklingur hafi fyrir sex árum ekki tryggt dýri góða umönnun, þar á meðal að sinna því að jafnaði einu sinni á dag,⁵ og Fiskistofu kunna að berast upplýsingar um að fiskiskip hafi stundað brottkast þremur árum eftir að það átti sér stað.⁶ Sambærileg réttarbrot geta komið upp í starfsemi fjölmargra annarra stjórnvalda. Svo fáein séu nefnd má geta Seðlabanka Íslands og Umhverfisstofnunar.

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Daða Kristjánssyni, héraðsdómara, eru færðar þakkir fyrir að hafa lesið yfir greinina. Jafnframt eru Hafsteini Þór Haukssyni og Kristínu Benediktsdóttur, dósentum við Lagadeild Háskóla Íslands, og Skúla Magnússyni, héraðsdómara og dósent við Lagadeild Háskóla Íslands, þakkað fyrir samtöl um einstaka hluta greinarinnar eða álitafni sem þar er að finna. Að lokum er ritrýni þakkað fyrir gagnlegar ábendingar. Höfundur ber þó að sjálfsgöðu einn ábyrgð á efni greinarinnar.

² Sjá til dæmis Jens Edvin A. Skoghøy: „Forvaltningsansvar, EMK og Grunnloven“, bls. 297 og Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, bls. 496, fyrir norskan rétt.

³ Sjá 10. gr., sbr. a-lið 1. mgr. 37. gr., samkeppnislaga nr. 44/2005.

⁴ Sjá 18. gr., sbr. 7. tölul. 1. mgr. 110. gr., laga nr. 161/2002, um fjármála fyrirtæki. Hinn 1. janúar 2020 taka gildi lög nr. 92/2019 um Seðlabanka Íslands. Með lögnum sameinast Fjármálaeftirlitið Seðlabankanum. Í greininni er fjallað um réttarástandið fyrir gildistöku laganna.

⁵ Sjá a-lið 14. gr., sbr. b-lið 1. mgr. 42. gr., laga nr. 55/2013, um velferð dýra.

⁶ Sjá 2. mgr. 2. gr., sbr. 15. gr., laga nr. 57/1995, um umgengni um nytjastofna sjávar.

Sök í refsirétti fynnist að meginstefnu eftir reglum IX. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940 (hér eftir „hegningarlög“ eða „hgl.“) og verður þá hvorki refsað fyrir háttsemi né dæmd önnur nánar tiltekin viðurlög, sbr. 6. mgr. 82. gr. hgl. Einhverjum kann að þykja ankannalegt ef réttarstaðan er sú að möguleikinn til að beita refsingum og refsikenndum viðurlögum fellur niður að ákveðnum tíma liðnum en ekki heimildin til að beita stjórnarsýsluviðurlögum. Að baki slíku viðhorfi kann að búa sjónarmiðið að veruleg líkindi séu meðal refsinga og refsikenndra viðurlaga annars vegar og hins vegar stjórnarsýsluviðurlaga. Á móti vegur að viðurlögin eru ekki sambærileg að öllu leyti. Þá kunna önnur sjónarmið að búa að baki þeim. Til að mynda kann að vera talið að stjórnarsýsluviðurlög séu ekki jafnþungbær og refsingar sem og að þau hafi ekki sama fordæmingarmátt. Engu að síður er 100.000 kr. stjórnvaldssekt jafn viðurlutamikil og 100.000 kr. fésekt séð frá fjárhagslegu sjónarmiði. Svo heimildir til að beita stjórnarsýsluviðurlögum falli niður að ákveðnum tíma liðnum verður að vera fyrir að fara réttarreglu sem kveður á um þau réttaráhrif eða leiðir til þeirra. Upp kemur því álítaefnið hvort slík réttarregla, ein eða fleiri, fyrirfinnist.

Í sumum lögum hefur verið tekið af skarið um álitamálið. Á það við í tilviki Samkeppniseftirlitsins í dæminu hér að framan. Í 1. mgr. 37. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 segir að heimild Samkeppniseftirlitsins til að leggja á stjórnvaldssektir samkvæmt lögnum fellur niður þegar sjö ár eru liðin frá því að háttsemi lauk. Í 2. mgr. lagagreinarinnar er fjallað um rof frestsins. Þar segir að frestur samkvæmt 1. mgr. rofni þegar Samkeppniseftirlitið tilkynni aðila um upphaf rannsóknar á meintu broti eða þegar framkvæmd er leit á starfsstað fyrirtækis eða samtaka fyrirtækja á grundvelli 20. gr. Rof frests hefur réttaráhrif gagnvart öllum sem staðið hafa að broti. Einnig er fjallað um þetta í lögum í tengslum við Fjármálaeftirlitið í dæminu hér að framan. Ákvæði 112. gr. a laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, er efnislega sambærilegt lagaákvæðinu um Samkeppniseftirlitið að öðru leyti en að heimildin fellur niður að fimm árum liðnum og ekki er fjallað um rof frests við leit á starfsstöð. Bæði ákvæðin voru færð í lög árið 2007. Fyrri lagaákvæðið kom inn með lögum nr. 52/2007, um breytingu á samkeppnislögum, nr. 44/2005. Síðara lagaákvæðið kom inn með lögum nr. 55/2007, um breytingar á lagaákvæðum um viðurlög við brotum á fjármálamarkaði. Bæði breytingalögin voru samin með hliðsjón af niðurstöðum nefndar

forsætisráðherra um viðurlög við efnahagsbrotum.⁷ Þá er mælt fyrir um málefnið í tilviki Matvælastofnunar í dæminu hér að framan í 5. og 7. mgr. 42. gr. laga nr. 55/2013, um velferð dýra, með sambærilegum hætti og í tilviki Samkeppniseftirlitsins og Fjármálaeftirlitsins.⁸

Þegar sérstökum lagaákvæðum sleppir reynir á hvort og þá hvaða almennu réttarreglur gilda um efnið. Þetta á við í dæminu um Fiskistofu hér að framan. Í lögum nr. 57/1996, um umgengni við nytjastofna sjávar, er ekki sérstakt ákvæði um brottfall heimildar Fiskistofu til að svipta leyfi og áminna samkvæmt 15. gr. laganna. Þótt ekki reyni á heimildir Fiskistofu til að leggja á stjórnvaldssektir í dæminu, eins og í dæmunum um Samkeppniseftirlitið, Fjármálaeftirlitið og Matvælastofnun, er sama staða uppi í sumum öðrum tilvikum þegar stjórnvöld leggja á stjórnvaldssektir. Til að mynda er ekki kveðið á um þetta atriði í tilviki Neytendastofu sem leggur á stjórnvaldssektir samkvæmt lögum nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu. Í slíkum tilvikum er nærtækt að líta til stjórnsýslulaga en í þeim er ekki fjallað berum orðum um hvernig beri að leysa úr slíkum álitamálum. Þó er kveðið á um meðalhófsregluna í 12. gr. þeirra. Vikið verður að þýðingu hennar hér á eftir. Þar sem ekki er kveðið á um þetta berum orðum í stjórnsýslulögum en í IX. kafla hgl. er að finna reglur um sambærilegt eða hliðstætt efni vaknar spurningin hvort ákvæði kaflans gildi um stjórnsýsluviðurlög. Taki ákvæðin ekki til stjórnsýsluviðurlaga reynir á hvort unnt sé að lögjafna frá þeim. Reynist niðurstaðan vera sú að ákvæði IX. kafla hgl. taka hvorki beint né fyrir tilstuðlan lögjöfnunar til sumra eða allra stjórnsýsluviðurlaga kemur til skoðunar hvort aðrar réttarreglur, svo sem fyrrnefnd meðalhófsregla stjórnsýslulaga, eigi við um álitafnið og þá hvernig.⁹

Í greininni verður fjallað um þær reglur sem gilda um brottfall stjórnsýsluviðurlaga. Sjónum verður annars vegar beint að þeim

⁷ Alpt. 133. löggj.þ., 2006-2007, þskj. 788 í tilviki fyrri laganna og Alpt. 133. löggj.þ., 2006-2007, þskj. 789 í tilviki síðari laganna. Til hliðsjónar má vekja athygli á norskrí skýrslu NOU 2003:15 *Fra brot til bedring*.

⁸ Frumvarpsákvæði því er varð að lokum að 42. gr. var breytt við meðferð þingsins í núverandi horf, sjá Alpt. 141. löggj.þ., 2012-2013, þskj. 1217. Athugasemdir við breytinguna er að finna í nefndaráliti atvinnuveganefndar, sbr. Alpt. 141. löggj.þ., 2012-2013, þskj. 1216.

⁹ Þó að álitafnunum sé stillt upp í eins konar tímaröð hér er raunveruleikinn ekki svo einfaldur. Við úrlausn þess hvort unnt sé að lögjafna frá hegningarlögum kemur til skoðunar hvernig meðalhófsregla stjórnsýslulaga horfir við álitafnunum, svo dæmi sé nefnt.

sérlögum sem hafa verið sett um efnið en ýmis álitamál eru fyrir hendi um túlkun og beitingu þeirra. Hér er hugtakið sérlög látið ná til annarra laga en stjórnslulaga og hegningarlaga.¹⁰ Hins vegar verður tekið til umfjöllunar hvaða almennu réttarreglur, þ.e. almenn lög í framangreindum skilningi, gilda um efnið.¹¹

Skipulagi greinarinnar er svoháttað. Í 2. kafla verður fjallað almennt um stjórnsluviðurlög. Í 3. kafla verður getið fáeinna atriði í tengslum við hvernig stjórnsluviðurlög horfa við nokkrum ákvæðum stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (hér eftir „stjórnarskrá“ eða „stjskr.“), einkum 1. mgr. 69. gr. og 70. gr., og ákvæðum samningsins um verndun mannréttinda og mannfrelsis, sbr. lög nr. 62/1994, um mannréttindasáttmála Evrópu (hér eftir „mannréttindasáttmáli Evrópu“ eða „MSE“), einkum 6., 7. og 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka. Í 4. kafla verður farið yfir sérlagaákvæði um brottfall stjórnsluviðurlaga með áherslu á ákvæði um stjórnvaldssektir. Ýmis álitafni verða greind og gerð grein fyrir sjónarmiðum sem koma til skoðunar við úrlausn þeirra. Bent verður á hvað sérlagaákvæðin eiga sameiginlegt og hvað ber á milli. Í 5. kafla verður fjallað um hvort ákvæði IX. kafla hgl. eigi við um stjórnsluviðurlög. Fyrst verður vikið að því hvernig lögin horfa við stjórnvaldssektum, þá stjórnslulegri

¹⁰ Sjá til hliðsjónar sérrefsilög í refsirétti sem eru önnur refsilög en almenn hegningarlög og sérlög í stjórnslurétti sem eru önnur lög en stjórnslulög, sbr. Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaþyrð I*, bls. 19-20 og Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Refsiréttur“, bls. 330 og 338. Sjá einnig Knud Waaben: *Strafferettens almindelige del*, bls. 10.

¹¹ Aftur á móti verður ekki fjallað um hvort og þá hvernig kröfuréttindi, sem verða til við álagningu stjórnvaldssekta, fyrnist samkvæmt lögum nr. 150/2007, um fyrningu kröfuréttinda. Um fyrningu kröfuréttinda, sjá Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvind G. Gunnarsson: *Kröfuréttur III. Aðilaskipti. Lok Kröfuréttinda*, bls. 271-379. Enn fremur verður ekki farið yfir hvort stjórnsluviðurlög, sem hafa verið lögð á, falli niður að ákveðnum tíma liðnum. Sjá í þessu sambandi til hliðsjónar ákvæði 83. gr. og 83. gr. a til b hgl. Sérlagaákvæði verða þó borin saman við hegningarlagaákvæðin. Þá verður heldur ekki vikið að því álitafni hvort heimildir til að leggja á eða fullnusta þvingunarúrræðum á borð við dagesektir falli niður að ákveðnum tíma liðnum. Að lokum verður ekki minnst á heimildir stjórnvalda til að fella mál niður eða leggja ekki á stjórnvaldssektir við vissar aðstæður. Í frumvarpi til laga um breytingu á stjórnslulögum, nr. 37/1993 (stjórnsluviðurlög) var í c-lið 1. gr. gerð tillaga að nýju ákvæði um niðurfellingu máls. Þar sagði: „Stjórnvald getur fellt mál niður í stað þess að leggja á stjórnsluviðurlög þegar svo stendur á sem hér segir: 1. ef ómögulegt var að koma í veg fyrir brot, 2. ef brot er mjög smávægilegt, 3. ef sérstaklega stendur á og álagning stjórnsluviðurlaga þykir ekki brún af almennum réttarvörsluáætlunum.“ Lagafrumvarpið var samið að tillögu nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum. Sjá Alþt. 135. löggj.þ., 2007-2008, þskj. 837. Í frumvarpinu var ekki fjallað um brottfall stjórnsluviðurlaga. Sjá einnig *Skýrslu nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum*, bls. 105.

réttindasviptingu og loks öðrum stjórnsluviðurlögum. Í 6. kafla er umfjöllun um hvort unnt sé að lögjafna frá ákvæðum IX. kafla hgl. í tilviki stjórnsluviðurlaga. Þá er í 7. kafla fjallað um hvernig meðalhófsregla 12. gr. ssl. horfir við álitafninu um brottfall stjórnsluviðurlaga. Að endingu er í 8. kafla að finna lokaorð þar sem því verður velt upp hvort tilefni sé til að lögfesta almennt ákvæði um efnið, svo sem í stjórnslulög, eða að halda áfram á sömu braut og færa æ fleiri ákvæði í sérlæg.

2. Almennt um stjórnsluviðurlög

2.1 Skilgreining

Stjórnsluviðurlög eru úrræði sem stjórnvöld beita lögum samkvæmt í viðurlagaskyni gagnvart þeim sem sekur hefur gerst um réttarbrott og fela í sér skerðingu á hagsmunum hins brotlega.¹² Þau ber að aðgreina

¹² Lýsingin byggir á skilgreiningu Jónatans Þórmundssonar: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 62-63, á efnislegu inntaki refsinga sem og greiningu hans á einstökum efnisþáttum skilgreiningarinnar á bls. 63-64. Skilgreining hans er eftirfarandi: „Refsing er ein tegund viðurlaga, sem ríkisvaldið beitir þann, sem sekur hefur gerst um refsivert brott. Hún felur í sér vanþóknun og fordæmingu samfélagsins og er til þess fallin að valda þjáningu eða óþægindum.“ Sjá einnig Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaþbyrgð I*, bls. 16, 21 og 32. Enn fremur hefur verið litið til skilgreiningar Ármanns Snævarr: *Þættir úr refsirétti II*, bls. 68, þar sem segir: „Hugtakið refsing hefir að jafnaði verið skýrgreint svo í refsifræði, að hún sé þjáning eða böll, sem ríkisvald beiti við þann, sem sekur er um refsivert brott, í þeim tilgangi m.a. að skapa manni þeim, er sætir viðurlögum, sérstakt aðhald um að fremja ekki brott að nýju, svo og til að skapa öðrum út í frá varnað í þessu efni.“ Jafnframt byggir lýsingin á skilgreiningu *Skýrslu um viðurlög við efnahagsbrotum*, bls. 3 og 27 og Páls Hreinssonar: „Stjórnsluviðurlög“, bls. 253. Þar eru stjórnsluviðurlög skilgreind sem þau „[refsikenndu viðurlög] sem stjórnvöld geta lögum samkvæmt lagt á hinn brotlega í tilefni af háttsemi sem er andstæð lögum, almennum stjórnvaldsfyrirmælum eða stjórnvaldsákvörðun og hefur að markmiði að valda þjáningu eða óþægindum og hafa varnaðaráhrif.“ Sjá einnig lýsingu Eiríks Jónssonar, Friðriks Ársælssonar og Kristínar Benediktsdóttur: *Opinbert markaðseftirlit*, bls. 159. Í *NOU 2003:15*, bls. 19 og 139, var lögð til svohljóðandi skilgreining á viðurlögum fyrir umfjöllun í skýrslunni og að breyttu breytanda í frumvarpi til breytinga á norsku stjórnslulögum sem náði ekki fram að ganga: „En sanksjon er en negativ reaksjon som kan ilegges av offentlig myndighet med hjemmel i lov, som retter sig mot en begått overtredelse av lov, forskrift eller individuelle avgjørelse, og som har et hovedsaklig eller vesentlig pønalt formål.“ Með lögum árið 2016 var norsku stjórnslulögum breytt. Nú er hugtakið skilgreint í 2. mgr. 43. gr. þeirra og tengt við viðurlagahugtak mannréttindasáttmála Evrópu. Í ákvæðinu segir: „Med administrativ sanksjon menes en negativ reaksjon som kan ilegges av et forvaltningsorgan, som retter seg mot en begått overtredelse av lov, forskrift eller individuell avgjørelse, og som regnes som straff etter den europeiske menneskerettskonvensjon.“ Sjá einnig *Prop. 62 L*, bls. 7 og 21. Bjørn O. Berg: *Forvaltningsansskjoner*, bls. 17, skilgreinir

frá öðrum úrræðum stjórnvalda sem og refsingum og refsikenndum viðurlögum, eins og þau eru skilgreind í almennum lögum og sem dómstólar almennt dæma.¹³ Ástæða þess er sú að önnur lagaskilyrði kunna að gilda um málsmeðferð, beitingu og lok þeirra.¹⁴ Refsihugtakið er hvergi skilgreint í lögum eða lögskýringargögnum en tegundir refsinga í hegningarlögum teljast nú vera fangelsi og fésektir samkvæmt 1. mgr. 31. gr. hgl., sem er að finna í V. kafla laganna.¹⁵ Þá er fjallað um refsikennd viðurlög meðal annars í VII. kafla og VII. kafla a hgl.¹⁶ Við verkefnið að afmarka og aðgreina stjórnsluviðurlög er að nokkru leyti unnt að styðjast við eftirfarandi efnisþætti sem felast í framangreindri skilgreiningu.¹⁷

stjórnsluviðurlög víðtækt og fellir þvingunarúrræði undir hugtakið. Skilgreining hans hljóðar svo: „... forvaltningssanksjon defineres som en administrativ reaksjon på en overtredelse hvor formålet med reaksjonen er enten av avergende eller straffende.“ Sjá að lokum til hliðsjónar skilgreiningu á „administrative sanctions“ í Recommendation No. R (91)1 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions.

¹³ Hér er vísað til hugtakanna refsing og refsikennd viðurlög í skilningi almennra laga en ekki í merkingu 1. mgr. 69. gr. stjkskr. og 1. mgr. 7. gr. MSE. Þótt hugtakið refsikennd viðurlög geti rúmað stjórnsluviðurlög verður það til einföldunar látið vísa til refsikenndra viðurlaga í refsirétti í greininni, einkum þeirra viðurlaga sem mælt er fyrir um í VII. og VII. kafla a hgl. Þegar það tekur einnig til stjórnsluviðurlaga verður komist svo að orði að um refsikennd viðurlög í víðtækum skilningi sé að ræða. Í þessu sambandi má minna á að byggt hefur verið á því að stjórnsluviðurlög teljist „ekki til refsinga í skilningi V. kafla [hgl.]“. Sjá Páll Hreinsson: „Stjórnsluviðurlög“, bls. 253.

¹⁴ Á það einkum við um muninn á stjórnsluviðurlögum og refsingum. Þannig tekur náðun og reynslulausn aðeins til refsinga en ekki til stjórnsluviðurlaga, sbr. Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 89. Björn O. Berg: *Forvaltningssanksjóner*, bls. 16, bendir á að hugtakið hafi ekki lagalega þýðingu í norskum rétti. Doktorsritgerð hans var gefin út árið 2005 en norsk stjórnslulögum var síðar breytt með lögum árið 2016. Nú er hugtakið skilgreint í 2. mgr. 43. gr. laganna og afmarkar að hluta gildissvið IX. kafla laganna.

¹⁵ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 62.

¹⁶ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 61, bendir á að glögglega er skilið milli refsinga og refsikenndra viðurlaga í V. og VII. kafla hgl.

¹⁷ Bent hefur verið á að kostir stjórnsluviðurlaga í samanburði við refsingar eru að málsmeðferðin er ódýrari og tekur skemmri tíma enda er það sama stjórnvaldið sem rannsakar málið og ákveður viðurlögin. Í því felist meiri skilvirkni og varnaðaráhrif. Gallinn er að réttaröryggi aðila er meira hjá dómstólum enda er málsmeðferð þeirra almennt vandaðri. Sjá *Skýrslu nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum*, bls. 23-26, Pál Hreinsson: „Stjórnsluviðurlög“, bls. 254-256 og II. kafla almennra athugasemda greinargerðar við frumvarp til laga um breytingu á stjórnslulögum, nr. 37/1993 (stjórnsluviðurlög), sbr. Alþt. 135. löggj.þ., 2007-2008, þskj. 837.

2.2 Stjórnsýsluúrræði

Stjórnvöld geta gripið til ýmissa úrræða í starfsemi sinni til að sinna verkefnum sínum og ná þeim lögmætu markmiðum sem þeim ber að stefna að. Meðal þeirra eru stjórnvaldsákvarðanir, almenn stjórnvaldsfyrirmæli, samningsgerð, styrk- og lánveitingar sem og kaup og sala eigna.¹⁸ Ákvörðun um að beita stjórnsýsluviðurlögum er svokölluð stjórnvaldsákvörðun, sbr. 2. mgr. 1. gr. ssl.¹⁹ Af því leiðir að efnis- og formreglur stjórnsýslulaga eiga við um undirbúning og töku ákvörðunar. Til viðbótar gilda óskráðar meginreglur stjórnsýsluréttarins. Af þessu leiðir að þær efnis- og málsmeðferðarreglur sem gæta ber að við beitingu stjórnsýsluviðurlaga eru almennt aðrar en þær reglur sem eiga við þegar refsingar eru dæmdar en það eru reglur refsiréttar og sakamálaréttarfars. Frá því eru þó undantekningar, þ.e. þegar vikið hefur verið frá grundvallarreglunni um refsihlutverk dómstóla, sbr. nánar hér á eftir..²⁰

Stjórnsýsluviðurlögum er því beitt í skjóli stjórnsýsluvalds. Þau byggjast alla jafna ekki á einkaréttarlegum réttargrundvelli, svo sem samningsfrelsinu og eignarforræði. Almennt eru þau reist á einhliða ákvörðun stjórnvalds en ekki samþykki borgarans. Vegna þess telst féviti í einkaréttarlegum samningi ekki til stjórnsýsluviðurlaga.²¹ Stjórnvöld hafa stundum í lögum heimild til að gera sátt.²² Í þeim tilvikum er sáttin gerð í tengslum við mál þar sem stjórnvald telur koma til greina að leggja stjórnvaldssektir á aðila.

¹⁸ Um verkefni og úrræði stjórnvalda, sjá til dæmis Karsten Revsbech og Søren Højgaard Mørup: „Forvaltningens virksomhed“. *Forvaltningsret. Almindelige emner*, ritstj. Karsten Revsbech o.fl., bls. 89-104, Bent Christensen: *Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation*, bls. 7-46 og 49, Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, bls. 72-87 og Hans Petter Graver: *Almindelig forvaltningsrett*, bls. 41-65.

¹⁹ Sjá til dæmis *Skýrslu nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum*, bls. 38 og Pál Hreinsson: „Stjórnsýsluviðurlög“, bls. 259. Á báðum stöðum er fjallað nánar um málsmeðferð slíkra mála með vísan til dóma, sjá bls. 259-263. Sjá einnig Björn O. Berg: *Forvaltningssanskjoner*, bls. 249, fyrir norskan rétt.

²⁰ Sjá til hliðsjónar um flokkun refsinga og annarra viðurlaga Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 64 og bls. 86 o.áfr. en þar er fjallað um samanburð á refsingum og öðrum viðurlögum með tilliti til þeirra lagaskilyrða sem gilda um beitingu þeirra, ákvörðun og lyktir.

²¹ Björn O. Berg: *Forvaltningssanskjoner*, bls. 17 og 52.

²² Sjá til dæmis 111. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki.

2.3 Valdheimild stjórnvalda

Aðalreglan er sú að stjórnvöld hafa ákvörðunarvald um beitingu stjórnarsýsluviðurlaga.²³ Er reglan dregin fram í sviðsljósið sökum þess að önnur regla gildir um ákvörðun refsinga. Þar er grundvallarreglan refsihlutverk dómstóla.²⁴ Dómstólar dæma refsingar og refsikennð viðurlög en endurskoða stjórnvaldsákvarðanir um að beita stjórnarsýsluviðurlögum. Munur er á ákvörðunar- og endurskoðunarvaldi. Sá sem hefur ákvörðunarvald metur hvaða ákvörðun er haganlegust innan marka laga. Þegar stjórnvöldum er falið lögum samkvæmt að ákveða málefni hafa þau ekki aðeins vald til að meta til dæmis hvernig atvik horfa við málefnalegum sjónarmiðum heldur einnig til að velja, þegar svo ber undir, hvaða málefnalegu sjónarmiðum verður byggt á og hvert sé innbyrðis vægi þeirra.²⁵ Sá sem hefur endurskoðunarvald tekur aftur á móti almennt ekki nýja ákvörðun í stað þess sem hefur ákvörðunarvaldið, þ.e. endurmetur og tekur nýja ákvörðun eftir eigin höfði. Fremur endurskoðar hann hvort gætt hafi verið lagafyrirmæla við ákvarðanatöku.²⁶ Þegar stjórnvaldsákvarðanir eru endurskoðaðar er til dæmis lagt mat á hvort gætt hafi verið að réttmætisreglu stjórnarsýsluréttarins og annarra reglna og sjónarmiða sem hafa áhrif á val á málefnalegum sjónarmiðum, vægi þeirra og heimfærslu. Hafi verið farið eftir þeim reglum og sjónarmiðum felst almennt ekki í endurskoðunarvaldinu heimild til að velja önnur sjónarmið eða breyta innbyrðis vægi þeirra.²⁷ Þó að mörkin á milli ákvörðunar- og endurskoðunarvalds geti verið óskýr í einhverjum tilfellum eru útgangspunktarnir æði ólíkir. Þegar um stjórnarsýsluviðurlög er að ræða er ákvörðunarvaldið, sem fyrr er getið, hjá stjórnvöldum en dómstólar fara með endurskoðunarvald, sbr. 60. og 70. gr. stjkskr. Af því leiðir að dómstólar taka almennt ekki nýja ákvörðun í stað ákvörðunar stjórnvalda sem byggir á nýju mati eða endurmati þeirra. Sé stjórnvaldsákvörðun haldin verulegum annmarka er hún þess í stað ógilt með dómi og kemur það í hlut stjórnvaldsins að ákveða á ný, gefi aðstæður tilefni til þess.²⁸ Dómstólar hafa þó almennt fullt endurskoðunarvald með öllum þáttum ákvörðunar þó stjórnvöldum sé

²³ NOU 2003:15, bls. 139-141 og Björn O. Berg: *Forvaltnings­sans­kjo­ner*, bls. 17.

²⁴ Um grundvallarregluna um refsihlutverk dómstóla, sjá Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 221.

²⁵ Um réttmætisregluna, sjá til dæmis Ólaf Jóhannes Einarsson: „Réttmætisreglan“, bls. 253-257.

²⁶ Sjá til hliðsjónar Ólaf Jóhannsson: *Stjórnar­fars­réttur*, bls. 228-330.

²⁷ Björn O. Berg: *Forvaltnings­sans­kjo­ner*, bls. 64-66.

²⁸ Sjá til dæmis Ólaf Jóhannsson: *Stjórnar­fars­réttur*, bls. 328-330.

játað svigrúm til mats við ákveðnar aðstæður.²⁹ Á það sérstaklega við þegar stjórnýsluviðurlög teljast refsingar eða viðurlög í skilningi 6. gr. MSE og 70. gr. stjksr. sbr. 3. kafla.³⁰

Veruleikinn er þó ekki eins einfaldur og sú mynd sem nú hefur verið dregin upp bendir til. Tvö atriði flækja myndina. Annars vegar hefur endurskoðunarvald dómstóla með stjórnvaldsathöfnum þróast í réttarframkvæmd á þann hátt að þeir þykja nú bærir til að breyta efni ákveðinna ákvarðana, svo sem fjárhæð stjórnvaldssekta. Þó er ekki víst að sú heimild nái einnig til annarra stjórnýsluviðurlaga.³¹ Hins vegar eru þýðingamiklar undantekningar frá grundvallarreglunni um refsihlutverk dómstóla. Þannig hefur stjórnvöldum í vissum tilvikum verið fengið ákvörðunarvald um fésektir (sektarvald) en þær teljast til refsinga.³²

²⁹ Skýrsla nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum, bls. 5 og 46-50 og Eiríkur Jónsson, Friðrik Ársællsson og Kristín Benediktsdóttir: *Opinbert markaðseftirlit*, bls. 73-77 og sérstaklega 75. Sjá einnig *Hrd.* 2003, bls. 3698 (nr. 37/2003). Enn fremur má minna á að Mannréttindadómstóll Evrópu hefur lagt til grundvallar að dómstólar hafi fullar endurskoðunarheimildir samkvæmt 6. gr. MSE. Sjá til dæmis Pál Hreinsson: „Stjórnýsluviðurlög“, bls. 266-267 og Björn O. Berg: *Forvaltningsanskjoner*, bls. 196. Kann það að mæla með því að teljist tiltekin stjórnýsluviðurlög vera refsing í skilningi 6. gr. MSE, þá hafi dómstólar fullar endurskoðunarheimildir. Þá má vekja athygli á áttundu meginreglu Recommendation No. R (91)1 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions en þar segir: „An act imposing an administrative sanction shall be subject, as a minimum requirement, to control of legality by an independent and impartial court established by law.“ Sjá einnig *Prop. 62 L*, bls. 9 og 142-149.

³⁰ *Prop. 62 L*, bls. 149. Sjá einnig *MDE Segame gegn Frakklandi* 7. júní 2012 (mál nr. 4837/06), mgr. 55.

³¹ Í frumvarpi til laga um breytingu á stjórnýslulögum, nr. 37/1993 (stjórnýsluviðurlög) var í e-lið 1. gr. gerð tillaga að nýju ákvæði um að dómstólar hefðu vald til þess að endurskoða alla þætti stjórnvaldsákvörðunar um álagningu stjórnýsluviðurlaga og þar sem efni stæðu til gætu þeir fellt þau niður, hækkað eða lækkað, allt eftir dómkröfum aðila. Sjá Alþt. 135. löggj.þ., 2007-2008, þskj. 837. Sjá einnig Pál Hreinsson: „Stjórnýsluviðurlög“, bls. 267-268. Um þróun endurskoðunarvalds dómstóla að þessu leyti sjá til dæmis Eirík Jónsson, Friðrik Ársællsson og Kristín Benediktsdóttir: *Opinbert markaðseftirlit*, bls. 73-77. Þau benda á að ekki sé réttaróvissa um að dómstólar geta breytt fjárhæð stjórnvaldssekta. Vísu þau ályktuninni til stuðnings til *Hrd.* 2003, bls. 3698 (mál nr. 37/2003) og *Hrd.* 2. október 2008 (mál nr. 640/2007). Til viðbótar má benda á *Hrd.* 4. febrúar 2016 (mál nr. 272/2015), *Hrd.* 4. febrúar 2015 (mál nr. 277/2015) og *Hrd.* 4. febrúar 2016 (mál nr. 278/2015) (*samráð oliufélaga*) sem eru afdráttarlausir um þetta atriði.

³² Til dæmis úrskurðar yfirskattanefnd um fésektir, sem eru refsingar, sbr. 109. og 110. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt. Sjá til hliðsjónar Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 78 og Ólaf Jóhannesson: *Stjórnarfráséttur*, bls. 260. Um undantekningar frá grundvallarreglunni um refsihlutverk dómstóla og vandaða málsmeðferð í búningi sektarvalds stjórnvalda, sjá Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 221-226.

2.4 Lögum samkvæmt

Af lögætisreglu stjórnásluréttarins, sbr. 2. gr. stjkskr., og að hluta lögætisreglum refsiréttarins, sbr. 1. mgr. 69. gr. stjkskr., 1. mgr. 7. gr. MSE sem og 1. gr. hgl., leiðir að kveða verður á um stjórnásluviðurlög í lögum eða almennum stjórnvaldsfyrirmælum sem eiga viðhlítandi lagastoð.³³ Í því felst að í lögum verður að mæla fyrir um viðurlagategund, svo sem að háttsemi varði stjórnvaldssektum, og ef það á við, viðurlagamörk, svo sem hvaða fjárhæð stjórnvaldssektir geta numið. Með því er þó ekki átt við að nauðsynlegt sé að kveða á um lágmark og hámark viðurlaga í öllum tilfellum.³⁴ Einnig verður að afmarka í lögum þá háttsemi sem varðar slíkum viðurlögum.³⁵ Þá verður að vera skýrt hvaða sagnæmiskröfur eru gerðar.³⁶ Enn fremur verður að vera ljóst hverja sé unnt að beita stjórnásluviðurlögum, hvort sem það eru allir, einstaklingar eða lögpersónur eða þá ákveðnir hópar þeirra.³⁷

Lagastoðin verður að vera viðhlítandi en í því felst að gerðar eru ákveðnar efnislegar kröfur til inntaks hennar.³⁸ Túlka ber vafa um hvort háttsemi varði stjórnásluviðurlög borgaranum í hag. Með öðrum orðum er þrengjandi lögskýringu beitt í vafatilfellum.³⁹ Óskýr eða tvíræð lög teljast almennt ekki fullnægjandi stoðir fyrir beitingu

³³ Sjá til hliðsjónar Ármann Snævarr: *Þættir úr refsirétti II*, bls. 68. Einnig má vekja athygli á fyrstu meginreglu Recommendation No. R (91)1 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions.

³⁴ Sjá til hliðsjónar 51. gr. hgl. en þar er ekki kveðið á um lágmark eða hámark sektar.

³⁵ Almennt um lögætisreglu stjórnásluréttar og lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrárinnar sjá til dæmis Hafstein Dan Kristjánsson: „Stjórnáskilnaðarreglur lögætisregla“, bls. 421-494, Pál Hreinsson: „Lagaáskilnaðarregla atvinnufrelsisákvæðis stjórnarskrárinnar“, bls. 399-421, Pál Hreinsson: „Lagaheimild reglugerða“, bls. 193-294, Pál Hreinsson: „Þegar reglugerð brýtur í bága við lög“, bls. 577-619, Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnásluréttur“, bls. 96-100 og kafli 2.1 í *Starfsskilyrði stjórnvalda*. Fyrir lagaáskilnaðarreglur 1. mgr. 69. gr. stjkskr. og 1. mgr. 7. gr. MSE sjá Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 151, Róbert R. Spanó og Hafstein Dan Kristjánsson: „Refsiréttur“, bls. 331-338 og Björgu Thorarensen: *Stjórnáskilnaðarreglur. Mannréttindi*, bls. 198-199. Á bls. 206-207 fjallar hún um löggjöfnun samkvæmt stjórnarskrárákvæðinu. Almennt um kröfu lögætisreglunnar í norsku rétti í tengslum við stjórnásluviðurlög, sjá *NOU 2003:15*, bls. 183-185 og 214-215, Bjørn O. Berg: *Forvaltningssanskjoner*, bls. 59-62 og *Prop. 62 L*, bls. 67-68.

³⁶ *Skýrsla nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum*, bls. 35-36 og *NOU 2003:15*, bls. 184 og *Prop. 62 L*, bls. 68.

³⁷ *Skýrsla nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum*, bls. 35-36, *NOU 2003:15*, bls. 215-216, Bjørn O. Berg: *Forvaltningssanskjoner*, bls. 223 og 226-227 og *Prop. 62 L*, bls. 68-70.

³⁸ Sjá til hliðsjónar Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 151 og *Hrd. 1998*, bls. 137 (nr. 286/1997).

³⁹ Bjørn O. Berg: *Forvaltningssanskjoner*, bls. 60-62.

stjórnsýsluviðurlaga en um er að ræða afar íþyngjandi úrræði. Hafa verður þó hugfast að stjórnsýsluviðurlög eru ólík að eðli og umfangi og geta þau því verið mis íþyngjandi. Þrátt fyrir framangreint þekkjast dæmi þess að í lögum sé kveðið á um að óljósar háttænisreglur varði stjórnvaldssektum. Dæmi um það eru lagaheimildir sem vísa til brota gegn „góðum viðskiptaháttum“,⁴⁰ „góðri reikningsskilavenju“,⁴¹ og „illri meðferð dýra“ sem og að fara vel með dýr.⁴² Vegna þeirra líkinda sem eru meðal stjórnsýsluviðurlaga og refsinga og refsikenndra viðurlaga og að sum af fyrrnefndu viðurlögum geta fallið undir lögmætisreglur refsiréttar verður að telja að gerðar séu ríkar kröfur til skýrleika viðurlagaheimilda stjórnvalda. Þó verður ekki fullyrt að þær séu í öllum tilfellum jafnstrangar. Af þeim sökum reynir á hvort viðurlagaheimildir stjórnvalda á borð við þær sem hér voru gerðar að umtalsefni séu viðhlítandi lagaheimildir. Í því sambandi kann að vera litið til þess hvort inntak þeirra hefur verið afmarkað nánar í framkvæmd.

Takmarkanir eru á því að mælt sé fyrir um stjórnsýsluviðurlög með afturvirkum hætti. Þegar stjórnsýsluviðurlög falla undir 1. mgr. 69. gr. stjkskr. og 7. gr. MSE leiðir takmörkunin af þeim réttarheimildum, sbr. 3. kafla. Í öðrum tilvikum leiðir takmörkunin af lögmætisreglu stjórnsýsluréttar og óskráðum reglum um bann eða takmarkanir á töku afturvirkra og íþyngjandi stjórnvaldsákvarðana. Á það sérstaklega við eftir því sem stjórnsýsluviðurlög líkjast meir refsingum og refsikenndum viðurlögum.⁴³

2.5 Nánar um tegundir stjórnsýsluviðurlaga

Samkvæmt framansögðu velta tegundir stjórnsýsluviðurlaga á lögum hverju sinni. Helstu tegundirnar í dag eru stjórnvaldssektir⁴⁴ og álag,

⁴⁰ Sjá til dæmis 8. tölul. 1. mgr. 110. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, og 2. mgr. 65. gr. laga nr. 128/2011, um verðbréfasjóði, fjárfestingarsjóði og fagfjárfestingarsjóði.

⁴¹ Sjá til dæmis 47. tölul. 1. mgr. 110. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki. Háttsemin varðar einnig við refsingu samkvæmt 27. tölul. 1. mgr. 112. gr. b laganna.

⁴² Sjá a-lið 1. mgr. 42. gr. laga nr. 55/2013, um velferð dýra.

⁴³ Vekja má athygli á annarri meginreglu Recommendation No. R (91)1 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions.

⁴⁴ Sjá til dæmis Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret*, bls. 507, fyrir almennt um stjórnvaldssektir í dönskum rétti. Ekki virðist fara mikið fyrir þeim þó í dönskum rétti. Í *NOU 2003:15*, bls. 128, sem er að vísu frá 2003, segir: „De administrative sanktionene spiller nokså liten rolle i dansk ret.“ Sjá Bjørn O. Berg: *Forvaltnings sanksjoner*, fyrir almenna umfjöllun um stjórnvaldssektir í norskum rétti. Á bls. 118 bendir hann á að á árinu 2005 hafi verið um 30 ákvæði um stjórnvaldssektir í norskum lögum. Rannsókn

réttindasvipting og svipting bótaréttar, afturköllun leyfis, áminning, brottrekstur úr starfi, brottrekstur úr opinberu starfi, brottrekstur úr öðrum störfum og stöðum⁴⁵ og nafnbirting í tilefni af réttarbroti.⁴⁶ Einnig má nefna upptöku ólögmeats ávinnings en fá eða engin dæmi fyrirfinnast nú í lögum um slíkar heimildir stjórnvalda.⁴⁷ Jafnframt má geta banns við starfsemi sem er ekki háð leyfi stjórnvalda.⁴⁸ Þá má ímynda sér lagaákvæði þar sem endurgreiðslukrafa er bundin við réttarbrot en ekki það eitt að einstaklingur hafi fengið ofgreitt. Þó að ýmsar tegundir stjórnsýsluviðurlaga hafi nú verið taldar upp með ólíkum heitum standa rök til þess að líta til dæmis á afturköllun leyfis sem undirtegun réttindasviptingar. Þá eru stjórnvaldssektir og álag af sama meiði enda kunna stjórnvaldssektir að vera reiknaðar út með ýmsum hætti, svo sem vera föst krónutala, fast hlutfall eða byggjast á mati stjórnvalds.⁴⁹

Líta má á tegundir stjórnsýsluviðurlaga frá ólíkum sjónarhornum. Stundum er gerður greinarmunur á formlegum og óformlegum viðurlögum. Til að mynda er formleg áminning aðgreind frá tiltali eða viðvörun. Sá munur er á viðurlögunum að þau fyrri byggja á lögbundinni valdheimild stjórnvalds og eru í ákveðnum skilningi lagalega bindandi fyrir borgarana en þau síðari á ólögfestum grundvelli.⁵⁰ Beiting slíkra óformlegra viðurlaga leiðir stundum af meðalhófsreglu stjórnsýslulaga. Hér er aðeins fjallað um formleg eða lagaleg stjórnsýsluviðurlög. Enn fremur kann að vera gerður

hans var þó unnin samhliða skýrslu *NOU 2003:15* þar sem lagt var til að afreksivæða ákveðin svið réttarins. Jens Edvin A. Skoghøy: „Forvaltningssanskyoner, EMK og Grunnloven“, bls. 297-298, bendir á að ákvæðum um stjórnvaldssektir hafi fjölgað síðasta einn og hálfan áratug en grein hans var birt árið 2014. Í *Prop. 62 L*, bls. 7 og 23, er bent á að stjórnsýsluviðurlög hafi aukist í norskum rétti og á árinu 2015 séu um 45 lög sem mæla fyrir um stjórnvaldssektir. Sjá einnig Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, bls. 496. Í *Skýrslu nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum*, bls. 3, er bent á að stjórnsýsluviðurlögum hafi fjölgað í íslenskum rétti.

⁴⁵ Sjá til dæmis 50. gr. laga nr. 140/2018, um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka.

⁴⁶ Þessar tegundir stjórnsýsluviðurlaga eru skilgreindar í *Skýrslu nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum*, bls. 3-4 og 31-35, Páli Hreinssyni: „Stjórnsýsluviðurlög“, bls. 256-258 og í athugasemdum við a-lið 1. gr. frumvarps til laga um breytingu á stjórnsýslulögum, nr. 37/1993 (stjórnsýsluviðurlög), sbr. Alþt. 135. löggj.þ., 2007-2008, þskj. 837. Sjá einnig *NOU 2003:15*, bls. 22-25 og 169-178 og *Prop. 62 L*, bls. 8 og 81-101.

⁴⁷ Sjá þó 14. gr. laga nr. 37/1992, um sérstakt gjald vegna ólögmeats sjávarafla, sem vísar til eldri laga nr. 32/1976, um upptöku ólöglegs sjávarafla.

⁴⁸ Sjá til dæmis *Prop. 62 L*, bls. 8 og 104.

⁴⁹ Björn O. Berg: *Forvaltningssanskyoner*, bls. 240.

⁵⁰ Björn O. Berg: *Forvaltningssanskyoner*, bls. 18-19 og 51.

greinarmunur á beinum og afleiddum stjórnsýsluviðurlögum. Þau síðarnefndu eru háð eða tengd þeim fyrrnefndu. Þannig kann birting nafns að vera bundin því skilyrði að stjórnvaldssektir hafi verið lagðar á.⁵¹

Athygli vekur hve fjölbreyttar framantaldar tegundir stjórnsýsluviðurlaga eru. Sum stjórnsýsluviðurlög líkjast refsingum. Þannig eru mikil líkindi meðal stjórnvaldssekta og fésekta. Önnur stjórnsýsluviðurlög svipa til refsikenndra viðurlaga. Dæmi um það eru réttinda-svipting og upptaka ólögsmæts ávinnings. Enn önnur stjórnsýsluviðurlög eiga ekki hliðstæðu í tegundum refsinga eða refsikenndra viðurlaga í V., VII. og VII. kafla a hgl. Dæmi um það er áminning.

Við mat á því hvort önnur úrræði en að framan greinir teljist stjórnsýsluviðurlög er unnt að líta til þess hvort þau séu eðlisskyld þeim. Um er að ræða heildstætt mat á einkennum þeirra. Við matið skiptir eflaust miklu hvort úrræði sé beitt í viðurlagaskyni en að því verður nú vikið.

2.6 Í viðurlagaskyni

Stjórnsýsluviðurlög deila mörgum einkennum refsinga og refsikenndra viðurlaga enda eru þau meðal þeirra viðurlaga sem ríkisvaldið beitir brotlega aðila. Telja má þau til refsikenndra viðurlaga í viðtækum skilningi. Algengur efnisþáttur viðurlaga er að vera úrræði sem beitt er í viðurlagaskyni.⁵² Með því er átt við að markmið úrræðis er að vera eins konar refsing í viðtækum skilningi þess orðs. Verið er að hegna hinum brotlega vegna óæskilegs hátternis metið eftir lögbundnum mælikvarða. Aftur á móti er ekki verið að knýja aðila til að fullnægja tiltekinni lagaskyldu eða reyna að afstýra broti.⁵³ Viðurlög, þar á meðal

⁵¹ Sjá til hliðsjónar Björn O. Berg: *Forvaltningsanskjónar*, bls. 17-18. Dæmi um slíkt lagaákvæði er 53. gr. laga nr. 140/2018, um aðgerðir gegn peningþvætti og fjármögnun hryðjuverka, og 44. gr. laga nr. 70/2012, um loftslagsmál.

⁵² Hér kann að vera full djúpt í árinni tekið þar sem markmið til dæmis refsikenndra viðurlaga geta verið að nokkru leyti önnur. Sjá Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 85, sem bendir á að öryggis-, varnaðar- og einkaréttarleg sjónarmið sem og að nokkru marki uppeldissjónarmið geta búið að baki eignaupptöku. Jafnframt geta margs konar rök búið að baki réttindasviptingu. Í því sambandi nefnir hann sjónarmið um öryggi og varúð, hæfni og verðleika. Leggja ber áherslu á að hreinræktuð refsismarkmið verða ekki að búa að baki úrræði. Geta önnur markmið legið þeim til grundvallar. Hugtakið í viðurlagaskyni nær einnig til þeirra úrræða sem tengjast réttarbroti. Sjá enn fremur til hliðsjónar umfjöllun Ármanns Snævarr: *Þættir úr refsirétti II*, bls. 69 og 82. Sjá til hliðsjónar umfjöllun Björn O. Berg: *Forvaltningsanskjónar*, bls. 410-418, um upptöku ólögsmæts ávinnings.

⁵³ Sjá til hliðsjónar Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 63.

stjórnsýsluviðurlög, lúta almennt að fortíðinni, þ.e. réttarbroti sem hefur átt sér stað, en ekki að framtíðinni.⁵⁴ Þá felst alla jafna í beitingu viðurlaga neikvæð viðbrögð samfélagsins við háttsemi hins brotlega, svo sem vanþóknun og stundum fordæming.⁵⁵ Búi refsíðisrök eða refsirök að baki úrræði telst því beitt í viðurlagaskyni.⁵⁶ Þau geta verið af margháttuðum toga. Til að mynda má nefna eftirfarandi rök og markmið sem er ætlað að réttlæta refsingar í refsirétti og réttarheimspeki: endurgjaldsrök, rök um almenn og sérstök varnaðaráhrif, rök um almannaöryggi, endurhæfingu og aðlögun að samfélaginu að nýju.⁵⁷ Ætla má að stjórnsýsluviðurlög byggi oft á fyrstnefndu rökunum um endurgjald, varnaðaráhrif og almannaöryggi.

Áréttu ber að önnur rök geta búið að baki stjórnsýsluviðurlögum til viðbótar við refsíðisrök eða refsirök. Ekki er nauðsynlegt að tilvist úrræðis helgist einvörðungu af refsíðisrökum.⁵⁸ Eins og vikið verður að í kafla 3.2 getur markmið úrræðis haft þýðingu við úrlausn þess hvort það teljist vera refsing eða viðurlög samkvæmt tilteknum ákvæðum stjórnarskrár og mannréttindasáttmála Evrópu. Búi hreinræktuð refsíðisrök að baki úrræði eru líkur fyrir því að úrræði falli undir

⁵⁴ *NOU 2003:15*, bls. 140-141, Bjørn O. Berg: *Forvaltningssanskjoner*, bls. 17 og 25 og Jens Edvin A. Skoghøy: „Forvaltningssanskjoner, EMK og Grunnloven“, bls. 298. Sjá til hliðsjónar Ólaf Jóhannsson: *Stjórnarfráséttur*, bls. 269, sem segir að refsingar snúi að hinu liðna en féviti að nútíðinni eða framtíðinni.

⁵⁵ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 63. Velta má fyrir sér hvort fordæming taki alla jafna aðeins til refsinga og þá fangelsisrefsinga en sjaldnar til stjórnsýsluviðurlaga.

⁵⁶ Hér er stuðst við forskeytið refsí- þótt ef til vill væri réttara að nota forskeytið viðurlaga-. Um notkun refsíðisrök til aðgreiningar frá öðrum úrræðum, sjá til dæmis Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 78.

⁵⁷ Áhugaverða umfjöllun um refsirök og breytilegt vægi þeirra er að finna í yfirdeildadómi *MDE Hutchinson gegn Stóra-Bretlandi* 17. janúar 2017 í máli nr. 57592/08, mgr. 42. Í málsgreininni segir meðal annars: „The basis of such review must extend to assessing whether there are legitimate penological grounds for the continuing incarceration of the prisoner. These grounds include punishment, deterrence, public protection and rehabilitation. The balance between them is not necessarily static and may shift in the course of a sentence, so that the primary justification for detention at the outset may not be so after a lengthy period of service of sentence.“ Í tengslum við breytilegt vægi refsíðisrök má benda á að þau refsíðisrök sem er lýst í athugasemdum við almenn hegningarlög, sbr. Alþt. 1939-40, 54. löggj.þ., þskj. 43, urðu ekki ofan á þegar fram leið, sjá Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 85. Um refsíðisrök, sjá einnig Knud Waaben: *Strafferettens almindelige del*, bls. 18-45. Alf Ross: *Forbrydelse og straf*, bls. 110, leggur áherslu á að ekki er aðeins um eitt refsíðisrök að ræða.

⁵⁸ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 85, bendir á að grundvallareinkenni annarra viðurlaga en refsinga séu flest hin sömu en að markmið þeirra geti verið að nokkru leyti annað.

ákvæðin. Þegar fleiri rök búa að baki úrræði og refsirök eru ekki veigamikill þáttur eða þau eru fjarlæg kann úrræði engu að síður að teljast til stjórnsýsluviðurlaga í íslenskum rétti samkvæmt þeirri skilgreiningu sem hér er lögð til grundvallar en falla utan við gildissvið fyrrgetinna ákvæða stjórnarskrár og mannréttindasáttmála Evrópu.

Efnisþátturinn, um að vera beitt í viðurlagaskyni, aðgreinir stjórnsýsluviðurlög frá sumum öðrum stjórnsýsluúrræðum.⁵⁹ Meðal þeirra eru svokölluð þvingunarúrræði. Til þeirra teljast þau úrræði sem stjórnvöld beita í þvingunarskyni til að knýja á um lagaskyldu, svo sem til að stöðva ólögmeta háttsemi eða ólögmett ástand.⁶⁰ Markmið úrræðis vegur oft og tíðum þungt við mat á því hvort stjórnsýsluúrræði teljist til stjórnsýsluviðurlaga eða þvingunarúrræðis.⁶¹ Til marks um það má vísa til þess að dagsektir teljast yfirleitt til þvingunarúrræða, enda er þeim beitt í þvingunarskyni til að knýja á um lagaskyldu, en stjórnvaldssektir til stjórnsýsluviðurlaga, þar sem þeim er beitt í viðurlagaskyni.⁶² Sömuleiðis getur markmið sem býr að baki úrræði haft úrslitagildi fyrir hvenær það telst til stjórnsýsluviðurlaga og hvenær til annarra stjórnsýsluúrræða. Til að mynda getur afturköllun leyfis verið stjórnsýsluviðurlög þegar úrræðinu er beitt í tilefni af réttarbroti. Sé leyfi afturkallað vegna þess að ekki eru lengur uppfyllt ófrávíkjanleg skilyrði fyrir því er aftur á móti ekki um stjórnsýslu-

⁵⁹ Í frumvarpi til laga um breytingu á stjórnsýslulögum, nr. 37/1993 (stjórnsýsluviðurlög) var í a-lið 1. gr. talin upp ýmis stjórnsýsluviðurlög, þ.e. stjórnvaldssektir, álag, upptaka ólögmeta ávinnings, svipting réttinda, afturköllun leyfis sem viðurlög við lögbroti og síðan sagði „og aðrar eðlisskyldar ákvarðanir“. Hefði frumvarpið orðið að lögum má gera úr því skóna að við mat á eðlisskyldum ákvörðunum hefði skipt miklu hvort þær væru teknar í viðurlagaskyni. Sjá Alþt. 135. löggj.þ., 2007-2008, þskj. 837.

⁶⁰ Ólafur Jóhannsson: *Stjórnarfráséttur*, bls. 261, *Skýrsla nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum*, bls. 3 og 28-31, Páll Hreinsson: „Þvingunarúrræði stjórnvalda“, bls. 373-390, Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 897 og Björn O. Berg: *Forvaltningsanskjónar*, bls. 17.

⁶¹ Í athugasemdum við 1-lið 1. gr. frumvarps til laga um breytingu á stjórnsýslulögum, nr. 37/1993 (stjórnsýsluviðurlög), sbr. Alþt. 135. löggj.þ., 2007-2008, þskj. 837, sagði að gera yrði greinarmun á stjórnsýsluviðurlögum, svo sem stjórnvaldssektum, sem væru í eðli sínu viðurlög við réttarbroti og hefðu að markmiði að valda þjáningu eða óþægindum og hafa varnaðaráhrif og þvingunarráðstöfunum, svo sem dagsektum, sem væru í eðli sínu þvingunarúrræði.

⁶² Eiríkur Jónsson, Friðrik Ársælfsson og Kristín Benediksdóttir: *Opinbert markaðseftirlit*, bls. 122-123, benda á að stjórnvöld geta oft valið milli þess að leggja á stjórnvaldssektir eða dagsektir í tilefni þess að aðili fylgir ekki ákvörðun stjórnvalds. Í því sambandi vísa þau til *Hrd. 19. mars 2009 (mál nr. 479/2008) (IceCapital ehf.)*

viðurlög að ræða.⁶³ Í slíkum tilvikum byggir beiting úrræðisins á öðrum rökum, svo sem öryggis- og varnaðarsjónarmiðum.⁶⁴ Með sömu formerkjum getur áminningu verið beitt í þvingunarskyni og telst þá til þvingunarúrræðis.⁶⁵ Í öðrum tilvikum er áminningu beitt í viðurlaga-skyni eða hún er forrennari úrræðis sem beitt er í því augnamiði. Er hún þá flokkuð sem stjórnýsluviðurlög.⁶⁶ Sömu sögu er að segja um nafnbirtingu. Þá má geta þess að dæmi þekkjast þar sem úrræði eru í lögum kölluð „stjórnýsluviðurlög“ þótt ekki verði betur séð en að þeim sé ætlað að vera beitt í þvingunarskyni.⁶⁷ Þó að slíkt lagaheiti gefi vísbandingu um eðli úrræðis ræður það ekki úrslitum.⁶⁸ Aðrar vísbandingar kunna að vera yffirsterkari með þeim afleiðingum að líta beri á úrræði sem þvingunarúrræði.

Stjórnvöld hafa stundum heimild til að grípa til eða hlutast til um beitingu ýmissa þvingunarráðstafana í þágu rannsóknar máls, svo sem haldlagningu. Er þá oft mælt fyrir um að lög um meðferð sakamála gildi um málsmeðferðina. Frá því eru þó undantekningar.⁶⁹ Slíkum þvingunarráðstöfunum er almennt ekki beitt í viðurlagaskyni. Einnig má benda á að sum úrræði byggja á því að bæta fyrir tjón eða hagsmunaskerðingu, svo sem skaðabætur.⁷⁰ Þá grundvallast

⁶³ Sjá til dæmis Pál Hreinsson: „Stjórnýsluviðurlög“, bls. 258, athugasemdir við 1-lið 1. gr. frumvarps til laga um breytingu á stjórnýslulögum, nr. 37/1993 (stjórnýsluviðurlög), sbr. Alþt. 135. löggj.þ., 2007-2008, þskj. 837, *NOU 2003:15*, bls. 140-143 og 181, Björn O. Berg: *Forvaltningsanskygner*, bls. 17 og Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, 9. útg. bls. 518-519.

⁶⁴ Sjá til hliðsjónar Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 85.

⁶⁵ Sjá til dæmis 55. gr. efnalaga nr. 61/2013, 24. gr. laga nr. 155/2018, um landgræðslu, 14. gr. laga nr. 95/2016, um timbur og timburvörur, 60. gr. laga nr. 7/1998, um hollustuhætti og mengunarvarnir, og 1. mgr. 22. gr. laga nr. 33/2004, um varnir gegn mengun hafs og strandar.

⁶⁶ Sjá til dæmis 2. mgr. 8. gr. laga nr. 146/1996, um öryggi raforkuvirkja, neysluveitna og raffanga, 1. mgr. 25. gr. áfengislaga nr. 75/1998, 24. gr. laga nr. 116/2006, um stjórn fiskveiða, 3. mgr. 15. gr. laga nr. 57/1996, um umgengni við nytjastofna sjávar, 4. mgr. 21. gr. laga nr. 79/1997, um veiðar í fiskveiðilandhelgi Íslands, viðvörun samkvæmt 2. mgr. 43. gr. laga nr. 55/2013, um velferð dýra (kallað viðvörun) og 21. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins.

⁶⁷ Sjá til dæmis 33. gr. laga nr. 130/2014, um vernd afurðaheita sem vísa til uppruna, landssvæðis eða hefðbundinnar sérstöðu.

⁶⁸ Í tengslum við þýðingu heita fyrir hvort úrræði teljist refsing, sjá Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 62.

⁶⁹ Sjá til dæmis um haldlagningu Umhverfisstofnunar samkvæmt 61. gr. efnalaga nr. 61/2013 og haldlagningu Mannvirkjastofnunar samkvæmt 17. gr. laga nr. 95/2016, um timbur og timburvörur.

⁷⁰ Björn O. Berg: *Forvaltningsanskygner*, bls. 126. Hér er ekki tekið tillit til refsibóta.

endurheimtu- og endurgreiðslukröfur almennt ekki á refsismarkmiðum.⁷¹

2.7 Þeim sem hefur gerst sekur (brotlegur við lög)

Efnisþáttinn, um að aðili hafi gerst sekur um réttarbrot, mætti einnig orða svo að aðili hafi gerst brotlegur við lög.⁷² Með orðalaginu sekur eða brotlegur er átt við að öll lagaskilyrði fyrir því að beita aðila stjórnýsluviðurlögum eru uppfyllt í máli.⁷³ Meðal slíkra lagaskilyrða kann að vera áskilnaður um saknæmi en svo þarf ekki að vera. Yfirleitt nægir þá gáleysi en stundum er gerð krafa um ásetning.⁷⁴ Saknæmisskilyrði verður, sem fyrr greinir, að vera unnt að ráða skýrlega af lögum. Vegna þess að stjórnýsluúrræði eru ekki refsingar í skilningi V. kafla hgl. reynir ekki á ýmis refsiskilyrði, svo sem sakhæfi, sbr. 14. og 15. gr. hgl.⁷⁵ Þá er álitamál hvort hlutrænar refsileysisástæður eða sambærilegar ástæður eigi við þegar tekin er afstaða til þess hvort beita eigi stjórnýsluviðurlögum. Í því sambandi reynir á löggjöfnun frá 12. og 13. gr. hgl. sem og meginreglur laga eða eðli máls í tilviki óskráðra hlutrænna refsileysisástæðna.⁷⁶

Svo að stjórnvald geti tekið stjórnvaldsákvörðun, þar á meðal um stjórnýsluviðurlög, verða atvik og staðreyndir málsins, sem þýðingu hafa að lögum, að vera sönnuð.⁷⁷ Sönnun í málum er varða stjórnýsluviðurlög getur verið snúin af tveimur ástæðum.⁷⁸ Fyrri ástæðan er sú að huga verður að því hvaða sönnunarreglur gilda í stjórnýslumálum, þ.e. málum sem getur lokið með töku stjórnvaldsákvörðunar. Fari mál um stjórnýsluviðurlög fyrir dómstóla er það rekið eftir reglum laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála. Kemur þá til

⁷¹ Björn O. Berg: *Forvaltningsanskygning*, bls. 109.

⁷² Ekki er hér átt við sök í margvíslegum skilningi refsiréttarins þótt af því sé tekið mið. Um hugtakið sök í ólíkum skilningi í refsiréttinum, sjá Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabýrgð I*, bls. 40.

⁷³ Sjá til hliðsjónar á sviði refsiréttar Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 63 og Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabýrgð I*, bls. 37-38.

⁷⁴ Sjá til dæmis 60. gr. laga nr. 54/2006, um atvinnuleysisstryggingar, um að atvinnuleysisbótum sé aflað með sviksamlegum hætti. Ákvæðið hefur verið túlkað með þeim hætti að ásetningur sé áskilinn, sbr. til dæmis *álit umboðsmanns Alþingis frá 31. desember 2014 í máli nr. 7484/2013 (atvinnuleysisstryggingar)*.

⁷⁵ Um sakhæfi sem refsiskilyrði refsinga er almennt ekki skilyrði fyrir beitingu refsikenndra viðurlaga, sjá Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 78-79 og 87.

⁷⁶ *Prop. 62 L*, bls. 78-81.

⁷⁷ Sjá til hliðsjónar Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 63.

⁷⁸ Sjá til hliðsjónar *NOU 2003:15*, bls. 183. Þar er því velt upp hvort þörf sé á sérstökum reglum í þessu sambandi.

skoðunar hvaða sönnunarreglur gilda í einkamálum. Ekki er sjálfgefið að sömu sönnunarreglur gildi í stjórnáslumáli og hefðbundnu einkamáli án afbrigða. Síðari ástæðan er sú að sum stjórnásluviðurlög líkjast refsingum og refsikennndum viðurlögum og jafnvel teljast sjálf vera refsingar eða viðurlög samkvæmt 69. og 70. gr. stjkskr. og 6. og 7. gr. MSE.⁷⁹ Í málum þar sem er gerð krafa um refsingu eða refsikennnd viðurlög er farið eftir reglum laga nr. 88/2008, um meðferð sakamála, sbr. 1. gr. þeirra, og fyrrnefndar mannréttindareglur hafa áhrif. Í sakamálum ber ákærvaldið sönnunarbyrðina og skýra ber allan (skynsamlegan) vafa sökuðum manni í hag (l. *in dubio pro reo*).⁸⁰ Þessar reglur gilda ekki í hefðbundnum einkamálum. Þrátt fyrir að sum stjórnásluviðurlög líkist refsingum og refsikennndum viðurlögum eru þau, sem fyrr segir, rekin sem einkamál en ekki sakamál.⁸¹

Samkvæmt rannsóknarreglu 10. gr. ssl. skal stjórnvald sjá til þess að mál sé nægilega upplýst áður en ákvörðun í málinu er tekin. Á stjórnvaldi hvílir því almennt skylda til að afla fullnægjandi upplýsinga um hvort lagaskilyrði séu uppfyllt fyrir ákvörðun um stjórnásluviðurlög. Stjórnvaldi er ætlað að taka efnislega rétta ákvörðun. Segja má að ákveðin sannleiksregla eða sannleiksskylda gildi í stjórnáslurétti. Ekki má heldur gleyma því að það eru engar almennar málsforræðis- og útilokunarreglur í stjórnáslurétti. Af rannsóknarreglunni, sannleiksskyldunni sem og leiðbeiningarskyldu 1. mgr. 7. gr. ssl. leiðir að aðili stjórnáslumáls er ekki endilega í hliðstæðri stöðu og aðilar einkamáls. Í því sambandi má benda á að staðan er einatt sú, þegar ákvörðun um stjórnásluviðurlög er tekin, að aðili stjórnáslumáls er aðeins einn en úrlausn almenns einkamáls lýtur að ágreiningi tveggja eða fleiri aðila. Líta verður á reglur um sönnunarkröfur, sönnunarmat og sönnunarbyrði í þessu ljósi. Til að mynda er ekki unnt að ganga út frá því að aðili stjórnáslumáls beri hallann af því að staðhæfing, sem er honum í hag, sé ósönnuð.⁸² Það ræðst af nánara mati á því hvort stjórnvald hafi fullnægt þeim skyldum sem á því hvíla sem og öðrum aðstæðum. Enn fremur kunna að vera gerðar ríkar sönnunarkröfur í

⁷⁹ Sjá til dæmis Pál Hreinsson: „Stjórnásluviðurlög“, bls. 263, Eirík Jónsson, Friðrik Ársælfsson og Kristínu Benediktsdóttur: *Opinbert markaðseftirlit*, bls. 65-66 og 3. kafla hér á eftir.

⁸⁰ Í þessu sambandi má vekja athygli á sjöundu meginreglu Recommendation No. R (91)1 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions en þar segir: „The onus of proof shall be on the administrative authority.“

⁸¹ Sjá til hliðsjónar Arvid Frihagen: *Forvaltningsrett II*, bls. 188-189.

⁸² Hans Petter Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, bls. 493.

málum er varða stjórnýsluviðurlög, allavega þeim sem teljast verulega íþyngjandi.

Í einkamáli gildir aftur á móti reglan um forræði aðila máls á sönnun. Rannsóknarreglan og sannleiksskyldan í stjórnýslurétti fer ekki alltaf saman við málsforræðisreglur einkamálaréttarfars. Hafa verður þó í huga að borgurunum er almennt fær sú leið að byggja dómkröfu sína á þeirri málsástæðu að stjórnvald hafi ekki uppfyllt þær form- og efniskröfur sem gerðar eru til starfsemi þess við meðferð og úrlausn stjórnýslumálsins. Þannig myndi úrlausn dómsmálsins lúta að því hvort stjórnvaldið hefði gætt að viðeigandi reglum við meðferð og úrlausn stjórnýslumálsins, þar á meðal sönnunarreglum. Oft myndi stjórnvald bera hallann af því að ekki sé sannað að skilyrði til að leggja á stjórnvaldssekt hafi verið fyrir hendi.⁸³ Þá geta sönnunarkröfur aukist við vissar aðstæður, svo sem ef um verulega íþyngjandi stjórnýsluviðurlög sé að ræða.⁸⁴

Þar sem sum stjórnýsluviðurlög falla undir 69. og 70. gr. stj.skr. og 6. og 7. gr. MSE getur reynt á hvernig kröfur þeirra ákvæða, til dæmis um að teljast saklaus uns sekt er sönnuð, horfa við í bæði stjórnýslumálum og einkamálum.⁸⁵ Enn fremur kann að koma til skoðunar hvernig ýmsar sönnunarreglur í einkamálum horfa við málum er varða stjórnýsluviðurlög.⁸⁶ Eðlisrök mæla með því að þær eða framkvæmd þeirra taki mið af þeim réttarreglum sem gilda almennt um stjórnýsluviðurlög sem og inntaki og eðli þeirra.⁸⁷ Ekki verður farið nánar út í þá sálma hér.

Í dómaframkvæmd hér á landi hefur verið byggt á því að almennar sönnunarreglur eigi við en ríkari sönnunarkröfur geti verið gerðar sökum þess hve íþyngjandi stjórnýsluviðurlög eru. Sjá til dæmis *Hrd.* 1999, bls. 957 (mál nr. 257/1998) og *Hrd.* 2003, bls. 3698 nr. 37/2003.⁸⁸

⁸³ Sjá til hliðsjónar *Prop.* 62 L, bls. 122 og 124.

⁸⁴ Sjá til hliðsjónar *Prop.* 62 L, bls. 123.

⁸⁵ Björn O. Berg: *Forvaltningsanskjónar*, bls. 206-207 og Hans Petter Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, bls. 483, 492 og 500-501.

⁸⁶ *NOU* 2003:15, bls. 185, Björn O. Berg: *Forvaltningsanskjónar*, bls. 96-101, Hans Petter Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, bls. 483 og 498 og Niels Fenger: „Domstolsprøvelse“, bls. 927.

⁸⁷ Sjá til hliðsjónar Hans Petter Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, bls. 483 og 489-490 og Sten Rønsholdt: *Forvaltningsret*, bls. 47. Sjá einnig umfjöllun um málefnið í *Prop.* 62 L, bls. 9, 24 og 122-125.

⁸⁸ Sjá einnig Pál Hreinsson: „Stjórnýsluviðurlög“, bls. 259-260, sem reifar dómana.

2.8 Réttarbrot

Hugtakið réttarbrot eða lögbrot vísar til háttsemi sem er andstæð réttarreglum.⁸⁹ Stjórnsýsluviðurlögum er beitt í tilefni af slíkum brotum.⁹⁰ Viðurlögin eru því lögfylgjur brotanna.⁹¹ Þau eru réttarvörslureglur.⁹² Þannig eru stjórnvaldssektir fjárhagslegar álögur sem lagðar eru á í tilefni af broti á réttarreglu. Skattar og þjónustugjöld eru aftur á móti fjárhagslegar álögur sem eru almennt ekki lagðar á af þeirri ástæðu. Þá eru eftirlitsheimildir stjórnvalda alla jafna ekki bundnar við að borgari hafi nú þegar brotið í bága við lög heldur lúta þær að því að upplýsa hvort svo hátti til. Jafnframt er stjórnsýsluviðurlögum beitt af hálfu stjórnvalds gagnvart þeim sem hefur gerst sekur um réttarbrot. eru það almennt einstaklingar og lögpersónur þótt stjórnvöld geti verið í hliðstæðri stöðu og borgararnir í sumum tilvikum. Segja má að í ákveðnum skilningi beinist stjórnsýsluviðurlög að borgurinum vegna brota þeirra. Á hinn bóginn eru ógilding stjórnvaldsákvarðana og skaðabótaábyrgð stjórnvalda lögfylgjur réttarbrotu stjórnvalda. Þau beinast í ákveðnum skilningi að stjórnvöldum vegna brota þeirra.⁹³

Réttarbrot geta verið margvísleg. Þau geta lotið að brotum á settum lögum í þrengri og rýmri merkingu. Einnig geta brot á stjórnvaldsákvörðunum varðað stjórnsýsluviðurlög, mæli lög svo fyrir.⁹⁴

Sá munur er á stjórnsýsluviðurlögum og refsingum að fyrrnefndu viðurlögunum er beitt í tilefni af réttarbrotum en þeim síðarnefndu í tilefni af afbrotum. Með afbroti er átt við refsivert brot eða refsiverða háttsemi, þ.e. brot sem varðar refsingu að lögum. Réttarbrot er víðtækara hugtak en það vísar til allra brota á lögum, ekki aðeins þeirra sem varða refsingu. Bent hefur verið á að hugtökin afbrot og refsing í formlegum skilningi eru afmörkuð með vísan til hvors annars. Afbrot eru þau réttarbrot sem varða refsingu en refsingar eru viðurlög við

⁸⁹ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 62 og Ármann Snævarr: *Þættir úr refsirétti II*, bls. 29. Sjá til hliðsjónar Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Refsiréttur“, bls. 344-345.

⁹⁰ Sjá til hliðsjónar Ármann Snævarr: *Þættir úr refsirétti II*, bls. 69.

⁹¹ Björn O. Berg: *Forvaltningsanskygning*, bls. 16.

⁹² Ármann Snævarr: *Þættir úr refsirétti II*, bls. 17, segir: „Réttarskipunarreglur mæla fyrir um, hvaða háttsemi sé lögmæt og skipa efnislega fyrir um, hvernig skiptum manna skuli hagað í þjóðfélagi og segja skil á réttarstöðu manna að efni til. Réttarvörslureglur mæla hins vegar um viðbrögð réttarins, ef réttarskipandi reglum er brugðið.“

⁹³ Björn O. Berg: *Forvaltningsanskygning*, bls. 16.

⁹⁴ Sjá til dæmis Pál Hreinsson: „Stjórnsýsluviðurlög“, bls. 253. Í *Prop. 62 L*, bls. 21-22, er stuðst við hugtakið „lovbrudd“ sem samheiti fyrir brot á lögum, almennum stjórnvaldsfyrirmælum og stjórnvaldsákvörðunum.

afbrotum.⁹⁵ Þótt formkönnun hugtakanna sé hringlaga og ófínisleg eru skilgreiningarnar ekki gagnslausar. Af þeim leiðir að túlka verður lög með það fyrir sjónum hvort þau mæli fyrir um háttsemi og viðurlög sem falla að hugtakaparinu. Stundum liggur það í augum upp.⁹⁶ Í öðrum tilvikum þarf að líta til ýmissa sjónarmiða sem ekki verður farið ítarlega út í hér. Verður þá að leggja mat á lagalegt eðli úrræðis í ljósi þess markmiðs sem býr að baki því, lagaskilyrðum sem gilda um það sem og inntaks úrræðisins að öðru leyti.⁹⁷ Lykilatriðið er að nægjanlegt er að háttsemi sé andstæð lögum til að stjórnýsluviðurlögum verði beitt. Í sumum tilfellum mæla lög aðeins fyrir um að ákveðin háttsemi varði stjórnýsluviðurlög.⁹⁸ Í öðrum tilvikum er kveðið á um að ákveðin háttsemi varði stjórnýsluviðurlög en önnur við refsingum.⁹⁹ Í enn öðrum tilfellum varðar sama háttsemin við hvoru tveggja.¹⁰⁰ Er hún þá bæði réttarbot og afbrot. Þegar svo háttar til reynir á val úrræðis enda verður ekki refsað tvívegis fyrir sömu háttsemina.¹⁰¹ Er þá stundum

⁹⁵ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 62 og Ármann Snævarr: *Þættir úr refsirétti II*, bls. 29. Sjá til hliðsjónar Róbert R. Spanó og Hafstein Dan Kristjánsson: „Refsiréttur“, bls. 344-345. Sjá einnig Johs. Andenæs: *Alminnelig strafferett*, bls. 6, fyrir hugtakið afbrot en hann skilgreinir það sem háttsemi sem varðar refsingu. Aftur á móti skilgreinir hann refsingu efnislega á bls. 10 á svofarandi hátt: „Straff er et onde som staten tilføyer en lovovtreder på grunn av lovovtredelsen, i den hensikt at han skal føle det some en onde.“

⁹⁶ Oft er stuðst við ólíkt orðalag fyrir refsingar og stjórnýsluviðurlög og mælt er fyrir um viðurlögin í sitthvorum lagaákvæðunum eða köflum laga. Til að mynda er fjallað um refsingar, viðurlög og málsmeðferð í XXII. kafla tollalaga nr. 88/2005. Kaflinn hefst á undirkafla um „Refsiábyrgð og refsingar“. Við tekur annar undirkafla sem heitir „Önnur viðurlög“ en þar er meðal annars fjallað um stjórnvaldssektir. Að lokum kemur undirkafla sem heitir „Rannsókn, málsmeðferð og fyrning“. Þar er til dæmis í 1. mgr. 183. gr. kveðið á um að tollstjóri annist rannsókn brota gegn „refsiákvæðum þessa kafla“. Í 187. gr. er síðan fjallað um fyrningu. Þar segir: „Sök samkvæmt ákvæðum þessa kafla fyrnist á fimm árum miðað við upphaf rannsóknar á vegum tollstjóra eða lögreglustjóra enda verði ekki óeðlilegar tafir á rannsókn máls eða ákvörðun refsingar. Um upphaf og stöðvun fyrningarfrests fer að öðru leyti eftir ákvæðum 82. gr. almennra hegningarlaga.“ Sjá einnig heiti 45. gr. laga nr. 70/2012, um loftslagsmál, sem eru „refsiviðurlög“, en ákvæði 43. gr. heitir „stjórnvaldssektir“.

⁹⁷ Sjá til hliðsjónar umfjöllun Jónatans Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 86-87.

⁹⁸ Sjá til dæmis ýmis atriði sem geta leitt til áminningar samkvæmt 21. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins.

⁹⁹ Dæmi um það er a-liður 1. mgr. 42. gr. laga nr. 55/2013, um velferð dýra.

¹⁰⁰ Dæmi um það eru b- og c-liður 1. mgr. 42. gr. og b- og c-liður 1. mgr. 45. gr. laga nr. 55/2013, um velferð dýra.

¹⁰¹ Í 47. gr. norsku stjórnýslulaganna (lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) Lov-1967-02-10, er að finna almennt ákvæði um samvinnu stjórnvalda við þær aðstæður þegar sama háttsemi varðar við bæði stjórnýsluviðurlög og refsingu sem og þegar sama háttsemi getur varðað við fleiri stjórnýsluviðurlög sem ólík

farin sú leið í lögum að fela stjórnvaldi að meta eftir lögbundnum viðmiðum í hvaða farveg eigi að leggja mál.¹⁰²

2.9 Skerðing hagsmuna hins brotlega

Stjórnsýsluviðurlögum er, eins og öðrum viðurlögum, almennt ætlað að valda hinum brotlega þjáningu, böli eða óþægindum.¹⁰³ Er það yfirleitt gert með því að skerða hagsmuni hans. Þeir hagsmunir sem sæta skerðingu með viðurlögum geta verið margs konar.¹⁰⁴ Þeir geta lotið að lífi, líkama og frjálsræði manna. Ekki er lengur kveðið á um lífláts- og líkamsrefsingar eða nauðungarvinnu í íslenskum rétti en frjálsræði manna er nú skert með fangelsisvist.¹⁰⁵ Aðrir hagsmunir eru fjárhagslegir. Dæmi um það eru fésektir, sem eru refsingar, og stjórnvaldssektir og álag, sem eru stjórnsýsluviðurlög. Þá getur upptaka ólögmæts ávinnings ýmist verið refsikennnd viðurlög eða stjórnsýsluviðurlög. Enn aðrir hagsmunir varða persónu eða æru

stjórnmöld beita. Ákvæðið er svohljóðandi: „Dersom et forvaltningsorgan har grunn til å anta at både straff og administrativ sanksjon kan være en aktuell reaksjon mot samme forhold, må organet i samråd med påtalemyndigheten avklare om forholdet skal forfølges strafferettslig, administrativt eller både strafferettslig og administrativt. / Dersom et forvaltningsorgan har grunn til å anta at det også for et annet organ kan være aktuelt å ilegge administrativ sanksjon mot samme forhold, må forvaltningsorganet sørge for en samordning av behandlingen av spørsmålet om å ilegge sanksjoner.“

¹⁰² Dæmi um það er 7. mgr. 45. gr. laga nr. 55/2013, um velferð dýra, en ákvæðið er svohljóðandi: „Varði meint brot á lögum þessum bæði stjórnvaldssektum og refsingu metur Matvælastofnun hvort mál skuli kært til lögreglu eða því lokið með stjórnvaldsákvörðun hjá stofnuninni. Ef brot eru meiri háttar ber Matvælastofnun að vísa þeim til lögreglu. Brot telst meiri háttar ef verknaður er framinn með sérstaklega vítaverðum hætti eða við aðstæður sem auka mjög á saknæmi brotsins. Jafnframt getur Matvælastofnun á hvaða stigi rannsóknar sem er vísað máli vegna brota á lögum þessum til rannsóknar lögreglu. Gæta skal samræmis við úrlausn sambærilegra mála.“

¹⁰³ Sjá til hliðsjónar Ármann Snævarr: *Þættir úr refsirétti II*, bls. 70.

¹⁰⁴ Um flokkun eftir hagsmunum, sjá Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 80-82. Hann flokkar í hagsmuni sem varða persónu eða fjármuni eða nánar tiltekið líf og líkama, frjálsræði, réttarstöðu, fjármuni og annað svo sem brottvísun og ómerkingu ummæla. Sjá enn fremur flokkun Ármanns Snævarr: *Þættir úr refsirétti II*, bls. 79-88 og sérstaklega bls. 80, þar sem viðurlög eru flokkuð eftir þeim hagsmunum sem þau bitna á. Jafnframt má benda á flokkun Páls Hreinssonar: „Stjórnsýsluviðurlög“, bls. 256-258, í fjárhagslegar álögur, réttindasviptingu og áminningu. Sjá einnig Eirík Jónsson, Friðrik Ársælsson og Kristínu Benediktsdóttur: *Opinbert markaðsefirlit*, bls. 159.

¹⁰⁵ Eins og kunnugt er segir í 2. mgr. 69. gr. stjkskr. að í lögum megi aldrei mæla fyrir um dauðarefsingu. Líflátsrefsingar hurfu úr íslenskum lögum árið 1928 og hýðingar 1940, sjá Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 216. Í þessu samhengi má einnig geta þess að í 2. mgr. 68. gr. stjkskr. segir að nauðungarvinnu skuli engum gert að leysa af hendi.

manna. Til að mynda getur nafnbirting í tilefni af réttarbroti tengst slíkum hagsmunum. Áminning hefur verið flokkuð sem stjórnsýsluviðurlög vegna tengsla hennar við slík viðurlög, þ.e. til dæmis brottrekstur úr starfi.¹⁰⁶ Varpa má því fram að áminning í tilefni af réttarbroti sé einnig til þess fallin að skerða hagsmuni sem varða persónu eða æru manna og vera bagaleg fyrir framtíðar starfsmöguleika og starfsframa óháð tengslum hennar við önnur stjórnsýsluviðurlög. Að lokum varða sumir hagsmunir missi eða takmörkun á réttindum. Þeir geta einnig haft áhrif á fjárhagslega hagsmuni hins brotlega þótt viðurlögin séu ekki í formi fjárhagslegra áлага. Geta má afturköllun leyfis, brottreksturs úr starfi og sviptingu bótaréttar sem og missis starfsleyfis og annarrar stjórnsýslulegrar réttindasviptingar.

3. Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og stjórnsýsluviðurlög

3.1 Nokkrar mannréttindareglur stjórnarskrárinnar og MSE

Ekki er ætlunin að fjölyrða um inntak og gildissvið viðeigandi ákvæða stjórnarskrárinnar og mannréttindasáttmála Evrópu á þessum vettvangi. Í staðinn verður samhengisins vegna dregið á fáeinum atriðum er tengjast því hvernig stjórnsýsluviðurlög horfa við þessum mannréttindareglum. Áður en lengra er haldið má nefna að þótt ekki sé sjálfgefið að stjórnarskrárákvæði séu túlkuð með vísan til þjóðaréttar horfir málið öðruvísi við þegar þau byggja á tilteknum ákvæðum í alþjóðlegum mannréttindasáttmálum og til dæmis er vísað til tiltekins sáttmála í lögskýringargögnum.¹⁰⁷ Á þetta við um 69. og 70. gr. stj.skr. sem taka mið af 6. og 7. gr. MSE.¹⁰⁸ Þykir því rétt að horfa til síðarnefndu ákvæðanna við túlkun á fyrrnefndu ákvæðunum.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Páll Hreinsson: „Stjórnsýsluviðurlög“, bls. 258 og athugasemdir við a-lið 1. gr. í frumvarpi til laga um breytingu á stjórnsýslulögum, nr. 37/1993 (stjórnsýsluviðurlög), sbr. Alþt. 135. löggj.þ., 2007-2008, þskj. 837,

¹⁰⁷ Um túlkun stjórnarskrárákvæða með vísan til alþjóðasamninga, einkum um mannréttindi, sjá til dæmis Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 249-252 og Hafstein Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*, bls. 156-157. Sjá einnig Davíð Þór Björgvinsson: „Beiting Hæstaréttar á lögnum um mannréttindasáttmála Evrópu“, bls. 161 og Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 20-25.

¹⁰⁸ Sjá til hliðsjónar Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 16-18.

¹⁰⁹ Sjá til hliðsjónar Pál Hreinsson: „Stjórnsýsluviðurlög“, bls. 268.

Í 1. mgr. 69. gr. stjkskr. og 1. mgr. 7. gr. MSE er að finna lögmatísreglur refsiréttar.¹¹⁰ Af ákvæðunum leiðir að kveða verði á um í lögum hvaða háttsemi telst refsiverð sem og hvaða refsingu eða viðurlögum hún varði þó ekki sé loku fyrir það skotið að unnt sé að lögjafna í vissum tilfellum. Enn fremur er í ákvæðunum mælt fyrir um bann við afturvirkni refsilaga.¹¹¹ Þannig segir í 1. mgr. 69. gr. stjkskr. að engum verði gert að sæta refsingu nema hann hafi gerst sekur um háttsemi sem var refsiverð lögum samkvæmt á þeim tíma þegar hún átti sér stað eða má fullkomlega jafna til slíkrar háttsemi. Viðurlög mega ekki vera þyngri en heimiluð voru í lögum þá er háttsemi átti sér stað. Jafnframt segir í 1. mgr. 7. gr. MSE að enginn skuli teljast sekur um afbrot hafi verknaður sá eða aðgerðarleysi, sem hann er borinn, eigi varðað refsingu að landslögum eða þjóðarétti þá er framin voru. Eigi megi heldur dæma mann til þyngri refsingar en lög leyfðu þegar afbrotið var framið.

Í 1. mgr. 70. gr. stjkskr. og 1. mgr. 6. gr. MSE er kveðið á um réttláta málsmeðferð og í 2. mgr. ákvæðanna um réttinn til að teljast saklaus þar til sekt er sönnuð. Þannig kemur meðal annars fram í 1. mgr. 70. gr. stjkskr. að öllum beri réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur eða ákæru á hendur sér um refsiverða háttsemi með réttlátri málsmeðferð. Í 2. mgr. 70. gr. er svo kveðið á um að hver sá sem er borinn sökum um refsiverða háttsemi skuli talinn saklaus þar til sekt hans er sönnuð. Í 1. mgr. 6. gr. MSE er fjallað um réttláta málsmeðferð og er ákvæðið meðal annars afmarkað við þær aðstæður þegar maður

¹¹⁰ Einnig má benda á 1. gr. hgl.

¹¹¹ Þar sem reglur um fyrningu eru efnisreglur verður þeim ekki beitt með afturvirkum hætti. Sjá Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 300 og Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Refsiréttur“, bls. 358. Til hliðsjónar má benda á *MDE Chim og Przywieczerski gegn Póllandi 12. apríl 2018 í málum nr. 36661/07 og 38433/07* um flokkun á reglum sem málsmeðferðarreglum. Í 205. mgr. dómsins segir: „In this connection, the Court reiterates that in *Coëme and Others v. Belgium*, it examined a complaint under Article 7 of the Convention about the immediate application of a law extending limitation periods. It found that the provision had not been violated “since it could not be interpreted as prohibiting an extension of limitation periods through the immediate application of a procedural law where the relevant offences have never become subject to limitation” (§ 149). In the judgment, the Court classified the rules on limitation periods as procedural laws. It later confirmed that it was reasonable for domestic courts to apply the *tempus regit actum* principle with regard to procedural laws (see *Scoppola v. Italy* (no. 2) [GC], no. 10249/03, § 110, 17 September 2009). The rules on limitation periods did not define the offences or corresponding penalties and could be construed as merely laying down a prior condition for the examination of a case (see *Previti v. Italy* (dec.) no. 1845/08). In that sense, the rules on limitation periods had no bearing on the exercise of the right to a fair hearing.”

er borinn sök um refsivert brot. Í 2. mgr. 6. gr. er mælt fyrir um að hver sá sem borinn er sökum um refsiverða háttsemi skuli talinn saklaus uns sekt hans er sönnuð. Þá er í 3. mgr. 6. gr. að finna tiltekin réttindi þess sem er borinn sökum um refsiverða háttsemi.¹¹²

Auk þess er kveðið á um réttinn til að vera ekki saksóttur eða refsað tvívegis í 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka MSE.¹¹³ Þar segir að enginn skuli sæta lögsókn né refsingu að nýju í sakamáli innan lögsögu sama ríkis fyrir brot sem hann hefur þegar verið sýknaður af eða sakfelldur um með lokadómi samkvæmt lögum og sakamálaréttarhari viðkomandi ríkis.¹¹⁴

Þá má til hliðsjónar minna á að í 1. mgr. 68. gr. stjkskr. segir að engan megi beita pyntingum né annarri ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Samkvæmt 3. gr. MSE skal enginn sæta pyntingum eða ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu.¹¹⁵ Einnig má minna á vernd eignarréttar samkvæmt 1. mgr. 72. gr. stjkskr. og 1. gr. 1. viðauka MSE en sum stjórnarsýsluviðurlög fela í sér inngríp í eignarréttindi manna.

3.2 Heyra stjórnarsýsluviðurlög undir mannréttindareglurnar?

Hugtök í framangreindum ákvæðum, hvort sem er í stjórnarskránni eða mannréttindasáttmála Evrópu, hafa sjálfstæða merkingu. Í því felst að inntak hugtakanna í stjórnarskrá ræðst ekki af því hvernig refsiverð háttsemi sem og refsingar og viðurlög eru skilgreind í almennum lögum og merking hugtakanna í mannréttindasáttmálanum er óháð því hvernig sambærileg eða hliðstæð hugtök eru afmörkuð í landsrétti.¹¹⁶ Þrátt fyrir að stjórnarsýsluviðurlög teljist ekki refsingar í skilningi V. kafla hgl. eða refsikennd viðurlög í skilningi VII. og VII. kafla a hgl.,

¹¹² Sjá til hliðsjónar sjöttu meginreglu Recommendation No. R (91)1 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions.

¹¹³ Jafnframt má vekja athygli á þriðju meginreglu Recommendation No. R (91)1 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions.

¹¹⁴ Um gildissvið ákvæðisins sjá nánar Róbert R. Spanó: *Ne bis in idem*, bls. 67-82.

¹¹⁵ Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 108, túlkar 1. mgr. 68. gr. stjkskr. með hliðsjón af 3. gr. MSE í tengslum við refsingar.

¹¹⁶ Sjá til dæmis Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 143, Róbert R. Spanó og Hafstein Dan Kristjánsson: „Refsiréttur“, bls. 346-347. Sjá einnig Tom Barkhuysen, Michiel van Emmerik, Oswald Jensen og Masha Fedorova: „Right to a Fair Trial“, bls. 523-526, Karen Reid: *A Practioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 107, D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates og C.M. Buckley: *Harris, O'Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 373 og 377, Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks og Clare Overy: *Jacobs, White and Overy European Convention on Human Rights*, bls. 274-275 og Christoph Grabenwarter: *European Convention on Human Rights. Commentary*, bls. 108 og 112.

sbr. nánar 5. kafla, leiðir af áðurnefndu að þau geti talist til refsinga og viðurlaga í skilningi ákvæða stjórnarskrárinnar og mannréttinda-sáttmála Evrópu með þeim afleiðingum að gæta beri að þeim réttindum sem ákvæðin mæla fyrir um.

Þegar tekin er afstaða til þess hvort háttsemi heyri undir 6., 7. og 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka MSE má með einföldun segja að lagt sé heildstætt mat á inntak og eðli hennar með vísan til svokallaðra Engel-viðmiða.¹¹⁷ Þau eru þrjú talsins.¹¹⁸ Í fyrsta lagi er athugað hvernig háttsemi er skilgreind í landsrétti, svo sem hvort hún er flokkuð sem refsivert brot, agabrot o.s.frv.¹¹⁹ Sé háttsemi skilgreind sem afbrot (refsiverð/refsinæm háttsemi) hefur það úrslitagildi og fellur hún þá undir gildissvið fyrrnefndra ákvæða. Eins og að framan greinir eru stjórnsýsluviðurlög almennt ekki skilgreind með þeim hætti í íslenskum rétti. Aftur á móti hefur það ekki úrslitabýðingu fyrir matið. Þegar svo ber undir er litið til tveggja annarra viðmiða og nægir að annað þeirra sé uppfyllt. Í undantekningartilfellum er þó lagt heildstætt mat á bæði viðmiðin í einu lagi. Í öðru lagi er horft til raunverulegs eðlis háttsemi. Er þá meðal annars litið til gildissviðs reglu, svo sem hvort hún beinist að almenningi eða afmörkuðum hópi manna. Einnig er litið til þess markmiðs sem býr að baki viðurlögum, svo sem hvort úrræði sé ætlað að vera fyrirbyggjandi og bæta tjón eða vera hegning og hafa varnaðaráhrif. Búi refsimarkmið að baki úrræði mælir það með því að viðmiðið sé uppfyllt.¹²⁰ Í þriðja lagi er litið til þess hversu þungbærar

¹¹⁷ MDE Engel o.fl. gegn Hollandi frá 8. júní 1976 í málum nr. 5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72, sjá mgr. 81-82.

¹¹⁸ Fyrir umfjöllun um Engel-viðmiðin og stjórnsýsluviðurlög á íslensku, einkum stjórnvaldssektir, sjá til dæmis Röbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 143-154, Röbert R. Spanó: *Ne bis in idem*, bls. 64-66, Pál Hreinsson: „Stjórnsýsluviðurlög“, bls. 263-267, Ólaf Jóhannes Einarsson: „Pagnarréttur og meðferð samkeppnismála“, bls. 55-86 og Eirík Jónsson, Friðrik Ársælsson og Kristínu Benediktsdóttur: *Opinbert markaðseftirlit*, bls. 66. Fyrir umfjöllun í norskum rétti í tengslum við stjórnsýsluviðurlög, sjá *NOU 2003:15*, bls. 96-98, Björn O. Berg: *Forvaltningssanskjoner*, bls. 173-187, Jens Edvin A. Skoghøy: „Forvaltningssanskjoner, EMK og Grunnloven“, bls. 302-303 og *Prop. 62 L*, bls. 29-30.

¹¹⁹ Sjá til dæmis Tom Barkhuysen, Michiel van Emmerik, Oswald Jensen og Masha Fedorova: „Right to a Fair Trial“, bls. 526, Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 108 og D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates og C.M. Buckley: *Harris, O'Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 377.

¹²⁰ Sjá til dæmis Tom Barkhuysen, Michiel van Emmerik, Oswald Jensen og Masha Fedorova: „Right to a Fair Trial“, bls. 527-531, Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 109-110 og D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates

afleiðingar viðurlög kunna að hafa sem og til eðlis og inntaks þeirra. Er þá meðal annars horft til þess hversu viðurhlutamikil þau eru. Í því sambandi er til dæmis könnuð fjárhæð sektar og hvort hún geti haft í för með sér frelsisskerðingu.¹²¹ Einnig skiptir máli hvaða reglur gilda um viðurlögin, þar á meðal um málsmeðferð. Í dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu hefur sérstaklega verið horft til þess hvort úrræði sé beitt í tilefni af sakfellingu fyrir refsiverða háttsemi.¹²²

Telja verður að stjórnvaldssektir, ekki síst þegar fjárhæðir eru ekki óverulegar, uppfylli fyrrnefnd viðmið og falli undir gildissvið framangreindra ákvæða mannréttinasáttmálans. Sömu sögu er að segja um álag, til dæmis í skattarétti, og ýmsa stjórnsýslulega réttindasviptingu.¹²³ Sé úrræði einvörðungu beitt í viðurlagaskyni eru líkur fyrir því að annað Engel-viðmiðið sé uppfyllt. Búi blönduð rök að baki úrræði þarf að leggja nánara mat á hvort annað og/eða þriðja matsviðmiðið sé uppfyllt. Ekki gefst rúm til að fjalla um hvernig einstakar tegundir stjórnsýsluviðurlaga og birtingarmyndir þeirra í lögum horfa við Engel-viðmiðunum enda ræðst það af nokkru leyti af heildstæðu og atviksbundnu mati.¹²⁴ Verður látið við það sitja að benda á að sum stjórnsýsluviðurlög geta fallið undir framangreind ákvæði

og C.M. Buckley: *Harris, O'Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 377-378.

¹²¹ Sjá til dæmis Tom Barkhuysen, Michiel van Emmerik, Oswald Jensen og Masha Fedorova: „Right to a Fair Trial“, bls. 531-538, Karen Reid: *A Practioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 111-112 og D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates og C.M. Buckley: *Harris, O'Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 379. Almennt um Engel viðmiðin, sjá einnig Karen Reid: *A Practioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 107, Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks og Clare Overy: *Jacobs, White and Overy European Convention on Human Rights*, bls. 275 og Christoph Grabenwarter: *European Convention on Human Rights. Commentary*, bls. 108-111.

¹²² MDE Scoppola gegn Ítalíu 22. maí 2012, mál nr. 126/05. (Yfirdeild). Sjá einnig Karen Reid: *A Practioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, bls. 108 og Róbert R. Spanó: *Stjórnskráin, Mannréttinasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 146.

¹²³ Fyrir nánari rökstuðning fyrir þeirri niðurstöðu sjá til dæmis Ólaf Jóhannes Einarsson: „Þagnarréttur og meðferð samkeppnismála“, bls. 55-86, Pál Hreinsson: „Stjórnsýsluviðurlög“, bls. 264-265, Róbert R. Spanó: *Stjórnskráin, Mannréttinasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 150, Róbert R. Spanó: *Ne bis in idem*, bls. 74 og Björgu Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 198-199, en hún segir að allavega stjórnvaldssektir falla undir 1. mgr. 69. gr. stjkskr. Sjá einnig Eirík Jónsson, Friðrik Ársælsson og Kristínu Benediktsdóttur: *Opinbert markaðseftirlits*, bls. 66. Sjá enn fremur *Prop. 62 L*, bls. 22-23.

¹²⁴ Sjá til dæmis Pál Hreinsson: „Stjórnsýsluviðurlög“, bls. 264-267. Hann segir að stjórnvaldssektir, álag nema um fremur lága fjárhæð sé að ræða, svipting réttinda og afturköllun leyfis geti uppfyllt Engel-viðmiðin. Sjá Róbert R. Spanó: *Ne bis in idem*, bls. 78, um sambærilega niðurstöðu um álag.

mannréttinda-sáttmálans og þá væntanlega einnig 1. mgr. 69. gr. og 70. gr. stjkskr. en önnur stjórnsluviðurlög gera það ekki. Af því leiðir að sú vernd sem mannréttindaákvæðin fela í sér á við þegar sumum en ekki öllum stjórnsluviðurlögum er beitt. Þá hefur Mannréttindadómstóll Evrópu tekið fram að meta verði hvernig einstök réttindi sem felast í 6. gr. MSE horfa við sumum tegundum viðurlaga. Ekki er víst að réttindin eigi öll við í hverju tilviki eða gildi fullum fetum og án afbrigða.¹²⁵

Með þetta í huga verða stjórnvöld að vera á varðbergi fyrir því hvort framangreind ákvæði eigi við um mál, þar sem til greina kemur að beita stjórnsluviðurlögum, og þá að hvaða marki. Æskilegt er að hvert stjórnvald greini hvort og þá hvaða viðurlög falli undir mannréttindareglurnar og hvaða þýðingu það hafi fyrir málsmeðferð og efnisúrlausn.

4. Sérлагаákvæði um brottfall stjórnsluviðurlaga

Eins og að framan greinir er í ýmsum sérlögum kveðið á um að heimildir stjórnvalda til að leggja á stjórnvaldssektir falli niður að ákveðnum tíma liðnum. Ekki verður séð að sambærileg lagaákvæði hafi verið sett um önnur stjórnsluviðurlög, allavega ekki í sama mæli. Af þeim sökum verður sjónum einkum beint að sérлагаákvæðum um stjórnvaldssektir. Þar sem þau eru fjölmörg verður látið við það sitja að geta dæma. Ekki ætti það þó að koma að sök enda eru flest lagaákvæðin eins úr garði gerð.

Í því sem á eftir fer verður fjallað um efnislegt inntak og gildissvið sérлагаákvæðanna. Vakin verður athygli á álitafnum sem kunna að rísa og gerð grein fyrir sjónarmiðum sem koma til skoðunar við úrlausn þeirra. Jafnframt verður bent á hvað er líkt og ólíkt með sérлагаákvæðunum. Ekki verður þó lagt mat á hvort fullnægjandi rök búi að baki þeim greinarmun sem er gerður á heimildum stjórnvalda í einstaka tilvikum, eftir atvikum þeim greinarmun sem er gerður á réttaröryggi borgaranna. Enn fremur verða sérлагаákvæðin borin saman við reglur hegningarlaga um sakarfyrningu og brottfall viðurlaga þegar það þykir eiga við. Eins og ráðið verður af þeirri umfjöllun sem hér fer í hönd koma ýmis álitafni upp um hvort og þá að hversu miklu leyti ber að taka mið af meginreglum refsiréttar þegar

¹²⁵ MDE Jussila gegn Finnlandi, frá 23. nóvember 2006 í máli nr. 73053/01 mgr. 30 (Yfirdeild). Sjá einnig Pál Hreinsson: „Stjórnsluviðurlög“, bls. 266, sem og Jens Edvin A. Skoghøy: „Forvaltningsanskjoner, EMK og Grunnloven“, bls. 321-321, í tengslum við réttinn til að fella ekki á sig sök í stjórnslumáli.

ekki verður ráðið af sérlagaákvæði hvað gildir um einstök atriði. Á það bæði við um túlkun hugtaka og þegar sérlagaákvæði fjalla ekki um tiltekin atriði. Reynir þá á hvort unnt sé beita meginreglum refsiréttar þeim til fyllingar, eftir atvikum með lögjöfnun frá hegningarlögum, og þá jafnvel borgurinum í óhag.

4.1 *Aðeins er kveðið á um brottfall heimildar til að leggja á stjórnvaldssektir í sumum sérlögum*

Allur gangur virðist vera á því hvort í sérlögum sé kveðið á um að heimild til að leggja á stjórnvaldssektir falli niður. Almennit virðist mælt fyrir um þetta atriði í tilviki Fjármálaeftirlitsins. Sambærileg ákvæði og 112. gr. a laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, er að finna í ýmsum öðrum lögum. Sum þeirra eiga rætur að rekja til fyrrnefndra breytingalaga nr. 55/2007 en önnur virðast hafa tekið mið af þeim.¹²⁶ Einnig er kveðið á um þetta atriði í tilviki ýmissa annarra stjórnvalda.¹²⁷

Þrátt fyrir að slík sérlagaákvæði séu nokkuð algeng er ekki fjallað um brottfall stjórnsýsluviðurlaga í ýmsum tilfellum.¹²⁸ Aðstöðumunurinn

¹²⁶ Sjá 68. gr. laga nr. 128/2011, um verðbréfasjóði, fjárfestingarsjóði og fagfestasjóði, 36. gr. laga nr. 110/2007, um kauphallir, 34. gr. c laga nr. 131/1997, um rafræna eignaskráningu verðbréfa, 100. gr. laga nr. 56/2010, um váttryggingastarfsemi, og 168. gr. laga nr. 100/2016, um váttryggingastarfsemi. Einnig má benda á sambærileg ákvæði í 49. gr. laga nr. 140/2018, um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka, 11. gr. laga nr. 15/2018, um afleiðuviðskipti, miðlæga mótaðila og afleiðuviðskiptaskrár, 4. og 5. mgr. 4. gr. laga nr. 78/2014, um greiðslu yfir landamæri í evrum, 5. og 6. mgr. 77. gr. laga nr. 120/2011, um greiðsluþjónustu, 5. mgr. 18. gr. innheimtulaga nr. 95/2008, 11. mgr. 3. gr. laga nr. 50/2017, um lánshæfismatsfyrirtæki, 33. gr. laga nr. 11/2008, um sértryggð skuldabréf, 9. gr. laga nr. 55/2017, um skortsölu og skuldatryggingar, 5. og 6. mgr. 43. gr. laga nr. 17/2013, um útgáfu og meðferð rafeyris, 53. gr. laga nr. 60/2017, um váttryggingasamstæður, og 144. gr. laga nr. 108/2007, um verðbréfavíðskipti.

¹²⁷ Í tilviki Seðlabanka Íslands sjá 15. gr. d í lögum nr. 87/1992, um gjaldeyrismál. Í tilviki Mannvirkjastofnunar sjá 7. og 8. mgr. 25. gr. e laga nr. 75/2000, um brunavarnir, og 7. og 8. mgr. 18. gr. laga nr. 146/1996, um öryggi raforkuvirkja, neysluveitna og raffanga. Í tilviki Matvælastofnunar sjá 9. gr. i laga nr. 22/1994, um eftirlit með fóðri, áburði og sáðvöru, og 7. mgr. 34. gr. laga nr. 130/2014, um vernd afurðaheita sem vísa til uppruna, landssvæðis eða hefðbundinnar sérstöðu. Í tilviki Persónuverndar sjá 7. mgr. 46. gr. laga nr. 90/2018, um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga. Í tilviki Umhverfisstofnunar sjá 64. gr. efnalaga nr. 61/2013.

¹²⁸ Í tilviki Neytendastofu sjá 22. gr. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, 40. gr. laga nr. 91/2006, um mælingar, mæligrunna og vígtamenn, 30. gr. laga nr. 33/2013, um neytendalán, 29. gr. laga nr. 16/2016, um neytendasamninga, 32. gr. laga nr. 95/2018, um pakkaferðir og samtengda ferðatilhögun, og 18. gr. laga nr. 120/2013, um skiptileigusamninga fyrir afnot af húsnæði í orlofi eða fristundum o.fl. Í tilviki Fjölmílanefndar og Póst- og fjarskiptastofnunar sjá 54. gr. laga nr. 38/2011, um

fer yfirleitt eftir lagabálkum þar sem í einum lögum er mælt fyrir um brottfall en ekki í öðrum. Þó þekkest dæmi þess að í sömu lögunum sé fjallað með ólíkum hætti um heimildir stjórnvalda að þessu leyti. Þannig er kveðið á um að heimild Fjármálaeftirlitsins til að leggja á stjórnvaldssektir falli niður að ákveðnum tíma liðnum í 5. og 6. mgr. 57. gr. laga nr. 118/2016, um fasteignalán til neytenda. Eru ákvæðin sambærileg 112. gr. a laga nr. 161/2002. Í 53. gr. laga nr. 118/2016 er fjallað um heimild Neytendastofu til að leggja á stjórnvaldssektir. Þar er aftur á móti ekki að finna sambærilegt ákvæði um brottfall heimildarinnar. Ekki verður ráðið af lögskýringargögnum hvers vegna hafi verið gerður greinarmunur á heimildum stjórnvaldanna að þessu leyti.¹²⁹

Pegar kveðið er á um brottfall stjórnsýsluviðurlaga í tilviki eins stjórnvalds en ekki annars vaknar spurningin hvort gagnálykta eigi í tilviki síðarnefnda stjórnvaldsins á þann hátt að heimildin falli ekki niður að ákveðnum tíma liðnum. Niðurstaðan ræðst meðal annars af því hvort og þá hvaða almennu reglur gilda um brottfall stjórnsýsluviðurlaga og hvort unnt sé að lögjafna frá ákvæðum IX. kafla hgl. Fjallað verður um það í 5.-7. kafla.

4.2 Réttaráhrif þess að heimild fellur brott (fyrning)

Hingað til hefur ekki verið gerð grein fyrir hugtakinu fyrning í refsirétti. Með fyrningu er átt við að „réttur ríkisvaldsins til að koma fram refsingu eða öðrum viðurlögum fellur niður að ákveðnum tíma

fjölmíðla sem og í tilviki fjölmíðlanefndar 17. gr. laga nr. 23/2013, um Ríkisútvarpið, fjölmíðil í almannabágu. Í 5. mgr. 54. gr. laga nr. 38/2011 og 3. mgr. 17. gr. laga nr. 23/2013 kemur fram að falla megi frá sektarákvörðun ef brot teljast óveruleg eða af öðrum ástæðum er ekki talin þörf á beitingu sekta. Spyrja má hvort „þörf“ í ákvæðinu geti tekið mið af þeim tíma sem hefur liðið frá því að lögbrot átti sér stað. Í tilviki Póst- og fjarskiptastofnunar sjá enn fremur 74. gr. a laga nr. 81/2003, um fjarskipti. Í tilviki Ársreikningaskrár sjá 120. gr. laga nr. 3/2006, um ársreikninga. Í tilviki Landgræðslunnar sjá 25. gr. laga nr. 155/2018, um landgræðslu. Í tilviki lögreglu og Landhelgisgæslunnar sjá 55. gr. laga nr. 61/2006, um lax- og silungaveiðar. Í tilviki Samgöngustofu sjá 13. gr. laga nr. 65/2015, um leigu skráningarskyldra ökutækja, og 2. mgr. 59. gr. vegalaga nr. 80/2007. Í tilviki Mannvirkjastofnunar sjá 11. gr. laga nr. 72/1994, um merkingar og upplýsingaskyldu um vörur sem tengjast orkunýtingu, 18. gr. laga nr. 95/2016, um timbur og timburvörur, og 14. gr. laga nr. 42/2009, um vishönnun vöru sem tengist orkunotkun. Í tilviki kærunefndar útboðsmála sjá 111. og 118. gr. laga nr. 120/2016, um opinber innkaup. Í tilviki sýslumanns sjá 22. gr. a laga nr. 85/2007, um veitingastaði, gististaði og skemmtanahald.

¹²⁹ Ekki hefur verið kannað hvort ástæðan eigi rætur að rekja til EES-réttar.

(fresti) liðnum“.¹³⁰ Fyrning í refsirétti er tvenns konar. Annars vegar er fyrning sakar (fyrning málshöfðunarfrests), sbr. meðal annars 80.-82. gr. hgl.¹³¹ Hún er ein tegund svokallaðra refsilokaástaðna.¹³² Í því felst að refsíabyrgð eða sök, sem hefur stofnast, fellur niður vegna aðstaðna sem koma til síðar. Lok refsíabyrgðar leiðir til sýknu í dómsmáli hvort sem sakborningur ber fyrir sig fyrningu eða ekki.¹³³ Af því leiðir jafnframt að refsingum og sumum öðrum viðurlögum verður almennt ekki við komið enda er refsíabyrgð (sök) ekki fyrir hendi.¹³⁴ Nú hefur verið beinlínis kveðið á um þessa afleiðingu í 6. mgr. 82. gr. hgl. en ákvæðið var fært í lög með breytingalögum nr. 20/1981. Áður var reglan dómhelguð.¹³⁵ Í lagaákvæðinu kemur fram að sé sök fyrnd verði hvorki refsað fyrir háttsemina né dæmd nánar önnur tiltekin viðurlög.¹³⁶ Sá munur er á refsiloka- og refsileysisástaðu að síðarnefndu ástaðurnar lúta að aðstaðum sem voru fyrir hendi á verknaðarstundu sem leiða til þess að maður bakaði sér ekki refsíabyrgð en fyrrnefndu ástaðurnar lúta að því að refsíabyrgð, sem maður hefur bakað sér, fellur niður á síðari stundu.¹³⁷ Hins vegar er fyrning eða brottfall refsinga og annarra viðurlaga, sbr. 83. gr. og 83. gr. hgl. a til b. Í henni felst almennt að refsing eða önnur viðurlög, sem hafa verið ákveðin með dómi, úrskurði eða sátt, falla niður að ákveðnum tíma liðnum frá því að unnt var að fullnusta eða fullnægja dómnum, úrskurðinum eða sáttinni.¹³⁸ Fyrning af þessu tagi hefur ekki áhrif á sakfellingu eða

¹³⁰ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 300. Sjá einnig Róbert R. Spanó og Hafstein Dan Kristjánsson: „Refsiréttur“, bls. 356.

¹³¹ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 300.

¹³² Aðrar slíkar ástaður eru andlát sökunauts, afturhvarf frá tilraun og afnám refsíakvæðis, sbr. 2. gr. hgl. Sjá Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 297.

¹³³ Refsíabyrgð er enda grundvöllur sakfellingar. Sjá Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*, bls. 38.

¹³⁴ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 297-299 og Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 56-57. Sjá einnig Róbert R. Spanó og Hafstein Dan Kristjánsson: „Refsiréttur“, bls. 356-357.

¹³⁵ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 300. Fyrir danskan rétt sjá 95. gr. dönsku hegningarlaga.

¹³⁶ Í athugasemdum við 6. gr. laga nr. 20/1981, færði 6. mgr. 82. gr. hgl. í lög, sagði að í 80. gr. væru ekki sagt berum orðum að fyrning ylli því að refsingu yrði ekki beitt. Það væri löngu dómhelguð réttarregla að fyrning valdi sýknu. Þó væri rétt að taka þetta fram berum orðum. Jafnframt kom fram að fyrning samkvæmt IX. kafla hegningarlaga tæki aðeins til refsingar en ekki annarra viðurlaga. Rétt þætti að kveða á um að fyrning tæki einnig til annarra viðurlaga. Sjá Alþt. 103. löggj.þ. 1980, þskj. 4.

¹³⁷ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 297-298.

¹³⁸ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 300.

réttaráhrif hennar. Telst hún til svokallaðra eftirfarandi brottfalls-
ástæðna.¹³⁹

Sérlagaákvæði um að heimildir stjórnvalda til að leggja á stjórnvaldssektir falli niður að ákveðnum tíma liðnum rúmast innan skilgreiningarinnar á fyrningu í refsirétti. Aftur á móti verða þau ekki algerlega lögð að jöfnu við þær tvær tegundir fyrningar sem gerð var grein fyrir að ofan. Til útskýringar má benda á tiltekið sérlagaákvæði. Þótt útfærsla sérlagaákvæðanna sé mismunandi, eins og nánar verður vikið að hér á eftir, er algengasta fyrirkomulagið það sem er að finna í áðurnefndri 112. gr. a laga nr. 161/2002. Ákvæðið hljóðar svo í heild sinni:

„Heimild Fjármálaeftirlitsins til að leggja á stjórnvaldssektir samkvæmt lögum þessum fellur niður þegar fimm ár eru liðin frá því að háttsemi lauk.

Frestur skv. 1. mgr. rofnar þegar Fjármálaeftirlitið tilkynnir aðila um upphaf rannsóknar á meintu broti. Rof frests hefur réttaráhrif gagnvart öllum sem staðið hafa að broti.“

Eins og ráðið verður af orðalagi ákvæðisins, sem og sambærilegra ákvæða, er það heimildin til að leggja á stjórnvaldssektir sem fellur niður (fyrnist). Aðstaðan er því önnur en þegar viðurlög hafa nú þegar verið ákveðin eins og þegar refsingar og önnur viðurlög falla niður samkvæmt 83. gr. og 83. gr. hgl. a til b. Sérlagaákvæðin eru því ekki í eðli sínu eftirfarandi brottfallsástæður. Jafnframt kveða sérlagaákvæðin ekki á um að sök fyrnist eins og í tilviki 80.-82. gr. hgl. með þeim afleiðingum að viðurlögum verður ekki við komið. Sérlagaákvæðin lúta beinlínis að heimildinni til að leggja á stjórnvaldssektir í stað þess að brottfallið sé afleiðing þess að sök fyrnist. Sérlagaákvæðin eru því ekki í eðli sínu fyllilega hliðstæð refsilokaástæðum. Af því verður ráðið að undirliggjandi brot fyrnist ekki samkvæmt sérlagaákvæðunum. Aðili máls kann því enn að teljast brotlegur við lög eða sekur í þeim skilningi sem stuðst var við í 2. kafla. Segja má að í 80.-82. gr. hgl. sé kveðið á um fyrningu sakar (fyrningu málshöfðunarréttar), í 83. gr. og 83. gr. a til b hgl. er kveðið á um fyrningu álagðra viðurlaga en í sérlagaákvæðunum er kveðið á um fyrningu heimildar til að beita viðurlögum. Þrátt fyrir þetta kann munurinn á sakarfyrningarreglum hegningarlaga og sérlagaákvæðunum að vera ekki eins afgerandi og hann virðist vera við fyrstu sýn.¹⁴⁰

¹³⁹ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 300.

¹⁴⁰ Í því sambandi má benda á orðalag samsvarandi danskra og norskra ákvæða en það er annað en í 81. gr. hgl. Í 85. gr. lov om straff (straffeloven) Lov-2005-05-20-28 (norsku

Þótt sérlagaákvæðin rúmist innan skilgreiningar fyrningarhugtaksins er hér almennt stuðst við orðalagið brottfall stjórnsluviðurlaga. Er það vegna þess að fyrningarhugtakið er oft tengt við sakarfyrningu. Þó væri nákvæmara að styðjast við orðalagið brottfall heimildar enda er það hún sem fellur brott en ekki viðurlög sem hafa nú þegar verið lögð á.

Stundum er vísað til fyrningar í sérlagaákvæðunum en tilhögun þeirra er alls konar. Sum sérlagaákvæðin standa sjálfstætt og hafa heitið „fyrning stjórnvaldssektar“, sbr. til dæmis 168. gr. laga nr. 100/2016, um váttryggingastarfsemi, og 53. gr. laga nr. 60/2017, um váttryggingasamstæður, eða „fyrning“, sbr. til dæmis 64. gr. efnalaga nr. 61/2013.¹⁴¹ Önnur sérlagaákvæði, sem standa sjálfstætt, heita ekkert. Oft eru ákvæðin þó hluti af öðru ákvæði sem fjallar um stjórnvaldssektir og fer heiti þeirra eftir því. Þá er stundum vísað til fyrningar í orðalagi ákvæðis. Í flestum þeirra er mælt fyrir um „rof frests“ en þess þekkest dæmi að kveðið sé á um að „fyrningarfrestur rofnar“, sbr. 7. mgr. 46. gr. laga nr. 90/2018, um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga. Enn fremur er stundum fjallað um tengsl ákvæðanna við fyrningarreglur hegningarlaga í lögskýringargögnum.¹⁴² Því er ljóst að nán tengsl eru á milli fyrningarreglna refsiréttar og sérlagaákvæðanna þótt eðli þeirra sé ekki algerlega sambærilegt.

Hvað sem þessu líður er orðalag sérlagaákvæðanna skýrt um réttaráhrif þeirra. Þegar sá tími er liðinn sem í ákvæði greinir (fresturinn er útrunninn) er stjórnvaldi ekki heimilt að leggja á stjórnvaldssektir vegna brots. Til að mynda væri stjórnvaldi ekki stætt á því að ákveða stjórnvaldssekt en að taka fram að henni verði ekki fullnustað eða hún ekki innheimt sökum brottfalls heimildarinnar enda er stjórnvaldinu ekki leyfilegt að leggja stjórnvaldssektina á. Á hinn bóginn er stjórnvaldi fært að taka afstöðu til þess hvort aðili máls hafi gerst brotlegur við lög enda leiðir brottfall heimildarinnar ekki til

hegningarlaganna) segir: „En handling kan ikke straffes når foreldelse er inndrædt etter §§ 86 til 89.“ Nánara um norska ákvæðið, sjá Finn Haugen og Jon Sverdrup Efstestad: *Strafferet. Håndbok*, bls. 122 o.áfr. og Johs. Andenæs: *Alminnelig strafferet*, bls. 544 o.áfr. Í 92. gr. dönsku hegningarlaganna segir: „En lovovertrædelse straffes ikke, når der er inddrædt forældelse efter §§ 93-94.“ Nánar um danska ákvæðið sjá *Kommenteret Straffelov. Almindelig del*. Kommenterate af Vagn Greve, Bent Unmack Larsen og Per Lindegaard, bls. 341 o.áfr. Samkvæmt orðanna hljóðan fela danska og norska ákvæðið í sér að ekki er refsað þegar brot eða háttsemi er fyrnd.

¹⁴¹ Heiti getur haft þýðingu fyrir túlkun lagaákvæðis, sjá Hafstein Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinmi lagalegu aðferð*, bls. 144.

¹⁴² Sjá til dæmis Alþt. 133. löggj.þ. 2006-2007, þskj. 789.

hliðstæðra niðurstöðu og sýkna í dómsmáli. Sé niðurstaðan neikvæð (aðili er ekki brotlegur) kemur mögulegt brottfall heimildarinnar ekki til skoðunar.¹⁴³ Reynist niðurstaðan aftur á móti vera jákvæð (aðili er brotlegur) koma sérlagaákvæðin í veg fyrir að stjórnvaldssekt verði lögð á aðila máls vegna háttseminnar. Afstaða til þess hvort aðili máls hafi gerst brotlegur við lög kann því að vera liður í rökstuðningi fyrir niðurstöðu þótt útkoman sé að stjórnvaldssektir verði ekki álagðar sökum þess að heimildin er fallin brott. Við þær aðstæður kann stjórnvaldi að vera mögulegt að grípa til annarra aðgerða samkvæmt lögum. Til marks um framangreint má benda á athugasemdir við 3. gr. breytingalaga nr. 52/2007, sem færðu 37. gr. a í samkeppnislög nr. 44/2005, en þar sagði:

„Rétt er að taka fram að þótt réttur Samkeppniseftirlitsins til álagningar stjórnvaldssekta sé fyrndur koma ákvæði þessarar greinar ekki í veg fyrir að Samkeppniseftirlitið fjalli efnislega um mál og kveði upp úr um það hvort tiltekin háttsemi hafi falið í sér brot gegn samkeppnislögum. Sérstaklega má nefna að tilefni kann að vera fyrir Samkeppniseftirlitið til að grípa til aðgerða á grundvelli 16. gr. laganna þó að sektum yrði ekki beitt.“¹⁴⁴

Sambærilegar athugasemdir er að finna við 10. gr. breytingalaga nr. 55/2007, sem færðu 112. gr. a í lög nr. 161/2002. Þar sagði:

„Rétt er að taka fram að þótt réttur Fjármálaeftirlitsins til álagningar stjórnvaldssekta sé fyrndur koma ákvæði þessarar greinar ekki í veg fyrir að Fjármálaeftirlitið fjalli efnislega um mál og kveði upp úr um það, hvort tiltekin háttsemi hafi falið í sér brot gegn lögum um fjármálafyrirtæki.“¹⁴⁵

Ekki er fullvíst hvort athugasemdirnar byggi á því að ákvörðunar- eða úrskurðarorð geti lotið að því að aðili máls hafi gerst brotlegur við lög með hliðstæðum hætti og í dómSORði viðurkenningarmála, sem rekin eru á grundvelli 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála, að því marki sem það er unnt í slíkum málum eða hvort aðeins sé vísað til þess að stjórnvaldið geti tekið afstöðu til lögætis háttsemi sem þáttar í rökstuðningi fyrir lokaniðurstöðu.¹⁴⁶

¹⁴³ Sjá til hliðsjónar Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 301.

¹⁴⁴ Alþt. 133. löggj.þ., 2006-2007, þskj. 788.

¹⁴⁵ Alþt. 133. löggj.þ., 2006-2007, þskj. 789.

¹⁴⁶ Um viðurkenningarmál sjá til dæmis Hafstein Dan Kristjánsson: „Viðurkenningar-kröfur um (ó)lögæti einhvers“, bls. 39-82 og Hafstein Dan Kristjánsson: „Um inntak og eðli viðurkenningarkrafna í almennum einkámálum“, bls. 5-40.

4.3 Mismunandi lengd fresta

Lengd fresta í sérlögum er mismunandi.¹⁴⁷ Er það eðlilegt enda eru brot misalvarleg.¹⁴⁸ Enn fremur kunna ýmis önnur lagasjónarmið að koma til skoðunar í því sambandi rétt eins og í tilviki mismunandi fyrningar-fresta í refsirétti.¹⁴⁹ Stundum virðist lengd frests miðast við fyrningar-frest refsíabýrgðar vegna sömu háttsemi. Til að mynda er í ákvæði 112. gr. a laga nr. 161/2002 miðað við fimm ár. Í athugasemdum við 10. gr. frumvarps þess er varð að lögum nr. 55/2007, sem færðu ákvæði 112. gr. a í lög nr. 161/2002, sagði eftirfarandi um þetta atriði:

„Er það sami fyrningarfrestur og gilda mun um refsíabýrgð einstaklinga og lögaðila vegna brota á lögunum. Í b. lið 10. gr. frumvarpsins kemur fram að hámarksrefsing vegna brota gegn lögunum skuli vera sektir eða fangelsi allt að tveimur árum. Því er fyrningarfrestur gagnvart einstaklingum fimm ár skv. 81. gr. almennra hegningarlaga, nr. 19/1940. Sami fyrningarfrestur gildir gagnvart lögaðilum, sbr. 4. mgr. 81. gr. almennra hegningarlaga, nr. 19/1940.“¹⁵⁰

Í öðrum tilvikum er miðað við annað viðmið. Í 37. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 er miðað við sjö ár. Í athugasemdum við 3. gr. frumvarps þess sem varð að lögum nr. 52/2007, sem færðu 37. gr. a í samkeppnislög nr. 44/2005, sagði eftirfarandi um ákvörðun lengdar frestsins:

„Ekki eru sambærileg fyrningarákvæði í gildandi lögum. Vegna þess hversu alvarleg brot gegn samkeppnislögum eru er lagt til að frestur til að leggja á stjórnvaldssektir verði sjö ár. Þar sem kveðið er á um í a-lið 4. gr. frumvarpsins (41. gr. a) að hámarksrefsing vegna brota gegn samkeppnislögum skuli vera sektir eða fangelsi allt að sex árum er fyrningarfrestur gagnvart einstaklingum tíu ár skv. 81. gr. almennra hegningarlaga, nr. 19/1940. Í 1. mgr. 20. gr. laga um bókhald, nr. 145/1994, er kveðið á um að varðveita skuli bókhaldsgögn og fylgiskjöl í sjö ár frá lokum viðkomandi reikningsárs. Í ljósi þessa er lagt til að heimild Samkeppniseftirlitsins til að leggja á stjórnvaldssektir á fyrirtæki falli niður þegar sjö ár eru liðin frá því að háttsemi lauk.“¹⁵¹

¹⁴⁷ Sjá til samanburðar áðurgetið ákvæði 37. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 þar sem miðað er við sjö ár og 112. gr. a laga nr. 161/2002, um fjármálfyrirtæki, þar sem miðað er við fimm ár.

¹⁴⁸ Um ákvörðun sakarfyrningarfrests, sjá Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 304.

¹⁴⁹ Um lagarök fyrir fyrningu, sjá Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 301-302. Sjá einnig Róbert R. Spanó og Hafstein Dan Kristjánsson: „Refsiréttur“, bls. 357-358.

¹⁵⁰ Alpt. 133. löggj.þ. 2006-2007, þskj. 789.

¹⁵¹ Alpt. 133. löggj.þ. 2006-2007, þskj. 788.

Ekki verður annað ráðið af tilvitnuðum athugasemdum en að frestur til að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki hafi verið ákveðinn annar en fyrningarfrestur hegningarlaga í tilviki einstaklinga, sbr. 1. mgr. 81. gr. hgl. Einnig var fresturinn ekki miðaður við fyrningarfrest vegna refsíabyrgðar lögaðila en hann er fimm ár samkvæmt 5. mgr. 81. gr. hgl. Við afmörkun frestsins hafi í staðinn verið horft til þess hvenær varðveisluskyldu bókhaldsgagna ljúki. Þetta kann að gefa til kynna að ekki er unnt að ganga út frá því í öllum tilfellum, þegar um ólögsmælt tilvik er að ræða, að frestur til að leggja á stjórnvaldssektir verði lagður að jöfnu við sakarfyrningarfrest vegna sömu eða sambærilegrar háttsemi.

4.4 Hvenær byrjar frestur að líða?

Vegna þess að réttaráhrif eru bundin við að tiltekinn frestur sé útrunninn skiptir máli að afmarka nákvæmlega hvenær hann byrjar að líða. Almennt eru sérlagaákveðin orðuð svo að heimild til að leggja á stjórnvaldssektir fellur niður þegar ákveðinn tími er „líðinn frá því að háttsemi lauk“. Af þessu leiðir að túlka verður hugtökin „háttsemi“ og „lauk“ sem og samspil þeirra.

Skilja verður hugtakið „háttsemi“ á þann veg að vísað sé til þeirra réttarbrotu sem varða stjórnvaldssektum. Þau eru almennt afmörkuð í því ákvæði sem kveður á um heimildina til að leggja á stjórnvaldssektir. Til að mynda segir að heimild Fjármálaeftirlitsins til að leggja á stjórnvaldssektir falli niður að ákveðnum tíma liðnum í 36. gr. laga nr. 110/2007, um kauphallir, en í 1. mgr. 33. gr. laganna er afmarkað hvaða háttsemi varðar stjórnvaldssektum. Hugtakið „háttsemi“ í 36. gr. vísar til þeirra réttarbrotu sem talin eru upp í 16 töluliðum í 1. mgr. 33. gr. laganna. Háttsemishugtakið tekur til bæði athafna- og athafnaleysisbrota.¹⁵² Einnig rúmast innan þess ekki aðeins brot sem eru framin með einum verknaði heldur einnig röð brota eða brotaeinda/brotapátta sem og brot sem fela í sér að ólögsmætu ástandi er komið á. Eins og framangreint ber með sér getur háttsemishugtakið náð til margvíslegra réttarbrotu. Túlka verður orðalagið „lauk“ í ljósi þeirrar háttsemi sem reynir á hverju sinni. Taka verður tillit til eðlis réttarbrotu og þeirra

¹⁵² Sjá í þessu sambandi meginreglu refsiréttar að athafnaleysi verði lagt að jöfnu við athöfn. Þannig segir í athugasemdum við 1. gr. hgl.: „Með orðunum háttsemi og hegðun er gefið til kynna, að ákvæði greinarinnar eigi bæði við um refsiverðan verknað og refsivert athafnaleysi. Til varúðar skal það þó tekið fram, að þar sem annarsstaðar í lögum kann að vera talað um refsiverðan verknað, er einnig átt við refsivert athafnaleysi, nema annað sé berum orðum ákveðið.“ Alþt. 1939-1940, 54. löggj.þ., þskj. 43.

réttarreglana sem gilda um það á hverju sviði. Hvenær háttsemi telst lokið ræðst af lagalegu eðli réttarbrotisins og venjum sem hafa eða munu mótast um efnið.

Ef um stakt brot er að ræða telst háttsemi lokið daginn sem það átti sér stað. Er meginreglan sú að leggja verður mat á brottfall heimildarinnar sjálfstætt fyrir hvert réttarbrot.¹⁵³ Sé eitt réttarbrot utan frests en annað innan hans er stjórnvaldi heimilt að leggja á stjórnvalds-sekt vegna síðara réttarbrotisins en ekki hins fyrra.

Meiri vafi leikur á því hvernig fara beri með þau brot sem kölluð er framhaldsbrot og ástandsbrott í refsirétti. Við úrlausn þess þykir rétt að hafa hliðsjón af meginreglum refsiréttar. Byggist það á líkindum meðal orðalags sérlagaákvæðanna og upphafsorða 1. mgr. 82. gr. hgl., efnislegri samstöðu ákvæðanna að öðru leyti sem og að sérstaklega er vísað til fyrningarreglna hegningarlaga í athugasemdum við sum sérlagaákvæði.¹⁵⁴ Í athugasemdum við önnur sérlagaákvæði er tekið fram að höfð hafi verið hliðsjón af fyrstnefndu sérlagaákvæðunum.¹⁵⁵ Í enn öðrum tilvikum eru ákvæðin samhljóða eða fyllilega sambærileg

¹⁵³ Í refsirétti er meginreglan sú að hvert afbrot fynnist sjálfstætt, sjá Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 307. Sjá í þessu sambandi þó 4. mgr. 81. gr. hgl. þegar háttsemi varðar við fleiri en eitt refsíákvæði og skal þá miða fyrningarfreft brotanna við það ákvæði sem geymi þyngst refsímörk.

¹⁵⁴ Sjá til dæmis Alþt. 133. löggj.þ. 2006-2007, þskj. 789 og Alþt. 133. löggj.þ. 2006-2007, þskj. 788.

¹⁵⁵ Sjá til dæmis 64. gr. efnalaga nr. 61/2013. Í athugasemdum við ákvæðið er vísað til þess að höfð hafi verið hliðsjón af 100. gr. laga nr. 56/2010, um váttryggingastarfsemi. Sjá Alþt. 141. löggj.þ. 2012-2013, þskj. 88. Það ákvæði á rætur að rekja til ákvæðis 99. gr. c eldri laga nr. 60/1994, um váttryggingastarfsemi, eins og þeim var breytt með lögum nr. 55/2007. Í athugasemdum við 19. gr. þeirra laga, sem færðu 99. gr. c í lög nr. 60/1994, er vísað berum orðum til meginreglna refsiréttar í þessu sambandi. Sama gildir um önnur sambærileg ákvæði í athugasemdunum. Sjá Alþt. 133. löggj.þ. 2006-2007, þskj. 789. Sömu sögu er að segja um 9. gr. i laga nr. 22/1994, um eftirlit með fódri, áburði og sáðvöru. Í athugasemdum við frumvarp það er varð að lögum nr. 37/2014, sem færði 9. gr. i í lög nr. 22/1944, var tekið fram að höfð hefði verið hliðsjón af 100. gr. laga nr. 56/2010. Sjá Alþt. 143. löggj.þ. 2013-2014, þskj. 157. Í athugasemdum við frumvarp það er varð að lögum nr. 65/2016, sem færði 25. gr. e í lög nr. 75/2000, um brunavarnir, kom fram að höfð hefði verið hliðsjón af 64. gr. efnalaga nr. 61/2013. Sjá Alþt. 145. löggj.þ., 2015-2016, þskj. 1097. Jafnframt kom fram í athugasemdum við frumvarp það er varð að lögum nr. 66/2016, sem breyttu 18. gr. í núverandi horf í lögum nr. 146/1996, um öryggi raforkuvirkja, neysluveitna og raffanga, að höfð hefði verið hliðsjón af 64. gr. efnalaga. Sjá Alþt. 145. löggj.þ. 2015-2016, þskj. 1099. Eins og ráðið verður af framanröktu má rekja fyrirmynd ákvæðanna ekki aðeins til 64. gr. efnalaga heldur til breytingalaga nr. 55/2007 þar sem vísað er til meginreglna refsiréttar.

fyrirnefndum sérlagaákvæðum þótt ekki sé fjallað sérstaklega um merkingu þeirra eða fyrirmyndir í lögskýringargögnum.¹⁵⁶

Fyrri málsliður 1. mgr. 82. gr. hgl. hljóðar svo: „Fyrningarfrestur telst frá þeim degi, er refsiverðum verknaði eða refsiverðu athafnaleysi lauk.“ Ákvæðið hefur verið túlkað svo að frestur byrji að líða þegar síðasta brot (brotabáttur) hefur verið framinn og þegar ólögmætu ástandi lýkur.¹⁵⁷ Með framhaldsbroti er átt við „framhaldandi röð samkynja eða eðlislíkra athafna“.¹⁵⁸ Ástandsbrott hefur þrengri og rýmri merkingu. Í þrengri merkingu er það að „koma á og viðhalda varanlegu ólögmætu ástandi eða vanrækslu um að sinna varanlegri laga-skyldu“.¹⁵⁹ Frestur vegna ástandsbrots í þrengri merkingu byrjar að líða þegar hinu ólögmæta ástandi lýkur. Sé um beint athafnaleysisbrott að ræða, þ.e. athafnaskylda er lögð á aðila með lagaákvæði, hefst fresturinn almennt að líða þegar lagaskyldan fellur niður. Með öðrum orðum þá varir ástandið almennt svo lengi sem skyldan er vanrækt.¹⁶⁰ Sé um tilkynningarskyldu að ræða byrjar fresturinn að líða þegar frestur til að tilkynna rennur út. Þegar um ástandsbrott í rýmri merkingu er að ræða leiðir hið ólögmæta ástand af eða fylgir því broti sem er lýst í ákvæði. Leggjja verður mat á í hverju tilviki hvenær frestur vegna slíkra brota byrjar að líða.¹⁶¹ Byggt hefur verið á því að sambærilegar reglur og sjónarmið eiga við um upphaf frests í sumum sérlagaákvæðum, þ.e. fresturinn byrji að líða þegar hinu ólögmæta ástandi linnir eða hinni samfelldu brotastarfsemi er hætt.¹⁶²

Til viðbótar kann réttarbrott að vera háð því skilyrði að tiltekin afleiðing raungerist eða tiltekið atvik eigi sér stað á síðari stigum.

¹⁵⁶ Í athugasemdum við 46. gr. laga nr. 90/2018, um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga, er ekki vísað sérstaklega til annars ákvæðis sem fyrirmyndar. Þó er vísað til laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, um fjárhæð sekta. Sjá Alþt. 148. löggj.þ. 2017-2018, þskj. 1029.

¹⁵⁷ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 310 og 312.

¹⁵⁸ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 310. Sjá einnig Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabýrgð I*, bls. 43 og 48. Sjá enn fremur Ármann Snævarr: *Þættir úr refsirétti II*, bls. 41-43.

¹⁵⁹ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 312. Sjá einnig Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabýrgð I*, bls. 53. Sjá enn fremur Ármann Snævarr: *Þættir úr refsirétti II*, bls. 43-44.

¹⁶⁰ Um bein athafnaleysisbrott, sjá Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabýrgð I*, bls. 86-88

¹⁶¹ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 312-313.

¹⁶² Sjá til dæmis athugasemdir við lög nr. 52/2007 og 55/2007 í Alþt. 133. löggj.þ. 2006-2007, þskj. 789 og Alþt. 133. löggj.þ. 2006-2007, þskj. 788 um þau ákvæði sem urðu að 37. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 og 112. gr. a laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki.

Fjallað er um upphaf fyrningarfrests slíkra afbrota í 2. mgr. 82. gr. hgl. en ákvæðið er svohljóðandi:¹⁶³

„Nú er refsinaemi háð því að nokkru leyti eða öllu, að háttsemi hafi í för með sér tiltekna afleiðingu, og hefst fyrningarfrestur þá ekki fyrir en afleiðing þessi kemur fram. Hinu sama gegnir að sínu leyti, ef refsinaemi er háð því, að tiltekið atvik beri að höndum eftir að háttsemi er uppi höfð, og tekur sök þá ekki að fyrnast, fyrir en atvik þetta hefur gerst.“

Reglan tekur mið af svokölluðum sjálfstæðum hlutrænum refsiskilyrðum, þ.e. skilyrðum sem standa utan eiginlegrar verknaðarlýsingar. Í henni felst að sé tiltekin afleiðing eða atvik meðal skilyrða refsinaemis hefst frestur að líða þegar afleiðingin er komin fram eða atvikið hefur átt sér stað en ekki þegar (eiginlegur) verknaður var framinn eins og í 1. mgr. 82. gr. hgl.¹⁶⁴ Vegna sömu raka og tíunduð voru að ofan og eðli máls samkvæmt verður að telja að sambærileg sjónarmið gildi um eðlislíka háttsemi sem varðar stjórnvaldssektum.

4.5 *Hvernig er frestur reiknaður út?*

Telja verður að orðalagið ár í sérлагаákvæðunum vísi til almanaksárs og almanaksmánaða enda eru ekki vísbendingar um annað.¹⁶⁵ Ekki liggur í augum uppi hvernig beri að telja upphafs- og lokadag frests. Til greina kæmi að telja þann dag sem réttarbrot er framið með í frestinum eða hefja talninguna frá næsta degi. Sé miðað við fyrri daginn reynir á hvort tíminn byrji að líða við upphaf eða lok hans eða þá þann tíma dags er réttarbrotinu lauk.

Þegar tekin er afstaða til álítaefnisins reynir meðal annars á hvernig 8. gr. ssl. um útreikning frests horfir við. Í ákvæðinu segir að þar sem kveðið er á um frest í lögum teljist sá dagur, sem fresturinn er talinn frá, ekki með í frestinum. Ef lokadagur frests er almennur frídagur lengist fresturinn til næsta opnunardags þar á eftir. Að öðru leyti ber að telja frídaga með sem eru innan frestsins þegar fresturinn er reiknaður. Væri reglan lögð til grundvallar bæri ekki að telja þann dag sem réttarbrot var framið með í frestinum. Ef réttarbrot hefði átt sér stað 1. september

¹⁶³ Ákvæði 3. mgr. 81. gr. hgl. er efnislega afmarkaðra en það hljóðar svo: „Nú er refsiverður verknaður framinn á íslensku skipi eða loftfari, utan forráðasvæðis íslenska ríkisins, og tekur sök þá ekki að fyrnast, fyrir en skipið eða loftfarið er komið til íslenskrar hafnar. Fyrningarfrestur hefst þó ekki síðar en 1 ári frá því að brot var framið.“

¹⁶⁴ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 314.

¹⁶⁵ Til hliðsjónar má benda á að samkvæmt 2. mgr. 31. gr. hgl. telst ár vera 360 dagar og mánuðir 30 dagar þegar þegar fangelsisrefsing er ákvörðuð.

2014 hefði stjórnvald til og með 1. september 2019 til að rjúfa frestinn, sem rynni þá út daginn eftir, þ.e. 2. september 2019, sé miðað við 5 ára fyrningarfrest.¹⁶⁶ Kemur því til skoðunar hvort 8. gr. ssl. eigi yfir höfuð við um sérlagaákvæðin.

Ákvörðun um álagningu stjórnvaldssekta er, sem fyrr greinir, stjórnvaldsákvörðun með þeim afleiðingum að stjórnslulögin gilda um undirbúning, málsmeðferð og efni hennar. Vegna þess kemur reikniregla 8. gr. ssl. til greina. Orðalag ákvæðisins er einnig víðtækt, sbr. „kveðið er á um frest í lögum“ og þar sem vísað er til „frests“ án þess að það sé takmarkað við fresti af ákveðnu tagi. Jafnframt er í athugasemdum við ákvæðið tekið fram að um sé að ræða skýringarreglu á því hvernig „reikna beri út fresti í lögum er varða stjórnsluna“.¹⁶⁷

Þrátt fyrir framanrakið eru vísbendingar þess efnis að reiknireglan taki ekki til allra fresta óháð eðli þeirra. Í fyrsta lagi er í 2. mgr. ákvæðisins að finna þá reglu að sé lokadagur frests frídagur þá lengist fresturinn til næsta opnunardags. Taki reglan til fresta í tengslum við brottfall stjórnsluviðurlaga verður að telja hana nokkuð einkennilega. Í dæminu hér að ofan myndi reiknireglan leiða til þess að 1. september 2019, sem er sunnudagur og þar með frídagur, myndi ekki vera lokadagur frestsins heldur myndi hann færast yfir til 2. september sama ár. Með öðrum orðum myndi leiða af reiknireglunni að frídagur lengi frest stjórnvalda til að koma fram stjórnsluviðurlögum gagnvart borgurunum þeim í óhag. Í öðru lagi má draga ályktun af athugasemdum við 8. gr. ssl. um hvers konar frestir eru einkum hafðir í huga. Þar er vísað til kærufrests samkvæmt 27. gr. ssl. og tekið fram að þegar lokadagur kærufrests ber uppi á frídegi framlengist hans til næsta opnunardags.¹⁶⁸ Séu kærufrestir og sambærilegir frestir hafðir í huga fela bæði 1. og 2. mgr. 8. gr. ssl. í sér ívilnandi reiknireglu fyrir borgarana. Þetta er þó ekki einhlítt enda gildir reiknireglan um ýmsa fresti sem stjórnvöld hafa, svo sem til að gefa rökstuðning samkvæmt 3. mgr. 21. gr. ssl. Aftur á móti þegar reynir á fresti í tengslum við brottfall stjórnsluviðurlaga er reiknireglan borgurunum í óhag. Af framangreindu leiðir að ákveðin rök standa til þess að túlka gildissvið reiknireglu 8. gr. ssl. á þann veg að hún taki fyrst og fremst til kærufresta, annarra fresta í stjórnslulögum og sambærilegra fresta.

¹⁶⁶ Fyrir beitingu á 8. gr. ssl. sjá til dæmis *álit umboðsmanns Alþingis frá 10. apríl 2015 í máli nr. 8140/2014 (niðurfelling dráttarvaxta)*.

¹⁶⁷ Alpt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 116.

¹⁶⁸ Alpt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 116.

Með sambærilegum frestum er átt við fresti eins og þá sem kveðið er á um í stjórnsýslulögum eða hliðstæða þeim. Sú niðurstaða er þó alls ekki efallaus enda verður ekki framhjá því litið að orðalag ákvæðisins er almennt. Framanraktar vísbendingar um að gildissvið skýringarreglunnar sé þrengra en orðalag ákvæðisins gefur til kynna eru heldur ekki þungvægar. Væri heppilegra ef lög væru skýrari um þetta atriði.

Hvað sem framangreindum vangaveltum líður þá kann túlkun lagaákvæðis að leiða til þeirrar niðurstöðu að skýringarregla 8. gr. ssl. samrýmist því ekki. Á það einkum við þegar réttarregla felur skýrlega í sér annað viðmið um útreikning frests. Í þeim tilvikum verður 8. gr. ssl. ekki beitt við útreikninginn. Í sérlagaákvæðunum er almennt miðað við að tiltekinn tími hafi liðið „frá því að háttsemi lauk“. Einn túlkunarkostur, sem studdur er við 1. mgr. 82. gr. hgl., er að fresturinn „telst frá þeim degi“ er háttsemi lauk. Í ýmsum ákvæðum stjórnsýslulaga er miðað við hvenær aðila var tilkynnt um ákvörðun eða beiðni barst en ekki hvenær háttsemi lauk, sbr. áðurgetin beiðni um rökstuðning í 3. mgr. 21. gr., frest til endurupptöku samkvæmt 2. mgr. 24. gr. og kærufrest samkvæmt 1. mgr. 27. gr. Þó verður ekki séð að munurinn á sérlagaákvæðunum og ákvæðum stjórnsýslulaga sé afgerandi að þessu leyti.

Líta má til þess hvernig fyrningarfrestir eru reiknaðir út í 1. mgr. 82. gr. hgl. Í upphafsmálslið ákvæðisins segir, sem fyrr er nefnt, að fyrningarfrestur „telst frá þeim degi“ er refsiverðum verknæði eða refsiverðu athafnaleysi lauk. Ákvæðið hefur verið túlkað á þann hátt að dagurinn sem afbroti lauk er talinn með, ólíkt því sem gildir samkvæmt 1. mgr. 8. gr. ssl. Jafnframt hefur verið miðað við upphaf þess dags, þ.e. miðnætti aðfararnótt dagsins. Í dæminu hér að ofan myndi frestur vegna afbrots sem lauk síðdegis 1. september 2014 byrja að líða á miðnætti aðfararnótt 1. september þess árs og renna út á miðnætti eða við lok dags hinn 31. ágúst 2019.¹⁶⁹ Vegna þess að reikningareglur 8. gr. ssl. og 1. mgr. 82. gr. hgl. leiða til mismunandi niðurstöðu er enn frekari ástæða fyrir því en ella að lög séu skýrari um þetta atriði.

4.6 Réttaráhrif þess að frestur er rofinn

Ekki er þörf á að fara mörgum orðum um réttaráhrif þess að frestur rofnar. Við þær aðstæður stöðvast fresturinn (hættir að líða) og stjórnvaldi er lögum samkvæmt heimilt að leggja á stjórnvaldssektir

¹⁶⁹ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 310.

vegna háttsemi. Vegna réttaráhrifanna skiptir máli að afráða hvenær frestur er rofinn en að því verður nú vikið.

4.7 Hvenær rofnar frestur?

4.7.1 Ekki er alltaf byggt á sama viðmiði í sérlögum

Oft er kveðið á um í sérlagaákvæðunum að frestur rofni þegar ákveðinn atburður á sér stað eða ákveðnar aðstæður eru fyrir hendi. Þó er ekki alltaf kveðið á um sama viðmiðið í þeim efnum. Í því sem á eftir fer verður getið þriggja ólíkra viðmiða.

Algengasta viðmiðið kemur fram í áður nefndri 112. gr. a laga nr. 161/2002, um fjármálfyrirtæki. Í því ákvæði, sem og þeim ákvæðum sem eru hliðstæð, er byggt á því að frestur rofni þegar stjórnvaldið „tilkynnir aðila um upphaf rannsóknar á meintu broti“. Auk þess viðmiðs er í sumum sérlagaákvæðum kveðið á um annað viðmið, svo sem að húsleit hafi farið fram eða að aðili hafi fengið vitneskju um að mál sé til meðferðar. Þannig er í 37. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 miðað við tilkynningu um upphaf rannsóknar á meintu broti eða „þegar framkvæmd er leit á starfsstað fyrirtækis eða samtaka fyrirtækja á grundvelli 20. gr.“ Í 2. mgr. 22. gr. laga nr. 37/2016, um meðferð krónueigna sem háðar eru sérstökum takmörkunum, segir að fresturinn rofni „þegar aðila er kunnugt um að mál hans er til meðferðar“. Jafnframt segir að Seðlabanki Íslands tilkynni aðila um rannsókn á meintu broti, nema ljóst sé að hann hafi áður fengið vitneskju um það.¹⁷⁰

Velta má því upp hverju það sæti að ekki sé byggt á sama viðmiði í öllum tilvikum. Augljóslega er óþarfi að miða við húsleit í þeim tilfellum þegar stjórnvald getur ekki hlutast til um slíka rannsóknaraðgerð. Engu að síður verður ekki séð að kveðið sé á um viðmiðið í öllum tilvikum þegar stjórnvald getur hlutast til um athuganir á starfsstöð eftirlitsskyldra aðila. Í því sambandi má benda á rannsóknarheimildir Seðlabanka Íslands samkvæmt 15. gr. e laga nr. 87/1992, um gjaldeyrismál, en við framkvæmd slíkra aðgerða skal beita lögum nr. 88/2008, um meðferð sakamála. Í 2. mgr. 15. gr. d er kveðið á um að frestur rofni þegar Seðlabanki Íslands tilkynnir aðila um upphaf

¹⁷⁰ Ákvæði 22. gr. laga nr. 37/2016, um meðferð krónueigna sem háðar eru sérstökum takmörkunum, hljóðar svo: „Heimild Seðlabanka Íslands til að leggja á stjórnvaldssektir samkvæmt lögum þessum fellur niður þegar fimm ár eru liðin frá því að háttsemi lauk./ Frestur skv. 1. mgr. rofnar þegar aðila er kunnugt um að mál hans er til meðferðar. Seðlabanki Íslands tilkynnir aðila um rannsókn á meintu broti, nema ljóst sé að hann hafi áður fengið vitneskju um það. Rof frests hefur réttaráhrif gagnvart öllum sem staðið hafa að broti.“

rannsóknar á meintu broti. Ekki er tekið fram að frestur rofni þegar þær aðgerðir eru viðhafðar sem getið er í 15. gr. e.¹⁷¹ Má spyrja hvort yfir höfuð sé þörf á því að miða við húsleit en yfirleitt myndi aðila vera tilkynnt um upphaf rannsóknar á meintu broti þegar húsleit eða haldlagning gagna fer fram. Tilgreiningin kann þó að vera til öryggis (l. *ex tuto*).

Í athugasemdum við 2. mgr. 22. gr. laga nr. 37/2016 kemur ekki fram af hverju hafi verið lagt til grundvallar annað viðmið en til dæmis í 2. mgr. 15. gr. d laga nr. 87/1992.¹⁷² Bæði lagaákvæðin fjalla um heimildir Seðlabanka Íslands. Sem fyrr segir verður ráðið af orðalagi 2. mgr. 22. gr. laga nr. 37/2016 að frestur geti rofnað þótt aðila hafi ekki verið tilkynnt um meðferð máls, sbr. orðalagið „nema ljóst sé að hann hafi áður fengið vitneskju um það“ og „þegar aðila er kunnugt um að mál hans sé til meðferðar“. Í athugasemdunum segir jafnframt að ákvæðið um rof frests sé í samræmi við áskilnað stjórnáslulaga um tilkynningarskyldu stjórnvalds.¹⁷³ Í þessu sambandi má rifja upp að í 14. gr. ssl. segir að eigi aðili máls rétt á tjá sig um efni þess samkvæmt 13. gr. skuli stjórnvald, svo fljótt sem því verður við komið, vekja athygli aðila á því að mál hans sé til meðferðar, nema ljóst sé að hann hafi fengið vitneskju um það fyrirfram. Væri æskilegra að skýrar lægi fyrir því byggt hafi verið á öðru viðmiði í 2. mgr. 22. gr. laga nr. 37/2016 en til dæmis í 2. mgr. 15. gr. d laga nr. 87/1992.

Einnig þekkjast dæmi þess að lagaákvæði kveði á um brottfall heimildar án þess að mælt sé fyrir um rof frests. Kemur þá upp álitæfnið hvernig fara beri með slík tilvik. Fjallað verður um þau hér á eftir.

Að framan var getið mismunandi viðmiða um rof frests. Vaknar þá spurningin hvaða útfærsla sé haganlegust. Ekki verður tekin afstaða til þess að öðru leyti en að benda á eftirfarandi. Fyrirkomulag 2. mgr. 22. gr. laga nr. 37/2016, um meðferð krónueigna sem háðar eru sérstökum takmörkunum, er sveigjanlegast. Er miðað við vitneskju aðila af meðferð máls, hvort sem aðili hafi öðlast hana með tilkynningu stjórnvalds eða á annan hátt. Virðist viðmiðið rúma önnur viðmið um

¹⁷¹ Um önnur dæmi má benda á að samkvæmt 1. og 2. mgr. 34. gr. laga nr. 55/2013, um velferð dýra, er Matvælastofnun heimilt að fara í eftirlitsheimsóknir og taka dýr úr vörslum eiganda eða umráðamanns. Ekki er miðað sérstaklega við slíkar aðgerðir í 7. mgr. 42. gr. laganna. Í 9. gr. b laga nr. 22/1994, um eftirlit með fóðri, áburði og sáðvöru, er kveðið á um aðgang Matvælastofnunar til aðgangs til skoðunar og eftirlits. Ekki er miðað sérstaklega við slíkar aðgerðir í 9. gr. i.

¹⁷² Alpt. 145. löggj.þ. 2015-2016, þskj. 1314.

¹⁷³ Alpt. 145. löggj.þ. 2015-2016, þskj. 1314.

tiltekin rannsóknarræði og þvingunarráðstafanir. Einnig er ákvæðið í samræmi við tilkynningarreglu 14. gr. ssl. Á hinn bóginn kann tilkynning að þykja traustari grundvöllur fyrir jafn þýðingarmikil réttaráhrif og raun ber vitni. Þá má benda á að samkvæmt a-lið 3. mgr. 6. gr. MSE er gerð sú krafa að hver sá sem er borinn sökum um refsiverða háttsemi fái án tafa, á máli því sem hann skilur, vitneskju í smáatriðum eðli og orsök þeirrar ákæru sem hann sætir. Enn fremur getur verið erfiðleikum háð að sanna hvenær aðili fékk fullnægjandi vitneskju.

4.7.2 Stjórnvald tilkynnir aðila um upphaf rannsóknar á meintu broti o.fl.

4.7.2.1 Flest sérlagaákvæði miða við tilkynningu ólíkt 4. mgr. 82. gr. hgl.

Eins og að framan greinir er tíðast að miða rof frests við að stjórnvald tilkynnir aðila um upphaf rannsóknar á meintu broti. Kemur því til skoðunar hvenær skilyrðið telst uppfyllt. Í því sambandi er fróðlegt að bera orðalag sérlagaákvæðanna saman við fyrstu þrjá málsliði 4. mgr. 82. gr. hgl. en þar er fjallað um rof sakarfyrningarfrests. Viðeigandi hlutar ákvæðisins er svohljóðandi:

„Fyrningarfrestur rofnar þegar rannsókn sakamáls hefst fyrir rannsóknara gegn manni sem sakborningi. Í málum, sem lögreglan má samkvæmt lögum ljúka með sátt, rofnar fyrningarfrestur þegar lögreglan sakar mann um brot og kynnir honum sáttaboð. Þegar lög heimila stjórnvaldi endranær að kveða á um refsingu fyrir brot rofnar fresturinn þegar stjórnvaldið sakar mann um slíkt brot.“

Við túlkun 4. mgr. 82. gr. hgl. verður meðal annars að líta til athugasemda við breytingalög nr. 20/1981 og lög nr. 63/1998. Í athugasemdum við 6. gr. í frumvarpi því er varð að lögum nr. 20/1981 kom fram að fyrning rofnar þegar rannsókn beinist að manni sem sökunaut, þ.e. „maður er skýrlega hafður fyrir sökum vegna tiltekens brots“. Jafnframt var bent á að slíkt fælist í bókunum við rannsókn máls. Einnig var tekið fram að rannsókn gæti hafist gegn manni sem sökunaut „þótt hann [væri] ekki nærstaddur og [kæmi] ekki persónulega fyrir dómara eða aðra þá, sem í 4. mgr. 6. gr. greinir“. Enn fremur sagði að stöku sinnum væri stjórnvaldi heimilt að gera manni refsingu. Í því tilviki rofnaði fyrningarfrestur „þegar stjórnvaldið sakar mann um tiltekið brot sem heimild þess nær til“.¹⁷⁴ Í athugasemdum við 2. gr. í frumvarpi því er varð að lögum nr. 63/1998 kom eftirfarandi fram:

¹⁷⁴ Alþt. 1980, 103. löggj.þ., þskj. 4.

„Lagt er til að fyrningarfrestur rofni þegar rannsókn opinbers máls hefst fyrir rannsóknara gegn manni sem sakborningi. Átt er við að rof fyrningarfrests miðist við það þegar tiltekinn maður er við rannsókn opinbers máls sannanlega hafður fyrir sökum vegna refsiverðs brots þannig að rannsókn málsins beinist að þeim manni sem sakborningi í skilningi laga um meðferð opinberra mála. Nokkur vafi getur leikið á því hvenær maður er orðinn sakborningur samkvæmt þeim lögum. Stundum er það ljóst, t.d. þegar maður er handtekinn vegna gruns um refsivert brot, settur í gæsluvarðhald eða þegar framkvæmd er leit eða önnur þvingunarráðstöfun í þágu rannsóknar máls. Sama á við þegar maður er yfirheyrður við rannsókn máls vegna gruns á hendur honum um refsivert brot, en þá á hann rétt á því að fá vitneskju um að hann hafi réttarstöðu sem sakborningur, sbr. 32. gr. laga um meðferð opinberra mála. Í öllum þessum tilvikum er ljóst að maður er orðinn sakborningur og að fyrningarfrestur er rofinn. Vera má að rannsókn máls hafi beinst að tilteknum manni sem sakborningi þannig að fyrningarfrestur sé rofinn, þótt framangreind tilvik séu ekki fyrir hendi, t.d. vegna þess að ekki hefur náðst í sakborning. Hvíliir sönnunarbyrðin um þau atriði á ákærvaldinu. Í þeim efnum nægja t.d. fyrirmæli ríkissaksóknara um rannsókn á hendur ákveðnum manni eða handtökuskipun dómara. Samkvæmt frumvarpinu er það því ekki skilyrði fyrir rofi á fyrningarfresti að manni hafi verið gerð grein fyrir réttarstöðu sinni sem sakborningi eða að honum sé kunnugt um hana.“¹⁷⁵

Af framanröktu verður ráðið að fyrningarfrestur er rofinn samkvæmt 4. mgr. 82. gr. hgl. þegar rannsókn hefst gagnvart manni sem sakborningi eða þegar maður er skýrlega sakaður um brot.¹⁷⁶ Þá verður að vera skýrt hver sé hafður fyrir sök en áður fyrr var ekki gerð sú krafa.¹⁷⁷ Maður getur talist sakborningur við ýmsar aðstæður, svo sem þegar hann eða hún er handtekin, sett í gæsluvarðhald eða önnur þvingunarráðstöfun í þágu sakamálarannsóknar beinist gegn honum eða henni. Jafnframt kann fresturinn að rofna þótt manni sé ekki kunnugt um réttarstöðu sína sem sakborningur. Einnig má minna á að sumar þvingunarráðstafanir í þágu sakamálarannsóknar geta verið framkvæmdar með leynd, svo sem símahlustun og sambærileg úrræði samkvæmt XI. kafla laga nr. 88/2008, um meðferð sakamála.

Samkvæmt þeim sérlagaákvæðum sem vísað er til í upphafi undirkaflans er réttarstaðan önnur. Skýrlega er kveðið á um í þeim að fresturinn sé rofinn þegar stjórnvald „tilkynnir aðila“ um málið. Vegna

¹⁷⁵ Alþt. 1997-98, 122. löggi.þ., þskj. 892.

¹⁷⁶ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 315.

¹⁷⁷ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 316.

Þess verður ekki séð að frestur rofni við framkvæmd ákveðinna rannsóknaraðgerða án þess að stjórnvaldið tilkynni aðilanum samhliða um málið. Til að mynda nægir ekki að stjórnvald bóki hjá sér tiltekna yfirlýsingar eða aðgerðir. Að auki dugar ekki að tiltekna þvingunarráðstafanir í þágu rannsóknar sakamáls sé framkvæmdar með leynd enda miða sérлагаákvæðin við tilkynningu.

Sérлагаákvæðin má einnig skoða í samhengi við 14. gr. ssl. og upphaf stjórnslumáls. Af sérлагаákvæðunum leiðir að frestur er ekki rofinn við það eitt að stjórnslumál sé hafið. Ekki má gleyma því að stjórnslumál kann að hafa verið til meðferðar hjá stjórnvaldi um skeið áður en aðila er tilkynnt um það.¹⁷⁸ Í ljósi þess hvernig sérлагаákvæðin eru orðuð kann stjórnvald að fara þá leið að tilkynna aðila um upphaf máls samkvæmt 14. gr. ssl. og sérлагаákvæðunum þótt ekki standi til að gefa honum kost á að koma á framfæri athugasemdum sínum samkvæmt 13. gr. ssl. fyrir en á síðari stigum máls. Við þessar aðstæður fara tilkynningar samkvæmt 14. og 13. gr. ssl. ekki saman eins og oft er.

Ekki er víst að fyrrnefnd sérлагаákvæði feli í sér efnislega sömu reglu og þá sem ákvæði 14. gr. ssl. hefur að geyma. Samkvæmt sérлагаákvæðunum nægir ekki að tilkynna aðeins aðila máls um upphaf þess heldur verður efni tilkynningarinnar að vera ákveðins efnis. Í þeim kemur fram að tilkynna skuli um „upphaf rannsóknar á meintu broti“. Af tilkynningunni verður því að vera ljóst að stjórnslumálið lýtur að rannsókn meints réttarbrot. Jafnframt verður að gera þá kröfu að almennt megi ráða af tilkynningunni að hið meinta réttarbrot varði stjórnvaldssektum. Í því sambandi er bent á að tilkynning samkvæmt sérлагаákvæðunum er ætlað að rjúfa frest í tengslum við álagningu stjórnvaldssekta. Yfirleitt myndi þó krafa til efnis tilkynninga samkvæmt 14. gr. ssl. fyrir mál af þessum toga og samkvæmt sérлагаákvæðunum vera sambærileg að þessu leyti.

Jafnframt eru flest en þó ekki öll sérлагаákvæðin því marki brennd að ekki er gerð sams konar undantekning frá tilkynningarskyldu eins og í 14. gr. ssl. Samkvæmt ákvæði stjórnslulaga þarf ekki að tilkynna aðila um meðferð máls þegar „ljóst [er] að hann hafi fengið vitneskju um það fyrirfram“. Þótt ýmislegt mæli með því að túlka sérлагаákvæðin til samræmis við 14. gr. ssl. verður ekki litið framhjá því að löggjöfnun í þessu tilviki er borgaranum óhagstæð. Þá má einnig vísa til a-liðar 3. mgr. 6. gr. MSE fyrir þau tilvik sem falla undir ákvæðið.

¹⁷⁸ Um upphaf stjórnslumáls, sjá Trausta Fannar Valsson: „Upphaf stjórnslumáls“, bls. 421-457 og Eirík Jónsson, Friðrik Ársællsson og Kristínu Benediktsdóttur: *Opinbert markaðseftirlit*, bls. 100-110.

4.7.2.2 Tilkynning beinist að meintu broti aðilans

Í 4. mgr. 82. gr. hgl. er miðað við að maður hafi verið sakaður um refsiverða háttsemi, þ.e. að rannsókn máls beinist að honum sem sakborningi. Orðalag sérlagaákvæðanna er ekki fyllilega sambærilegt. Þar segir að stjórnvald „tilkynnir aðila um upphaf rannsóknar á meintu broti“. Er spursmál hvort nægir að tilkynna aðila um að mál sé hafið sem lýtur að rannsókn meints brots eða hvort tilkynningin verði að bera með sér að rannsóknin beinist að aðilanum, þ.e. að hann sé grunaður eða sakaður um réttarbrott í þeim skilningi sem hugtökin voru notuð í 2. kafla. Þótt orðalag sérlagaákvæðanna sé órætt að þessu leyti má færa rök að því að tilkynning verði að bera með sér að stjórnsýslumál lúti að rannsókn á meintu broti aðilans. Aðeins þegar aðilinn er sakaður í þeim skilningi er fresturinn rofinn. Tvennt mælir með þeirri túlkun. Fyrri atriðið er að í sérlagaákvæðunum segir jafnan að rof frests hafi réttaráhrif gagnvart öllum „sem staðið hafa að broti“. Mælir það með því að sama gildi um þann aðili sem fyrst er tilkynnt um meðferð máls. Vikið verður nánar að tilteknu dæmi í tengslum við þetta hér á eftir. Síðara atriðið er skýring til samræmis við 4. mgr. 82. gr. hgl. Þá má, sem fyrr, minna á a-lið 3. mgr. 6. gr. MSE fyrir þau tilvik þegar ákvæðið gildir.¹⁷⁹

Ef fallist er á framangreint kunna sérlagaákvæðin, líkt og fyrr er komið inn á, að geyma strangari reglu en 14. gr. ssl. Það veltur þó á því hvernig 14. gr. ssl. horfir við málum þar sem til greina kemur að leggja stjórnvaldssekt á aðila. Í tengslum við það má minna á að í tilkynningu samkvæmt 14. gr. ssl. verður að „tilgreina nægilega vel um hvaða mál sé að ræða þannig að aðili geti brugðist við og gætt hagsmuna sinna“ annars nær hún ekki markmiði sínu.¹⁸⁰ Meðal þeirra er að tilkynning eða vitneskja um að mál sé til meðferðar er forsenda þess að aðili geti kynnt sér gögn máls og tjáð sig um það.¹⁸¹ Til viðbótar þessum markmiðum eru réttaráhrif tengd tilkynningu í sérlagaákvæðunum um rof frests.

¹⁷⁹ Til hliðsjónar má benda á i-lið 1. mgr. sjöttu meginreglu Recommendation No. R (91)1 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions um: „Any person faced with an administrative sanctions shall be informed of the charge against him.“

¹⁸⁰ Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin. Skýringarrit*, bls. 181.

¹⁸¹ Alþt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 116. Sjá athugasemdir við 13. gr. frumvarpsins sem varð að 14. gr. laganna.

4.7.2.3 Kröfur til skýrleika tilkynningar og rétturinn til að teljast saklaus uns sekt er sönnuð

Nú hefur verið gerð grein fyrir kröfum til efnislegs inntaks tilkynninga sem rjúfa frest samkvæmt sérlagaákvæðunum. Telja verður að þó nokkrar kröfur séu gerðar til skýrleika slíkra tilkynninga enda eru réttaráhrifin þýðingarmikil. Með öðrum orðum verða þær að bera með sér skýrlega að rannsókn beinist að meintu broti tiltekins aðili sem varðar stjórnvaldssektum. Nánara mat á kröfunum ræðst þó af atvikum og eðli hvers máls.¹⁸²

Árétta ber að þegar stjórnvald tilkynnir aðila um að rannsókn máls beinist að meintum brotum hans verður að gæta að réttinum til að teljast saklaus þar til sekt er sönnuð, sbr. 2. mgr. 70. gr. stjkskr. og 2. mgr. 6. gr. MSE. Hefur það áhrif á hvernig tilkynningar skulu fram settar.¹⁸³ Þannig ætti ekki að fullyrða að aðili hafi gerst sekur um refsiverða háttsemi í skilningi framangreindra réttarheimilda heldur fremur að komast svo að orði að til skoðunar sé hvort aðili hafi gerst brotlegur við lög eða að til rannsóknar séu meint brot aðilans.

4.7.2.4 Tilkynning er komin til aðila

Sú staða getur komið upp, sem fyrr greinir, að frestur sé rofinn samkvæmt 4. mgr. 82. gr. hgl. þótt sakborningur hafi ekki vitneskju um að mál hans sé til meðferðar. Hvorki er kveðið á um tilkynningarhátt í 14. gr. ssl. né sérlagaákvæðunum. Tilkynning samkvæmt 14. gr. ssl. getur ýmist verið munnleg eða skrifleg. Þó er eðlilegra að „tilkynning um meðferð máls er varðar mikilvæga hagsmuni sé skrifleg, verði því við komið“.¹⁸⁴ Í því sambandi má minna á svarregluna, þ.e. þá óskráðu meginreglu að svara beri skriflegu erindi borgara skriflega nema (skriflegs) svars sé eigi vænst.¹⁸⁵ Einnig er skrifleg tilkynning vandaðri málsmeðferð enda tryggir hún sönnun.¹⁸⁶ Almennt verður að gera þá

¹⁸² Sjá í þessu sambandi umfjöllun um skýrleikaregluna svokölluðu í Hafsteini Dan Kristjánssyni og Særúnu Maríu Gunnarsdóttur: „Skýrleikareglan og svarreglan í stjórnslurétti.“, bls. 237-299, sem og Hafstein Dan Kristjánsson: *Vandaðir stjórnsluhættir*, bls. 43-44 og 77-80.

¹⁸³ Sjá til dæmis álit umboðsmanns Alþingis frá 29. desember 2017 í máli nr. 8749/2015 (ótímabundin brottvísun úr menntaskóla).

¹⁸⁴ Páll Hreinsson: *Stjórnslulögin. Skýringarrit*, bls. 181.

¹⁸⁵ Um svarregluna svokölluðu, sjá Hafstein Dan Kristjánsson og Særúnu Maríu Gunnarsdóttur: „Skýrleikareglan og svarreglan í stjórnslurétti.“, bls. 237-299.

¹⁸⁶ Sjá til dæmis Hafstein Dan Kristjánsson: *Vandaðir stjórnsluhættir*, bls. 59-61.

kröfu að tilkynning samkvæmt sérlagaákvæðunum sé skrifleg enda eru mikilvæg réttaráhrif bundin við hana. Það er að minnsta kosti æskilegt.

Sé aðila tilkynnt um mál munnlega telst tilkynningin komin til vitundar hans þá þegar. Þegar aðila er tilkynnt um mál með skriflegum hætti reynir á hvort það nægi að tilkynning sé komin til hans eða hvort gerð sé sú krafa að tilkynningin sé komin til vitundar hans. Við úrlausn álitaefnisins má líta til birtingarreglu 20. gr. ssl. og birtingarhátt stjórnvaldsákvarðana. Af athugasemdum við það ákvæði er ljóst að birting stjórnvaldsákvörðunar verður ekki að vera komin til vitundar aðila máls.¹⁸⁷ Í athugasemdunum er einnig sérstaklega tekið fram:

„Enda þótt gildissvið birtingarreglunnar í 20. gr. sé að meginstefnu til bundið við ákvarðanir, sem binda enda á stjórnáskvæðumál, er ljóst, eðli máls samkvæmt, að einnig verður að tilkynna aðila um sumar ákvarðanir er snerta meðferð máls. Má í þessu sambandi benda á að í 19. gr. er lagt til að sú regla verði sérstaklega lögfest að tilkynna skuli aðila máls um ástæður fyrir því að ekki hafi verið orðið við beiðni hans um að veita honum aðgang að tilteknum gögnum máls.“¹⁸⁸

Með því að rýna í athugasemdirnar má ráða að tilkynning samkvæmt 20. gr. ssl. er ekki einstök. Með skírskotun til þess og innbyrðis samræmis milli tilkynninga samkvæmt stjórnáskvæðumálum má álykta að sama gildi um birtingarhátt og tilkynningarhátt. Til enn frekari stuðnings þessu má vísa til 39. gr. ssl. en að ákvæðinu verður vikið hér á eftir. Einnig má benda á fyrri hluta 5. mgr. 27. gr. ssl. þar sem segir að kára telst nógu snemma fram komin ef bréf, sem hefur hana að geyma, er komið til æðra stjórnvalds eða afhent pósti áður en fresturinn er liðinn. Samræmis- og skilvirknisrök styðja því framangreinda niðurstöðu. Gegn þessu mælir að markmið tilkynningar er að aðili öðlist vitneskju um mál svo hann geti nýtt sér réttindi sín, einkum andmæla- og upplýsingarétt í IV. kafla ssl. Þá eru ákveðin réttaráhrif bundin við birtingu stjórnvaldsákvarðana.¹⁸⁹ Aftur á móti má benda á að vitneskja um stjórnvaldsákvörðun er einnig forsenda þess að aðili geti nýtt sér ýmis réttindi, svo sem óskað eftir rökstuðningi, sbr. 21. gr. ssl., og kært ákvörðun, sbr. 26. gr. ssl. Að þessu virtu eru veigamikil rök fyrir þeirri niðurstöðu að miða skuli við að tilkynning sé kominn til aðila máls. Telst hún komin til aðila þegar hún berst á stað þar sem

¹⁸⁷ Alþt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 116.

¹⁸⁸ Alþt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 116.

¹⁸⁹ Sjá til dæmis Pál Hreinsson: *Stjórnáskvæðurlögin. Skýringarrit*, bls. 215-216 og Pál Hreinsson: *Stjórnáskvæðurlögin. Málsmeðferð*, bls. 871-875.

almennt má ætla að hann geti kynnt sér efni hennar, svo sem lögheimili hans.

Sé fallist á framangreint um tilkynningarreglu 14. gr. ssl. er rökrétt að túlka sérлагаákvæðin eins. Má minna á að í athugasemdum við 22. gr. laga nr. 37/2016 var sérstaklega vísað til 14. gr. ssl. Verður niðurstaðan þá sú að nægjanlegt sé að tilkynning um upphaf rannsóknar á meintu broti sé komin til aðila. Afleiðingin getur verið sú að frestur rofni þó að tilkynning hafi ekki enn komist til vitundar hans.

4.7.2.5 Hvenær telst tilkynning komin til aðila?

Munnleg tilkynning telst komin til aðila þegar hún er tjáð honum.

Þegar tekin er afstaða til þess hvenær skrifleg tilkynning er komin til aðila verður við það að miða að hann eigi þess að kost að kynna sér efni hennar. Skrifleg tilkynning telst almennt komin til aðila þegar hún er komin á þann stað sem hann getur almennt kynnt sér hana, svo sem þann dag sem hún berst á heimili hans. Ekki ber því að miða við dagsetningu tilkynningar nema sannað sé að hún hafi til dæmis borist á heimili aðila sama dag.¹⁹⁰ Stundum er tilkynning send með (ábyrgðar-)pósti og aðili er ekki heima. Er þá jafnan skilinn eftir miði í póstkassa viðkomandi um að pakki/bréf bíði hans eða hennar á næsta pósthúsi. Þegar svo háttar til telst tilkynning komin til aðila þann dag sem hann gat fyrst nálgast hana á pósthúsinu, sem væri oft næsti virki dagur eftir að miði var settur í póstkassann. Tilkynningin telst því ekki komin til aðila þann dag sem miðinn er skilinn eftir í póstkassanum. Kalla mætti þetta tilbrigði pósthúsregluna.¹⁹¹

Nú á dögum reynir æ meir á rafræna stjórnslu en fjallað er um hana í IX. kafla ssl. Ákvæði 39. gr. ssl. kveður á um rafræna málsmeðferð. Í 1. mgr. lagagreinarinnar segir meðal annars að stjórnvaldsákvörðun eða önnur gögn á rafrænu formi teljast birt aðila þegar hann á þess kost að kynna sér efni þeirra. Í 3. mgr. segir að þegar sett lög, almenn stjórnvaldsfyrirmæli eða venjur áskilja að stjórnvöld birti aðila gögn með sannanlegum hætti telst slíkum áskilnaði fullnægt með notkun rafræns búnaðar sem staðfestir að gögn séu komin til aðila. Í athugasemdum við 6. gr. frumvarps þess er varð að lögum nr. 51/2003, sem færðu IX. kafla í stjórnslulög, sagði:

¹⁹⁰ Í sumum lagaákvæðum hefur verið vikið frá þessu. Þannig er til dæmis miðað við 15 daga frest frá „póstlagningu tilkynningar“ í 4. mgr. 96. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt.

¹⁹¹ Um regluna í tengslum við birtingu stjórnvaldsákvæðana sjá *álit umboðsmanns Alþingis frá 10. apríl 2015 í máli nr. 8140/2014 (niðurfelling dráttarvaxta)*.

„Ef tölvuskeyti er t.d. aðgengilegt aðila hjá vefþjóni hans mundi skeytið teljast komið til hans í framangreindum skilningi. Ef gögnin eru ekki aðgengileg aðilanum af tæknilegum ástæðum, sem hann verður ekki talinn bera ábyrgð á, þannig að hann getur ekki kynnt sér efni þeirra, teljast þau ekki komin til hans. Af þessum sökum er sú skylda lögð á stjórnvöld að setja fram í upphafi þær kröfur sem vél- og hugbúnaður aðila þarf að fullnægja svo að meðferð máls geti farið fram með rafrænum hætti, og að þessar kröfur séu aðilanum aðgengilegar við upphaf máls, sbr. 1. mgr. 2. gr. frumvarpsins. Ef stjórnvald hefur fullnægt þessari skyldu sinni má ganga út frá því að aðilanum megi vera þessar kröfur ljósar. Af þessum sökum þykir megi láta aðilann bera áhættuna af því að vél- og hugbúnaður hans fullnægi þeim kröfum sem til hans hafa verið gerðar við upphaf málsmeðferðar, og nauðsynlegar eru til þess að hann geti kynnt sér efni stjórnvaldsákvörðunar eða annarra gagna á rafrænu formi, sbr. 2. másl. 1. mgr. Rétt er að minna á að aðila er ekki skylt að taka þátt í rafrænni meðferð samkvæmt ákvæðum frumvarps þessa og á þess ætíð kost að mál hans sæti hefðbundinni meðferð.

Vilji stjórnvöld ganga úr skugga um að gögn hafi borist aðila á fullnægjandi hátt gætu þau eftir atvikum óskað eftir að aðili staðfesti að hann hefði veitt þeim viðtöku. Í þessu skyni væri stjórnvaldi rétt að ganga úr skugga um hvaða raffang (e. e-mail adress) aðili notar í samskiptum við stjórnvald og eftir atvikum gera honum grein fyrir því að hann megi búast við því að gögn verði send honum þangað og á ákveðnu formi. Með hliðsjón af því að rafræn meðferð máls á sér ekki stað nema þess sé óskað, beint eða óbeint, sbr. 2. mgr. 2. gr. frumvarpsins, verður að gera þá kröfu til aðila stjórnislumáls að hann fylgist með þeim gögnum sem honum berast með rafrænum hætti svipað og á við um almennar póstsendingar á heimili hans eða pósthólf. Ef ástæða er til að tryggja að gögn sem send eru berist aðila örugglega óbreytt ættu rafrænar undirskriftir jafnan að geta þjónað því hlutverki.“¹⁹²

Sé ákvörðun til dæmis birt með tölvubréfi leiðir af framangreindu að hún telst komin til aðila þegar hún er aðgengileg hjá vefþjóni hans. Ákvæði 1. og 3. mgr. 39. gr. ssl. kveða á um birtingu stjórnvaldsákvörðunar og „gagna“. Með vísan til fyrrnefndra samræmisraka og heitis ákvæðisins, þ.e. „rafræn málsmeðferð“, verður að telja að tilkynningar samkvæmt 14. gr. ssl. og sérlagaákvæðunum geti fallið undir það. Tilkynning með tölvubréfi telst því komin til aðila þegar hún er aðgengileg hjá vefþjóni hans. Álitaefnið kann þó að hafa takmarkaða þýðingu vegna tiltölulega þröngs gildissviðs rafrænnar málsmeðferðar. Í 2. mgr. 35. gr. ssl. er miðað við að aðili máls hafi óskað sérstaklega eftir rafrænni miðlun upplýsinga eða að aðili hafi að fyrra bragði notað

¹⁹² Alþt. 2002-2003, 128. löggj.þ., þskj. 384.

Þann búnað til rafrænna samskipta við stjórnvald sem það hefur auglýst á vefsíðu sinni að standi til boða í slíkum samskiptum. Þegar stjórnvald hefur mál að eigin frumkvæði eru þessi skilyrði sjaldnast uppfyllt.

4.7.2.6 Önnur viðmið um rof frests o.fl.

Fyrir var getið að stöku sinnum er mælt fyrir um annað viðmið um rof frests. Þegar miðað er við vitneskju aðila um að mál sé til meðferðar, eins og í 2. mgr. 22. gr. laga nr. 37/2016, verður að gera þá kröfu að vitneskjan nái til þess að málið lúti að rannsókn á meintu broti aðilans. Verður þetta öðrum þræði ráðið af hinu viðmiðinu í ákvæðinu um tilkynningu og túlkun þess. Almenn yrði að meta vafa um hvort aðili hafi fullnægjandi vitneskju honum í hag. Sömuleiðis yrði vafi um hvenær aðili öðlaðist slíka vitneskju metinn honum í hag. Bæri í síðasta lagi að miða við þegar aðilinn fékk skriflega upplýsingagjöf um framangreind atriði, svo sem þegar honum er gefið færi á að koma að athugasemdum, sbr. andmælareglu 13. gr. ssl., svo lengi sem sú tilkynning sé nægilega skýr. Almenn verður að gera sambærilegar kröfur þegar miðað er við tilteknar rannsóknaraðgerðir eða þvingunar-ráðstafanir, svo sem leit á starfsstöð, sbr. til dæmis í 37. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005.

Vegna þess að 4. mgr. 82. gr. hgl. og sérlagaákvæðin hafa að geyma ólíkar reglur um rof frests getur sú staða komið upp að frestir séu rofnir á mismunandi tímum. Þannig kann frestur til að leggja á stjórnvalds-sekt að vera liðinn en sök ekki fyrnd og unnt að koma fram refsingu. Svo getur háttáð til þegar rannsókn sakamáls beinist að manni sem sakborningi án tilkynningar til hans um málið eða hann fengið vitneskju um það eftir öðrum leiðum.

4.7.3 Tafir á meðferð máls eða því lokið

Í 5. mgr. 82. gr. hgl. er svohljóðandi ákvæði:

„Rannsókn skv. 4. mgr. rýfur ekki fyrningarfrest ef rannsóknari hættir rannsókninni, ákærandi ákveður að höfða ekki sakamál gegn sakborningi eða ákærandi afturkallar ákæru. Stöðvist rannsókn máls um óákveðinn tíma rýfur rannsóknin heldur ekki fyrningarfrest. Stöðvist rannsókn máls af því að sakborningur hefur komið sér undan rannsókn rýfur rannsóknin fyrningarfrest, en sá tími sem rannsóknin stóð yfir telst ekki til fyrningartímans.“

Í ákvæðinu felst að sé máli lokið með þeim leiðum sem mælt er fyrir um í upphafsmálslið þess þá fyrnist sök óháð því máli.¹⁹³ Orðalagið „stöðvun á rannsókn máls um óákveðinn tíma“ hefur verið túlkað með þeim hætti að átt sé við verulegar eða óeðlilegar tafir án þess að fyrir því séu færð gild rök. Sé um slíkar tafir að ræða rýfur rannsókn máls í viðtækum skilningi ekki fyrningarfrest.¹⁹⁴

Tafir á meðferð máls hafa sambærileg réttaráhrif í nokkrum sérrefsilögum. Til að mynda segir í 8. mgr. 110. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt, meðal annars að sök samkvæmt 109. gr. (en þar er fjallað um fésektir sem eru refsingar) fyrnist á sex árum miðað við upphaf rannsóknar á vegum skattrannsóknarstjóra, enda verði ekki óeðlilegar tafir á rannsókn máls eða ákvörðun refsingar. Í *áliti umboðsmanns Alþingis frá 6. febrúar 2002 í máli nr. 3047/2000 (rannsókn skattrannsóknarstjóra)* var ákvæðið túlkað til samræmis við sakarfyrningarreglur hegningarlaga. Annað dæmi er 187. gr. tollalaga nr. 88/2005. Þar kemur meðal annars fram að sök samkvæmt ákvæðum kaflans fyrnist á fimm árum miðað við upphaf rannsóknar á vegum tollstjóra eða lögreglustjóra enda verði ekki óeðlilegar tafir á rannsókn máls eða ákvörðun refsingar.

Ekki er kveðið á um áhrif loka máls eða tafa á brottfall heimildar til að leggja á stjórnvaldssektir í sérlagaákvæðunum. Þrír valmöguleikar koma til greina. Í fyrsta lagi að lok máls eða óeðlilegar tafir á meðferð þess hafi engin áhrif á brottfall heimildarinnar. Í öðru lagi að 5. mgr. 81. gr. hgl. sé beitt með lögjöfnun. Gegn því mælir að ekki er víst að síðara tilvikið, þ.e. tafirnar, sé ólöglegt í rúmum skilningi vegna þriðja valkostarins. Hann er að réttaráhrif málshraðareglu 1. mgr. 9. gr. ssl. eru mögulega þau, þegar um verulegar eða óeðlilegar tafir er að ræða án þess að gild rök séu fyrir því, að tilkynning og meðferð máls telst ekki rjúfa frestinn. Efnisleg samstaða sakarfyrningarreglna hegningarlaga og sérlagaákvæðanna styður lögjöfnun um áhrif loka máls og réttaráhrif málshraðareglunnar vegna óeðlilegra tafa máls. Væri þó heillavænlegra að kveðið væri skýrar á um þessi atriði í lögum.

4.7.4 Ekki er alltaf kveðið á um rof frests í sérlögum

Þegar á annað borð er fjallað um brottfall heimildarinnar í sérlögum er jafnan einnig kveðið á um rof frests. Er það yfirleitt gert í sömu eða

¹⁹³ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 317.

¹⁹⁴ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 317-318 og Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 57.

annarri málsgrein sömu lagagreinar. Þó eru ákveðnar undantekningar frá þessu. Nefna má þrjú tilvik. Í 9. mgr. 43. gr. laga nr. 70/2012, um loftslagsmál, er kveðið á um að heimild Umhverfisstofnunar til að leggja á stjórnvaldssektir samkvæmt lögum falli niður þegar sjö ár eru liðin frá því að háttsemi lauk. Í 6. mgr. 11. gr. b laga nr. 139/2005, um starfsmannaleigur, kemur fram að heimild Vinnumálastofnunar til að leggja á stjórnvaldssektir falli niður þegar fimm ár eru liðin frá því að háttsemi lauk. Sambærilegt lagaákvæði í tilviki Vinnumálastofnunar er að finna í 7. mgr. 15. gr. b laga nr. 45/2007, um útsenda starfsmenn og skyldur erlendra þjónustuveita. Ekki verður séð að í framangreindum lögum sé fjallað um rof frests. Við könnun á lögskýringargögnum verður heldur ekki ráðið af hverju hafi verið vikið frá því sem almennt tíðkast í þessum tilvikum.

Þegar svo háttar til sem að framan greinir vaknar spurningin hvernig fari með rof frests. Ber til dæmis að skilja fyrirnefnd lagaákvæði á þann veg að löggjafinn hafi tekið þá afstöðu að frestur rofni ekki í þeim tilvikum? Stjórnvöldin verði því að vera búíð að taka ákvörðun um að leggja á stjórnvaldssekt áður en fresturinn er liðinn en ekki nægi að aðila hafi verið tilkynnt um upphaf rannsóknar á meintu broti. Vegna þess að ekki er fjallað um rof frests í þessum ákvæðum ólíkt því sem almennt tíðkast kann að vera nærlægt að gagnálykta. Á hinn bóginn kemur til greina að líta á þessa aðstöðu sem yfirsjón löggjafans, allavega ekki ígrundaða afstöðu hans, og lögjafna frá öðrum réttarreglum. Ef síðari leiðin er farin rís álítaefnið frá hvaða réttarreglum beri að löggjafna. Sérlegaákvæðin sem mæla fyrir um rof frests styðjast við ólík viðmið og þau eru ekki fyllilega sambærileg 82. gr. hgl. Ekki verður þó horft framhjá því að algengast er að miða við tilkynningu til aðila máls um upphaf rannsóknar á meintu broti. Þegar tekin er afstaða til löggjöfnunar má ekki gleyma því að regla um rof frests er borgaranum í óhag. Þá eru fyrir hendi mikilvægar meginreglur á sviðinu um lögmæti stjórnvaldsathafna, sbr. lögmætisreglu stjórnsýsluréttar og ákvæði 1. mgr. 69. gr. stjkskr. og 1. mgr. 7. gr. MSE þegar svo ber undir.¹⁹⁵ Á móti vegur að almennt virðist mælt fyrir um rof frests í sérlegaákvæðum og ekki liggur fyrir hví hafi verið farin önnur leið í þessum tilvikum. Ekki

¹⁹⁵ Almennt um lögmætisreglu stjórnsýsluréttar og lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrárinnar sjá til dæmis Hafstein Dan Kristjánsson: „Stjórnskipuleg lögmætisregla“, bls. 421-494, Pál Hreinsson: „Lagaáskilnaðarregla atvinnufrelsisákvæðis stjórnarskrárinnar“, bls. 399-421, Pál Hreinsson: „Lagaheimild reglugerða“, bls. 193-294, Pál Hreinsson: „Þegar reglugerð brýtur í bága við lög“, bls. 577-619, Róbert R. Spanó og Hafstein Dan Kristjánsson: „Stjórnsýsluréttur“, bls. 96-100 og kafla 2.1 í *Starfskilyrði stjórnvalda*.

verður tekin afstaða til niðurstöðunnar hér en taka verður þó fram að eðlilegra hefði verið að fjalla um þetta atriði í lögskýringargögnum. Þá hefði verið æskilegra að gætt hefði verið samræmis við önnur svipuð lagaákvæði.

4.8 *Gagnvart hverjum rofnar fresturinn?*

Þegar frestur er rofinn með tilkynningu til aðila máls liggur í augum uppi að hann er rofinn gagnvart aðilanum. Stundum háttar svo til að fleiri hafi staðið að broti. Reynir þá á hvort tilkynning til aðila máls rjúfi frestinn gagnvart öðrum aðilum. Þegar kveðið er á um rof frests í sérlögum er einnig tekið á álitaefninu. Þar segir alla jafna: „Rof frests hefur réttaráhrif gagnvart öllum sem staðið hafa að broti.“ Af ákvæðinu leiðir að tilkynning til eins aðila máls hefur í för með sér að fresturinn er rofinn gagnvart „öllum sem staðið hafa að broti“ óháð því hvort þeim hafi verið tilkynnt um upphaf málsins.

Fyrir var vikið að því að rök standa til þess að túlka sérlagaákvæðin á þann hátt að tilkynning verði að bera með sér að rannsókn máls beinist að meintu broti aðila. Kann sú túlkun að hafa þýðingu sökum þess að í stjórnáslurétti geta fleiri verið aðilar máls en aðeins þeir sem eru grunaðir um réttarbrott. Í þessu sambandi er eftirtektarvert að í sérlagaákvæðunum er almennt ekki mælt fyrir um að aðila sé tilkynnt um upphaf rannsóknar á meintu broti „hans“. Í því sambandi má minna á *Hrd.* 2003, bls. 2686 (*mál nr. 83/2003*) (*samkeppnismál*). Í málinu var S talið aðili máls er laut að því hvort E hefði brotið í bága við samkeppnislög. Sjá einnig *Hrd.* 2006, bls. 4390 (*mál nr. 539/2006*) (*lífeyrissjóður*).¹⁹⁶ Aðstæður geta því verið þær að til dæmis einstaklingur eða lögaðili kvartar til stjórnvalds yfir því að einhver hafi brotið í bága við lög án þess að fyrir liggi hver það kunni að vera. Stjórnvaldið hefur mál og tilkynnir einstaklingnum eða lögaðilanum um það sem aðila málsins. Þegar stjórnvaldið upplýsir hver hafi mögulega gerst brotlegur við lög beinir það tilkynningu til þess aðila. Hafi töluverður tími liðið frá hinu meinta broti þar til að hinum grunaða er tilkynnt um málið kann frestur til að leggja á stjórnvaldssektir að hafa runnið út á milli þess að stjórnvaldið tilkynnti þeim sem kvartaði og að hinum grunaða var tilkynnt um málið. Að framan voru leidd rök að því að aðeins tilkynning þar sem tiltekinn aðili er sakaður eða grunaður um réttarbrott rjúfi frestinn en af því leiðir að tilkynning til þess sem

¹⁹⁶ Um aðild í málum eftirlitsstjórnvalda, sjá Eirík Jónsson, Friðrik Ársælsson og Kristínu Benediktsdóttur: *Opinbert markaðseftirlit*, bls. 111-113.

kvartaði myndi ekki rjúfa frest. Eins og fyrr segir er orðalag sérlagaákvæðanna þó ekki skýrt um þetta atriði.

Sérlagaákvæðin um rof frests gagnvart öðrum sem staðið hafa að broti má bera saman við 4. og 5. málsl. 4. mgr. 82. gr. hgl. en þar segir:

„Nú rofnar fyrningarfrestur gagnvart fyrirsvarsmanni lögaðila, starfsmanni hans eða öðrum á hans vegum og rofnar þá fyrningarfrestur jafnframt gagnvart lögaðilanum. Rof fyrningarfrests gagnvart lögaðila leiðir ekki til rofs á fyrningarfresti gagnvart fyrirsvarsmanni, starfsmanni eða öðrum á vegum lögaðilans.“¹⁹⁷

Samiburðurinn leiðir í ljós að ekki gildir sama regla. Af 4. mgr. 82. gr. hgl. verður ráðið að rofni fyrningarfrestur gagnvart tilteknum aðilum sé fyrningarfrestur gagnvart lögaðila jafnframt rofinn en hið sama eigi ekki við þegar þessu er öfugt farið. Af sérlagaákvæðunum verður aftur á móti ályktað að sé fyrningarfrestur rofinn gagnvart aðila máls rofni hann gagnvart „öllum“ sem staðið hafa að broti. Þannig verður ekki betur séð af orðalaginu en að rof frests gagnvart lögaðila geti rofið frest gagnvart öðrum, svo sem starfsmönnum lögaðilans. Niðurstaðan getur því orðið sú að fyrningarfrestur sé liðinn í tilviki starfsmanns með þeim afleiðingum að refsing verði ekki dæmd en að frestur til að leggja á stjórnvaldssekt hafi verið rofinn og því sé unnt að leggja þær á.

Að þessu sögðu verður þó að hafa í huga að í sumum tilvikum hefur stjórnvald aðeins heimild til að leggja sekt á lögaðila þótt jafnframt sé kveðið á um refsíabyrgð einstaklinga í lögum. Sjá til dæmis 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 þar sem fram kemur að Samkeppniseftirlitið geti lagt stjórnvaldssektir á „fyrirtæki eða samtök fyrirtækja“. Fjallað er um refsíabyrgð í 41. gr. a til b. Í öðrum tilvikum getur stjórnvald lagt stjórnvaldssektir á einstaklinga og lögpersónur. Í þessu sambandi má benda á 1. mgr. 46. gr. laga nr. 90/2018, um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga. Þar kemur fram að Persónuvernd geti lagt stjórnvaldssektir á „ábyrgðaraðila eða vinnsluaðila“. Bæði einstaklingar og lögpersónur geta verið ábyrgðaraðilar og vinnsluaðilar, sbr. skýrgreiningu hugtakanna í 6. og 7. tölul. 3. gr. laganna. Þessi munur á orðalagi sérlagaákvæðanna, sbr. til dæmis 6. mgr. 46. gr. laga nr. 90/2018, og 4. mgr. 82. gr. hgl. getur því haft þýðingu í sumum tilvikum.

¹⁹⁷ Síðustu málsliðir 4. mgr., þ.e. 4. og 5. málsl., komu inn í lög með 5. gr. laga nr. 140/1998 en ekki er fjallað nánar um inntak þeirra í athugasemdum við ákvæðið. Sjá Alþt. 123. löggj.þ. 1998-99, þskj. 114.

4.9 Önnur stjórnsluviðurlög en stjórnvaldssektir

Líkt og að framan greinir er almennt ekki kveðið á um í sérlögum að heimildir stjórnvalda til að beita öðrum stjórnsluviðurlögum en að leggja á stjórnvaldssektir falli niður að ákveðnum tíma liðnum. Á það við um stjórnslulega réttindasviptingu og afturköllun leyfis,¹⁹⁸ áminningu,¹⁹⁹ sviptingu bótaréttar,²⁰⁰ brottreksturs úr stöðu eða starfi,²⁰¹ endurgreiðslu með álagi,²⁰² upptöku ólögmarks ávinnings,²⁰³ og birtingu nafns af hálfu stjórnvalds eða aðila máls sjálfs.²⁰⁴ Ekki ber að rugla

¹⁹⁸ Sjá til dæmis leyfissviptingu samkvæmt 1. mgr. 43. gr. laga nr. 55/2013, um velferð dýra, afturköllun starfsleyfis í 3. mgr. 32. gr. laga nr. 110/2007, um kauphallir, sviptingu réttar til eignarskráningar í verðbréfamiðstöð, sbr. 32. gr. laga nr. 131/1997, um rafræna eignarskráningu verðbréfa, 51. gr. laga nr. 140/2018, um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka, sviptingu innheimtuleyfis samkvæmt 17. gr. innheimtulaga nr. 95/2008, 22. gr. laga nr. 17/2013, um útgáfu og meðferð rafeyris, afturköllun á löggildingu og annarrí starfsviðurkenningu samkvæmt 38. gr. laga nr. 91/2006, um mælingar, mæligrunn og vigtarmenn, sviptingu atvinnuleyfis samkvæmt 2. mgr. 11. gr. laga nr. 134/2001, um leigubifreiðar, sviptingu starfsleyfis samkvæmt 2. mgr. 8. gr. laga nr. 146/1996, um öryggi raforkuvirkja, neysluveitna og raffanga, sviptingu leyfis samkvæmt 27. gr. laga nr. 28/2017, um farþegaflutninga og farmflutninga á landi, 2. mgr. 25. gr. áfengislaga nr. 75/1998, 2. mgr. 84. gr. laga nr. 60/1998, um loftferðir, 24. gr. laga nr. 116/2006, um stjórn fiskveiða, 14. gr. og 1. og 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/1996, um umgengni við nytjastofna sjávar, 1.-3. mgr. 21. gr. laga nr. 79/1997, um veiðar í fiskveiðilandhelgi Íslands, og afturköllun starfsleyfis 9. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki,

¹⁹⁹ Sjá til dæmis viðvörðun samkvæmt 2. mgr. 43. gr. laga nr. 55/2013, um velferð dýra, 2. mgr. 8. gr. laga nr. 146/1996, um öryggi raforkuvirkja, neysluveitna og raffanga, 1. mgr. 25. gr. áfengislaga nr. 75/1998, 24. gr. laga nr. 116/2006, um stjórn fiskveiða, 3. mgr. 15. gr. laga nr. 57/1996, um umgengni við nytjastofna sjávar, 4. mgr. 21. gr. laga nr. 79/1997, um veiðar í fiskveiðilandhelgi Íslands, 1. mgr. 18. gr. laga nr. 66/1998, um dýralækna og heilbrigðisþjónustu við dýr, og 21. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins.

²⁰⁰ Sjá til dæmis 57.-60. gr. laga nr. 65/2006, um atvinnuleysisbætur.

²⁰¹ Sjá til dæmis 50. gr. laga nr. 140/2018, um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka.

²⁰² Sjá til dæmis 2. mgr. 39. gr. laga nr. 65/2006, um atvinnuleysisbætur, 6. og 21. mgr. 68. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt, og 27. gr. laga nr. 75/2016, um húsaleigubætur.

²⁰³ Sjá áðurgildandi lög nr. 32/1976, um upptöku ólöglegs sjávarafla. Nú lög nr. 37/1992, um sértakt gjald vegna ólögmarks sjávarafla.

²⁰⁴ Um ákvæði sem kveða á um birtingu nafns sjá til dæmis 44. gr. laga nr. 70/2012, um loftslagsmál, og 8. gr. laga nr. 15/2018, um afleiðuviðskipti, miðlæga mótaðila og afleiðuviðskiptaskrár. Í 53. gr. laga nr. 140/2018, um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka, er fjallað um að eftirlitsaðilar skulu sjálfir birta á vefsíðu sinni nánar tiltekin stjórnsluviðurlög. Sum ákvæði virðast ekki stjórnsluviðurlög til dæmis að Seðlabanka Íslands er heimilt að birta opinberlega niðurstöður í málum og athugunum samkvæmt 16. gr. d laga nr. 87/1992, um gjaldeyrismál.

Þessu álítaefni saman við hve lengi réttaráhrif stjórnsýsluviðurlaga vari, svo sem hversu lengi áminning hefur réttaráhrif.²⁰⁵ Frá þessu er helst undantekning á sviði skattaréttar, til dæmis í tengslum við álag vegna vanefnda.²⁰⁶

Greinarmunurinn kann að vera til marks um þá löggjafarstefnu að aðrar réttarreglur skulu gilda um stjórnvaldssektir en önnur stjórnsýsluviðurlög og þá ef til vill með hliðsjón af því að stjórnvaldssektir geta fallið undir tiltekin ákvæði stjórnarskrárinnar og mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 3. kafla, og líkjast fésektum samkvæmt hegningarlögum. Burtséð frá því reynir meira á hvaða almennu reglur gilda um brottfall annarra stjórnsýsluviðurlaga en stjórnvaldssekta, en að því verður vikið í 5.-7. kafla.

4.10 Ítrekuð brot

Ítrekun í refsirétti er skilgreind á þann veg að maður hafi gerst „á ný brotlegur við refsilög, eftir að hann hefur hlotið refsidóm eða gengist undir sektargerð ... fyrir sams konar eða eðlislíkt brot“.²⁰⁷ Ítrekunaráhrif leiða til aukinnar hegningar séu refsihækkunarástæður í lögum. Yfirleitt leiða þau þó til þyngri refsingar innan refsiramma.²⁰⁸

Með hliðsjón af framangreindu og þeim lagaákvæðum sem gilda um efnið má skilgreina ítrekun eða ítrekuð brot í stjórnsýslurétti almennt sem þær aðstæður þegar aðili hefur annað hvort gerst sekur um mörg sams konar eða eðlislík brot sem varða stjórnsýsluviðurlögum eða gerst brotlegur á ný þannig að stjórnsýsluviðurlögum varði eftir að tekin hefur verið stjórnvaldsákvörðun í máli hans um sams konar eða eðlislíkt brot. Ítrekuð brot geta haft ýmiss konar réttaráhrif í stjórnsýslurétti. Almennt eru þau þó tvenns konar. Annars vegar geta þau verið skilyrði fyrir því að stjórnsýsluviðurlögum sé beitt eða skilyrði fyrir beitingu viðurhlutameiri stjórnsýsluviðurlaga. Hins vegar geta þau haft áhrif á þyngd stjórnsýsluviðurlaga. Þannig eru ítrekuð brot stundum skilyrði þess að stjórnvaldssektir verði lagðar á.²⁰⁹ Oftast

²⁰⁵ Dæmi um slík lagaákvæði er til dæmis 1. mgr. 25. gr. áfengislaga nr. 75/1998.

²⁰⁶ Sjá til dæmis 28. gr. laga nr. 45/1987, um staðgreiðslu opinberra gjalda, 27. gr. laga nr. 50/1988, um virðisaukaskatt, 17. gr. laga nr. 94/1996, um staðgreiðslu skatts á fjármagnstekjur, og 108. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt. Sjá í þessu sambandi til dæmis 97. gr. laga nr. 90/2003, um heimild til að endurákvæða skatt samkvæmt 96. gr.

²⁰⁷ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 272.

²⁰⁸ Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 272.

²⁰⁹ Sjá til dæmis b-lið 1. mgr. 40. gr. laga nr. 91/2006, um mælingar, mæligrunna og vigtarmenn, 2. og 3. mgr. 65. gr. laga nr. 128/2011, um verðbréfasjóði, fjárfestingarsjóði og fagfjárfestingarsjóði, og 2. mgr. 141. gr. laga nr. 108/2007, um verðbréfavíðskipti.

hafa ítrekuð brot þó áhrif á fjárhæð sekta.²¹⁰ Einnig geta ítrekuð brot verið skilyrði leyfis- eða réttindasviptingar.²¹¹ Jafnframt er stundum kveðið á um að ítrekuð brot hafi áhrif á lengd leyfis- eða réttindasviptingar.²¹² Þá þekkist að stjórnvald skuli áminna eða veita viðvörun en við ítrekuð brot skuli svipta leyfi eða réttindum.²¹³ Til viðbótar framanröktu kunna ítrekuð brot að hafa annars konar

²¹⁰ Sjá til dæmis i-lið 2. mgr. 46. gr. laga nr. 140/2018, um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka, i-lið 3. mgr. 7. gr. laga nr. 15/2018, um afleiðuviðskipti, miðlæga mótaðila og afleiðluviðskiptaskrár, 3. mgr. 25. gr. laga nr. 75/2000, um brunavarnir, 3. mgr. 62. gr. efnalaga nr. 61/2013, 3. mgr. 9. gr. g laga nr. 22/1994, um eftirlit með fóðri, áburði og sáðvöru, 3. mgr. 15. gr. laga nr. 87/1992, um gjaldeyrismál, 2. mgr. 4. gr. laga nr. 78/2014, um greiðslur yfir landamæri í evrum, 2. mgr. 77. gr. laga nr. 120/2011, um greiðsluþjónustur, 3. mgr. 18. gr. innheintulaga nr. 95/2008, 3. mgr. 33. gr. laga nr. 110/2007, um kauphallir, 3. mgr. 13. gr. laga nr. 65/2015, um leigu skráningarskyldra ökutækja, i-lið 2. mgr. 34. gr. laga nr. 131/1997, um rafræna eignarskráningu verðbréfa, 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, 2. mgr. 31. gr. laga nr. 11/2008, um sértryggð skuldabréf, i-lið 2. mgr. 6. gr. laga nr. 55/2017, um skortsölu og skuldtryggingar, 3. mgr. 11. gr. b laga nr. 139/2005, um starfsmannaleigur, 2. mgr. 18. gr. laga nr. 95/2016, um timbur og timburvörur, 2. mgr. 43. gr. laga nr. 17/2013, um útgáfu og meðferð rafeyris, 4. mgr. 15. gr. b laga nr. 45/2007, um útsenda starfsmenn og skyldur erlendra þjónustuveitenda, 2. mgr. 42. gr. laga nr. 55/2013, um velferð dýra, i-lið 5. mgr. 65. gr. laga nr. 128/2011, um verðbréfasjóði, fjárfestingarsjóði og fagfjárfestingarsjóði, i-lið 3. mgr. 110. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, i-lið 4. mgr. 141. gr. laga nr. 108/2007, um verðbréfavíðskipti, og 3. mgr. 18. gr. laga nr. 146/1996, um öryggi raforkuvirkja, neysluveitna og raffanga.

²¹¹ Sjá til dæmis 4. mgr. 22. gr. laga nr. 28/2017, um farþegaflutninga og farmflutninga á landi, 2. mgr. 52. gr. laga nr. 38/2011, um fjölmiðla, 2. mgr. 11. gr. laga nr. 134/2001, um leigubifreiðar, 4. mgr. 126. gr. c laga nr. 60/1998, um loftferðir, 4. mgr. 14. gr. laga nr. 160/2000, um mannvirki, 2. mgr. 20. gr. laga nr. 93/1995, um matvæli, 1. mgr. 51. gr. laga nr. 140/2018, um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka, 1. mgr. 7. gr. laga nr. 24/2005, um faggildingur o.fl., 6. tölul. 1. mgr. 45. gr. laga nr. 118/2016, um fasteignalán til neytenda, f-lið 1. mgr. 16. gr. laga nr. 120/2011, um greiðsluþjónustur, 4. tölul. 1. mgr. 5. gr. laga nr. 110/2007, um kauphallir, 1. mgr. 14. gr. laga nr. 77/1998, um lögmenn, 32. gr. laga nr. 131/1997, um rafræna eignarskráningu verðbréfa, 4. mgr. 18. gr. laga nr. 28/2001, um rafrænar undirskriftir, og f-lið 1. mgr. 22. gr. laga nr. 17/2013, um útgáfu og meðferð rafeyris.

²¹² Sjá til dæmis 2. mgr. 15. gr. laga nr. 97/1996, um umgengni við nytjastofna sjávar, 3. mgr. 21. gr. laga nr. 79/1997, um veiðar í fiskveiðilandhelgi Íslands, 2. mgr. 25. gr. áfengislaga nr. 75/1998 og 2. mgr. 31. gr. laga nr. 47/2003, um eftirlit með skipum. Sjá einnig 61. gr. laga nr. 54/2006, um atvinnuleysistryggingar.

²¹³ Sjá til dæmis 2. mgr. 18. gr. laga nr. 66/1998, um dýralækna og heilbrigðisþjónustu við dýr, og 1. mgr. 57. gr. laga nr. 160/2010, um mannvirki (ekki víst hvernig eigi að flokka þetta), 2. mgr. 27. gr. laga nr. 77/1998, um lögmenn, 3. mgr. 17. gr. laga nr. 6/2002, um tóbaksvarnir, og 43. gr. laga nr. 55/2013, um velferð dýra.

réttaráhrif.²¹⁴ Til hliðsjónar má nefna að ítrekuð brot geta einnig haft áhrif á þvingunarúrræði. Ítrekuð brot eru stundum skilyrði þess að starfsemi sé stöðvuð.²¹⁵ Þá hafa ítrekuð brot stundum áhrif á fjárhæð dagsekta.²¹⁶

Í sérlagaákvæðum um brottfall heimilda til að leggja á stjórnvaldssektir er almennt ekki kveðið á um brottfall ítrekunaráhrifa. Er þessu öðruvísi farið í refsirétti. Í 3. mgr. 71. gr. hgl. segir að ítrekunaráhrif falli niður, ef liðið hafa 5 ár frá því að sökunautur hefur tekið út fyrri refsinguna, eða frá því að hún hefur fallið niður eða verið gefin upp, þangað til hann fremur síðara brotið. Hafi fyrri refsingin verið sektir, telst fresturinn þó frá þeim degi, er fullnaðardómur var upp kveðinn eða gengist var undir sektargreiðslu. Þar sem ekki er mælt fyrir um þetta atriði í lögum gæti reynt á hvort unnt sé að lögjafna frá til dæmis 3. mgr. 71. gr. hgl. Þegar tekin er afstaða til þess reynir ekki aðeins á hvort ítrekunaráhrif í refsirétti sé nægilega sambærileg áhrifum ítrekaðra brota í stjórnslurétti heldur einnig hvaða almennu reglur gilda um stjórnsluviðurlög og brottfall þeirra. Að síðarnefnda atriðinu verður nú vikið.

5. Reglur hegningarlaga um sakarfyrningu

5.1 Stjórnvaldssektir

Sem fyrr segir eru töluverð líkindi meðal stjórnvaldssekta og fésekta, ekki síst þegar sektarvaldið er í höndum stjórnvalda. Fésektir eru önnur tveggja tegunda refsinga (hegninga) sem getið er í 1. mgr. 31. gr. hgl. Um fyrningu þeirra fer eftir IX. kafla hgl. sem fjallar um fyrningu sakar, brottfall viðurlaga o.fl. Í 1. tölul. 1. mgr. 81. gr. hgl. segir að sök fyrnist á 2 árum þegar ekki liggur þyngri refsing við broti en 1 árs fangelsi eða refsing sú, sem til er unnið, fer ekki fram úr sektum. Í þessu sambandi má einnig geta þess að fyrningarfrestur vegna refsíabyrgðar lögaðila er 5 ár, sbr. 5. mgr. 81. gr. hgl. Þegar sérlagaákvæðum um brottfall

²¹⁴ Til dæmis skal graðhestur seldur nauðungarsölu við ítrekuð brot, sbr. 2. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2013, um búfjárhald. Í 1. mgr. 8. gr. laga nr. 35/2010, um lögskráningu sjómanna, kemur fram að við ítrekuð brot sama skipstjóra megí færa skip til hafnar.

²¹⁵ Sjá til dæmis 1. mgr. 32. gr. laga nr. 18/1996, um erfðabreyttar lífverur, 2. mgr. 48. gr. lyfjalaga nr. 93/1994, 4. mgr. 9. gr. laga nr. 22/1994, um eftirlit með fóðri, áburði og sáðvöru, og 35. gr. laga nr. 55/2013, um velferð dýra.

²¹⁶ Sjá til dæmis 1. mgr. 94. gr. a laga nr. 3/2006, um ársreikninga, 2. mgr. 56. gr. efnalaga nr. 61/2013 og 3. mgr. 12. gr. laga nr. 65/2015, um leigu skráningarskyldra ökutækja.

heimildar til leggja á stjórnvaldssektir sleppir rís álitafnið hvort fyrning stjórnvaldssekta fari eftir IX. kafla hgl.²¹⁷

Svarið ræðst af því hvort stjórnvaldssektir teljist sektir í skilningi ákvæða IX. kafla hgl., einkum 1. tölul. 1. mgr. 81. gr. laganna. Þungvæg rök mæla með því að sektir í skilningi þeirra ákvæða séu fésektir samkvæmt 1. mgr. 31. gr. hgl. Byggja þau á efni hegningarlaga, uppbyggingu þeirra og innbyrðis samræmi. Hegningarlögin kveða meðal annars á um almennar og sérstakar reglur um ýmis atriði er tengjast afbrotum og refsingum en lúta alla jafna ekki að stjórnvæðisúrræðum. Til frekari stuðnings þessu er í fyrstu þremur málsgreinum 83. gr. a fjallað um fésektir. Verður þá að svara því hvort stjórnvaldssektir teljist fésektir í skilningi hegningarlaga.

Ákvæði 1. mgr. 81. gr. hgl. hefst á þeim orðum að „sök fyrnist“ að ákveðnum tíma liðnum. Skilja verður hugtakið sök í ákvæðinu á þann hátt að maður hafi gerst sekur um refsiverða háttsemi (afbrot), þ.e. að öll refsiskilyrði séu uppfyllt. Með sök í ákvæðinu er átt við að maður hafi bakað sér refsíabyrgð, sbr. einnig orðalag 5. mgr. 81. gr. hgl. en telja verður að sök og refsíabyrgð vísi hér til sama fyrirbrigðisins.²¹⁸ Orðalag 82. gr. hgl., sem fjallar meðal annars um upphaf fyrningarfrests, styður þennan skilning. Þar kemur meðal annars fram að fyrningarfrestur teljist frá þeim degi þegar „refsiverðum verknaði eða refsiverðu athafnaleysi“ lauk, sbr. 1. mgr. og að hluta 3. mgr., og geti tekið mið af „refsinæmi“, sbr. 2. mgr. Í 82. gr. er einnig fjallað um rof fyrningarfrests. Í 4. mgr. lagaákvæðisins kemur fram að fyrningarfrestur rofni þegar „rannsókn sakamáls“ hefjist fyrir rannsóknara gegn manni „sem sakborningi“. Enn fremur kemur fram í málsgreininni að þegar lög heimila stjórnvaldi endranær að „kveða á um refsingu“ fyrir brot rofni fresturinn þegar stjórnvaldið sakar mann um slíkt brot. Í 6. mgr. segir síðan að nú sé „sök“ fyrnd samkvæmt framansögðu og verði þá hvorki refsað fyrir háttseminna né dæmd nánar tiltekin viðurlög. Sakarhugtakið í 6. mgr. 82. gr. er sama og í 80. gr. hgl.

Ákvæðum 80.-82. gr. hgl. var meðal annars breytt með lögum nr. 20/1981 að hluta til í núverandi horf. Eins og ráðið verður af almennum athugasemdum við frumvarp það er varð að lögnum var með þeim gerð sú breyting að reglur um sakarfyrningu taka nú til allra afbrota,

²¹⁷ Í Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 272/2015), Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 277/2015) og Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 278/2015) (samráð olíufélaga) byggðu stefnendur á því að ákvæði IX. kafla hgl. ættu beint við um fyrningu stjórnvaldssekta sem Samkeppniseftirlitið hefði lagt á félagin.

²¹⁸ Sjá til hliðsjónar Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 297.

hvort sem þau eru í almennum hegningarlögum eða „öðrum refsilögum utan þeirra“. Fyrir gildistöku laganna tóku þau aðeins til afbrota sem kveðið var á um í hegningarlögum. Í athugasemdum við 4.-6. gr. frumvarpsins sagði að reglur um sakarfyrningu í hegningarlögum giltu aðeins um þau brot sem kveðið væri á um í þeim en ekki þau sem lýst væru „refsiverð í sérrefsilögum“ eða í „refsilögum“ utan almennra hegningarlaga. Tekið var fram að það væri álitamál hvort unnt væri að beita ákvæði 81. gr. hgl. með lögjöfnun um þau brot. Eðlilegt væri að þessar reglur tækju einnig til brota er varði við „sérrefsilög“. Í tengslum við rof fyrningarfrests sagði að stöku sinnum væri stjórnvaldi heimilt „að gera manni refsingu“ og í því tilviki rofni fyrningarfrestur þegar stjórnvaldið saki mann um tiltekið brot sem heimild þess nær til.²¹⁹

Af framanröktu verður dregin hin augljósa ályktun að fésektir séu refsingar, þ.e. viðurlög við refsiverðum verknaði eða refsiverðu athafnaleysi. Til að sektir í sérlögum falli undir hugtakið verða þær því að vera tengdar við refsiverða eða refsinaema háttsemi (afbrot). Stjórnvaldssektir voru skilgreindar í 2. kafla sem viðurlög við réttarbrotum en ekki afbrotum. Enn fremur má benda á að 43. gr. laga nr. 70/2012, um loftslagsmál, heitir „stjórnvaldssektir“ en 45. gr. „refsiviðurlög“. Þegar ýmis sérlög eru skoðuð verður glögglega séð að almennt er gerður skýr greinarmunur á sektum/fésektum annars vegar og hins vegar stjórnvaldssektum. Til dæmis heitir ákvæði 110. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, „stjórnvaldssektir“, og er að finna sérstakar reglur um slík mál í því ákvæði og 111.-112. gr. a. Aftur á móti er kveðið á um „sektir og fangelsi“ í 112. gr. b. og 112. gr. e. Í IX. kafla samkeppnislaga nr. 44/2005 er fjallað um viðurlög. Í 37. gr. segir að Samkeppniseftirlitið leggi á „stjórnvaldssektir“ en í 41. gr. a og b segir að sá sem fremji tiltekna háttsemi skuli „sæta sektum eða fangelsi“. Þegar stjórnvöldum er falið sektarvald er almennt skýrlega kveðið á um að sektir séu refsingar. Til að mynda heitir ákvæði 109. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt, „refsingar“ og samkvæmt 110. gr. er yfirskattanefnd falið að úrskurða um sektir samkvæmt 109. gr.²²⁰ Af sérlögum verður því ráðið að stjórnvaldssektir eru almennt ekki lagðar að jöfnu við sektir/fésektir og ekki skilgreindar í lögum sem refsingar eða viðurlög við refsiverðri háttsemi.

²¹⁹ Alpt. 1980, 103. lögj.þ., 4. þskj.

²²⁰ Í álitum umboðsmanns Alþingis frá 6. febrúar 2002 í máli nr. 3047/2000 (rannsókn skattrannsóknarstjóra) reyndi því á refsingu í sérrefsilögum og voru þau túlkuð til samræmis við almenn hegningarlög.

Enn fremur gilda almennt aðrar reglur um stjórnvaldssektir og fésektir þótt vatnið gruggist þegar kemur að undantekningunni frá grundvallarreglunni um refsihlutverk dómstóla. Meginreglan er sú, sem fyrr er nefnd, að stjórnvöld ákveða stjórnvaldssektir og ber þeim að fylgja skráðum og óskráðum reglum stjórnásluréttarins. Á hinn bóginn er höfuðreglan sú að dómstólar dæma fésektir og ber að fylgja reglum refsiréttar og sakamálaréttarfars, sbr. meðal annars 1. mgr. 1. gr. laga nr. 88/2008, um meðferð sakamála. Þegar vikið er frá grundvallarreglunni um refsihlutverk dómstóla verður yfirleitt, sem fyrr segir, skýrlega ráðið af lögum að um refsingar sé að ræða. Að auki gilda sérstakar reglur um fésektir í V. kafla hgl. sem taka ekki til stjórnvaldssekta. Meðal þeirra er 53. gr. hgl. sem mælir fyrir um vararefsingu fésekta. Samkvæmt ákvæðinu kemur fangelsi í stað sektar greiðist hún ekki nema vissar undantekningar eigi við. Í 54. gr. hgl. er síðan að finna reglur um tímalengd vararefsingar.²²¹ Þá verður ráðið af 2. mgr. 55. gr. hgl. að minnsta kosti dagsektir teljist ekki til sekta en í því ákvæði er að finna sérákvæði um afplánun dagsekta.

Af framangreindu leiðir að stjórnvaldssektir teljast ekki til refsinga í skilningi V. kafla hgl. með þeim afleiðingum að ákvæði IX. kafla sömu laga um sektir/fésektir eiga ekki beint við um stjórnvaldssektir. Það eitt að bæði fésektir og stjórnvaldssektir geti talist refsingar (viðurlög við refsiverðri háttsemi) eða önnur viðurlög í skilningi tiltekinnna ákvæða stjórnarskrár og mannréttindasáttmála Evrópu, eins og nefnt var í 3. kafla, fær ekki breytt því að stjórnvaldssektir teljast ekki refsingar í skilningi hegningarlaga. Þó kann sá skilningur sem er lagður í ákvæði stjórnarskrár og mannréttindasáttmálans að hafa þýðingu við túlkun hegningarlaga. Ekki verður séð að þau áhrif breyti framangreindri niðurstöðu.

Ákvæði 5. mgr. 81. gr. hgl. vísar ekki berum orðum til sekta en þar er kveðið á um refsíabyrgð lögaðila. Í því sambandi má þó líta til afmörkunar á refsíabyrgð lögaðila í II. kafla a hgl. Samkvæmt 19. gr. a hgl. verður lögaðila gerð fésekt þegar lög mæla svo fyrir. Í upphaflegu frumvarpsákvæði var einnig gert ráð fyrir að unnt væri að svipta lögaðila starfsréttindum. Eins og fram kom í athugasemdum við ákvæðið í frumvarpi því er varð að lögum nr. 140/1998 telst fésekt vera

²²¹ Stundum er mælt fyrir um að vararefsing fylgi ekki sekt, þar sem sektarvaldið er hjá stjórnvöldum. Sjá til dæmis 2. mgr. 110. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt. Þar kemur fram að skattranssóknarstjóri ríkisins eða löglærðum fulltrúa hans sé heimilt að gefa kost á að ljúka refsimeðferð máls með því að greiða sekt til ríkissjóðs. Vararefsing fylgir ekki ákvörðunum skattranssóknarstjóra ríkisins og úrskurðum yfirskattanefndar, sbr. 3. og 7. mgr.

refsing en svipting starfsréttinda refsikennd viðurlög sem lögaðilum væri gerð ef „sérrefsilög“ kveða með skýrum hætti á um slíka heimild. Af öðru orðalagi í athugasemdum við frumvarpið verður ráðið að hugtakið „sérrefsilög“ sé notað í tengslum við „refsiábyrgð“ lögaðila og „refsiverðan verknað“. Frumvarpsákvæðinu var breytt í núverandi horf í meðförum þingsins.²²² Í nefndaráli allsherjarnefndar kom fram að í ákvæðinu væri fjallað um refsingar og teldist svipting starfsréttinda ekki til eiginlegra refsinga. Því þætti óeðlilegt að mæla fyrir um slíkt í ákvæðinu.²²³ Enn fremur verður að skilja 5. mgr. 81. gr. hgl. í samhengi við aðrar málsgreinar ákvæðisins. Þar er kveðið á um fresti í tengslum við sektir og fangelsi. Þegar framanrakið er virt verður að telja að 5. mgr. 81. gr. hgl. eigi heldur ekki beint við um stjórnvaldssektir, sem lagðar eru á lögaðila, enda er ekki áskilið að þær séu ákveðnar í tilefni af refsiverðri háttsemi.²²⁴

5.2 Stjórnsýsluleg réttindasvipting

Eins og áður segir eru sum stjórnsýsluviðurlög svipuð refsikenndum viðurlögum í VII. og VII. kafla a hgl. Á það einkum við um réttindasviptingu og upptöku ólögsmæts ávinnings. Vegna þess að fá dæmi þekkjast um síðarnefnda úrræðið sem stjórnsýsluviðurlög verður sjónunum beint að því fyrrnefnda. Að framan kom til skoðunar munurinn á stjórnsýsluviðurlögum og refsingum en hér er það munurinn á stjórnsýsluviðurlögum og refsikenndum viðurlögum (í þrengri skilningi). Fyrir gildistöku breytingalaga nr. 20/1981 tóku ákvæði IX. kafla hgl. aðeins til refsinga „en ekki beinlínis til annarra viðurlaga við broti“, eins og sagði í athugasemdum við 6. mgr. 6. gr. frumvarps þess er varð að breytingalögunum og færði ákvæði 6. mgr. 82. gr. hgl. í lög. Eftir gildistöku laganna var aftur á móti kveðið á um fyrningu tiltekinna annarra viðurlaga. Reynir því á hvort stjórnsýsluleg réttindasvipting, sem eru í eðli sínu refsikennd viðurlög í viðtækum skilningi, fyrnist eftir 6. mgr. 82. gr. hgl. Ákvæðið er svofarandi:

„Nú er sök fyrrd samkvæmt framansögðu og verður þá hvorki refsað fyrir háttsemina né dæmd viðurlög þau, sem mælt er um í 62.–67. gr. Hinu sama gegnir um eignarupptöku og réttindasviptingu og úrræði samkvæmt 2. mgr. 148. gr. og 2. mgr.

²²² Alþt. 1998-99, 123. löggj.þ., þskj. 114.

²²³ Alþt. 1998-99, 123. löggj.þ., þskj. 320.

²²⁴ Vekja má athygli á Rt 2015, bls. 921 þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að stjórnvaldssektir (n. overtredelsesgebyr) væru ekki refsingar í skilningi 1. mgr. 96. gr. norsku grunnlaganna.

241. gr. Fyrningarfrestur um eignarupptöku er ekki skemmri en 5 ár, en 10 ár um eignarupptöku samkvæmt 1. mgr. 69. gr. og hliðstæðum ákvæðum í sérrefsilögum, nema þar sé öðruvísi kveðið á“

Ákvæðið tilgreinir fjögur önnur viðurlög en refsingar, þ.e. öryggisgæslu og aðrar öryggisráðstafanir samkvæmt 62.-67. gr. hgl., eignarupptöku, réttindasviptingu og birtingu dóms samkvæmt 2. mgr. 148. og 2. mgr. 241. gr. hgl.²²⁵ Í athugasemdum við ákvæðið var sérstaklega tekið fram að það tæki ekki til ómerkingar ummæla, sbr. 1. mgr. 241. gr. hgl. Ákvæðið tekur því ekki til allra tegunda viðurlaga.

Framsetning 6. mgr. 82. gr. hgl. þarfnast rýni. Í sumum tilvikum er vísað til úrræðis samkvæmt tilteknum ákvæðum hegningarlaga og í tengslum við eignarupptöku samkvæmt 1. mgr. 69. gr. hgl. er einnig vísað til „hliðstæðra ákvæða í sérrefsilögum“. Í öðrum tilfellum er úrræði aðeins nefnt á nafn. Á það við um réttindasviptingu. Gildissvið ákvæðisins með tilliti til réttindasviptingar er því ekki eins skýrt afmarkað í texta ákvæðisins og til dæmis birting dóma. Í athugasemdum við ákvæðið sagði meðal annars að rétt þætti að kveða á um að fyrning tæki „einnig til annarra viðurlaga, sem greind eru í VII. kafla alm. hegningarlaga, þ. á m. réttindasviptingar og eignarupptöku“ og birtingu dóma samkvæmt tilteknum hegningarlagaákvæðum. Bendir athugasemdin eindregið til þess að sú réttindasvipting sem getið er í 6. mgr. 82. gr. hgl. sé sú sem kveðið er á um í VII. kafla hgl., þ.e. í 68. gr. Málið er þó ekki svo einfalt því í athugasemdunum sagði jafnframt: „Meginreglan um réttindasviptingu í 6. málsg. 6. gr. frv. tekur einnig til slíkra viðurlaga samkv. sérrefsilögum, nema þau geymi aðra reglu.“²²⁶ Af þessu verður ráðið að réttindasvipting í 6. mgr. 82. gr. hgl. nær annars vegar til 68. gr. hgl. og hins vegar til réttindasviptingar í sérrefsilögum. Vísun ákvæðisins til sérrefsilaga í tengslum við eignarupptöku styrkir niðurstöðuna.

Til þess að 6. mgr. 82. hgl. eigi við um stjórnarsýslulega réttindasviptingu verður að vera mælt fyrir um hana í sérrefsilögum.

²²⁵ Í því tilviki reynir á brottfall málshöfðunarheimildir í 29. gr. hgl. en ákvæðið hljóðar svo: „Heimild til þess að höfða einkamál til refsingar fellur niður sé mál ekki höfðað áður en 6 mánuðir eru liðnir frá því að sá, sem heimildina hefur, fékk vitneskju um hinn seka. Nú andast sá, sem misgert var við, áður en frestur er liðinn, og getur þá sá, sem í stað hans kemur, ávallt höfðað einkamál á næstu 3 mánuðum eftir andlátíð, þótt frestur væri annars liðinn. / Hafi einkamál ekki leitt til dóms um refsikröfunu, má höfða mál að nýju, uns framangreindur 6 mánaða frestur er liðinn. Einnig má jafnan höfða einkamál næstu 3 mánuði frá því að mál ónýttist.“

²²⁶ Alþt. 1980, 103. löggj.þ., 4. þskj.

Hugtakið sérrefsilög vísar til annarra lagabálka en almennra hegningarlaga sem hafa að geyma refsíákvæði, þ.e. ákvæði þar sem ákveðinni háttsemi er lýst (hátternisregla) sem varðar refsingu (refsiregla).²²⁷ Þau refsikenndu viðurlög sem vísað er til í 6. mgr. 82. gr. hgl. eru viðurlög sem tengjast refsiverðri háttsemi (afbroti). Þessu til stuðnings má benda á að ákvæðið hefst á orðunum að nú er „sök“ fyrnd en um það hugtak vísast til umfjöllunar hér á undan. Enn fremur segir í ákvæðinu „né dæmd önnur viðurlög“. Bendir það til þess að ákvæðið eigi fyrst og fremst við um þau refsikenndu viðurlög sem dómstólar dæma.²²⁸ Minna má á að samkvæmt 2. mgr. 1. gr. laga nr. 88/2008, um meðferð sakamála, skulu mál um refsikennd viðurlög, svo sem öryggisgæslu og aðrar öryggisráðstafanir, upptöku eigna, sviptingu réttinda og ómerkingu ummæla, þar sem ákærvaldið á sókn sakar, sæta meðferð samkvæmt lögnum, þótt ekki sé krafist refsingar í málinu. Í sömu átt vísar orðalag ákvæða 80.-82. gr. hgl. og athugasemdir við þau ákvæði sem gerð var grein fyrir hér að framan, svo sem orðalag 4. mgr. 82. gr. hgl. um „rannsókn sakamáls“ og „sakborningur“.

Stjórnsýsluleg réttindasvipting er ekki í lögum tengd með beinum hætti við refsiverða háttsemi eða sök í skilningi 80.-82. gr. hgl.²²⁹ Henni er beitt í tilefni af réttarbroti. Hið sama gildir hér og um stjórnvaldssektir. Fyrir nánari umfjöllun um þetta atriði vísast til kafla 2 og 5.1. Þegar reynir á stjórnsýsluviðurlög teljast þau lög sem mæla fyrir um þau ekki sérrefsilög jafnvel þó að þau geri það í öðrum tilvikum þegar um er að ræða háttsemi sem varðar refsingu. Enn fremur dæma dómstólar ekki stjórnsýslulega réttindasviptingu með sama hætti og refsikennd viðurlög þótt bera megi ákvarðanir um stjórnsýsluviðurlög undir dómstóla.²³⁰ Einnig má rifja upp forsögu 6. mgr. 82. gr. hgl. Með breytingalögum nr. 20/1981 voru sakarfyrningarreglur víkkaðar á þann hátt að þær tóku einnig til ákveðinna annarra viðurlaga en refsinga. Hefði ætlunin verið sú að láta ákvæðið ná einnig til ýmissa stjórnsýsluviðurlaga hefði verið eðlilegt að það hefði komið fram með skýrari

²²⁷ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíábyrgð I*, bls. 19-20 og Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Refsiréttur“, bls. 330 og 338. Sjá einnig Knud Waaben: *Strafferettens almindelige del*, bls. 10.

²²⁸ Hér verður ekki tekið afstaða til þess hvort 6. mgr. 82. gr. hgl. taki til réttindasviptingar sem refsikenndra viðurlaga þegar vikið hefur verið frá grundvallarreglunni um refsihlutverk dómstóla.

²²⁹ Ákveðinn flækjufótur er stundum fyrir hendi vegna þess að í lögum varðar sama háttsemin við refsingu og jafnvel refsikenndum viðurlögum og hins vegar við stjórnsýsluviðurlögum.

²³⁰ Sjá til dæmis 20. gr. laga nr. 57/1995, um umgengni við nytjastofna sjávar.

hætti í því og lögskýringargögnum sem og stuðst hefði verið við aðra hugtakanotkun en þar er gert. Þá má vekja athygli á því að ekki er loku fyrir það skotið að lög mæli fyrir um stjórnslulega réttindasviptingu án þess að háttsemi varði einnig við refsingu og því er óhægt um vik að finna fyrningarfrest eftir til dæmis reglum 81. gr. hgl.

Að teknu tilliti til framangreinds verður að telja að 6. mgr. 82. gr. hgl. taki ekki beint til stjórnslulegrar réttindasviptingar. Eins og í tilviki stjórnvaldssekta breytir það eitt ekki niðurstöðunni að þau kunni að teljast viðurlög við refsiverðri háttsemi í skilningi tiltekinna ákvæða stjórnarskrár og mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 3. kafla. Álitafnið lýtur enda að því hvort þau teljist til réttindasviptingar í skilningi 6. mgr. 82. gr. hgl.

5.3 Önnur stjórnsluviðurlög

Komist hefur verið að þeirri niðurstöðu að hvorki stjórnvaldssektir né stjórnsluleg réttindasvipting falli beint undir IX. kafla hgl. Flestar aðrar tegundir stjórnsluviðurlaga, sem mælt er fyrir um í lögum, eru ekki (nægilega) sambærilegar þeim refsitögundum sem taldar er upp í 1. mgr. 31. gr. hgl. eða öðrum viðurlögum í 6. mgr. 82. gr. hgl. Í því sambandi má nefna brottrekstur, áminningu og birtingu nafns. Að því marki sem einhverjar þeirra kunna að vera það, svo sem stjórnsluleg upptaka ólögmeats ávinnings, verður að telja að IX. kafla hgl. taki ekki heldur til þeirra með sömu eða sambærilegum rökum og tíunduð voru hér að framan.

6. Er unnt að lögjafna frá hegningarlögum?

Vegna þess að töluverð líkindi eru meðal stjórnsluviðurlaga, allavega sumra þeirra, og refsinga og refsikenndra viðurlaga kemur til skoðunar hvort unnt sé að lögjafna frá IX. kafla hgl.²³¹ Ekki verður beinlínis fjallað um hvort unnt sé að lögjafna frá þeim fjölmörgu sérлагаákvæðum sem fjallað var um í 4. kafla og lúta að stjórnvaldssektum sem og hví ætti frekar að lögjafna frá hegningarlögum en þeim. Í því sambandi má benda á að þótt hegningarlög hafi að geyma almennar reglur á sviði refsiréttar eru sérлагаákvæðin afmarkaðri um brottfall heimildar til að leggja á stjórnvaldssektir.

²³¹ Í Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 272/2015), Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 277/2015) og Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 278/2015) (samráð olíufélaga) byggðu stefndu, Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið, á því að sakarfyrningareglur IX. kafla hgl. ættu við um álagningu stjórnvaldssekta samkvæmt samkeppnislögum nr. 44/2005 með lögjöfnun.

6.1 *Almennt um lögjöfnun á sviði refsiréttar*

Almennt er unnt að lögjafna á sviði refsiréttar sakborningi í hag. Sem dæmi um það er lögjöfnun frá refsileysis-, refsilækkunar- eða refsibrottfallsástæðum.²³² Þó bæði 1. mgr. 69. gr. stjkskr. og 1. mgr. 1. gr. hgl. geri ótvírætt ráð fyrir því að lögjöfnun sé tæk sem refsiheimild reisa ákvæðin skorður við beitingu hennar. Þannig segir í fyrri málslið stjórnarskrárákvæðisins að engum verði 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“. Í hegningarlagaákvæðinu segir að eigi skuli refsa manni, nema hann hafi gerst sekur um háttsemi, sem refsing er lögð við í lögum, eða megi „öldungis jafna til hegðunar, sem þar er afbrot talin“. Auk þess felur 1. mgr. 7. gr. MSE í sér ákveðna takmörkun á beitingu lögjöfnunar en hún verður að fullnægja efnislegum kröfum ákvæðisins, svo sem um fyrirsjáanleika og skýrleika refsiheimilda. Þegar til álita kemur að beita IX. kafla hgl. með lögjöfnun um stjórnsýsluviðurlög telst það almennt vera aðila í hag. Vegna þess eiga þær kröfur sem 1. mgr. 69. gr. stjkskr. og 1. mgr. 1. gr. hgl. setja ekki við með sama hætti og t.d. þegar kemur greina kemur að lögjafna frá lögbundinni refsiheimild.

Lögjöfnun felur ekki í sér túlkun á lagaákvæði ólíkt rýmkaði lögskýringu enda fellur það tilvik, sem er til skoðunar, ekki undir það. Með lögjöfnun er lagaákvæði aftur á móti beitt á þann hátt að sambærileg regla og það hefur að geyma er látin ná til tilviksins. Lýsa má aðferðinni svo að „lagareglu tiltekins lagaákvæðis er beitt um annað sambærilegt tilvik en það sem rúmast innan lagaákvæðisins samkvæmt túlkun á því“. Almennt má segja að lögjöfnun sé heimil þegar nægilega rík efnis- eða lagarök mæla með því að sambærileg lagaregla eigi að gilda um tilvik, sem er til skoðunar, og það lögbundna tilvik sem það er borið saman við.²³³

Fræðimenn hafa ekki lýst nánari skilyrðum lögjöfnunar með sambærilegum hætti. Engu að síður má álykta að eftirfarandi skilyrði gildi. Í fyrsta lagi verður tilvik að vera ólögmaelt í rúmum skilningi. Með því er átt við að engin önnur réttarheimild taki til tilviksins. Í það

²³² Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 541 og Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaðbyrgð I*, bls. 156-157 og 204.

²³³ Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*, bls. 162. Sjá einnig til hliðsjónar Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 534, Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaðbyrgð I*, bls. 195. Sjá auk þess Viðar Már Matthíasson: „Lögjöfnun sem refsiheimild.“ *Úlfjótur* 1978, bls. 15.

minnsta að engin önnur traust réttarheimild sé fyrir hendi um tilfellið.²³⁴

Í annan stað verður tilvikið að vera efnislega sambærilegt því tilviki sem lagaákvæðið fjallar um. Með öðrum orðum verða tilvikin að vera samkynja og eðlislík. Svo háttar til þegar sömu efnisástæður eiga við um þau (l. *paritas rationum*). Við matið verður almennt að huga bæði að efni lagaákvæðis og heildarsamhengi þess sem og tilviksins.²³⁵

Þriðja skilyrðið má afmarka með bæði jákvæðum og neikvæðum hætti. Annars vegar verða efnis- og lagarök að öðru leyti en að framan greinir að mæla með lögjöfnun (jákvæð afmörkun). Svo má að orði komast að lagareglan verður að vera haganleg, nytsamleg eða hallkvæm.²³⁶ Þannig kann það að mæla með lögjöfnun að lagaákvæði hefur að geyma meginreglu eða byggist á almennri stefnumörkun sem hefur þýðingu út fyrir lagaákvæðið.²³⁷ Hins vegar mega mikilvægar meginreglur og lagarök ekki mæla gegn lögjöfnun (neikvæð afmörkun). Svo kann að háttar til þegar mannréttindi eru skert, vikið er frá meginreglum eða gerðar eru ríkar kröfur til lagaáskilnaðar á sviði. Í því sambandi má rífa upp lögmætisreglu stjórnsýsluréttar, sbr. 2. gr. stjkskr., og lögmætisreglur refsiréttar, sbr. 1. mgr. 69. gr. stjkskr., 1. mgr. 7. gr. MSE og 1. mgr. 1. gr. hgl. Kröfur til skýrleika og fyrirsjáanleika samkvæmt ákvæðunum kunna bæði að hafa áhrif á mat á því hvort tilvik séu nægjanlega sambærileg (annað skilyrði lögjöfnunar) og að efnis- og lagarök að öðru leyti mæli með lögjöfnun, þ.e. að hún sé nægjanlega fyrirsjáanleg og skýr (þriðja skilyrði lögjöfnunar). Um önnur mikilvæg lagarök má nefna þær aðstæður þegar lagaákvæði kveður á um tæmandi talningu tilvika, hefur að geyma sérreglu eða byggist á sértækum forsendum og þörfum.²³⁸

²³⁴ Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 542 og 546, Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 314 og Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*, bls. 163.

²³⁵ Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*, bls. 163.

²³⁶ Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 545-546, Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaðbyrgð I*, bls. 199 og Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*, bls. 163.

²³⁷ Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 534 og 545.

²³⁸ Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 546-547, Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaðbyrgð I*, bls. 198, Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 320 og Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*, bls. 163.

6.2 *Hvernig horfa skilyrðin við stjórnsýsluviðurlögum?*

6.2.1 *Ólögælt í rúmunum skilningi*

Það er, sem fyrr segir, skilyrði lögjöfnunar að tilvik sé ólögælt í rúmunum skilningi. Í því felst tvennt. Annars vegar má engin réttarregla eiga við, hvort sem hún byggist á settum rétti eða öðrum tegundum réttarheimilda. Hins vegar verður að telja að einhver réttarregla eigi að gilda um tilvikið. Aðstæður eru metnar með þeim hætti að það sé gloppa í réttinum, sem fylla þurfi upp í, að því er tilvikið varðar. Sjónarmið um að eðlilegt sé að ríkisvaldið geti ekki komið fram viðurlögum gagnvart manni um aldur og ævi getur leitt til þess að rétturinn teljist gloppóttur. Er sjónarmiðið undirbyggt með vísan til fyrningarreglna refsiréttar og sérlagaákvæðanna í 4. kafla.²³⁹

Hvað fyrra atriðið varðar má þó draga í efa að engin réttarregla eigi við. Ekki þarf einu sinni að leita lengra en í smiðju setts réttar. Ákvörðun um beitingu stjórnsýsluviðurlaga er stjórnvaldsákvörðun og því eiga stjórnsýslulögin við um efni hennar. Í 12. gr. ssl. er kveðið á um meðalhófsregluna. Hvort lögjöfnun verði beitt ræðst af því hvort meðalhófsreglan taki til tilviksins. Í ljósi þess að gildissvið reglunnar er rúmt er ekki loku fyrir það skotið að ákvörðun um beitingu stjórnsýsluviðurlaga vegna mjög gamals brots geti talist óhófleg eða of harkaleg. Meðalhófsreglan standi því í vegi fyrir slíkri ákvörðun þegar svo ber undir.

Að framan var nefnt að þetta skilyrði lögjöfnunar teljist að minnsta kosti ekki uppfyllt ef önnur réttarheimild er nægilega traust stoð. Er sá fyrirvari settur vegna þess að réttarheimildirnar meginreglur laga og eðli máls getur náð til ýmissa tilvika og stundum hafa réttarreglur verulega vítt gildissvið þannig að tilvik getur rúmast innan jaðarsins þó það falli ekki vel að meginefni þeirra.²⁴⁰ Þegar svo háttar til getur verið rétt að velja fremur að lögjafna frá afmarkaðra lagaákvæði. Getur því komið til skoðunar hvort meðalhófsreglan sé nægilega traust réttarheimild fyrir tilvik af þessu tagi. Ekki nóg með að meðalhófsreglan sjálf er matskennd réttarregla er álitaefnið einnig háð mati.

²³⁹ Ekki verður fjallað um hvort þau fjölmörgu sérlagaákvæði sem hafa verið sett um efnið undirbyggi óskráða reglu með víðtækara gildissvið.

²⁴⁰ Í þessu sambandi má minna á að sumir fræðimenn hafa talið lögjöfnun meðal réttarheimildanna og stillt henni á eftir fordæmi en á undan meginreglum laga og eðli máls í hinum svokallaða réttarheimildastiga. Sjá til dæmis Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 158. Sé lögjöfnun „kípt út úr“ réttarheimildastiganum reynir enn fremur á hvernig skilyrðið um ólögælt „í rúmunum skilningi“ sé skilið.

Kjarni meðalhófsreglunnar er að ekki verði gengið lengra við beitingu stjórnsýsluvalds (framkvæmdarvalds) en tilefni er eða þörf er á til að ná lögmætum markmiðum. Sambærileg lagarök og búa að baki fyrningarreglum hegningarlaga kunna að leiða til þeirrar niðurstöðu að ekki sé tilefni eða þörf á að beita stjórnsýsluviðurlögum vegna mjög gamals brots, að minnsta kosti þegar mat stjórnvalds nær á annað borð til þess hvort grípa eigi til slíks úrræðis. Þá geta rök sem tengjast tiltekinni tegund stjórnsýsluviðurlaga leitt til sömu niðurstöðu. Komi til dæmis til greina að áminna ríkisstarfsmann samkvæmt 21. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, fyrir tilvik sem átti sér stað fyrir löngu síðan, þykir eðlilegra að líta til meðalhófsreglu 12. gr. ssl. en að lögjafna frá IX. kafla hgl. Í því sambandi kann að vera litið til þess að ekki sé þörf á áminningu til að gefa starfsmanninum kost á að bæta ráð sitt enda hefur ekkert annað tilvik komið upp síðar. Vekja má athygli á eftirfarandi héraðsdómi sem að vísu laut ekki að sjónarmiðum um hversu langur tími hefði liðið frá broti heldur að því að meðalhófsreglan leiddi til þess að ekki hefði borið að áminna.

Dómur Héraðsdóms Vestfjarðar 19. maí 2010 í máli nr. E-118/2009 (löglærður fulltrúi hjá sýslumanni). Með dómi héraðsdóms var fallist á kröfu stefnanda þess efnis að áminning sem sýslumaðurinn á Ísafirði veitti henni tiltekinn dag yrði felld úr gildi. Í dóminum sagði: „Ber forstöðumanni, sem efni telur til áminningar á grundvelli 21. gr. laga nr. 70/1996, áður en hann tekur ákvörðun um að áminna starfsmann, að gæta að meðalhófsreglu stjórnsýslulaga. / ... Samkvæmt öllu framansögðu verður ekki séð að sýslumaður hafi, áður en hann veitti stefnanda áminningu á grundvelli 21. gr. laga nr. 70/1996 hinn 15. júlí 2009, aðhafst nokkuð það sem með réttu verður talin tilraun til að fá stefnanda til að taka sig á í starfi og laga vinnubrögð sín að kröfum sýslumanns. Að því athuguðu, og að virtu eðli þeirra mannlegu mistaka stefnanda sem áður var getið, þykir sýslumaður hafa brotið gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 með því að áminna stefnanda án þess að grípa áður til annarra og vægari úrræða. Verður því fallist á kröfu stefnanda um að áminningin verði felld úr gildi.”

Ekki verður séð að meðalhófsreglan horfi öðruvísi við áminningu en öðrum tegundum stjórnsýsluviðurlaga þó að sumar þeirra líkist refsingum og refsikenndum viðurlögum í hegningarlögum. Þegar það er haft í huga verður ekki fullýrt hér að meðalhófsregla 12. gr. ssl. sé ekki nægilega skýr eða traust réttarheimild fyrir álitafni um brottfall stjórnsýsluviðurlaga. Engu að síður verið vikið að öðrum skilyrðum lögjöfnunar.

6.2.2 *Eðlislík og samkynja*

Stjórnsýsluviðurlög deila mörgum einkennum með refsingum og refsikenndum viðurlögum. Bæði eru viðurlög ríkisvaldsins við brotum, þ.e. þeim er beitt í tilefni af broti í viðurlagaskyni. Þá geta sum stjórnsýsluviðurlög talist viðurlög við refsiverðri háttsemi í skilningi tiltekinna ákvæða stjórnarskrár og mannréttindasáttmála Evrópu. Þau stjórnsýsluviðurlög eru enn líkari refsingum og refsikenndum viðurlögum.

Eins og ráðið verður af umfjölluninni í 2. kafla verða viðurlagategundirnar þó ekki algerlega lagðar að jöfnu. Minna má á að stjórnsýsluviðurlögum er beitt í tilefni af réttarbroti en refsingar og refsikennd viðurlög tengjast afbrotum. Þá er meginreglan sú að stjórnvöld ákveða stjórnsýsluviðurlög og fylgja reglum stjórnsýsluréttarins við það verkefni en grundvallarreglan í tengslum við refsingar og refsikennd viðurlög er refsihlutverk dómstóla og við meðferð þeirra mála er almennt byggt á reglum refsiréttar og sakamálaréttarfars. Þannig gildir fyrrnefnd meðalhófsregla 12. gr. ssl. um ákvarðanir um stjórnsýsluviðurlög en ekki þegar refsingar og refsikennd viðurlög eru dæmd. Sem fyrr segir verður munurinn þó minni þegar stjórnvöldum er fengið sektarvald. Að auki má minna á að sú leið sem hefur verið farin af hálfu löggjafans með lögfestingu sérlagaákvæða, sjá 4. kafla, er ekki algerlega sambærileg sakarfyrmingu í hegningarlögum. Í þeim lögum er mælt fyrir um fyrningu sakar, sem er refsilokaástaða, en sérlagaákvæðin fjalla um brottfall heimildar til að leggja á stjórnvaldssektir. Með því að lögjafna frá 80.-82. gr. hgl. er strangt til tekið verið að beita þeirri reglu að „sök“ í stjórnsýslurétti fyrnist að ákveðnum tíma liðnum en það er alls ekki sjálfgefið að fara eigi með réttarbrotin á þann hátt. Á móti er unnt að segja að afleiðingin er sú sama hvað viðurlögin varðar þó hún sé ólík hvað varðar möguleika stjórnvaldsins til að fjalla engu að síður um hvort aðili hafi gerst brotlegur við lög eða að taka afstöðu til þess hvort brot hafi önnur réttaráhrif í för með sér.

Samantektin á viðurlagategundunum er snúinn vegna þess að bæði stjórnsýsluviðurlög og refsingar og refsikennd viðurlög eru fjölbreytt. Kunna sumar tegundir stjórnsýsluviðurlaga að líkjast refsingum og refsikenndum viðurlögum meira en aðrar. Þannig eru veruleg líkindi meðal stjórnvaldssekta og fésekta sem og stjórnsýslulegrar réttinda-sviptingar og refsiréttarlegrar réttindasviptingar (sem eru refsikennd viðurlög í þrengri skilningi). Á hinn bóginn á til dæmis áminning og birting nafns ekki beina samsvörun í V., VII. og VII. kafla a hgl. Ekki má heldur gleyma því að unnt er að bera stjórnsýsluviðurlög saman við

önnur stjórnsýsluúrræði, svo sem þvingunarúrræði. Þannig gilda margar af sömu réttarreglunum um stjórnvaldssektir og dagsektir. Samstaða úrræðanna er að því leyti meiri en hjá stjórnvaldssektum og fésektum sem dómstólar dæma. Enn fremur geta sum úrræði ýmist verið stjórnsýsluviðurlög eða þvingunarúrræði eftir því hvaða markmið býr að baki þeim, svo sem afturköllun og áminning. Því er ekki sjálfgefið að bera stjórnsýsluviðurlög aðeins saman við refsingar og refsikennd viðurlög.

Þrátt fyrir framangreint má segja að stjórnvaldssektir, sérstaklega þær sem falla undir tiltekin ákvæði stjórnarskrár og mannréttindasáttmálans, séu eðlislíkar fésektum og stjórnsýsluleg réttindasvipting, sérstaklega ef hún fellur undir fyrrnefndar mannréttindareglur, er samkynja réttindasviptingu sem refsikenndum viðurlögum (í þrengri skilningi). Meiri vafi leikur á því hvort aðrar tegundir stjórnsýsluviðurlaga séu nægilega sambærilegar refsingum og refsikenndum viðurlögum í V., VII., og VII. kafla a hgl.

6.2.3 Efnis- og lagarök að öðru leyti

Við athugun á öðrum efnis- og lagarökum verður að líta til þess hvort IX. kafli hgl. hafi að geyma meginreglur eða byggist á almennri stefnumörkun sem hefur þýðingu út fyrir lagaákvæðið eða hvort ákvæðin hafi að geyma tæmandi talningu tilvika, séu sérreglur eða byggji á sérstæðum forsendum. Mat á því er nokkuð vandasamt. Annars vegar hafa fyrstu kaflar hegningarlaga að geyma almennar reglur sem oft er unnt að beita með lögjöfnun. Hins vegar verður að líta til forsögu sakarfyrningarreglna hegningarlaga. Eins og áður greinir áttu ákvæðin aðeins við um refsingar samkvæmt hegningarlögum en með breytingalögum nr. 20/1981 voru þær víkkaðar á tvo vegu. Í fyrsta lagi tóku þær einnig til refsinga samkvæmt sérrefsilögum. Í öðru lagi var lögfest regla, sem áður hafði verið dómhelguð, um að tiltekin önnur viðurlög yrðu heldur ekki dæmd, væri sök fyrnd, sbr. 6. mgr. 82. gr. hgl. Voru sum viðurlögin afmörkuð við tiltekin ákvæði eða hliðstæð þeim en önnur, eins og réttindasvipting, ekki. Þó var vísað til réttindasviptingar „samkvæmt sérrefsilögum“ í lögskýringargögnum. Vegna þeirrar áherslu sem er lögð á sérrefsilög og sök (refsíabyrgð) í 80.-82. gr. hgl. og lögskýringargögnum að baki þeim skapast verulegur vafi um hvort efni séu til að beita ákvæðunum með lögjöfnun við aðrar aðstæður. Þegar stjórnsýsluviðurlögum er beitt reynir ekki á lög sem sérrefsilög og þau tengjast ekki refsiverðri háttsemi.

Hvað sem því líður getur réttarregla, sem fundin er með lögjöfnun frá IX. kafla hgl., verið hallkvæm í ýmsum tilvikum. Ástæða þess er sú að kveðið er á um skýra tímafresti í 81. gr. hgl. Kann það að þykja heppilegra en að úrlausn álitaefnis ráðist af matskenndri reglu á borð við meðalhófsregluna. Enn fremur hefur IX. kafli einnig að geyma margvíslegar réttarreglur sem taka af skarið um ýmis álitaeftni. Engu að síður breytir það ekki niðurstöðunni um hvort tilvikið sé ólögmaelt í rúmum skilningi að reglur hegningarlaga þyki haganlegri en meðalhófsreglan.

Á hinn bóginn verður að huga að því að ekki er bersýnilegt í öllum tilvikum hvernig tímafestur verður fundinn út enda varðar ekki öll háttsemi, sem stjórnsluviðurlögum verður beitt í tilefni af, einnig við refsingum. Þegar háttsemi er bæði réttarbrot og afbrot er heldur ekki víst að leggja eigi refsiramma vegna afbrots til grundvallar. Þannig er ekki sjálfgefið að líta eigi til refsiramma um sektir og fangelsi þegar til dæmis stjórnvald ákveður að svipta einstakling réttindum vegna háttseminnar. Væri aðeins horft til sekta í 1. tölul. 1. mgr. og 5. mgr. 81. gr. hgl., sé þeim ákvæðum beitt, leiddi af því að stjórnvaldssektir einstaklinga myndu fyrnast á 2 árum en lögaðila á 5 árum í öllum tilvikum þar sem ekki væru sérlagaákvæði. Af þeim sökum kann lögjöfnun að fela í sér haganlega réttarreglu í sumum tilfellum en ekki öðrum.

Þegar framangreint er virt og í ljósi matskennds eðlis lögjöfnunar er vandmeðfarið að fullyrða hvort beita eigi lögjöfnun frá IX. kafla hgl. í tilviki stjórnsluviðurlaga og þá hvaða tegunda þeirra eða við hvaða nánari aðstæður.

6.3 Dómar Hæstaréttar frá 4. febrúar 2016

Dómar Hæstaréttar frá 4. febrúar 2016 í málum nr. 272/2015, 277/2015 og 278/2015 (samráð olúfélaga) eru efnislega sambærilegir. Í málunum reyndi á úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála þar sem staðfest var sú ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að leggja stjórnvaldssektir á þrjú olúfélög að öðru leyti en að sektirnar voru lækkaðar. Voru félagin talin hafa viðhaft ólögmaelt samráð, sbr. þágildandi 10. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993. Dómkröfur félaganna voru að úrskurður áfrýjunarnefndarinnar yrðu ógiltir en til vara að sektirnar yrðu felldar niður og til þrautavara að þær yrðu lækkaðar svo og að sektirnar yrðu endurgreiddar. Með dómum héraðsdóms var Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið sýknað. Voru héraðsdómarnir staðfestir með vísan til forsendna með dómum Hæstaréttar. Olúfélögin byggðu varakröfuna á

Því að brotin væru fyrnd. Ekki var fallist á það á þeirri forsendu að um samfellda brotastarfsemi hefði verið að ræða sem hefði ekki lokið fyrir en í desember 2001 en þá hefði fyrningarfrestur byrjað að líða. Í dómunum var vísað til þess að 5 ára fyrningarfrestur samkvæmt 5. mgr. 81. gr. hgl. um lögaðila hefði ekki verið liðinn þegar Samkeppniseftirlitið tók ákvörðun um að leggja á sektir í október 2004. Þess má geta að Samkeppniseftirlitið hóf rannsókn á ætluðu ólögmatu samráði olíufélaganna í desember 2001.

Vísun í 5. mgr. 81. gr. hgl. er allra athygli verð. Í málunum reyndi á tilvik sem áttu sér stað fyrir gildistöku 37. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 sem kveður á um að heimildir Samkeppniseftirlitsins til að leggja á stjórnvaldssektir falli niður að sjö árum liðum frá því að háttsemi lauk. Ekki kom því til greina að beita því ákvæði með afturvirkum hætti. Í málunum byggðu stefnendur á því að reglur hegningarlaga um sakarfyrningu ættu beint við. Þannig sagði til dæmis í máli nr. 272/2015: „Stefnandi telur að ákvæðum hegningarlaga um þetta efni verði beitt án þess að grípa þurfi til lögjöfnunar.“ Stefnu byggðu aftur á móti á því að rétt væri að beita ákvæðum hegningarlaga með lögjöfnun. Var það gert í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar sem taldi að um samfellda brotastarfsemi hefði verið að ræða sem hefði ekki lokið fyrir en í desember 2001. Þannig sagði í máli nr. 272/2015: „Í tilefni af varakröfu stefnanda um niðurfellingu sektarákvæða í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála tekur stefndi fram að um fyrningu brotanna hafi gilt reglur almennra hegningarlaga með lögjöfnun.“ Stefnendur og stefndu voru því sammála um að um fyrningu brotanna færi eftir reglum hegningarlaga en voru ósammála um hvort lögin ættu beint við eða fyrir tilstuðlan lögjöfnunar.

Í 5. kafla voru færð rök fyrir því að sakarfyrningarreglur hegningarlaga eigi ekki beint við um stjórnvaldssektir. Í kafla 6.2 var gerð grein fyrir sjónarmiðum sem koma til álita þegar tekin er afstaða til þess hvort beita eigi reglunum með lögjöfnun. Í því sambandi var meðal annars dregið í efa að tilvikin væru ólöglegt í rúmum skilningi enda gildir meðalhófsregla 12. gr. ssl. um ákvarðanir um að leggja á stjórnvaldssektir.²⁴¹ Í héraðsdómunum sagði aðeins eftirfarandi um

²⁴¹ Ákvæði 1. mgr. 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 hljóðaði svo: „Samkeppnisráð leggur stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn bannákvæðum laga þessara eða ákvörðunum sem teknar hafa verið samkvæmt þeim, sbr. IV. og V. kafla laga þessara, nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Við ákvörðun sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi. Sektirnar renna til

grundvöll þess að sakarfyrningarreglur ættu við um stjórnvaldssektir Samkeppniseftirlitsins, sjá mál nr. 272/2015:

„Stefnandi gerir til vara kröfu um að úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði breytt þannig að stefnanda verði ekki gert að greiða sekt í ríkissjóð. Þessi krafa er reist á þeirri málsástæðu að brot stefnanda hafi verið fyrnd þegar samkeppnisráð tók ákvörðun í málinu. Ágreiningslaust er að um fyrningu brotanna fari eftir fyrir mælum IX. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Samkvæmt 5. mgr. 81. gr. þeirra laga, sbr. 5. gr. laga nr. 39/2000, er fyrningarfræstur vegna refsíabýrgðar lögaðila fimm ár. Stefnandi telur að þetta ákvæði taki ekki til brota stefnanda þar sem langflest samráðstilvikin áttu sér stað fyrir gildistöku laga nr. 39/2000. Stefnandi er á öndverðum meiði og vísar til þess að um samfellda brotastarfsemi hafi verið að ræða sem ekki hafi lokið fyrr en eftir gildistöku laganna og hafi fyrning brotsins ekki hafist fyrr en þá“

Í framhaldinu var komist að þeirri niðurstöðu, sem fyrr segir, að um samfellda brotastarfsemi hefði verið að ræða og að umrædd brot hefðu ekki verið fyrnd samkvæmt 5. mgr. 81. gr. hgl. Ekki var fjallað sérstaklega um á hvaða grundvelli það væri reist að hegningarlögin ættu yfir höfuð við um málið. Þá verður heldur ekki séð að tekin hafi verið afstaða til þess hvort þau ættu beint við eða fyrir tilstuðlan löggjöfnunar. Er það bagalegt enda kunna dómur sem þessir að vera stefnumarkandi og fordæmisgefandi. Ekki var fjallað um þetta atriði í dómum Hæstaréttar en með þeim voru héraðsdómarnir, sem fyrr greinir, staðfestir með vísan til forsendna.

Upphafsorð þriðju setningar tilvitnaðra forsendna að ofan er eftirtektavert. Er það í raun einu forsendurnar fyrir þeirri mikilvægu niðurstöðu að hegningarlögin eigi við. Þar segir að „ágreiningslaust“ sé að um fyrningu brotanna fari eftir IX. kafla hgl. Unnt er að skilja orðið eða setninguna á þrjá vegu. Í fyrsta lagi kann þar aðeins að vera að lýsa því sem kom fram í málaltilbúnaði aðila máls.

Í öðru lagi á þann hátt að lagt hafi verið til grundvallar að þar sem atriðið hafi verið ágreiningslaust hafi dómurinn verið bundinn af því vegna málsforræðisreglunnar, sbr. meðal annars 2. mgr. 111. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála. Til stuðnings þeirri túlkun má benda á að sama orði bregður fyrir á öðrum stöðum í máli nr. 272/2015 en þar sagði: „Ágreiningslaust er að stefnanda ásamt hinum olúfélögunum var tjáð að þessar nýju upplýsingar lægju fyrir og hvers efnis þær voru.“ Enn fremur sagði að „ágreiningslaust [er] að um 80% af veltu

ríkissjóðs“ Ekki verður annað ráðið af orðalagi ákvæðisins en að Samkeppnisráð hafi haft mat um það hvort stjórnvaldssektir yrðu lagðar á.

félagsins hafi stafað frá þeim markaði sem um ræðir“. Síðarnefndu tilvitnanirnar lúta að málsatvikum eða málsástæðum, þ.e. staðhæfingum um atvik sem leiða samkvæmt lögum til tiltekinnar niðurstöðu, og er dómari bundinn af þeim. Séu aðilar sammála um atvik ber dómara að leggja það til grundvallar við úrlausn máls. Fyrsta tilvitnunin er þó ekki fyllilega sambærileg þeim tveimur síðarnefndu. Eins og setningin er sett fram er þar vísað til þess að aðilar máls séu sammála um hvaða lög beri að leggja til grundvallar. Virðast þar vera fjallað um lagarök.²⁴² Skiptir það máli sökum þess að málsforræðisreglur taka ekki til lagaraka. Dómari er óbundinn af tilgreiningu aðila á lagarökum.²⁴³ Halda ber því til haga að málsástæður og lagarök geta verið samofin með þeim hætti að erfitt er að skilja á milli. Með allmikilli einföldun mætti segja að málsástæðan hafi verið sú að langur tími hafi liðið frá því að brotin áttu sér stað þar til að mál hófst eða ákvörðun var tekin og að sú staðreynd hafi átt að leiða til þess að ekki hafi verið heimilt að leggja stjórnvaldssektir á stefnanda. Sú röksemd eða staðreynd um atvik (málsástæða) leiði til þess að fella eigi niður sektir vegna sakarfyrningarreglna hegningarlaga (lagarök). Séu aðstæður með þeim hætti gæti dómari komist að sömu niðurstöðu á grundvelli málsástæðunnar en byggt á annarri réttarreglu (lagarökum). Þannig gæti málsástæðan leitt til sömu niðurstöðu hvort sem aðilar máls telji að hegningarlög eigi við beint eða fyrir tilstuðlan lögjöfnunar. Alltént, beri að túlka dómara á þann hátt að ekki hafi verið tekin afstaða til þess hvort hegningarlögin ættu við vegna þess að aðilar voru sammála um það telst fordæmisgildi dómanna vera takmarkað enda kunna aðilar að halda öðru fram í síðara máli.

Í þriðja lagi er unnt að túlka dómara á þann hátt að vísun til þess að umrætt atriði væri „ágreiningslaust“ tengdist ekki á neinn hátt málsforræðisreglum heldur leiddi aðeins til þess að ekki væri tilefni til að fjalla ítarlega um atriðið. Eins og umfjöllun í 5. og 6. kafla ber vonandi með sér er hér ekki um augljóst úrlausnarefni að ræða. Vegna

²⁴² Í þessu sambandi má vekja athygli á því að stuðst er við orðið með sambærilegum hætti á öðrum stöðum í héraðsdómunum. Þannig segir í máli nr. 272/2015: „Eins og rakið hefur verið lagði áfrýjunarnefndin ákvæðið [10. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993] til grundvallar niðurstöðu sinni eins og það hljóðaði fyrir breytingu sem varð á því með lögum nr. 107/2000. Ágreiningslaust er milli aðila að ganga beri út frá þeirri niðurstöðu við úrlausn á ógildingarkröfu stefnanda.“ Einnig segir: „Áfrýjunarnefnd samkeppnismála komst að þeirri niðurstöðu að leggja bæri ákvæði 52. gr. samkeppnislaga í framangreindri mynd til grundvallar við úrlausn málsins. Ágreiningslaust er í máli þessu að fylgja beri þeirri niðurstöðu og verður við það miðað.“

²⁴³ Markús Sigurbjörnsson og Kristín Benediksdóttir: *Einkamálaréttarfar*, bls. 23.

Þess var fullt tilefni til að fjalla ítarlega um þann grundvöll sem þessi ályktun var reist á. Hafi niðurstaða dómanna um þetta atriði byggst á túlkun hegningarlaga þá er ekki vikið einu orði að því af hverju stjórnvaldssektir teljast fésektir í skilningi þeirra laga. Hafi niðurstaðan aftur á móti byggst á lögjöfnun þá er ekki fjallað um neitt skilyrði hennar, þar á meðal af hverju tilvikið hafi talist ólögmaelt í rúnum skilningi þrátt fyrir tilvist 12. gr. ssl.

Þar sem rökstuðningur fyrir niðurstöðunni er fátæklegur, ekki er fjallað um þetta atriði berum orðum í dómum Hæstaréttar og ekki er fyllilega ljóst hvernig beri að túlka viðeigandi forsendur dómsins verður að telja að fordæmisgildi dómana sé takmarkað hvað þetta atriði varðar. Að því marki sem dómarnir hafa fordæmisáhrif leiðir rökstuðningurinn til þess að margt er á huldu um hversu víðtæk þau eru. Í fyrsta lagi má spyrja hvort hegningarlögin eigi við beint eða þeim sé beitt með lögjöfnun. Í öðru lagi má spyrja hvort niðurstaðan eigi aðeins við um stjórnvaldssektir samkvæmt samkeppnislögum eða um allar stjórnvaldssektir. Í þriðja lagi má spyrja hvort niðurstaðan eigi við um allar tegundir stjórnsluviðurlaga, sem eiga hliðstæðu í hegningarlögum, eða jafnvel allar tegundir stjórnsýsluviðurlaga, þar á meðal áminningu. Í fjórða lagi má spyrja hvort niðurstaðan eigi aðeins við um lögaðila eða jafnframt einstaklinga. Í fimmta lagi má spyrja hvernig eigi að finna út fyrningarfrest í tilviki einstaklinga. Tveir valmöguleikar koma til greina. Annars vegar er unnt að líta alltaf til 1. tölul. 1. mgr. 81. gr. hgl. með þeim afleiðingum að stjórnvaldssektir fynast á tveimur árum. Hins vegar er unnt að athuga hvort háttsemi sé einnig refsiverð og líta til refsirammans og miða við hann. Í sjötta lagi má spyrja hvort og þá hvernig meðalhófsregla 12. gr. ssl. horfi við þegar farin er sú leið að lögjafna frá sakarfyrningarreglum hegningarlaga.

7. Meðalhófsregla stjórnsýslulaga

Eigi sakarfyrningarreglur hegningarlaga ekki við um álitafni um brottfall stjórnsýsluviðurlaga, annaðhvort beint eða fyrir tilstuðlan lögjöfnunar, fer úrlausn þeirra eftir meðalhófsreglunni. Taki sakarfyrningarreglunnar ekki til allra tegunda stjórnsýsluviðurlaga eða engra þeirra reynir á hvernig meðalhófsregla stjórnsýslulaga horfir við stjórnsýsluviðurlögum. Verður því fjallað um hana nú.

7.1 Almennt um meðalhófsreglu stjórnsýslulaga

Í 12. gr. ssl. segir að stjórnvald skuli aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði, sem að er stefnt, verði ekki náð með öðru og vægara móti. Skuli þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til. Inntaki reglunnar er ágætlega lýst í athugasemdum við ákvæðið. Þær eru svohljóðandi í heild sinni:

„Í 12. gr. er lagt til að lögfest verði ein af grundvallarreglum stjórnsýsluréttarins sem nefnd hefur verið meðalhófsreglan. Grundvallarregla þessi felur m.a. í sér að stjórnvöld verða að gæta hófs í meðferð valds síns. Er stjórnvaldi því ekki aðeins skylt að líta til þess markmiðs sem starf þess stefnir að, heldur ber því einnig að taka tillit til hagsmuna og réttinda þeirra einstaklinga og lögaðila sem athafnir stjórnvaldsins og valdbeiting beinist að. Ber stjórnvaldi að fara ákveðinn meðalveg á milli þessara andstæðu sjónarmiða.

Í 12. gr. felst í fyrsta lagi að efni íþyngjandi ákvörðunar, sem stjórnvald tekur, verður að vera til þess fallið að þjóna lögmætu markmiði sem að er stefnt. Þetta þýðir þó ekki að markmiðinu verði að ná að fullu.

Í öðru lagi felur ákvæðið í sér að ef fleiri úrræða er völ er þjónað geta því markmiði, sem að er stefnt, skal velja það úrræði sem vægast er. Íþyngjandi ákvörðun skal þannig aðeins taka að ekki sé völ vægara úrræðis sem þjónað geti markmiðinu.

Í þriðja lagi byggir ákvæðið á því að hóf verði að vera í beitingu þess úrræðis sem valið hefur verið og má því ekki ganga lengra en nauðsyn ber til. Stjórnvaldi er sem fyrr segir skylt að veða og meta þau andstæðu sjónarmið sem hér vægast á. Slíkt mat er ekki alltaf auðvelt, en löggjöf á einstökum sviðum og meginreglur laga geyma þó oft vísbendingar um vægi hagsmuna. Almennt verður að ganga út frá því að hagsmunir einstaklinga, sem verndar njóta í mannréttindaákvæðum stjórnarskrár eða alþjóðlegum mannréttindasáttmálum, vegi þungt og þá sérstaklega hagsmunir er varða frelsi manna og friðhelgi.“²⁴⁴

Eigi stjórnvald ekkert val milli úrræða eða við beitingu úrræðis reynir ekki á meðalhófsregluna. Hafi stjórnvald aftur á móti val, til dæmis milli tveggja úrræða eða hversu langt það gengur í beitingu tiltekins úrræðis, verður ákvörðunin að samrýmast meðalhófsreglunni.

Meðalhófsmatið tekur mið af vægi þeirra hagsmuna sem togast á. Almennt má segja að eftir því sem ákvörðun er meira íþyngjandi því strangari kröfur eru gerðar til þess að gætt sé meðalhófs.²⁴⁵ Beiting

²⁴⁴ Alþt. 1992-93, 116. löggj.þ., þskj. 505.

²⁴⁵ Sjá til dæmis Pál Hreinsson: „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“, bls. 503-533.

stjórnsýsluviðurlaga telst almennt vera íþyngjandi ákvörðun og getur hún stundum verið afar íþyngjandi.

7.2 *Hvernig horfir meðalhófsreglan við stjórnsýsluviðurlögum?*

7.2.1 *Sjónarmið um að langt er um liðið frá broti falla ágætlega að meðalhófsreglunni*

Álitaefni um brottfall stjórnsýsluviðurlaga falla ágætlega að markmiði reglunnar um að stjórnvöld gæti hófs við meðferð valds síns. Í tengslum við þetta má einnig benda á að í 2. másl. 12. gr. ssl. er gerð sú krafa að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til. Þannig segir til dæmis í *áliti umboðsmanns Alþingis 30. desember 2016 í máli nr. 8471/2015 (yfirlæknir)*: „Við veitingu áminningar þarf jafnframt að gæta þess að eðlilegt samræmi sé milli eðlis þeirrar hegðunar sem til greina kemur að áminna fyrir annars vegar og þeirra úrræða sem gripið er til hins vegar, sbr. meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga.“ Vekja má athygli á því að komið hafa fram sjónarmið um að það leiði af 1. mgr. 68. gr. stjkskr. og 3. gr. MSE að viðurlög verði að vera í eðlilegu samhengi við brot.²⁴⁶

Þá verður ekki betur séð en að sjónarmið, sem lúta beint eða óbeint að því hversu langt er um liðið frá því að brot átti sér stað og að of harkalegt eða harðneskjulegt er að grípa til úrræða í tilefni af því nú, geti verið tekin með í reikninginn við meðalhófsmatið. Vega þau gegn þeim sjónarmiðum sem mæla með því að stjórnvald beiti stjórnsýsluviðurlögum í þágu lögmætra markmiða, yfirleitt almannahagsmuna. Taka má sem dæmi að ríkisstarfsmaður, sem hefur fyrr og síðar verið til fyrirmyndar, hafi mætt ölvaður til vinnu fyrir áratug og það uppgötvast nú. Leiða má rök að því að áminning við þær aðstæður að öðru óbreyttu væri andstæð meðalhófsreglunni. Þá eru réttaráhrif meðalhófsreglunnar sambærileg réttaráhrifum sérlagaákvæðanna, þ.e. ekki verður tekin ákvörðun um að beita stjórnsýsluviðurlögum.

Ekki er útilokað að það geti reynt á fyrsta þátt meðalhófsreglunnar um markhæfni ákvörðunar í þessu sambandi. Svo getur háttað til þegar beiting stjórnsýsluviðurlaga löngu síðar er ekki til þess fallin að ná markmiði laga. Þrátt fyrir það kemur fremur til skoðunar hvernig hinir tveir þættirnir horfa við, þ.e. um að velja vægasta úrræði af þeim sem eru í boði og gæta hófs við beitingu þess úrræðis sem er valið eða er fyrir hendi. Svo á þættina reyni verður stjórnvald að hafa svigrúm til

²⁴⁶ Róbert R. Spanó: *Stjórnaðskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 105-109.

mats. Einhverjir valkostir verða að vera til staðar.²⁴⁷ Sé undirliggjandi réttarregla sú að stjórnvaldi sé fortakslaust skylt að beita tilteknum stjórnsýsluviðurlögum í tilefni af réttarbroti er ekkert val fyrir hendi. Reynir því ekki á meðalhófsregluna að því leyti. Ef réttarregla veitir stjórnvaldi aftur á móti svigrúm til að meta hvort beita eigi stjórnsýsluviðurlögum virkjust meðalhófsreglan. Hvor staðan er fyrir hendi veltur á túlkun lagaákvæðis. Stundum er kveðið á um „heimild“ stjórnvalds eða einfaldlega sagt að stjórnvald „geti“ beitt stjórnsýsluviðurlögum. Hefur stjórnvaldið almennt svigrúm til mats við þær aðstæður. Segi lagaákvæði að stjórnvald „leggi“ stjórnvaldssektir á aðila mælir túlkun til samræmis við 12. gr. ssl. með því að stjórnvaldið hafi svigrúm til mats. Þegar lagaákvæði segir að stjórnvald „skuli“ beita ákveðnum viðurlögum verður engu að síður að túlka það með það fyrir augum hvort um sé að ræða fortakslausa skyldu eða hvort stjórnvald hafi ákveðið mat um hvort viðurlögum verði beitt þótt takmarkað sé eða sem leiði aðeins í undantekningartilfellum til þess að viðurlögum verði ekki beitt. Sé svigrúm fyrir hendi til að meta hvort stjórnsýsluviðurlögum verði beitt getur reynt á hvort sá tími sem er liðinn frá verknaðarstundu eigi að leiða til þess að svo verði ekki. Skiptir ekki öllu máli hvort tilvikið sé flokkað undir annan efnisþáttinn, þ.e. stjórnvaldið stendur frammi fyrir tveimur kostum og velur þann vægari, eða þriðja efnisþáttinn, þ.e. stjórnvaldið hefur eitt úrræði en meðalhóf mælir með því að beita því ekki. Niðurstaðan verður enda sú sama.

7.2.2 Tímamark

Þegar tekin er afstaða til þess hvaða tímalengd eigi að miða við er eðlilegt að líta til stefnumarkandi afstöðu löggjafans, sé henni til að dreifa. Í því sambandi vísast til athugasemda við 12. gr. ssl. um að ráða megi vægi hagsmuna af lögum í sumum tilfellum. Þótt matskennt eðli meðalhófsreglunnar mæli gegn því að afdráttarlausum tímafrestum sé beitt með fortakslausum hætti kann niðurstaðan engu að síður að vera sú sama eða svipuð og þegar farin er sú leið að lögjafna frá hegningarlögum. Þó ber að halda því til haga að ekki er sjálfgefið að leggja tímafresti í hegningarlögum til grundvallar í öllum tilfellum. Verður það að ráðast af nánari aðstæðum og þeim reglum sem gilda um þá háttsemi sem varðar stjórnsýsluviðurlög. Einnig má minna á að

²⁴⁷ Í *NOU 2003:15*, bls. 24 og 185-186, var lagt til grundvallar að stjórnvöld ættu almennt að hafa mat á hvort stjórnsýsluviðurlögum yrði beitt. Með öðrum orðum yrði byggt á svokallaðri svigrúmsreglu (n. opportunitetsprinsíp). Sjá einnig Björn O. Berg: *Forvaltningsanskjoner*, bls. 64 og 220.

flest sérlagaákvæðin í 4. kafla mæla fyrir um 5 ára frest en sum 7 ára frest.

7.2.3 *Meðalhófsreglan er sveigjanleg en óljós*

Meðalhófsreglan er opin og sveigjanleg. Mat samkvæmt henni getur tekið mið af aðstæðum í hverju tilviki. Af því leiðir að unnt er að taka tillit til brota sem eru í eðli sínu framhalds- eða ástandsbrot. Einnig er unnt að taka tillit til þess hversu veigamikið brot er eða hvort það sé ítrekað. Jafnframt er hægt að líta til þess hvenær stjórnslumál hófst og hversu langan tíma það hefur tekið, svo sem hvort á því hafi orðið óeðlilega tafir. Þá leiðir af matskenndu eðli reglunnar að niðurstöður um til dæmis hvort frestur hafi verið rofinn og hvenær verða ekki eins afdráttarlausar og þegar um fastmótaða reglu er að ræða.

Í sveigjanleikanum felst þó helsti ókostur reglunnar. Hún er ekki eins skýr og fyrirsjáanleg og til dæmis sakarfyrningarreglur hegningarlaga og sérlagaákvæðin. Að auki kann að reyna á ýmis álitafni, svo sem hvernig meðalhófsmatið horfir við öðrum en þeim er staðið hafa að broti en er ekki tilkynnt um meðferð máls fyrr en síðar. Þá skapast einnig hættu á því að framkvæmdin verði mismunandi milli stjórnvalda, lagabálka og tegunda stjórnsluviðurlaga sem og jafnvel einstakra mála. Í því sambandi er áréttað mikilvægi jafnræðisreglu 11. gr. ssl. Eftir því sem tímanum vindur fram kunna stjórnsluvenjur eða stjórnsluframkvæmd um þetta efni að mótast. Vegna þess er sértaklega minnt á reglur og sjónarmið um breytingu á stjórnsluframkvæmd.

8. *Lokaorð*

Að framan var fjallað um álitafni um brottfall stjórnsluviðurlaga. Gerð var grein fyrir helstu álitafnum sem rísa við beitingu sérlagaákvæða, sem sett hafa verið um efnið, og reifuð sjónarmið sem koma til skoðunar við úrlausn þeirra. Jafnframt voru færð rök fyrir því að reglur hegningarlaga um sakarfyrningu ættu ekki beint við um brottfall stjórnsluviðurlaga. Erfiðara var að fullyrða um lögjöfnun frá hegningarlögum enda er um matskennt og ekki augljóst álitafni að ræða. Þó var dregið í efa að tilvikin væru ólögmalet í rúmum skilningi og í því sambandi bent á 12. gr. ssl. Þá var nefnt að *dómar Hæstaréttar frá 16. febrúar 2016 (samráð olíufélaga)* beittu reglum hegningarlaga um stjórnvaldssektir en þeir væru þó ekki skýrir. Vegna þess mætti efast um fordæmisgildi þeirra. Að minnsta kosti væru fordæmisáhrif þeirra

óljós. Að lokum var farið yfir hvernig meðalhófsregla stjórnsýslulaga horfir við stjórnsýsluviðurlögum. Að endingu koma til skoðunar *de lege ferende* sjónarmið um hvort lögfesta beri ákvæði um brottfall stjórnsýsluviðurlaga.²⁴⁸

Fyrst ber að geta að fjölmörg sérlagaákvæði hafa nú þegar verið sett um brottfall stjórnvaldssekta. Lögfesting er því ekki ný af nálinni. Vekur þó athygli að ekki hafa verið sett slík ákvæði í öllum tilvikum þegar stjórnvöldum er falið að leggja á stjórnvaldssektir. Ekki liggur í augum upp af hverju er gerður greinarmunur á heimildum stjórnvalda og réttarstöðu borgaranna að þessu leyti.²⁴⁹ Lengd fresta í sérlagaákvæðum er einnig mismunandi og er það eðlilegt. Oft er mælt fyrir um 5 ár en stundum 7 ár. Sé lögjafnað frá 1. tölul. 1. mgr. 81. gr. hgl. í tilviki einstaklinga er fresturinn þó 2 ár. Í flestum sérlagaákvæðum er kveðið á um rof frests en ekki í öllum. Vegna þess vakna ýmsar spurningar um hvernig fara beri með þau tilvik. Enn fremur er ekki alltaf kveðið á um sama viðmiðið um rof frests þótt almennt sé miðað við þegar stjórnvald tilkynni aðila máls um upphaf rannsóknar. Er þetta annað viðmið en það sem kemur fram í 4. mgr. 82. gr. hgl. Auk þess koma upp margvísleg álitafni við beitingu sérlagaákvæðanna. Má nefna hvernig beri að reikna út frest, hvert inntak tilkynningar stjórnvalds skuli vera og hvenær aðila telst hafa verið tilkynnt um málið. Enn fremur hver skulu vera áhrif þess að máli sé lokið eða tafir verða á meðferð þess á frestinn og hvort ítrekunaráhrif falli niður að ákveðnum tíma liðnum. Einnig eru uppi álitamál að hversu miklu leyti meginreglur refsiréttar eru sérlagaákvæðunum til fyllingar. Líta má á réttaróvissu um ýmis atriði, sem varða réttaröryggi borgaranna miklu, sem meinbugi á lögum. Eins og áður greinir hafa almennt ekki verið sett sambærileg sérlagaákvæði um aðrar tegundir stjórnsýsluviðurlaga. Þó að meðalhófsreglan sé sveigjanleg og taki til ýmissa álitafna kann að vera æskilegt að tekið sé af skarið um ýmis atriði með sérstökum lagaákvæðum.

Samræmisrök benda í þá átt að þau sérlagaákvæði sem eru fyrir í lögum verði samræmd að því marki sem tilefni er til. Samræmisrök mæla einnig með því að annaðhvort verði farin sú leið að lögfesta fleiri sérlagaákvæði um brottfall stjórnvaldssekta eða setja almennt laga-

²⁴⁸ Til hliðsjónar má benda á að Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, bls. 496-497. Af umfjöllun þeirra verður ráðið að norsk lög mæli í æ ríkari mæli fyrir um stjórnsýsluviðurlög en lengi vel hafi ekki verið tekin afstaða til þess hvaða almennu reglur ættu að gilda um efnið. Árið 2016 hafi norsku stjórnsýslulögum verið breytt og IX. kafli færður í þau en hann fjallar um stjórnsýsluviðurlög.

²⁴⁹ Ekki var kannað hvort ástæðan eigi rætur að rekja til EES-réttar í einhverjum tilvikum.

ákvæði. Er það til einföldunar að færa almennt ákvæði um efnið í lög. Helsta atriðið sem mælir gegn almennu ákvæði er mismunandi lengd tímafresta. Sem fyrr segir er nú yfirleitt miðað við 5 ár og væri unnt að hafa það sem meginreglu nema vikið sé frá henni í sérlægum. Einnig mætti kveða á um þetta atriði í almennum lögum en mæla fyrir um fresti í sérlægum. Sjónarmið um einfaldara regluverk vísa í sömu átt.²⁵⁰ Þá kalla skýrleikarök eftir því að tekin verði af tvímæli um ýmis vafaatriði, sem að framan eru nefnd, í tengslum við beitingu sérlagaákvæðanna. Einnig mætti taka til skoðunar hvort ástæða sé til að fjalla um aðrar tegundir stjórnsluviðurlaga með almennum hætti, svo sem stjórnslulega réttindasviptingu. Í 2., 5. og 6. kafla var rakinn greinarmunur á stjórnsluviðurlögum annars vegar og hins vegar refsingum og refsikenndum viðurlögum. Vegna þess munar sem er á viðurlagategundunum og þeirra reglna sem gilda almennt um stjórnsluviðurlög þykir heppilegra að almennt ákvæði um stjórnvaldssektir sé fært í stjórnslulög en ekki hegningarlög. Í því sambandi má benda á að í frumvarpi til laga um breytingu á stjórnslulögum (stjórnsluviðurlög) 2007-2008 var lagt til að lögfest yrðu ákvæði um stjórnsluviðurlög. Frumvarpið varð ekki að lögum. Í norsku stjórnslulögunum er nú að finna kafla um stjórnvaldsviðurlög, þ.e. IX. kafla. Hvorki í íslenska frumvarpinu né norsku stjórnslulögunum er þó fjallað um brottfall stjórnsluviðurlaga. Í *NOU 2003:15* kom fram að erfitt væri að setja almennt ákvæði um efnið í lög vegna þess að tímafrestir væru mismunandi. Fremur bæri að setja ákvæði í sérlæg.²⁵¹ Í lögskýringargögnum við IX. kafla norsku stjórnslulaganna kom fram að vafi hefði verið um hvort setja ætti almennt ákvæði um efnið í stjórnslulög. Ýmislegt mælti með almennum reglum eins og væru í hegningarlögum fyrir refsingar en erfitt væri að setja viðmið um tímafresti enda væri ekki sambærilegur refsirammí í tilviki stjórnsluviðurlaga. Þá væru stjórnsluviðurlög mjög ólík. Vegna þess hefði verið farin sú leið að setja ákvæði um efnið

²⁵⁰ Sjónarmið um að færa IX. kafla í norsku stjórnslulögin, sem fjallar um stjórnsluviðurlög, byggðu á að almennar reglur í stjórnslulögum stuðluðu að einsleitni, þær væru til þess fallnar að fullnægja kröfum norsku grunnlaganna og alþjóðlegra sáttmála, einkum MSE. Sjá *Prop 62 L*, bls. 7 og 60-62. Í þessu sambandi má einnig benda á það sjónarmið að rýmkun gildissviðs fyrningarreglna hegningarlaga byggði á sínum tíma á því að óheppilegt væri að láta lausnina ráðast hverju sinni á löggjöfnun. Sjá Alþt. 1980, 103. löggj.þ., þskj. 4 og Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*, bls. 303.

²⁵¹ *NOU 2003:15*, bls. 217.

í sérlæg.²⁵² Komið hefur fram tillaga að nýjum stjórnsýslulögum. Í þeim er ekki lagt til að gerðar verði breytingar á kaflanum um stjórnsýsluviðurlög að þessu leyti.²⁵³

Verði hugað að setningu almenns ákvæðis um brottfall stjórnvaldssekta og eftir atvikum annarra tegunda stjórnsýsluviðurlaga í stjórnsýslulög mætti einnig taka til skoðunar hvort ástæða sé til að færa ýmis önnur sérlagaákvæði um stjórnsýsluviðurlög í lögin. Má þar nefna ákvæði sem tengjast réttinum til að fella ekki á sig sök, banni við tvöfaldri refsingu og málsmeðferð, reglur um kærufé eða framsendingu máls til lögreglu eða ákærvalds sem og áhrif endursendingar til eftirlitsstjórnvalds, sáttir, atriði sem hafa áhrif á fjárhæð stjórnvaldssekta og lengd réttindasviptingar, að stjórnvaldssektir renni í ríkissjóð, þær séu aðfararhæfar, beri vexti og dráttarvexti, sem og hvenær beri að greiða þær. Einnig mætti athuga ýmis önnur skilyrði, svo sem um saknæmi, og reglur um sönnun.²⁵⁴ Jafnframt hvort beiting stjórnsýsluviðurlaga eigi að taka mið af skilyrðum er varðar hinn brotlega, svo sem um lágmarksaldur og geðheilbrigði, eða hlutrænum refsileysis-ástæðum.²⁵⁵ Að lokum mætti taka til skoðunar nokkur atriði er tengjast þvingunarúræðum.

Abstract

The statute of limitations of administrative sanctions

A long time can pass from when a violation of law occurred until an administrative case is started, where administrative sanctions may be applied because of the violation. For example, the Competition Authority may discover that enterprises were colluding illegally about prices five years ago, the Fishing Authority may receive information that ships illegally threw fish overboard three years ago, and the Consumer Protection Authority may find out that a corporation violated consumer rights seven years ago. The issue arises, therefore, whether there is any statute of limitations for administrative sanctions like there is for punishment and other criminal sanctions in the Criminal Code No. 19/1940. Many special legal provisions (*lex specialis*) have been enacted in Icelandic law concerning administrative fines. The article discusses issues that arise in interpreting and applying the

²⁵² Prop. 62 L, bls. 171.

²⁵³ NOU 2019:5.

²⁵⁴ Sjá til hliðsjónar Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, bls. 500.

²⁵⁵ Sjá til hliðsjónar Prop. 62 L, bls. 78-81.

provisions as well as suggests some solutions. Where no special legal provisions have been enacted, the question arises whether there are any general legal provisions or unwritten rules (*lex generalis*) that apply. The article argues that administrative sanctions are not punishment or other criminal sanctions in the sense of the Criminal Code. Hence the Criminal Code does not apply directly to administrative sanctions. The article then argues that there are reasons to doubt that the Criminal Code should be applied by analogy. The main reason is that there is a legal principle that covers the topic, namely the general principle of proportionality in Article 12 of the Administrative Procedures Act No. 37/1993. In light of this, the judgments of the Supreme Court from 16 February 2016 are criticized, but in them the rules on statute of limitations in the Criminal Code were used for administrative fines applied by the Competition Authority. There is no argument for this conclusion in the judgments other than the parties „agreed on it“. Furthermore, it is unclear whether the Criminal Code was applied directly or by analogy. The article then discusses how the principle of proportionality applies to administrative sanctions in cases where a long time has passed from when a violation occurred until an administrative case is opened. Finally the article offers some *de lege ferende* considerations concerning the desirability of clarifying many issues identified in the article about the interpretation and application of the special legal provisions as well as enacting a general provision on the statute of limitations of administrative sanctions, at least administrative fines, in the Administrative Procedures Act.

Heimildir

- Alf Ross: *Forbrydelse og straf. Analytiske og retsformateriske bidrag til kriminalrettens almindelige del*. Kaupmannahöfn 1974.
- Arvid Frihagen: *Forvaltningsrett. Bind II*. Oslo 1992.
- Alþingistíðindi*.
- Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*. Reykjavík 1989.
- Ármann Snævarr: *Þættir úr refsirétti II*. Reykjavík 1983.
- Bent Christensen: *Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation*. Kaupmannahöfn 1992.
- Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks og Clare Overy: *Jacobs, White and Overy European Convention on Human Rights*. 7. útg. Oxford. 2017.
- Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*. 2. útg. Reykjavík 2019.
- Bjørn O. Berg: *Forvaltningssanksjoner*. Oslo 2005.
- Christoph Grabenwarter: *European Convention on Human Rights. Commentary*. Munchen 2014.
- D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates og C.M. Buckley: *Harris, O'Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*. 4. útg. Oxford 2018.
- Davíð Þór Björgvinsson: „Beiting Hæstaréttar Íslands á lögnum um Mannréttindasáttmála Evrópu“. *Tímarit lögfræðinga* 2003, bls. 345-371.
- Eiríkur Jónsson, Friðrik Ársælsson og Kristín Benediktsdóttir: *Opinbert markaðseftirlit*. Reykjavík 2012.
- Finn Haugen og Jon Sverdrup Efstjed: *Strafferett. Håndbok*. 4. útg. Oslo 2015.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson og Særún María Gunnarsdóttir: „Skýrleikareglan og svarreglan í stjórnsýslurétti“. *Afnælisrit Tryggvi Gunnarsson sextugur 10. júní 2015*. Reykjavík, bls. 237-298.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnskipuleg lögmatísregla“. *Úlfjótur* 2009, 4. tbl. 62. árg., bls. 421-494.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Um inntak og eðli viðurkenningarkrafna í almennum einkamálaum“. *Úlfjótur* 1. hefti 70. árg. 2017, bls. 5-40.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Viðurkenningarkröfur um (ó)lögmati einhvers“. *Úlfjótur* 1. hefti 71. árg. 2018, bls. 39-82.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*. Reykjavík 2015.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Vandaðir stjórnsýsluhættir*. Reykjavík 2016.
- Hans Petter Graver: *Almímelig forvaltningsrett*. 3. útg. Oslo 2007.
- Henrik Zahle: *Bevisret*. Kaupmannahöfn 1994.
- Jens Edvin A. Skoghøy: „Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven“. *Jussens Venner* 05/2014, vol. 49, bls. 297-340.
- Jens Garde o.fl.: *Forvaltningsret. Sagsbehandling*. 6. útg. Kaupmannahöfn 2007.
- Johs. Andenæs: *Almímelig strafferett*. 5. útg. ved Magnus Martningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo 2010.
- Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaþbyrgð I*. Reykjavík 1999.
- Jónatan Þórmundsson: *Viðurlög við afbrotum*. Reykjavík 1992.
- Karen Reid: *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. London 2015.
- Karsten Revsbech og Søren Højgaard Mørup: „Forvaltningens virksomhed“. *Forvaltningsret. Admíndelige emner*. 6. útg. Ritstj. Karsten Revsbech o.fl. Kaupmannahöfn 2016.
- Knud Waaben: *Strafferettens almindelige del*. Kaupmannahöfn 1993.
- Markús Sigurbjörnsson og Kristín Benediktsdóttir: *Einkamálaréttarfar*. 3. útg. Reykjavík 2013.
- Niels Fenger og Hanne Marie Motafeld: „Sagsoplysning“. *Forvaltningsret*. Ritstj. Niels Fenger. Kaupmannahöfn 2018, bls. 483-547.
- Niels Fenger: „Domstolsprøvelse“. *Forvaltningsret*. Ritstj. Nielse Fenger. Kaupmannahöfn 2018, bls. 883-958.

- Niels Fenger: *Forvaltning og Fællesskap*. Kaupmannahöfn 2004.
NOU 2003:15. *Fra bot til bedring*.
NOU 2019:5 *Ny forvaltningslov*.
- Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttmætisreglan.“ *Afmælisrit Björn Þ. Guðmundsson sjötugur* 13. júlí 2009. Reykjavík, bls. 253-277.
- Ólafur Jóhannes Einarsson: „Þagnarréttur og meðferð samkeppnismála“. *Timarit lögfræðinga* 1. hefti 56. árg. 2006, bls. 55-86.
- Ólafur Jóhannsson: *Stjórnarfrarsréttur*. Reykjavík 1955.
- Páll Hreinsson: „Lagaáskilnaðarregla atvinnufrelsisákvæðis stjórnarskrárinna“. *Lindæla*. Garðar Gíslason o.fl. ritstj. Reykjavík 2001, bls. 399-421.
- Páll Hreinsson: „Lagaheimild reglugerða“. *Timarit lögfræðinga* 2015, 2. hefti 65. árg., bls. 143-294.
- Páll Hreinsson: „Meðalhófsregla stjórnýslulaga“. *Lögberg*. Ritstj. Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson. Reykjavík 2003, bls. 503-533.
- Páll Hreinsson: „Stjórnýsluviðurlög“. *Rannsóknir í félagsvísindum VI: lagadeild*. Ritstj. Róbert R. Spanó. Reykjavík 2005.
- Páll Hreinsson: „Þegar reglugerð brýtur í bága við lög“. *Afmælisrit: Tryggvi Gunnarsson sextugur* 10. júní 2015, Reykjavík 2015, bls. 577-617.
- Páll Hreinsson: „Þvingunarúræði stjórnvalda“. *Afmælisrit Jónatan Þórmundsson 19 desember 2007*. Reykjavík 2007, bls. 373-390.
- Páll Hreinsson: *Stjórnýslulögin. Skýringarrit*. Reykjavík 1994.
- Páll Hreinsson: *Stjórnýsluréttur. Málsmeðferð*. Reykjavík 2013.
- Prop. 62 L (2015-2016). Proposisjon til Stortinget (forslag til lovedtak). Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.). Recommendation No. R (91)1 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions. Adopted 13 February 1991.*
- Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Refsiréttur“. *Um lög og rétt. Helstu greinar íslenskrar lögfræði*. Ritstj. Björg Thorarensen. 3. útg. Reykjavík 2017, bls. 329-361.
- Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnýsluréttur“. *Um lög og rétt* 3. útg. Ritstj. Björg Thorarensen. Reykjavík 2017, bls. 93-144.
- Róbert R. Spanó: *Ne bis in idem. Bann við endurtekinni málsmeðferð og refsingu*. Reykjavík 2011.
- Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin. Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar. Akvæði 1. mgr. 68. gr. og 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinna og 3. og 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu*. Reykjavík 2012.
- Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*. Reykjavík 2007.
- Skýrsla nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum* Reykjavík 2006.
- Starfsskilyrði stjórnvalda: skýrsla nefndar um starfsskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlög við réttarbrotum í stjórnýslu*. Reykjavík 1999.
- Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling*. 2. útg. Kaupmannahöfn 2006.
- Sten Bønsing: *Almindelige forvaltningsret*. 4. útg. Kaupmannahöfn 2018.
- Tom Barkhuysen, Michiel van Emmerik, Oswald Jensen og Masha Fedorova: „Right to a Fair Trial“. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Ritstj. Peter van Dijk o.fl. 5. útg. Cambridge 2018.
- Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*. 9. útg. Osló 2010.
- Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*. 11. útg. Osló 2018.
- Trausti Fannar Valsson: „Upphaf stjórnýslumála“. *Afmælisrit lagadeildar Háskóla Íslands*. Reykjavík 2008, bls. 421-457.
- Vagn Greve, Bent Unmack Larsen og Per Lindegaard: *Kommenteret straffelov. Almindelige del*. 4. útg. Kaupmannahöfn 1989.
- Viðar Már Matthíasson: „Lögjöfnun sem refsheimild“. *Úlfljótur* 1. hefti 31. árg. 1978, bls. 5-19.
- Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur III. Aðilaskipti. Lok Kröfuréttinda*. Reykjavík 2019.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar Íslands

- Hrd. 1998, bls. 137 (mál nr. 286/1997).
- Hrd. 1999, bls. 957 (mál nr. 257/1998).
- Hrd. 2003, bls. 2868 (mál nr. 83/2003).
- Hrd. 2003, bls. 3698 /mál nr. 37/2003).
- Hrd. 2006, bls. 4390 (mál nr. 539/2006).
- Hrd. 2. október 2008 (mál nr. 640/2007).
- Hrd. 19. mars 2009 (mál nr. 479/2008).
- Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 272/2015).
- Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 277/2015).
- Hrd. 4. febrúar 2016 (mál nr. 278/2015).

Dómar Héraðsdóms

Dómur Héraðsdóms Vestfjarðar 19. maí 2019 í máli nr. E-118/2009.

Álit umboðsmanns Alþingis

- UA 6. febrúar 2002 (mál nr. 3047/2000).
- UA 31. desember 2014 (mál nr. 7484/2013).
- UA 10. apríl 2015 (mál nr. 8140/2014).
- UA 30. desember 2016 (mál nr. 8471/2015).

Norskir dómar

Rt. 2015, bls. 921.

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu

- MDE Jussila gegn Finnlandi 23. nóvember 2006, mál nr. 7305/01 (Yfirdeild).
- MDE Segame gegn Frakklandi 7. júní 2012, mál nr. 4837/06.
- MDE Scoppola gegn Ítalíu 22. maí 2012, mál nr. 126/05. (Yfirdeild).
- MDE Hutchinson gegn Stóra-Bretlandi 17. júní 2017, mál nr. 57592/08 (Yfirdeild).
- MDE Chim og Przywieczerski gegn Póllandi 12. apríl 2018 í málum nr. 36661/07 og 38433/07.

Páll Þórhallsson

TJÁNINGARFRELSI OPINBERRA STARFSMANNA - SIÐFERÐILEG OG LAGALEG SJÓNARMÍÐ*

Efnisyfirlit

1. Inngangur	542
2. Almennt um tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna	542
3. Hverjir eru þessir opinberu starfsmenn?	545
4. Heimildir til takmörkunar á tjáningarfrelsi	547
5. Nánar um hlutverk og skyldur opinberra starfsmanna	553
5.1 Almennt	553
5.2 Rök fyrir sérstökum takmörkunum á tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna	554
5.3 Meginskyldur opinberra starfsmanna við tjáningu utan starfs	557
5.4 Atriði sem hafa áhrif á mat í einstökum tilvikum	562
6. Niðurstöður	564
Abstract	566
Heimildir	567

1. Inngangur

„Ímyndum okkur að spurningin: „Stendur forsætisráðherra sig vel í starfi?“ væri borin upp opinberlega við ráðherra í ríkisstjórn, þingmann stjórnarandstöðunnar, ríkisstarfsmann og álitsgjafa í fjölmiðlum. Í þremur tilfellum af fjórum er svarið gefið fyrir fram vegna stöðu viðkomandi. Ráðherrann verður að svara játandi, þingmaðurinn neitandi og ríkisstarfsmaðurinn verður að neita að svara.“¹

Þessi tilvitnun í breskt fræðirit um siðferði í opinberri stjórnsýslu endurspeglar hefðbundin viðhorf um að opinberir starfsmenn eigi að halda sig til hlés í opinberri umræðu, ekki síst þegar verið er að ræða starfsemi stjórnvalda. Nú er það hins vegar í auknum mæli viðurkennt að opinberir starfsmenn njóta tjáningarfrelsis eins og aðrir. Því má spyrja við hvaða rök krafan um hlédrægni opinberra starfsmanna styðjist og hversu þungt þau vega andspænis tjáningarfrelsinu.

Ekki er hægt að segja að mikið hafi reynt á þessi mál hér á landi. Ein skýringin kann að vera sú að opinberir starfsmenn séu almennt tregir til að tjá sig í eigin nafni á opinberum vettvangi og láta reyna á hvar mörkin liggja. Réttarreglur um þetta efni eru að sama skapi fremur óljósar þótt gerð hafi verið tilraun til þess að skýra línur með nýsamþykktum breytingum á stjórnsýslulögum nr. 37/1993.²

Í greininni verður fjallað um tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna og þá einkum hvaða takmörkunum það sæti. Ekki verður fjallað ítarlega um þagnarskyldu í því sambandi heldur fremur spurt hvaða aðrar mögulegar takmarkanir leiði af eðli starfsins og að hvaða marki lög renni stöðum undir þær.

2. Almennt um tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna

Allir njóta tjáningarfrelsis samkvæmt 73. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944³ og 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu (MSE), sbr. lög nr. 62/1994, og eru opinberir starfsmenn að sjálfsögðu þar á meðal.⁴

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ M. Quinlan: „Ethics in the public service.“ *Governance* 1993, bls. 538.

² Lög nr. 71/2019. Sjá Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 809 – 493. mál.

³ Hér eftir nefnd stjórnarskrá.

⁴ Ekki er að finna í lögskýringargögnum með 73. gr. stjórnarskrárinnar sérstaka umfjöllun um tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna. Björg Thorarensen bendir á að meginreglan er sú að opinberir starfsmenn njóta tjáningarfrelsis og verndar 73. gr. stjórnarskrárinnar eins og aðrir, en í þessum efnun verður að taka mið af þeim aðstæðum sem uppi eru þar sem tjáning er viðhöfð og efni hennar. Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*.

Tjáningarfrelsið er nokkuð margslungið. Það greinist í frelsi til að leita eftir og taka við upplýsingum og frelsi til að miðla upplýsingum og skoðunum. Þessi síðarnefndi kjarnaþáttur tjáningarfrelsisins er hér til umræðu. Tjáningarfrelsi tengist einnig öðrum mannréttindum eins og skoðanafrelsi, félagafrelsi og fundafrelsi. Skoðanafrelsi opinberra starfsmanna er eitt af einkennum lýðræðisríkja. Þannig er almennt óheimilt að byggja ákvörðun um ráðningu eða framgang í starfi á stjórnmálaskoðunum, trú eða lífsskoðunum umsækjenda. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur þó viðurkennt svigrúm aðildarríkja til að veða og meta þetta frelsi á móti grunnildum lýðræðislegs samfélags. Þannig er aðildarríkjum heimilt að krefjast þess af opinberum starfsmönnum að þeir sýni grunnildum stjórnskipunarinnar hollustu.⁵ Þá verður að játa ráðherrum svigrúm til að taka mið af stjórnmálaskoðunum við val á aðstoðarmönnum ráðherra. Þeir láta af störfum um leið og ráðherrann og ráðherra getur hvenær sem er vikið þeim úr starfi án þess að tilgreina ástæður, sem þýðir að það getur verið vegna þess að ráðherranum líki ekki skoðanir viðkomandi.⁶ Umboðsmaður Alþingis hefur tekið fram í áliti að það leiði af 2. mgr. 11. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 að almennt sé óheimilt að mismuna aðilum við úrlausn mála, þar með talið ráðningarmála, á grundvelli sjónarmiða sem byggjast á stjórnmálaskoðunum. Ekki sé þó með öllu hægt að útiloka að málefnalegt geti talist að líta til ummæla eða afstöðu umsækjanda um opinbert starf sem fram hefðu komið á opinberum vettvangi ef í húfi væri traust þeirra sem þyrftu að vinna með viðkomandi.⁷

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur lagt áherslu á tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna en jafnframt viðurkennt að leggja megi sérstakar hömlur á það vegna eðlis starfa þeirra. Endurspeglar dómstóllinn þar

Reykjavík 2019, bls. 371. Í Noregi hefur verið talið að nýtt stjórnarskrárákvæði um tjáningarfrelsi hafi rennt frekari stoðum undir tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna enda var við undirbúning þess fjallað ítarlega um þetta efni. *Melding for året 2006 fra Siøilombudsmanden*. Umboðsmaður norska Stórþingsins, Osló 2006, bls. 77.

⁵ *Dómur MDE í máli Vogt gegn Þýskalandi frá 26. september 1995, mál nr. 17851/91, efnisgr. 59.* Í málinu var það samt sem áður talið fela í sér ólögmeta skerðingu á tjáningarfrelsi kennara að segja honum upp störfum vegna aðildar að kommúnistaflokki.

⁶ Sbr. 1. mgr. 22. gr. laga um Stjórnarráð Íslands nr. 115/2011.

⁷ Málið snerist um að umsækjanda um starf starfsmanns verkefnisstjórnar rammaáætlunar var hafnað vegna þess að hún nyti ekki traust verkefnisstjórnar. Viðkomandi hafði tekið þátt í umræðum á opinberum vettvangi um virkjana- og umhverfismál. Umboðsmaður taldi í þessu tilviki að ekki hefðu legið fyrir nægilega skýrar upplýsingar um málavöxtu og því hefði verið brotið á rétti viðkomandi. *Álit UA frá 31. desember 2010 í máli nr. 5740/2009.*

viðteknar reglur í löndum eins og Frakklandi og Þýskalandi um skyldu opinberra starfsmanna til varfærni og hollustu gagnvart ríkinu.

Á það hefur verið bent að einn helsti munur á bandarískum rétti og meginlandsrétti að þessu leyti sé að í Bandaríkjunum njóti hinn opinberi starfsmaður mjög ríks tjáningarfrelsis og þurfi ekki að gæta hófs öfugt við hina evrópsku nálgun.⁸ Í Bandaríkjunum séu hins vegar töluverðar hömlur lagðar á að opinber starfsmaður sé í pólitík en því sé þveröfugt farið á meginlandinu, til dæmis í Frakklandi.⁹

Þátttaka opinberra starfsmanna í opinberri umræðu er ekki einungis mikilvæg fyrir þá sjálfa heldur einnig fyrir samfélagið. Í nýlegum fræðaskrifum hér á landi hefur verið bent á að í ljósi þess hve opinberir starfsmenn eru stór hluti af þjóðinni og vegna þekkingar þeirra og reynslu sé augljóst hve skaðlegt það væri fyrir opinbera umræðu ef þeir mættu almennt ekki taka þátt í henni.¹⁰ Þar að auki eru sumar upplýsingar þess eðlis að mjög æskilegt er að opinberir starfsmenn miðli þeim eins og um spillingu í stjórnkerfinu.¹¹

Það getur reynt á tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna við ýmsar aðstæður. Í þessari grein verður fyrst og fremst fjallað um opinbera tjáningu, í fjölmiðlum, á opinberum fundum eða á samfélagsmiðlum. En vissulega geta líka komið upp athyglisverðar spurningar varðandi tjáningu í þrengri hópi eða á vinnustað þótt ekki verði fjallað um þær hér. Fullyrða má samt að tjáningarfrelsi hlýtur almennt að vera meira við þær aðstæður.¹² Innan veggja ríkisstofnunar er æskilegt að

⁸ Hæstiréttur Bandaríkjanna taldi í máli *Rankin gegn McPherson*, 483 US 378 (1987) að ekki væri heimilt að segja upp starfsmanni sem hafði sagt í tilefni af tilræði við Ronald Reagan forseta: „Shoot, if they go for him again, I hope they get him.“ Þess ber þó að geta að máli skipti að viðkomandi starfsmaður var ekki í áhrifastöðu og ummæli féllu inni á vinnustað.

⁹ Samkvæmt the Hatch Act frá 1939 mega opinberir starfsmenn ekki bjóða sig fram í flokkspólitískum kosningum. Síðan löggin voru sett hefur verið slakað á öðrum hömlum á pólitísku starfi opinberra starfsmanna utan vinnutíma. Löggin voru upphaflega meðal annars sett til að verja opinbera starfsmenn fyrir þrýstingi frá pólitískum yfirmönnum og til að tryggja að opinberar stofnanir væru pólitískt hlutlausir vinnustaðir.

¹⁰ Á þetta bendir Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð*. Reykjavík 2013, bls. 731.

¹¹ Sjá frumvarp til laga um vernd uppljóstrara sem lagt hefur verið fram á Alþingi, þskj. 431 á 150. löggjafarþingi, 362. mál. Nánar er fjallað um uppljóstraravernd opinberra starfsmanna í annarri grein í riti þessu.

¹² Sbr. *álit UA frá 23. september 2019 í máli nr. 9622/2018* þar sem kemur fram að ekki verða gerðar sömu kröfur um rökstuðning og tilgreiningu heimilda í innanhússtölvupósti til samstarfsmanna samanborið við t.d. ef gagnrýni er sett fram í fræðigreini eða á öðrum opinberum vettvangi.

tjáningarfrelsi sé ríkt.¹³ Segja má að það sé jafnvel hluti af trúnaðar- og hollustuskyldu starfsmanns að láta vita ef hann hefur efasemdir um verkefni sem er í undirbúningi og fyrirhugaða framkvæmd þess. Má í þessu sambandi einnig vitna til ráðgjafarskyldu starfsmanna ráðuneyta gagnvart ráðherra sem hefur verið lögfest.¹⁴ Eftir að niðurstaða er fengin er það síðan hluti af starfsskyldum að ýta fyrri ágreiningi og skoðanamun til hliðar og stuðla að skilvirkri framkvæmd lögmatra ákvarðana. Í þessu sambandi má geta þess að ekki er hægt samkvæmt gildandi lögum að leggja þá skyldu á opinbera starfsmenn að bera gagnrýni fyrst upp innanhúss áður en hún er sett fram opinberlega. Það gefur samt auga leið að það kann að vera vænlegra til árangurs að ræða atriði sem menn telja að megi bæta á vinnustaðnum áður en farið er út fyrir hann.

Dómaframkvæmd bendir til þess að ummæli í svokölluðum lokuðum hópum á samfélagsmiðlum teljist falla á opinberum vettvangi ef fjöldi í hópnum er nokkur og þátttakendur mega ætla að þau geti hlotið víðtækari dreifingu, m.a. fyrir tilstilli fjölmiðla.¹⁵

Tjáningarfrelsisákvæði stjórnarskrár og mannréttindasáttmála Evrópu vernda hvers kyns tjáningu, einnig þá sem hneykslar og móðgar og er yfirvöldum ekki þóknanleg. Þá verður að taka tillit til þess að mismunandi talsmáti hæfir ólíkum miðlum. Opinberir starfsmenn geta til dæmis almennt leyft sér meira á samfélagsmiðlum þar sem umræða einkennist gjarnan af gamansemi og háði heldur en í viðtali í Ríkisútvarpinu.

3. *Hverjir eru þessir opinberu starfsmenn?*

Þegar fjallað er um grundvallarréttindi opinberra starfsmanna er vert að reyna að afmarka við hverja er átt. Hugtakið nær yfir allstóran hóp starfsmanna sem mismunandi reglur gilda um. Það sem sameinar þá er að þeir fá greidd laun fyrir starf í opinberri þjónustu og að um störfin gilda sérstök siðferðileg sjónarmið. Þótt réttarstaða starfsmanna ríkis og

¹³ Sbr. t.d. 10. lið almennra siðareglna starfsmanna ríkisins frá 22. apríl 2013, nr. B-491/2013

¹⁴ Sjá 2. mgr. 20. gr. laga um Stjórnarráð Íslands nr. 115/2011.

¹⁵ Í dómi *Héraðsdóms Reykjavíkur frá 7. ágúst 2019 í máli nr. E-4046/2018* var fjallað um ummæli háskólakennara sem féllu í lokuðum umræðuhópi á Facebook. Tekið er fram í niðurstöðum dómsins að þótt ekki liggi fyrir hve margir hafi verið í hópnum, sem kallaðist „karlmennskuspjallið“, þá megi slá því föstu að um opinberan vettvang hafi verið að ræða. Kennarinn hafi mátt vænta þess að ummæli sem hann léti falla þar hlytu víðtækari dreifingu, meðal annars fyrir tilstilli fjölmiðla. Sjá einnig dóm Hæstaréttar frá 20. nóvember 2014 í máli nr. 214/2014.

sveitarfélaga sé misjöfn eiga hóparnir margt sameiginlegt og út frá viðfangsefni þessarar greinar er eðlilegt að fjalla um þá saman. Undanskilja verður hins vegar nokkra flokka starfsmanna. Forseti Íslands, alþingismenn og ráðherrar eru undanskildir lögum um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins nr. 70/1996 með öllu, sbr. 1. mgr. 2. gr. laganna. Forseti Íslands og alþingismenn sækja umboð sitt beint til þjóðarinnar og þeir verða ekki beittir vinnuréttarlegum eða stjórnsýsluréttarlegum viðurlögum teljist þeir hafa misfarið með tjáningarfrelsi sitt. Ráðherrar sækja umboð sitt til meiri hluta Alþingis og eru formlega skipaðir af forseta Íslands. Þeir verða heldur ekki beittir vinnuréttarlegum eða stjórnsýsluréttarlegum viðurlögum þótt vissulega gildi lög um ráðherraábyrgð um þeirra störf.¹⁶ Þá er vert að nefna að sveitarstjórnarmenn eru að mörgu leyti í sambærilegri stöðu og alþingismenn að því leyti að þeir sækja umboð sitt beint til kjósenda.

Ekki þykir rétt að skipa dómurum utan þessarar umfjöllunar. Þeir njóta vissulega tiltekinnar sérstöðu eins og endurspeglast t.d. í 1. mgr. 2. gr. laga um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins. Þá njóta þeir sérstakrar verndar í starfi sem gerir það að verkum að örðugra er að beita þá viðurlögum en á við um aðra opinbera starfsmenn. Hliðstæð sjónarmið geta átt við um aðra embættismenn sem eru í sérstökum trúnaðarstöðum, njóta sjálfstæðis í starfi og sérstakrar verndar í lögum. Má nefna sem dæmi umboðsmann Alþingis, Ríkisendurskoðanda og umboðsmann barna.

Starfsmenn félaga í eigu hins opinbera eru athugunarefni í þessu sambandi. Að sumu leyti má segja að þeir ættu ekki að vera í þeim hópi sem greinin fjallar um. Þannig eru þeir undanskildir starfsmannalögum og réttarstaða þeirra er í grunninn sú sama og starfsmanna einkafyrirtækja. Á hinn bóginn geta mörg sömu siðferðissjónarmið átt við um störf þeirra og eiga við um opinber störf, þ. á m. varðandi tjáningarfrelsi.

Þegar búið er að afmarka lauslega hvað átt er við með hugtakinu opinberir starfsmenn er ljóst að í þeim flokki er mjög fjölskrúðugur hópur: Ráðuneytisstjórar, skrifstofustjórar, aðstoðarmenn ráðherra og allt annað starfslið ráðuneyta, forstöðumenn stofnana og starfsmenn þeirra, þar undir falla t.d. allir starfsmenn Landspítala og heilsugæslu, framhaldsskóla, grunnskóla og leikskóla, löggæslustofnana, skrifstofu-

¹⁶ Þótt lagalegar skorður við tjáningarfrelsi kjörinna fulltrúa almennings séu minni en opinberra starfsmanna er ekki þar með sagt að engin siðferðileg viðmið séu til staðar. Siðareglur alþingismanna eru m.a. til vitnis um það.

stjóri Alþingis og starfsmenn skrifstofu Alþingis, dómarmenn og starfsmenn dómstóla, sveitarstjórnar og starfsmenn sveitarfélaga.

Eins og nánar verður vikið að eiga mismunandi sjónarmið við eftir stöðu viðkomandi. Þeir sem starfa næst hinu pólitíska valdi, eins og æðstu embættismenn í ráðuneytum, þurfa helst að gæta orða sinna að sumu leyti óháð hinni lagalegu stöðu. Starfsmenn opinberra hlutfélaga, sem teljast reyndar ekki opinberir starfsmenn í lagalegum skilningi, eru svo í stöðu sem er líkust því sem starfsmenn á einkamarkaði búa við.

4. Heimildir til takmörkunar á tjáningarfrelsi

Það gildir bæði samkvæmt 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. MSE að allar takmarkanir á tjáningarfrelsi verða að uppfylla nokkur skilyrði. Í fyrsta lagi þarf að kanna hvort raunverulega sé um takmörkun á tjáningarfrelsi að ræða. Í öðru lagi þarf að vera fullnægjandi lagaheimild til takmörkunar. Í þriðja lagi þarf takmörkun tjáningarfrelsis að þjóna lögmætu markmiði sem á sér stoð í stjórnarskrá eða Mannréttindasáttmála Evrópu. Væntanlega má helst finna stuðning í markmiði um allsherjarreglu þegar opinberir starfsmenn eiga í hlut. Í einhverjum tilvikum getur öryggi ríkisins einnig verið í húfi. Þá geta „réttindi annarra“ komið við sögu.¹⁷ Í fjórða lagi þarf að sýna fram á að takmörkun hafi verið nauðsynleg. Takmörkunin má ekki ganga of langt miðað við það markmið sem að er stefnt. Það þýðir m.a. að meðalhófs hafi verið gætt. Hér á eftir verður fjallað um það hvað teljist til takmörkunar á tjáningarfrelsi og lagaheimildir til hennar. Ekki verður fjallað nánar um önnur skilyrði.

Takmörkun á tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna getur birst með ýmsum hætti. Algengast er að tjáning leiði til viðbragða vinnuveitanda þar sem áminning og uppsögn eru róttækustu úrræðin en einnig geta ýmsar aðrar vægari aðgerðir sem rýra stöðu viðkomandi eða hafa fælingaráhrif talist fela í sér takmörkun. Jafnvel þegar nýttar eru almennar heimildir til uppsagnar samkvæmt lögum eða ráðningarsamningi með tilskildum uppsagnarfresti getur verið um takmörkun tjáningarfrelsis að ræða þegar raunverulegt tilefni er tjáning starfsmanns.¹⁸ Takmarkatilvik geta komið upp þegar ummæli starfs-

¹⁷ Til hliðsjónar má nefna að í dómi *Héraðsdóms Reykjavíkur frá 7. ágúst 2019 í máli nr. E-4046/2018* er talað um rétt samstarfsfólks og nemenda háskólans til að upplifa að háskólinn starfaði í reynd eftir gildum jafnréttis.

¹⁸ Sjá til hliðsjónar dóm *Héraðsdóms Reykjavíkur frá 7. ágúst 2019 í máli nr. E-4046/2018*.

manns valda ólgu á vinnustað sem leiðir til þess að grípa þarf til aðgerða, til dæmis færa viðkomandi til í starfi.

Reglur um það hver megi tjá sig í nafni stofnunar og hvernig geta hins vegar ekki talist takmörkun á tjáningarfrelsi. Í starfi verður opinber starfsmaður að virða reglur og fyriræli um það hver megi tjá sig út á við í nafni stofnunar og með hvaða hætti. Snýst það um eðlilega og skilvirka starfsemi viðkomandi stofnunar. Það reynir því fyrst og fremst á tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna þegar þeir tjá sig í eigin nafni. Rétt er að taka fram að starfsmaður getur tjáð sig um eigið starf eða verkefni sem hann sinnir en samt talað í eigin nafni.¹⁹ Auðvitað getur stundum verið vandasamt að greina á milli og því er eðlilegt að gera þá kröfu til starfsmanna að þeir taki það fram að þeir tjái sig í eigin nafni ef þeir vilja nýta sér tjáningarfrelsi sem almennir borgarar og hætta er á misskilningi í því efni.

Í grunninn verður tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna einungis takmarkað með lögum. Leiðir það bæði af 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. MSE. Síðarnefnda ákvæðið gerir þó ekki skilyrðislausu kröfu um sett lög frá löggjafarþinginu. Því hefur verið haldið fram að lagaáskilnaðarkrafa 73. gr. stjórnarskrárinnar sé þannig strangari en sambærileg krafa skv. 2. mgr. 10. gr. MSE.²⁰ Í Noregi hefur t.d. verið talið að takmarkanir á tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna geti byggt á lögum, samningum á vinnumarkaði eða ólögfestri hollustuskyldu sem gildi um alla starfsmenn á vinnumarkaði.²¹ Hafa verður þetta í huga þegar lagaheimildir til skerðingar á tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna á Íslandi eru metnar. Ekki er útilokað að byggja takmörkun tjáningarfrelsis á kjarasamningi ef hann á stoð í lögum.²² Þá má spyrja hvort almennar stjórnunarheimildir vinnuveitanda og heimild til að segja upp ráðningarsamningi séu fullnægjandi lagaheimild til viðbragða vegna tjáningar starfsmanna utan starfs. Þegar gætt er að stöðu hins opinbera þar sem krafa er um málefnalega og

¹⁹ Í dómi *Hæstaréttar frá 15. desember 2005 í máli nr. 181/2005* reyndi beint á tjáningarfrelsi embættismanns sem tjáði sig sem slíkur: „Er ekkert óeðlilegt við það að stefndi sem ríkisskattstjóri láti í ljós opinberlega skoðanir sínar á því sem hann telur gagnrýniverð á sviði skattamála“, segir þar. Athyglisvert er að ekki að finna í dómi *Hæstaréttar* eða héraðsdóms neina umfjöllun um það hvort beina hefði átt málshöfðun að ríkinu en ekki embættismanninum persónulega.

²⁰ Kjartan Bjarni Björgvinsson: „Verðleikar laganna – lagaáskilnaðarregla mannréttindasáttmála Evrópu og afstaða hennar til íslensks réttar“. *Úlfjótur*, 3. töl. 2003, bls. 358.

²¹ *Melding for året 2006 fra Sivilombudsmannen*, bls. 82.

²² Dómur *Hæstaréttar frá 11. febrúar 2016 í máli nr. 396/2015*.

lögbundna stjórnsýslu verður að ætla að þessar heimildir einar og sér dugi ekki.²³

Því má slá föstu að vinnuveitandi getur ekki ritskoðað það sem opinber starfsmaður segir í eigin nafni eða lagt fyrir hann að leita fyrirfram samþykkis við því að tjá sig, til dæmis við fjölmiðla. Engar lagaheimildir standa til slíks og jafnvel þótt þær væru fyrir hendi myndu þær vart standast bann stjórnarskrár við ritskoðun og öðrum sambærilegum tálmunum.²⁴ Blátt bann við því að tala við fjölmiðla fengi heldur ekki staðist. Fara verður einnig mjög varlega í að banna starfsmönnum að ræða tiltekin málefni opinberlega. Í siðareglum RÚV er reynt að draga þá línu að tilteknir starfsmenn megi ekki tjá sig um tiltekin efni. Þar virðist hins vegar gengið of langt.²⁵

Opinberir starfsmenn þurfa að lúta öllum sömu takmörkunum og aðrir á tjáningarfrelsi. Varðar það til dæmis vernd friðhelgi æru og einkalífs, bann við hatursorðræðu o.fl.²⁶ Til viðbótar koma svo ákvæði sem eiga sérstaklega við um opinbera starfsmenn. Má þar fyrst nefna þagnarskylduákvæði í hegningarlögum, einkum 136. gr., og X. kafla stjórnsýslulaga auk fjölmargra sérákvæða um þagnarskyldu í lögum.

²³ Öðru máli kann að gegna um starfsmenn í einkageiranum, sbr. dóm *Héraðsdóms Reykjavíkur frá 7. ágúst 2019, í máli nr. E-4046/2018*.

²⁴ Gera verður þó þann fyrirvara að sú regla sem sumar alþjóðastofnanir viðhafa, að starfsmenn þurfi leyfi til að birta greinar um efni sem tengist starfi þeirra, virðist ekki fráleit ef hún er heimfærð á starfsmenn sem vinna að viðkvæmum málaflokkum, til dæmis á sviði utanríkisamála.

²⁵ Þar segir í 3. gr.: „Starfsfólk, sem sinnir umfjöllun um fréttir, fréttatengt efni og dagskrárgerð tekur ekki opinberlega afstöðu í umræðu um pólitísk málefni eða umdeild mál í þjóðfélagsumræðunni, þ. á m. á samfélagsmiðlum.“ (Sjá Siðareglur Ríkisútvarpsins á vefnum ruv.is). Það er skiljanlegt sjónarmið að það gæti dregið úr trúverðugleika fréttaflutnings RÚV ef fréttar- eða dagskrárgerðarmenn væru búnir að taka mjög einarða pólitíska, ekki síst flokspólitíska afstöðu, opinberlega. Reglan er hins vegar of víðfeðm í ljósi þeirra sjónarmiða sem hér eru rakin. Hvað væri til dæmis athugavert við að veðurfréttamaður léti í ljós opinberlega afstöðu til Evrópumála? Nær væri að segja sem svo að þeim beri að gæta að því að tjáning þeirra utan starfs yri ekki trúverðugleika og traust landsmanna til fréttastofunnar. Sjá til samanburðar siðareglur starfsmanna BBC: „When we're on social media we can say we work for the BBC, and we can talk about us and our work. But make it clear that our views are our own, and nothing to do with the BBC. Remember that even when using our own social media accounts, we're on show to anyone who sees what we write as a representative of the BBC.“ *Working at the BBC. Our code of conduct and how we work together.* <https://www.bbc.com/aboutthebbc/reports/policies/codeofconduct>.

²⁶ Það er svo sérstakt álitamál að hvaða marki megi beita opinbera starfsmenn starfsmannaréttarlegum viðurlögum vegna ólögætrar tjáningar eins og til dæmis ærumeiðinga. Helgast svarið við væntanlega fyrst og fremst af túlkun ákvæða starfsmannalaga.

Þessi ákvæði hafa þó verið þrengd með tilliti til tjáningarfrelsis, sbr. 13. gr. a í starfsmannalögum og 2. mgr. 41. gr. stjórnsýslulaga.²⁷ Í þagnarskyldu felst bann við því að miðla upplýsingum eða notfæra sér þær ef þær eiga að fara leynt og starfsmaður hefur orðið áskynja um þær í starfi sínu. Brot á þagnarskyldu getur einnig falist í því að starfsmaður geri ekki viðhlítandi ráðstafanir til þess að þagnarskyldar upplýsingar komist ekki til vitundar óviðkomandi.²⁸

Þá er næst að geta ákvæða um vammleysi ríkisstarfsmanna. Vammleysisskyldan styðst við það grundvallarsjónarmið að almenn-ingur þurfi að geta borið virðingu fyrir stjórnsýslunni í víðum skilningi, sbr. 14. gr. starfsmannalaga. Þar segir að starfsmaður skuli forðast að hafast nokkuð það að í starfi sínu eða utan þess sem sé honum til vanvirðu eða álitshnekkis eða varpað geti rýrð á það starf eða starfsgrein sem hann vinni við. Samkvæmt 21. gr. laganna er m.a. heimilt að veita opinberum starfsmanni áminningu hafi framkoma hans eða athafnir í starfi eða utan þess að öðru leyti verið ósæmilegar, óhæfilegar eða ósamrýmanlegar starfinu. Áminning getur verið undanfari uppsagnar ef viðkomandi bætir ekki ráð sitt, sbr. 44. gr. starfsmannalaga. Sérreglur eru um starfslok embættismanna í VI. kafla starfsmannalaga en þær gera einnig ráð fyrir að brot gegn vammleysis-skyldu geti leitt til frávikningar.

Hér eru vissulega afar matskennd hugtök á ferð og viðbúið að sjónarmið breytist um hvað sé starfsmanni til vanvirðu eða álitshnekkis, til þess fallið að varpa rýrð á starf hans eða starfsgrein og hvað sé ósæmilegt, óhæfilegt eða ósamrýmanlegt starfi. En ljóst virðist að tjáning starfsmanns getur fallið þarna undir.²⁹

Þegar ákvæðin í 14. og 21. gr. starfsmannalaga eru lesin er ljóst að hollustan við vinnuveitanda er ekki kjarninn í ákvæðunum. Hún er hins vegar mögulega ein af þeim skyldum sem leiða má af ákvæðunum. Samt sem áður hefur tíðkast hér á landi að lesa trúnaðar- og hollustuskyldu út úr þessum ákvæðum líkt og hún sé þar meginstef.³⁰ Umboðsmaður Alþingis hefur í áliti fjallað um það að krafan um

²⁷ Ákvæðið bættist við stjórnsýslulög með lögum nr. 71/2019. Alþt. 2018-2019, þskj. 809 – 493. mál.

²⁸ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð*, bls. 731.

²⁹ Í áliti UA frá 23. september 2019 í máli nr. 9622/2018 kom fram að stjórnvald verður að framkvæma sjálfstætt mat á því hvort ummæli séu í andstöðu við starfsskyldur samkvæmt 21. gr. starfsmannalaga áður en áminning er veitt fyrir þau og ekki dugir að byggja á siðareglum stofnunar.

³⁰ Sbr. Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð*, bls. 732. og greinargerð með frumvarpi til breytinga á stjórnsýslulögum, Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 809 – 493. mál.

vammleysi ríkisstarfsmanna byggist á afar matskenndri vísireglu. Í málinu var það niðurstaða umboðsmanns að orð og athafnir starfsmannsins hefðu ekki verið þess eðlis að fyrirsjáanlegt hefði verið að honum yrði veitt áminning á grundvelli þeirra ákvæða.³¹ Þótt ekki megi lesa það beint út úr ákvæðum 14. og 21. gr. starfsmannalaga að þau geti orðið grundvöllur takmarkana á tjáningarfrelsi þá hefur umboðsmaður Alþings talið að það sé heldur ekki útilokað.³²

Á árinu 2019 samþykkti Alþingi lög nr. 71/2019 um breytingu á stjórnarsýslulögum þar sem nýjum kafla um tjáningarfrelsi og þagnarskyldu opinberra starfsmanna var bætt við löginn.³³ Kaflinn hefst á nýju ákvæði um tjáningarfrelsi starfsmanna sem er svohljóðandi:

„Hver sá sem starfar á vegum ríkis eða sveitarfélaga hefur frelsi til að tjá sig opinberlega um atriði er tengjast starfi hans, svo fremi sem þagnarskylda eða trúnaðar- og hollustuskyldur standa því ekki í vegi.

Undir þagnarskyldu falla ekki upplýsingar um lögbrot eða aðra ámælisverða háttsemi starfsmanna stjórnvalda.“

Ákvæðið fjallar eingöngu um tjáningu um atriði er tengjast starfi viðkomandi og lýtur tjáning um önnur atriði áfram 14. og 21. gr. starfsmannalaga. Tjáningarfrelsi um atriði er tengjast starfi viðkomandi sætir tvenns konar takmörkunum. Annars vegar er það þagnarskyldan en nýju löginn eru skýrari um það en áður hvaða upplýsingar geti verið háðar þagnarskyldu. Hins vegar eru það trúnaðar- og hollustuskyldur. Í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 71/2019 er reifað hvað felist í trúnaðar- og hollustuskyldum. Í grunninn er vísað í starfsmannalöginn og skyldur á grundvelli þeirra en eins og áður var bent á fjalla starfsmannalöginn ekki fyrst og fremst um trúnaðar- og hollustuskyldur. Því er ekki hægt að segja að skýrleikinn um hvað sé átt við með þeim hafi aukist við samþykkt laganna enda var það ekki markmiðið með þessum breytingum.

Allir starfsmenn á vinnumarkaði hafa vissar trúnaðar- og hollustuskyldur gagnvart vinnuveitanda sínum. Sú skylda er ekki lögfest en segja má að hún leiði af eðli máls. Spurningin er hins vegar sú hvort það teljist fullnægjandi réttarheimild til að takmarka tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna. Nú eru trúnaðar- og hollustuskyldur að vísu nefndar í 1. mgr. 41. gr. stjórnarsýslulaga, eftir nýlega breytingu.

³¹ UA frá 26. júlí 1999 í máli nr. 2475/1998.

³² Sama heimild.

³³ Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 809 – 493. mál.

Ætlunin var þó augljóslega ekki að renna stoðum undir ólögfestar takmörkunarheimildir heldur vísa í það sem fyrir væri.

Ekki er að sjá að neitt í lögum og reglum um opinbera starfsmenn hér á landi komi almennt í veg fyrir að þeir séu virkir í stjórnmalastarfi. Lög gera enn fremur ráð fyrir að opinber starfsmaður geti orðið aðstoðarmaður ráðherra og eigi rétt á að snúa aftur til fyrra starfs að því búnu eða annars starfs eigi lakara að föstum launum í þjónustu ríkisins.³⁴ Að því sögðu verður að taka fram að það gæti torvelað háttsettum starfsmanni í ráðuneyti að mynda nauðsynlegt trúnaðarsamband við ráðherra ef hann er virkur í stjórnmalum í öðrum flokki. Eina undantekningu verður þó að nefna en í 5. mgr. 4. gr. siðareglna dómara kemur fram að sú ábyrgð sem fylgir starfi þeirra takmarki einhverju marki frelsi þeirra til samfélagslegrar þátttöku og tjáningar og geri ríkari kröfur til háttsemi en almennt eru gerðar til annarra. Sérstaklega er tekið fram að virk þátttaka í stjórnmalabaráttu á opinberum vettvangi sé ósamrýmanleg starfi dómara.³⁵

Lagalegur rammi um starfsmenn sveitarfélaga er ekki sá sami og ríkisstarfsmanna. Réttindi og skyldur starfsmanna sveitarfélaga eru ekki lögbundin heldur taka mið af kjarasamningum og ráðningarsamningum. Samningssamband þeirra við vinnuveitanda er þó ekki að öllu leyti sambærilegt við það sem gerist á almennum vinnumarkaði. Sveitarfélög eru opinber stjórnvöld og þurfa því að fylgja stjórnslulögum og öðrum almennum reglum sem gilda um hið opinbera í samskiptum við starfsfólk. Á það til dæmis við um ráðningar og vinnuréttarleg viðurlög.³⁶

Ljóst má vera af framansögðu að lagaheimildir til sérstakrar takmörkunar á tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna eru fjarri því að vera skýrar. Ákvæði starfsmannalaga um vammleysi geta ekki sérstaklega um að tjáning starfsmanna geti talist brot á þeim en það er þó ekki útilokað. Ný ákvæði í stjórnslulögum nefna nú trúnaðar- og hollustuskyldur en í greinargerð með frumvarpinu er einkum vísað til starfsmannalaganna, sem vissulega er í samræmi við fræðaskrif, en þegar betur er að gáð er erfitt að afmarka hvað nákvæmlega er átt við. Er átt við trúnað og hollustu við þá stofnun sem maður vinnur hjá, ríkið eða almenning?

³⁴ Sbr. 4. mgr. 22. gr. laga nr. 115/2011. Þá er atvinnuveitanda óheimilt að segja starfsmanni upp störfum af þeirri ástæðu að hann hafi boðið sig fram til sveitarstjórnar eða verið kjörinn í sveitarstjórn, sbr. 1. mgr. 33. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011. Það gildir að sjálfsögðu einnig ef atvinnuveitandi er opinber aðili.

³⁵ *Siðareglur dómara* samþykktar á aðalfundi Dómarafélagsins 24. nóvember 2017.

³⁶ Trausti Fannar Valsson: *Sveitarstjórnarréttur*, Reykjavík 2014, bls. 162.

Verður nú vikið nánar að hlutverki opinberra starfsmanni til að freista þess að varpa betra ljósi á hvar mörk tjáningarfrelsis þeirra liggja.

5. Nánar um hlutverk og skyldur opinberra starfsmanna

5.1 Almenn

Nú þegar fjallað hefur verið um þær kröfur sem stjórnarskrá og mannréttindaáttmáli Evrópu gera til takmörkunar tjáningarfrelsis opinberra starfsmanna og helstu lagaheimildir til takmörkunar hafa verið nefndar er rétt að víkja nánar að hlutverki og skyldum þessara þjóna almennings. Í þessum kafla er ekki verið að leitast við að lýsa gildandi réttarástandi hér á landi heldur verða dregin fram lagaleg og siðferðileg sjónarmið, m.a. út frá samanburði við önnur lönd. Síðan verður skýrt nánar í 6. kafla hvaða lögfræðilegu ályktanir um íslenskan rétt megi draga af þessari umfjöllun.

Eins og áður segir hvílir trúnaðar- og hollustuskylda á öllum starfsmönnum gagnvart vinnuveitanda sínum, hvort sem um einkafyrirtæki eða opinbera stofnun er að ræða. Það er ólögfest meginregla í vinnurétti og í löndum eins og Danmörku, Noregi og Þýskalandi hefur hún verið talin geta takmarkað tjáningarfrelsi starfsmanna í vinnu og utan hennar. Hið hefta tjáningarfrelsi birtist í því að starfsmanni ber að taka tillit til hagsmuna vinnuveitanda þegar hann tjáir sig í eigin nafni og ef hann gerir það ekki getur hann þurft að sæta því að vera sagt upp.³⁷

Þar fyrir utan eiga sérstök sjónarmið við um opinbera starfsmenn. Helgast það af því að vinnuveitandinn er ríkisvaldið sem hefur ekki jafn frjálsar hendur um viðbrögð við brotum á vinnuréttarlegum skyldum starfsmanna og einkaaðili. Einnig gilda sérstök siðferðileg og stjórnskipuleg sjónarmið um opinber störf sem hafa áhrif á tjáningarfrelsi starfsmanna. Á þessu var tekið í stefnumarkandi *dómi Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Guja gegn Moldavíu*.³⁸ Þar tók yfirdeild dómstólsins fram að opinberir starfsmenn njóti tjáningarfrelsis en á þeim hvíli einnig hollustu-, hlédrægnis- og þagmælskuskylda (e. obligation of loyalty, reserve and discretion) gagnvart vinnuveitanda sínum. Það sé hlutverk opinberra starfsmanna í lýðræðisríki að aðstoða stjórnvöld við að leysa verkefni sín og almennigur vænti þess að þeir muni hjálpa en ekki hindra. Þess vegna fái þessar skyldur sérstakt vægi

³⁷ Karl Egbert Wenzel: *Das Recht der Word- und Bildberichterstattung*. Köln 1994, bls. 55.

³⁸ *Dómur MDE í máli Guja gegn Moldavíu frá 12. febrúar 2008, mál nr. 14277/04.*

Þegar opinberir starfsmenn eiga í hlut í samanburði við starfsmenn á almennum markaði.

5.2 Rök fyrir sérstökum takmörkunum á tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna

Þegar nánar er að gáð má greina a.m.k. ferns konar rök fyrir sérstökum takmörkunum á tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna.

Í fyrsta lagi þarf hið opinbera að njóta trausts almennings. Þessi krafa endurspeglast meðal annars í tilmælum ráðherranefndar Evrópuráðsins til aðildarríkja um háttarnisreglur fyrir opinbera starfsmenn.³⁹ Þar kemur fram að almenningur þurfi að geta treyst því að starfsmaðurinn leysi skyldur sínar af hendi af hlutleysi og hollustu. Að baki býr sú hugsun að jafnvel þegar starfsmaður tjáir sig í eigin nafni er hætt við að dregnar verði ályktanir af því um það hvernig hann sinnir starfi sínu. Það er til dæmis rökrétt að vantreysta starfsmanni sem gerist uppvís að freklegum ósannindum eða blekkingum á opinberum vettvangi. Samkvæmt nánari greiningu OECD á því hverjar séu forsendur trausts almennings felur það í sér þá tiltrú að í stjórnsýslunni sé unnið í almannabágu, faglega, á grundvelli laga og bestu fánlegrar þekkingar og í samræmi við viðtekin siðferðisgildi.⁴⁰ Þessu tengist sú krafa að starfsmenn gæti þess að háttsemi þeirra og ummæli utan starfs rýri ekki þá virðingu sem borin er fyrir stjórnsýslunni.⁴¹

Þessi krafa á hendur opinberum starfsmönnum endurspeglast í reglum og viðmiðum alþjóðastofnana en einnig í landslögum ríkja eins og Belgíu, Þýskalands og Austurríkis. Samkvæmt þýskum rétti gildir t.d. um ríkisstarfsmenn að ef þeir gerast virkir í stjórnámálum verða þeir í starfi og utan þess að gæta þess hófs og varfærni sem leiða má af stöðu þeirra gagnvart almenningi og með tilliti til starfsskyldna. Reglan er í nánú samhengi við hlutleysisskyldu embættismanna en felur ekki í sér almennt bann við pólitískri virkni utan starfs. Í Austurríki gildir samkvæmt lögum um opinbera starfsmenn að þeir skuli gæta þess í

³⁹ *Recommendation No. R (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member states on codes of conduct for public officials.*

⁴⁰ OECD: *Trust and Public Policy, How Better Governance Can Help Rebuild Public Trust*, 2017.

⁴¹ Skv. 12. gr. starfsmannareglna ESB ber hverjum starfsmanni að gæta þess að háttsemi hans komi ekki niður á virðingu starfsins sem hann gegnir. *Regulation No 31 (EEC), 11 (EAEC),*

laying down the Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants of the European Economic Community and the European Atomic Energy Community.

háttsemi sinni í starfi og utan þess að viðhalda trausti almennings til þess að þeir sinni skyldum sínum með málefnalegum hætti. Þannig má ríkisstarfsmaður bera fram málefnalega gagnrýni á aðra ríkisstarfsmenn, yfirmenn sína, ríkisstjórnina eða einstaka ráðherra. Komið er hins vegar út fyrir leyfileg mörk ef hann ber fram tilhæfulausar ásakanir um misnotkun á opinberu valdi.⁴² Svipaða sögu er að segja frá Frakklandi þar sem ekki er talið heimilt fyrir opinberan starfsmann að „úthrópa“ opinbera stjórnýsly því þar með sé vegið að undirstöðum almannaþjónustunnar.⁴³

Gamalgróin ákvæði íslensku starfsmannalaganna eru í þessum anda, sbr. 14. og 21. gr. Þar er traust almennings reyndar ekki nefnt en vísað til virðingar starfsmannsins, starfsins og starfsgreinarinnar og þess sem er við hæfi: „[...] sem er honum til vanvirðu eða álítnhnekkis eða varpað getur rýrð á það starf eða starfsgrein er hann vinnur við... eða framkoma hans eða athafnir í því eða utan þess þykja að öðru leyti ósæmilegar, óhæfilegar eða ósamrýmanlegar starfinu“. Í siðareglum fyrir starfsfólk Stjórnarráðs Íslands kemur fram að það eigi ekki að rýra trúverðugleika ráðuneytis síns með ámælisverðri framkomu, skeytingarleysi um lög eða virðingarleysi við mannhelgi og mannréttindi.⁴⁴ Í samskiptum utan vinnu, þ. á m. við notkun félagsmiðla, virði starfsfólk trúnað við samstarfsfólk og gagnvart vinnustað. Sams konar viðmið eru í siðareglum fyrir starfsmenn dómstóla.⁴⁵

Í öðru lagi þurfa starfsmenn að njóta trausts vinnuveitenda sinna. Þessi krafa endurspeglast í fyrrnefndum tilmælum ráðherranefndar Evrópuráðsins þar sem fram kemur að opinber starfsmaður skuli sjá til þess að þátttaka hans í stjórnmalastarfi eða opinberum umræðum rýri ekki traust vinnuveitanda síns til þess að hann sinni störfum sínum af hlutleysi og hollustu.⁴⁶ Ummæli sem bera vott um dómgreindarbrest eða ójafnvægi geta einmitt vakið efasemdir um að starfsmaður sinni starfi sínu af nægilegri yfirvegun. Það má einnig líta á þessa skyldu í því samhengi að yfirmenn stjórnýslunnar breytast. Stjórnarandstaða dagsins í dag er mögulega komin í ríkisstjórn á morgun. Því þurfa opinberir starfsmenn að gæta þess að trúnaðarsamband geti myndast

⁴² Theo Öhlinger: *Verfassungsrecht*, 7. útgáfa, Vín 2007, bls. 408

⁴³ Olivier Dord: *Droit de la fonction publique*, Presses Universitaires de France, París 2007, bls. 257.

⁴⁴ Siðareglur fyrir starfsfólk Stjórnarráðs Íslands nr. 410/2012.

⁴⁵ Siðareglur fyrir starfsmenn dómstóla. Dómstólasýslan, 2017.

⁴⁶ Hér má einnig nefna 17. gr. bis starfsmannareglna ESB þar sem segir að starfsmenn njóti tjáningarfrelsis að teknu tilliti til meginreglna um hollustu og óhlutdrægni.

milli þeirra og nýrra ráðamanna.⁴⁷ Sú varfærnis skylda sem lögð er á opinbera starfsmenn er náskyld kröfunni um pólitískt hlutleysi. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur þannig fallist á að aðildarríkin hafi visst svigrúm til að setja hömlur á stjórnmalastarf tiltekinna starfsmanna á sveitarstjórnarstigi til að tryggja pólitískt hlutleysi þeirra⁴⁸ og ekki síður hermanna.⁴⁹ Ríkinu er eins og áður segir heimilt samkvæmt MSE að krefjast þess af starfsmönnum sínum að þeir virði lýðræðið og réttarríkið.⁵⁰

Í þriðja lagi er það eitt af hlutverkum stjórnáráðsins að varðveita yfirsýn, samhengi og að farið sé að lögum og réttum leikreglum. Það má orða svo að hún tryggi vissan stöðugleika til mótvægis við pólitíska krafta sem taka þátt í að móta samfélagið.⁵¹ Þetta hlutverk verður skýrara þegar haft er í huga að forystumenn stjórnáráðsins, ráðherrarnir, staldra iðulega stutt við á meðan starfsmennirnir eru að jafnaði ráðnir til lengri tíma. Þetta sjónarmið styður það að starfsmenn gæti hófs í ummælum um umdeild mál.

Í fjórða lagi þarf stjórnáráðsins að vera vel starfhæf og í því felst að hver og einn ríkisstarfsmaður þarf að gæta þess að spilla ekki góðum vinnuanda á vinnustað og góðu samstarfi við aðra með ummælum sínum. Í almennum siðareglum starfsmanna ríkisins kemur fram að þeir eigi að láta samstarfsfólk njóta sannmælis og sanngirni og gæta að orðsþori vinnustaðar í samskiptum utan vinnu.⁵²

⁴⁷ Sbr. *Civil Service Code* í Bretlandi sem var uppfærður í mars 2015: „You must act in a way which deserves and retains the confidence of ministers, while at the same time ensuring that you will be able to establish the same relationship with those whom you may be required to serve in some future government.“ Þetta þýðir að mati reynds bresks embættismanns að starfsmaður megi ekki verja opinberlega ákvarðanir ráðherra síns eða lýsa yfir stuðningi við þær en hann megi útskýra þær. Martin Stanley: <https://www.civilservant.org.uk/ethics-impartiality.html>.

⁴⁸ Dómur MDE í máli *Ahmed o.fl. gegn Bretlandi* frá 2. september 1998, mál nr. 22954/93.

⁴⁹ Dómur MDE í máli *Rekvényi gegn Ungverjalandi* frá 20. maí 1999, mál nr. 25390/94.

⁵⁰ Dómur MDE í máli *Vogt gegn Þýskalandi* frá 26. september 1995, mál nr. 17851/91, efnisgr. 59

⁵¹ „Das Berufsbeamtentum soll, gegründet auf Sachwissen, fachliche Leistung und loyale Pflichtenfüllung eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften bilden.“ *Bundesverfassungsgericht*, 20. september 2007, 2 BvR 1047/06.

⁵² Liðir 6 og 7 í almennum siðareglum starfsmanna ríkisins, nr. B-491/2013.

5.3 Meginskyldur opinberra starfsmanna við tjáningu utan starfs

Byggt á þeim rökum sem fram koma í kafla 5.2 má leiða fram nokkrar meginskyldur sem opinberir starfsmenn þurfa að hafa hugfastar þegar þeir tjá sig utan starfs.

Í fyrsta lagi bera þeir skyldu til að vera málefnalegir. Þessi skylda á fyrst og fremst við þegar starfsmaður tjáir sig um málefni sem tengjast starfi hans. Það er mjög bagalegt ef opinberir starfsmenn afvegaleiða umræðu um mál sem þeir koma að í starfi. Slíkt sýnir stjórnýsluna ekki í góðu ljósi. Stjórnýslan á að vera fagleg og málefnaleg og byggja sitt starf á vönduðum staðreyndagrunni. Hér er einkum í húfi traust almennings til stjórnýslunnar. Það er spurning að hvaða marki sé hægt að gera kröfu um að opinberir starfsmenn séu málefnalegir í opinberri umræðu um mál sem ekki tengjast störfum þeirra. Auðvitað getur verið umdeilanlegt hvað sé málefnalegt. Innlegg háttsetts opinbers starfsmanns, þar sem hann veitist að persónu manns, frekar en að takast á við rök, getur vakið efasemdir um málefnalega og faglega nálgun að öðru leyti.

Í öðru lagi er skyldan til að virða lög og rétt. Það er eitt meginhlutverk stjórnýslunnar að standa vörð um réttarríkið. Þess vegna kæmi það niður á trausti almennings til stjórnvalda ef opinber starfsmaður sýndi með ummælum sínum að hann léti sér lög og rétt í léttu rúmi liggja. Gera verður nokkurn greinarmun á störfum eftir eðli þeirra. Starfsmenn sem vinna að löggæslu ættu t.d. að hugsa sig tvisvar um áður en þeir láta slík ummæli falla en starfsmenn í einfaldari þjónustustörfum hafa aukið svigrúm.

Í þriðja lagi ber opinberum starfsmönnum almennt að gæta varfærni og hófsemi. Í dönskum rétti er talað um að opinberir starfsmenn megi ekki tjá sig með of grófum og óviðeigandi hætti (d. udtalelser må endvidere ikke fremsættes i en for grov og utilbørlig form).⁵³ Ef opinber starfsmaður tekur mjög djúpt í árinna getur það augljóslega komið niður á trausti almennings. Sama á við um traust stjórnámálanna. Þá getur slíkt einnig verið í andstöðu við sjónarmiðið um að stjórnýslan eigi að gæta að stöðugleika andspænis stjórnámálum þar sem eru gjarnan átök og sterkar yfirlýsingar. Því hefur verið haldið fram hér á landi að á opinberum starfsmönnum kunni að hvíla sérstök skylda til varfærni í opinberri umræðu.⁵⁴

⁵³ Justitsministeriet: *Offentlig ansattes ytringsfrihed og whistleblowerordninger*, Betænkning nr. 1553, 2015, bls. 140.

⁵⁴ Sbr. ummæli í greinargerð sem fylgdi frumvarpi til breytinga á stjórnýslulögum, Alpt. 2018-2019, A-deild, þskj. 809 – 493. mál: „Þannig verða ríkisstarfsmenn í hinni opinberu

Í Noregi hefur þróunin hins vegar orðið sú að sýna verði meira umburðarlyndi bæði gagnvart efni og formi ummæla. Viðmiðið sem umboðsmaður norska Stórþingsins hefur mótað er að það verði að vera augljós hættu á að lögmætum hagsmunum vinnuveitanda sé raskað með ummælum. Umbera verði harðskeytta gagnrýni starfsmanna ef því er að skipta og svara henni með málefnalegum andsvörum fremur en vinnuréttarlegum úrræðum. Í þessu sambandi má einnig benda á að stundum kann að vera nauðsynlegt að tala umbúðalaust til að vekja athygli á brotalömmum í starfsemi ríkisins.

Í fjórða lagi má nefna kröfuna um vammleysi. Með hugtakinu vammleysi er komið að kjarnanum í skyldum starfsmanna samkvæmt starfsmannalögum. Þar býr að baki hugmynd um hinn grandvara og vammlausu embættismann. Auðvitað má spyrja hversu raunhæft það er að reyna að halda í slíka ímynd þegar opinberir starfsmenn skipta tugum þúsunda og eru væntanlega jafn breyskir og fólk er flest. Inntak þessarar skyldu breytist líka tvímælalaust í samræmi við tíðarandann. Þessi skylda varðar einkum traust almennings og virðingu gagnvart stjórnarsýslunni.

Í þessu sambandi má líta til *álits umboðsmanns Alþingis frá 26. júlí 1999 í máli nr. 2475/1998* en þar tók umboðsmaður Alþingis afstöðu til áminningar sem starfsmanni við framhaldsskóla hafði verið veitt vegna ummæla í bréfi til Samkeppnisstofnunar. Ekki væri útilokað að leiða mætti ákveðnar takmarkanir á tjáningarfrelsi ríkisstarfsmanna af kröfum um vammleysi ríkisstarfsmanna samkvæmt 14. og 21. gr. laga nr. 70/1996: „Á það ber hins vegar að líta að krafan um vammleysi ríkisstarfsmanna byggist á afar matskenndri vísireglu. Tel ég óhjákvæmilegt að líta til þess að við beitingu stjórnarsýsluviðurlaga í kjölfar tiltekinna ummæla ríkisstarfsmanna að horfa til þess að tjáningarfrelsi þeirra er varið af 73. gr. stjórnarskrárinnar.“ Í norsku máli reyndi á það álitamál hver mættu vera viðbrögð yfirmanna þegar tveir sporvagnsstjórar lýstu því yfir í sjónvarpsviðtali að þeir væru

umræðu að gæta að því að orðfæri og framganga þeirra sé í samræmi við starfsskyldur þeirra. Þá verða þeir að tjá sig á málefnalegan og viðhlítandi hátt. Þannig hefur verið talið að trúnaðar- og hollustuskyldurnar standi því í vegi að starfsmenn setji fram rangar upplýsingar á starfssviði sínu. Ríkisstarfsmaður má ekki vísitandi veita rangar upplýsingar eða þegja um mikilvægar upplýsingar, þannig að af hljótist augljóslega röng mynd af stjórnarsýslu hlutaðeigandi stjórnvalds.“ Þessi ummæli fjalla fyrst og fremst um tjáningu um starfssvið starfsmanns en ekki er tekið á því hvort almennt gildi að opinberir starfsmenn verði að gæta varfærni í ummælum. Í frönskum rétti er talað um *obligation de réserve* sem er ólögfest en hefur skapast í dómaframkvæmd. Hún hefur þó verið gagnrýnd fyrir að vera mjög matskennd og ófyrirsjáanleg.

meðlimir í nýnasistasamtökum og hlynntir ofbeldisfullum áformum samtakanna. Samstarfsmenn þeirra gerðu kröfu um að þeim yrði sagt upp og taldi Hæstiréttur Noregs að það hefði verið réttlætjanlegt.⁵⁵

Í fimmta lagi þurfa opinberir starfsmenn að sýna almenningi og almannahagsmunum hollustu. Einn helsti grundvöllur trausts almennings til hins opinbera er að starfsmenn vinni í þágu almanna-hagsmuna. Þess vegna geta hvers kyns ummæli sem benda til sérhagsmunagæslu verið skaðleg.

Í sjötta lagi bera opinberir starfsmenn eins og áður segir hollustu- og trúnaðarskyldur gagnvart vinnuveitanda. Í stjórnarsýslulögum er þessi skylda tilgreind ásamt þagnarskyldu sem sú sem helst geti takmarkað tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna, að minnsta kosti þegar ummæli tengjast starfi þeirra. Taka ber fram að ekki virðist vera munur á hugtökunum hollustu og trúnaði í þessu samhengi.

Í álitum umboðsmanns Alþingis frá 31. júlí 2013 í máli nr. 6211/2010 kemur fram að á starfsmönnum stjórnarsýslunnar hvíli óskráð trúnaðar- og hollustuskylda sem felur í sér að starfsmönnum beri að vinna að þeim markmiðum sem hafa verið sett og að starfa í samræmi við þær forsendur og áherslur sem stjórnendur leggja til grundvallar.

Í riti um opinberan starfsmannarétt segir að á ríkisstarfsmanni hvíli skylda, innan þeirra marka sem lög setja, til að gegna starfi sínu í samræmi við hagsmunum vinnuveitanda síns og taka virkan þátt í að leysa þau verkefni, áætlanir og markmið sem hann hefur sett. Þannig sé fólgin í trúnaðar- og hollustuskyldu starfsmanns skylda til að samsama sig starfi sínu og þekkja vilja og áherslur vinnuveitanda síns.⁵⁶

Í Noregi og Danmörku er vísað til þess að skyldan sé ólögfest og að hún eigi við á vinnumarkaði almennt. Þar er þannig ekki vísað til lagaákvæðis sem er sambærilegt við 14. gr. starfsmannalaga. Páll Hreinsson hefur talið að hana megi leiða af starfsmannalögum⁵⁷ en þar að auki fær hún nú að einhverju leyti stoð í stjórnarsýslulögum. Vandinn er sá, eins og fyrr segir, að þegar 14. gr. starfsmannalaga er lesin blasir ekki við að hún fjalli fyrst og fremst um trúnað og hollustu. Þar koma fyrir hugtökín alúð, samviskusemi, kurteisi, lipurð og réttisýni. Í starfi og utan þess skal opinber starfsmaður forðast að hafast nokkuð það að sem sé honum til vanvirðu eða álitshnekkis eða varpað geti rýrð á það starf eða starfsgrein sem hann vinnur við. Utan starfs, sem er það svið

⁵⁵ Rt. 1979, bls. 770.

⁵⁶ Berglind Bára Sigurjónsdóttir: „Skyldur opinberra starfsmanna“. Í ritinu *Opinber starfsmannaréttur – fjölrít til kennslu*, Reykjavík 2014, bls. 77.

⁵⁷ Páll Hreinsson: *Stjórnarsýsluréttur – málsmeðferð*, bls. 732.

sem hér er til skoðunar, er því gerð krafa um vammleysi og að aðhafast ekkert sem geti dregið úr virðingu fyrir hinu opinbera starfi. Ýmis konar tjáning utan starfs getur mögulega stangast á við vammleysið og raskað virðingu fyrir hinu opinbera starfi.

Dönsk fræði um þetta efni hafa mótast af álitsgerð Bent Christensen. Hann rökstyður takmarkanir á tjáningarfrelsi ríkisstarfsmanna m.a. með ráðherraábyrgðarkerfinu. Ráðherra ber ábyrgð á stjórnýslu sem undir hann heyrir gagnvart þinginu. Í staðinn verður hann að geta reitt sig á hlýðni og hollustu starfsmanna sem ekki bera pólitíska ábyrgð. Ríkisstjórnin og ráðherrar hafi umboð til að hrinda stefnu í framkvæmd og mikilvægt tæki til þess sé að hafa yfir stjórnýslunni að ráða. Ef starfsmenn myndu á sama tíma viðra aðrar skoðanir í opinberri umræðu myndi þetta þýða breytingu á því hvernig stjórnskipunin hafi virkað um langa hríð.⁵⁸ Þá nefnir Bent Christensen einnig að það geti dregið úr skilvirkni stjórnýslunnar ef starfsmenn gagnrýna stjórnýslu eigin stofnunar og hafi slæm áhrif á vinnuandann. Þetta sé þó ekki jafn veigamikið sjónarmið og það sem varðar pólitíska stefnumótun og stýringu.

Samkvæmt norskum leiðbeiningum til ríkisstarfsmanna er með hollustu vísað til þess að starfsmaður hegði sér í samræmi við hagsmunu vinnuveitanda.⁵⁹ Hugtökin trúnaður og hollusta vísa til þess að starfsmaður sýni vinnuveitanda tryggð og styðji hann en gagnrýni hann ekki út á við. Spurning er samt hvort þar sé vísað fyrst og fremst til stofnunar sem viðkomandi vinnur hjá eða ríkisins í heild sem vinnuveitanda.

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur vísað til þess að hollustuskylda gagnvart vinnuveitanda þýði að starfsmaður sem kýs að opinbera upplýsingar úr starfseminni þurfi að staðreyna vandlega, eftir aðstæðum, að þær séu áreiðanlegar og nákvæmar.⁶⁰ Þá verði að túlka hollustuskyldur starfsmanna gagnvart vinnuveitanda og kröfu um heilindi svo að jafnvel þótt starfsmaður sé ekki ofurseldur hagsmunum vinnuveitanda sé sum tjáning, sem væri lögmæt í öðru samhengi, ólögmæt þegar vinnusamband er til staðar.⁶¹ Þá kemur hollustuskyldan

⁵⁸ Endursögn í Betænkning bls. 89.

⁵⁹ Kommunal- og moderniseringsdepartementet: Etiske retningslinjer for statstjenesten, júní 2017.

⁶⁰ Dómur MDE í máli *Heinisch gegn Þýskalandi* frá 21. júlí 2011, mál nr. 28274/08.

⁶¹ Dómur MDE í máli *Marunic gegn Króatíu* frá 28. mars 2017, mál nr. 51706/11 og Dómur MDE í máli *Rubins gegn Lettlandi* frá 13. janúar 2015, mál nr. 79040/12: „The Court reiterates in this connection that even if the requirement to act in good faith in the context of an employment contract does not imply an absolute duty of loyalty towards the employer or

ekki í veg fyrir að starfsmaður svari fyrir sig ef að honum er veist í fjölmiðlum þótt það þýði að upplýsingar komi fram sem geti skaðað orðspor vinnuveitanda.

Samandregið má segja að tjáning starfsmanns sem hefur þann tilgang helstan að skaða vinnuveitanda, byggir á ósönnum fullyrðingum eða er sérstaklega móðgandi og vanvirðandi teljist brot á trúnaðar- og hollustuskyldu.

Bæði hjá opinberum vinnuveitendum og vinnuveitendum í einka-geiranum getur starf verið svo nátengt grunngildum vinnuveitandans að leiða megi af því sérstakar takmarkanir á tjáningarfrelsi viðkomandi. Úr norski dómaframkvæmd má nefna mál þar sem kennara við menntaskóla var sagt upp stöðu sinni vegna ummæla sem einkenndust af kynþáttafordómum og andúð á gyðingum.⁶² Athyglisvert er að bera þetta mál saman við mál sem kom til kasta Hæstaréttar Íslands. Kennara við grunnskóla hafði verið sagt upp störfum vegna ummæla um samkynhneigða. Ekki reyndi beint á hvort 73. gr. kæmi alfarið í veg fyrir slík viðbrögð því hvorki reyndist lagaheimild né heimild í kjarasamningi til þess.⁶³ Þá byggir nýlegur héraðsdómur á því sjónarmiði að heimilt sé að skerða tjáningarfrelsi starfsmanns ef ummæli hans ganga gegn þeim gildum sem vinnuveitandi hefur í heiðri.⁶⁴

Í sjöunda lagi bera opinberir starfsmenn skyldu til að varðveita góðan starfsanda á vinnustað og í samskiptum vinnustaðar við aðra. Þótt það sé auðvitað misjafnt eftir eðli starfa má segja að það sé gegnumgangandi krafa til opinberra starfsmanna að þeir séu góðir í samstarfi. Það á við á vinnustaðnum en einnig út á við gagnvart viðskiptavinum stofnunar. Með ummælum utan starfs getur starfsmaður hæglega spillt þessu nauðsynlega samstarfi. Gagnrýni á samstarfsmenn getur til dæmis gert það að verkum að samstarfs-

a duty of discretion to the point of subjecting the worker to the employer's interests, certain manifestations of the right to freedom of expression that may be legitimate in other contexts are not legitimate in that of labour relations (see *Palomo Sánchez and Others*, cited above, § 76)."

⁶² *Rt. 1982, bls. 1729* þar sem Hæstiréttur Noregs féllst á að þetta væri heimilt. Mannréttindanefnd Evrópu hefur sömuleiðis talið að kaþólsku kirkjunni hefði verið heimilt að segja upp lækni á kaþólskum spítala vegna þess að hann hafði opinberlega látið í ljósi skoðanir sem stríddu gegn kennisetningum kirkjunnar. *Álit MNE í máli Rommelfanger gegn Þýskalandi frá 6. september 1989, mál nr. 12242/86.*

⁶³ *Dómur Hæstaréttar í máli 396/2015 frá 11. febrúar 2016.*

⁶⁴ Í *dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 7. ágúst 2019 í máli nr. E-4046/2018* kemur fram að hlutlægt séð hafi ummæli háskólakennara lýst afar neikvæðum viðhorfum til kvenna og áhrifa þeirra á vinnustaði. Hafi honum mátt vera fullljóst að ummæli af þeim toga sem hann viðhafði færu gegn þeim gildum jafnréttis sem skólinn starfaði eftir.

örðugleikar skapist. Gagnrýni á aðila sem stofnun þarf að eiga í endurteknum samskiptum við geta komið niður á hæfni stofnunar til að sinna hlutverki sínu.

Danskir fræðimenn hafa bent á að þótt tjáning sé í sjálfu sér lögmæt þá geti hún valdið samstarfsörðugleikum sem kalli á lögmæt viðbrögð stjórnenda. Það er þó skilyrði fyrir uppsögn að samstarfsörðugleikar séu verulegir, meginsökin sé starfsmannsins og að ekki hafi tekist að leysa þá með minna íþyngjandi hætti.⁶⁵

Auðvitað má ekki ganga svo langt að banna alla gagnrýni á samstarfsmenn og samstarfsaðila. Þegar gagnrýni er réttmæt og lögmæt vegur það auðvitað þyngra en hugsanlegir samstarfsörðugleikar í kjölfarið. Lög eiga til dæmis ekki að standa vörð um gott samstarf sem byggir á samtryggingu eða spillingu.

Loks má í áttunda lagi nefna hlutleysisskylduna.⁶⁶ Það þýðir að opinberir starfsmenn verða að gæta þess að leysa úr málum og veita ráðgjöf byggða á lögum og faglegu mati á valkostum. Þeir mega ekki samsama sig um of sjónarmiðum og stefnu stjórnvalda á hverjum tíma. Bæði er það til að geta gegnt ákveðnu aðhaldshlutverki en einnig til að geta síðar notið trúnaðartrausts nýrra valdhafa.

Ummæli utan starfs geta vakið efasemdir um að starfsmaður átti sig á þessu. Það er til dæmis ekki við hæfi að opinber starfsmaður gangi fram fyrir skjöldu og verji stefnu ríkisstjórnarinnar gagnvart stjórnarandstöðunni. Slíkt er verkefni stjórnmalamanna. En það getur líka verið varasamt að starfsmaður ráðuneytis setji fram önnur sjónarmið en ríkisstjórnin og ráðherra hefur haldið fram. Við mat á slíku ræður staða starfsmanns og hlutverk þó miklu eins og nú verður vikið nánar að.

5.4 Atriði sem hafa áhrif á mat í einstökum tilvikum

Við mat á því hvort opinber starfsmaður telst hafa sinnt skyldum sínum samkvæmt umfjöllun að framan koma nokkur atriði til skoðunar. Í fyrsta lagi má nefna starfsgrein og stöðu viðkomandi starfsmanns. Því hærra settur sem starfsmaður er, þeim mun ríkari kröfur er hægt að gera til hans. Þannig er augljóslega hægt að gera ríkari kröfur um

⁶⁵ Betænkning, bls. 17.

⁶⁶ *Melding for året 2002 fra Sivilombudsmannen*, bls. 66. Norska utanríkisráðuneytið hafnaði því að starfsmaður sendiráðsins í Washington birti grein í Aftenposten um fyrirætlanir Bandaríkjamanna að setja á fót herdómstóla í kjölfar hryðjuverkaárásanna 11. september 2001. Umboðsmaður taldi þetta forsvaranlegt vegna þess að þótt greinin væri málefnaleg þá gæti það verið óþægilegt fyrir ráðherrann gagnvart þinginu að starfsmaður hans héldi fram sjónarmiðum sem væru ekki í takt við sjónarmið ríkisstjórnarinnar.

hollustu ráðuneytisstjóra gagnvart ráðherra en til sérfræðings í undirstofnun ráðuneytis. Þá hefur Mannréttindadómstóll Evrópu viðurkennt að sum opinber störf séu þess eðlis að meiri hömlur megi leggja á tjáningarfrelsi viðkomandi. Þannig beri dómurum að gæta orða sinna í tilvikum þar sem annars mætti draga sjálfstæði þeirra og óhæði í efa.⁶⁷ Hermenn og lögregla verða að lúta meiri aga en aðrir, m.a. varðandi opinber ummæli.⁶⁸ Sum opinber störf eru þess eðlis að í þeim felst að vera gagnrýninn og ófeiminn við að tjá sig. Það á til dæmis við um háskólakennara.⁶⁹ Mannréttindadómstóll Evrópu hefur enn fremur sagt að fréttamenn á opinberum miðli lúti ekki sömu hollustuskyldu og aðrir ríkisstarfsmenn vegna þess að það sé eitt af hlutverkum blaðamanna að miðla upplýsingum og hugmyndum.⁷⁰

Í öðru lagi er litið til þess hvort ummæli tengjast starfinu. Danskir fræðimenn og umboðsmaður danska þingsins hafa lagt nokkuð upp úr þeim mælikvarða hvort ummæli tengist starfinu eða ekki. Samkvæmt Páli Hreinssyni virðist mega styðjast við sömu sjónarmið hér á landi. Þannig komi aðeins til greina að takmarka tjáningarfrelsi ríkisstarfsmanna um mál sem fellur undir starfssvið hans. Ríkisstarfsmaður hafi aftur á móti sama tjáningarfrelsi og aðrir um málefni stjórnsýslunnar sem ekki fellur undir starfssvið hans.⁷¹ Höfundur á erfitt með að taka undir þetta sjónarmið að öllu leyti. Ef þetta væri svo væru í raun allar skyldurnar sem tíundaðar voru hér að framan orðin tóm þegar opinber starfsmaður tjáir sig um málefni sem ekki falla undir starfssvið hans. Við getum ímyndað okkur dæmi þar sem háttsettur starfsmaður í ráðuneyti gagnrýndi störf annars ráðuneytis harðlega og opinberlega. Slíkt gæti leitt til verulegra vandræða í samskiptum ráðuneytanna og þannig komið niður á starfshæfni vinnuveitanda og Stjórnarráðsins.

Umboðsmaður norska Stórþingsins hefur bent á að þegar starfsmaður tjáir sig um mál sem tengjast starfinu sé meiri hættá ruglingi, þ.e. að ummæli séu talin endurspeglar afstöðu vinnuveitanda. Af þeirri ástæðu kunni tjáningarfrelsi hans að vera takmarkaðra en ella að þessu leyti.

Í þriðja lagi hlýtur að skipta máli hvort lögmætir og málefnalegir hagsmunir vinnuveitanda séu í húfi. Norski umboðsmaðurinn hefur

⁶⁷ Dómur MDE í máli *Kudeshkina* gegn Rússlandi frá 26. febrúar 2009, mál nr. 29492/05.

⁶⁸ Dómur MDE í máli *Szima* gegn Ungverjalandi frá 9. október 2012, mál nr. 29723/11.

⁶⁹ Sbr. álit UA frá 23. september 2019 í máli nr. 9622/2018 um sérstöðu akademískra starfsmanna.

⁷⁰ Dómur MDE í máli *Wojtas-Kaleta* gegn Póllandi frá 16. júlí 2009, mál nr. 20436/02.

⁷¹ Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – málsmeðferð*, bls. 733.

mótað það viðmið að vinnuveitandi geti ekki brugðist við ummælum starfsmanns nema bersýnileg hættu sé á að lögmætir og málefnalegir hagsmunir vinnuveitandans bíði tjón af.⁷²

Þetta viðmið hefur það fram yfir dönsku nálgunina að ekki er einblínt á það hvort ummæli varða starfssvið starfsmanns eða ekki. Spurningar vakna vissulega um hversu langt megi teygja hagsmuni vinnuveitanda. Augljóslega er ekki hægt að fella allt þar undir sem lýtur að virðingu almennings gagnvart stjórnslunni og trausti til hennar af hálfu almennings og stjórnmalamanna. Vega þarf og meta í hverju tilviki aðstaður og þau rök sem mæla með tjáningarfrelsi andspænis hagsmunum vinnuveitanda.

Í fjórða lagi kemur til skoðunar útbreiðsla ummæla. Eðlilegt er að kröfur til starfsmanna um að gæta orða sinna aukist í réttu hlutfalli við útbreiðslu og áhrif þess miðils sem nýttur er. Ummæli í einkasamtölum eða á lokuðum fundum ber því að skoða af meira umburðarlyndi en grein sem skrifuð er í dagblað eða viðtal í ljósvíkamiðli.

Loks má líta til þess að þegar ummæli varða pólitíska stefnumörkun í tengslum við ákvarðanatöku getur tímasetningin skipt verulegu máli. Því fjær í tíma, bæði á undan og eftir, sem ummæli eru frá því að hápunktur ákvarðanatöku á sér stað, þeim mun ríkara er tjáningarfrelsið.⁷³

6. Niðurstöður

Á meðan fáum fordæmum er til að dreifa er vandasamt að kveða afdráttarlaust á um réttarstöðuna hér á landi að því er varðar heimildir opinberra starfsmanna til tjáningar utan starfs. Í hverju máli þarf að veita og meta tjáningarfrelsið annars vegar og rök og sjónarmið sem mæla með takmörkunum á því hins vegar. Ef freista á þess að draga einhverjar línur er augljóst að starfsmenn hafa ekki óskorað frelsi til að tjá sig í nafni stofnunar sem þeir vinna hjá. Þá hefur verið reynt að draga þá línu að sérstakar hömlur á tjáningarfrelsi sé einungis hægt að leggja á ummæli sem tengjast starfi viðkomandi. Eins og bent var á hér á undan er sú nálgun ekki vandræðalaus.

Að mati höfundar eru tvær leiðir færar við túlkun á gildandi réttarheimildum. Í fyrsta lagi er hægt að leggja megináherslu á að

⁷² Sivilombudsmannen, *Undersøkelse av eget tiltak - offentlig ansattes ytringsfrihet*, 22. desember 2015.

Af vefsíðu sivilombudsmannen í Noregi: <http://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser>.

⁷³ Betænkning, bls. 90-91.

лагаheimildir til takmörkunar á tjáningarfrelsi verði að vera skýrar og ótvíræðar. Þar að auki þurfi að sýna fram á nauðsyn takmörkunar með sannfærandi hætti í hverju tilviki. Samkvæmt þessu eru heimildir starfsmannalaga til að takmarka tjáningarfrelsi vart tækar. Til þess eru þau hugtök sem þar eru notuð allt of óljós og matskennd. Þá gengur vart að lesa út úr þeim trúnaðar- og hollustuskyldur því með engu móti er hægt að sjá að slíkar skyldur búi að baki ákvæðunum. Samkvæmt orðanna hljóðan er frekar verið að varðveita virðingu stjórnarsýslunnar í augum almennings. Þetta er gamaldags nálgun sem er í raun orðin tímaskekkja.

Nú hefur að vísu verið bætt úr að nokkru leyti með breytingum á stjórnarsýslulögum. Ef nýja ákvæðið í 41. gr. laganna kemur til greina sem helsta takmörkunarheimildin á þessu sviði má draga tvennt fram. Annars vegar einskorðist takmörkun tjáningarfrelsis við ummæli um atriði sem tengjast starfi viðkomandi. Hins vegar séu það einungis trúnaðar- og hollustuskyldur sem geti takmarkað þetta tjáningarfrelsi auk þagnarskyldu. Þar er reyndar nokkur vandi á höndum. Væntanlega er helst verið að vísa í trúnaðar- og hollustuskyldur gagnvart vinnuveitanda, þ.e. þeirri stofnun sem viðkomandi vinnur hjá. Það má alveg setja spurningarmerki við hvenær sé réttlæt看legt að takmarka tjáningarfrelsi opinbers starfsmanns vegna trúnaðar- og hollustu við lögformlegan vinnuveitanda. Sérstaklega á það við þegar tjáningin varðar mál sem á erindi við almenning. Einnig má benda á að opinberir starfsmenn þurfa líka að sýna almenningi og almanna-hagsmunum hollustu. Í Noregi hefur mótast það viðmið að hollustuskyldan geti ekki réttlætt takmörkun á tjáningarfrelsi nema augljós hætta sé á tjóni fyrir hagsmuni vinnuveitanda. Það getur verið mjög erfitt að sýna fram á slíkt. Samkvæmt þessari nálgun er ekki hægt að leiða sérstakar takmarkanir á tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna af gildandi lögum nema í algerum undantekningartilvikum, sbr. þó þagnarskyldu.

Í öðru lagi má líta svo á að lagaheimildir á þessu sviði verði alltaf matskenndar. Samanburður við önnur lönd leiðir í ljós að þar er einnig notast við hugtök eins og traust almennings sem geta þýtt nánast hvað sem er. Sums staðar er meira að segja stuðst við réttarreglur sem eru ólögfestar, til dæmis í Danmörku, Noregi og Frakklandi. Af þessu mætti draga þá ályktun að heimildir starfsmannalaga geti dugað sem grundvöllur takmörkunar. Það ráðist svo af túlkun í samræmi við tíðarandann hvað hin matskenndu hugtök sem þar er að finna þýði á hverjum tíma. Siðareglur komi þar til fyllingar. Samkvæmt þessari

nálgun eru heimildir til takmörkunar tjáningarfrelsis opinberra starfsmanna rýmri.

Mikilvægt er að lög um þetta efni og réttarstaða sé skýr, m.a. vegna þess hve mikilvægir hagsmunir eru í húfi fyrir einstaklinga og samfélagið. Álit umboðsmanns Alþingis, skrif Páls Hreinssonar og nýlegar lagabreytingar hafa gert það ljósara að tjáningarfrelsið er rýmra en almennt hefur verið talið. Það ræðst síðan einnig að verulegu leyti af menningu í opinbera geiranum hvort opinberir starfsmenn séu óhræddir við að nýta tjáningarfrelsi sitt. Mikilvægt er að leiðtogar og stjórnendur í opinbera geiranum líti á þátttöku starfsmanna í opinberri umræðu sem leið til að dýpka umræðuna og til umbóta hjá hinu opinbera. Það er erfitt að vera ósammála umboðsmanni norska Stórþingsins um það að almennt eigi að taka mildilega á því ef menn fara út af sporinu, svara með mótrökum ef á þarf að halda og hreinlega taka umræðuna innanhúss eins og stundum er sagt um það hvað sé við hæfi í þessum efnum.

Abstract

This article deals with the freedom of expression of public employees from a legal and ethical perspective. Traditionally, civil servants have been reluctant to take part in public debate, which deprives society of their valuable insights. An attempt is made to answer the question what the obligation of discretion and loyalty means and to what extent expression in private capacity can and should be restricted. The legal framework in Iceland is not very clear and therefore it is particularly useful to enquire about the reasons behind any restrictions and make comparisons with other States.

Heimildir

Almennar siðareglur starfsmanna ríkisins frá 22. apríl 2013.

Alþingistiðindi.

Berglind Bára Sigurjónsdóttir: „Skyldur opinberra starfsmanna“. *Opinber starfsmannaréttur* – fjölrit til kennslu. Reykjavík 2014, bls. 74-81.

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*. 2. útgáfa. Reykjavík, 2019.

Karl Egbert Wenzel: *Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung*. Köln 1994.

Kjartan Bjarni Björgvinsson: „Verðleikar laganna – lagaáskilnaðarregla mannréttinda-sáttmála Evrópu og afstaða hennar til íslensks réttar“. *Úlfjótur*, 3. töl. 2003, bls. 353-403.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet: *Etiske retningslinjer for statstjenesten*, júní 2017.

Martin Stanley, *Ethics – Impartiality*, vefsíðan: <https://www.civilservant.org.uk/ethics-impairtiality.html>.

Melding for året 2006 fra Sivilombudsmannen. Umboðsmaður norska Stórþingsins, Ósló 2007.

M. Quinlan: „Ethics in the public service“. *Governance* 1993, bls. 538-544.

OECD: *Trust and Public Policy, How Better Governance Can Help Rebuild Public Trust*, 2017.

Offentlig ansattes ytringsfrihed og whistleblowerordninger, Betænkning nr. 1553.

Justitsministeriet, Kaupmannahöfn 2015.

Olivier Dord: *Droit de la fonction publique*. Presses Universitaires de France, 2007.

Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð*. Codex. Reykjavík 2013.

Recommendation No. R (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member states on codes of conduct for public officials.

Siðareglur BBC Our code of conduct and how we work together. Sjá vefsíðuna: <https://www.bbc.com/aboutthebbc/reports/policies/codeofconduct>.

Siðareglur dómara samþykktar á aðalfundi Dómarafélagsins 24. nóvember 2017. Af vefsíðunni <http://domarafelag.is/sidareglur-domara/>.

Siðareglur fyrir starfsfólk Stjórnarráðs Íslands, nr. 410/2012.

Siðareglur fyrir starfsmenn dómstóla. Dómstólasýslan 2017. Sjá vefsíðuna <https://www.domstolar.is/domstolasyslan/reglur/sidareglur-fyrir-starfsmenn-domstola/>.

Siðareglur Ríkisútlagsins á vefnum ruv.is, sjá vefsíðuna <https://www.ruv.is/sites/default/files/sidareglurruv1.pdf>.

Sivilombudsmannen: *Undersøkelse av eget tiltak - offentlig ansattes ytringsfrihet*, 22. desember 2015.

Sjá vefsíðu: <https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/undersokelse-av-eget-tiltak-offentlig-ansattes-ytringsfrihet/>.

Starfsmannareglur ESB: REGULATION No 31 (EEC), 11 (EAEC), Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants of the European Economic Community and the European Atomic Energy Community. Reglurnar tóku gildi 1. janúar 1962 en hefur verið breytt alloft síðan.

Theo Öhlinger: *Verfassungsrecht*. 7. útgáfa. Vín 2007.

Trausti Fannar Valsson: *Sveitarstjórnarréttur*. Bókaútgáfan Codex, 2014.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar Íslands

Dómur Hæstaréttar frá 15. desember 2005 í máli nr. 181/2005.

Dómur Hæstaréttar frá 11. febrúar 2016 í máli nr. 396/2015.

Dómur Hæstaréttar frá 20. nóvember 2014 í máli nr. 214/2014.

Dómar Héraðsdóms

Héraðsdómur Reykjavíkur frá 7. ágúst 2019 í máli nr. E-4046/2018.

Dómar Hæstaréttar Noregs

Rt. 1979, bls. 770.

Rt. 1982, bls. 1729.

Hæstiréttur Bandaríkjanna

Rankin gegn McPherson, 483 US 378 (1987).

Álit umboðsmanns Alþingis

Álit UA frá 26. júlí 1999 í máli nr. 2475/1998.

Álit UA frá 31. desember 2010 í máli nr. 5740/2009.

Álit UA frá 23. september 2019 í máli nr. 9622/2018.

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu

Dómur MDE í máli Vogt gegn Þýskalandi frá 26. september 1995, mál nr. 17851/91.

Dómur MDE í máli Ahmed o.fl. gegn Bretlandi frá 2. september 1998, mál nr. 22954/93.

Dómur MDE í máli Rekvényi gegn Ungverjalandi frá 20. maí 1999, mál nr. 25390/94.

Dómur MDE í máli Guja gegn Moldavíu frá 12. febrúar 2008, mál nr. 14277/04.

Dómur MDE í máli Kudeshkina gegn Rússlandi frá 26. febrúar 2009, mál nr. 29492/05.

Dómur MDE í máli Wojtas-Kaleta gegn Póllandi frá 16. júlí 2009, mál nr. 20436/02.

Dómur MDE í máli Heinisch gegn Þýskalandi frá 21. júlí 2011, mál nr. 28274/08.

Dómur MDE í máli Szima gegn Ungverjalandi frá 9. október 2012, mál nr. 29723/11.

Dómur MDE í máli Rubins gegn Lettlandi frá 13. janúar 2015, mál nr. 79040/12.

Dómur MDE í máli Marunic gegn Króatíu frá 28. mars 2017, mál nr. 51706/11.

Álit Mannréttindanefndar Evrópu

Álit MNE í máli Rommelfanger gegn Þýskalandi frá 6. september 1989, mál nr. 12242/86.

Dómur þýska stjórnlagadómstólsins Bundesverfassungsgericht, 20. september 2007, 2 BvR 1047/06.

Eiríkur Jónsson og Oddur Þorri Viðarsson

UPPLJÓSTRARAVERND OPINBERRA STARFSMANNA*

Efnisyfirlit

1. Inngangur	570
2. Uppljóstraravernd opinberra starfsmanna	570
2.1 Almennt um uppljóstraravernd og tjáningarfrelsið	570
2.2 Staða uppljóstrara	574
2.3 Farvegir uppljóstrunar	576
2.4 Hagsmunir almennings	577
2.5 Áreiðanleiki upplýsinga	578
2.6 Tjón af miðlun upplýsinga	579
2.7 Hugtakið góð trú	579
2.8 Viðbrögð við uppljóstrun – Óréttlæt看leg meðferð	580
3. Réttarstaðan í öðrum ríkjum	582
4. Uppljóstraravernd opinberra starfsmanna á Íslandi	584
4.1 Almennt um uppljóstraravernd og tjáningarfrelsi á Íslandi	584
4.2 Stjórnsýslulög og starfsmannalög	586
4.3 Farvegir uppljóstrunar	589
4.4 Miðlun upplýsinga til umboðsmanns Alþingis samkvæmt „OPCAT“	591
4.5 Siðareglur og vandaðir stjórnsýsluhættir	593
4.6 Nafnlausar tilkynningar	594
4.7 Bera opinberir starfsmenn skyldu til uppljóstrunar?	595
4.8 Frumvörp til nýrra heildarlaga um vernd uppljóstrara	596
5. Helstu niðurstöður og lokaorð	599
Abstract	600
Heimildir	601

1. Inngangur

Síðustu áratugi hafa umræður um uppljóstranir, uppljóstrara og nauðsyn sérstakrar verndar þeim til handa verið áberandi í heiminum öllum. Í almenntri umræðu er hugtakið uppljóstrari (e. whistleblower) notað yfir hvern þann sem miðlar upplýsingum um hvers kyns lögbrot eða aðra óæskilega hegðun. Við reglusetningu á sviði uppljóstraraverndar (e. whistleblower protection) er hins vegar algengara að miðað sé við að uppljóstrunin taki til atriða sem uppljóstraranir verða áskynja um í starfi sínu og vernd þeirra er þannig hluti af vinnuverndarlöggjöf ýmissa ríkja. Þetta þýðir að starfsmenn í ólíkum atvinnugreinum geta notið mismunandi verndar þegar þeir ákveða að gerast uppljóstrarar. Markmið þessarar greinar er að kanna réttarstöðu opinberra starfsmanna á Íslandi sem ákveða að miðla upplýsingum um lögbrot eða aðra ámælisverða háttsemi sem þeir verða varir við í starfi og leitast við að svara þeirri spurningu að hvaða marki þeir njóta verndar. Jafnframt verður vikið að því álitamáli hvort þeir beri skyldu til að miðla slíkum upplýsingum, bæði almennt og í afmörkuðum tilvikum.

Í upphafi verður fjallað almennt um uppljóstraravernd opinberra starfsmanna, m.a. með hliðsjón af tilmælum og úrlausnum alþjóðlegra stofnana. Því næst verður í 3. kafla gerð stuttlega grein fyrir lagasetningu í nokkrum ríkjum sem við berum okkur helst saman við áður en réttarstaðan á Íslandi verður tekin til ítarlegri skoðunar í 4. kafla. Þar verður meðal annars fjallað um frumvarp til nýrra heildarlaga um vernd uppljóstrara sem unnið var af nefnd sem forsætisráðherra skipaði í mars 2018 í því skyni að kanna hvort lögfesting þess væri til bóta miðað við framangreint.¹ Loks fylgja niðurstöður og lokaorð.

2. *Uppljóstraravernd opinberra starfsmanna*

2.1 *Almennt um uppljóstraravernd og tjáningarfrelsið*

Viðhorf til uppljóstrana opinberra starfsmanna hafa breyst umtalsvert á síðustu áratugum. Fullyrða má að þar sem áður var lögð áhersla á þagmælsku, hollustu og trúnað starfsfólks við vinnuveitanda sinn er nú

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Þess ber að geta að höfundar tóku þátt í samningu frumvarpsins, Eiríkur sem formaður nefndar forsætisráðherra um umbætur á löggjöf á sviði tjáningar-, fjölmiðla- og upplýsingafrelsis og Oddur Þorri sem starfsmaður nefndarinnar.

almennt viðurkennt að það sé mikilvægt að fólk sé tilbúið að stíga fram og benda á þætti í meðferð opinbers valds sem ógna hagsmunum almennings og samfélagsins.² Hugmyndir um vernd uppljóstrara ganga almennt út á að sá sem í góðri trú greinir frá spillingu, ólögmatum ráðstöfunum eða annarri ámælisverðri háttsemi í starfsemi opinberra aðila eða hjá einkaaðilum skuli njóta verndar gegn óréttmætum aðgerðum í hans garð, til að mynda uppsögn úr starfi eða skerðingu á réttindum vegna uppljóstrana sinna. Með ámælisverðri háttsemi er vísað til hátternis sem er siðferðilega ámælisvert eða stefnir heilsu eða öryggi fólks eða umhverfi í hættu án þess að um sé að ræða brot á lögum eða reglum. Í skilgreiningum á uppljóstrarahugtakinu á ensku má oft sjá hugtakið *wrongdoing*, sem vísar ýmist til spillingar, brota á lögum eða reglum (t.d. siðareglum) eða annars konar gagnrýnisverðrar háttsemi. Að baki vernd uppljóstrara úr hópi opinberra starfsmanna liggja þau sjónarmið að það sé mikilvægt að greina frá brotum eða ámælisverðri háttsemi, ekki aðeins fyrir þá starfsemi sem um ræðir heldur fyrir samfélagið allt.³

Þá geta takmarkanir á möguleikum opinberra starfsmanna til að ljóstra upp um slíka háttsemi brotið í bága við sjónarmið tengd tjáningarfrelsinu. Uppljóstrun er í eðli sínu tjáning og mikilvægt er að opinberir starfsmenn njóti tjáningarfrelsis um atriði sem tengjast störfum þeirra.⁴ Hvers konar takmarkanir á möguleikum opinberra starfsmanna til að gerast uppljóstrarar geta því falið í sér skerðingu á tjáningarfrelsi og eftirfarandi óréttlát meðferð opinbers starfsmanns sem hefur gerst uppljóstrari getur haft í för með sér kælingaráhrif (e. chilling effect) sem koma í veg fyrir að aðrir ákveði að miðla upplýsingum um óæskilega háttsemi í starfsemi hins opinbera. Mannréttindadómstóll Evrópu (MDE) hefur margsinnis staðfest í

² *Skýrsla starfshóps um eflingu trausts á stjórnmálum og stjórnýslu*. Forsætisráðuneytið 2018, bls. 53.

³ *Drög að frumvarpi til laga um vernd uppljóstrara*. Birt á samráðsgátt stjórnvalda: <https://samradsgatt.island.is/>.

⁴ Páll Hreinsson: *Stjórnýsluréttur – Málsmeðferð*. Reykjavík 2013, bls. 731-732. Ítarlega er fjallað um tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna í annarri grein í riti þessu. Sjá einnig til hliðsjónar greinargerð er fylgdi frumvarpi því sem varð að lögum nr. 71/2019, sem bætti sérstökum kafla við stjórnýslulög nr. 37/1993 um tjáningarfrelsi og þagnarskyldu opinberra starfsmanna, Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 809 – 493. mál. Þar segir m.a. að í ljósi fjölda opinberra starfsmanna og reynslu og þekkingar þeirra af rækslu opinberra verkefna hefði það mjög skaðleg áhrif á lýðræðislega umræðu ef þeim væri með lögum meinað að taka þátt í stórum stíl. Höfundar tóku þátt í samningu frumvarpsins í starfi nefndar forsætisráðherra um umbætur á löggjöf á sviði tjáningar-, fjölmiðla og upplýsingafrelsis.

dómaframkvæmd sinni að tjáningarfrelsisvernd 10. gr. mannréttinda-sáttmála Evrópu (MSE) nái inn fyrir vegginn vinnustaða, þar á meðal til starfsmanna opinberra aðila.⁵ Opinberir starfsmenn eru í lykilstöðu til að vinna ofan af óæskilegri háttsemi innan veggja opinberra stofnana þar sem þeir eru oft þeir einu sem eru í stöðu til að komast á snöðir um hana.⁶

Á móti hefur dómstóllinn viðurkennt að starfsmenn beri ákveðnar trúnaðar- og hollustuskyldur gagnvart vinnuveitendum sínum og tekið fram, t.d. í dómi *Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Langner gegn Þýskalandi frá 17. september 2015*, að þær eigi sérstaklega við um opinbera starfsmenn.⁷ Aðildarríkjum MSE er þannig játað ákveðið svigrúm til að krefjast þess að opinberir starfsmenn sýni grunnildum stjórnskipunarinnar hollustu.⁸ Dómaframkvæmd dómstólsins, sem og allt starf ríkja og yfirþjóðlegra stofnana við mótun viðmiða fyrir reglusetningu á sviðinu, gengur út á að finna jafnvægi á milli þessara sjónarmiða. Alþjóðastofnanir hafa auk þess lagt á það áherslu að reglusetning um öll álítaefni tengd uppljóstraravernd þurfi að vera skýr. Í 7. gr. tilmæla ráðherranefndar Evrópuráðsins um vernd uppljóstrara frá 2014 kemur t.d. fram að efnisreglur um uppljóstraravernd eigi að endurspeglar heildstæða (e. comprehensive) og skýra (e. coherent) nálgun til að auka áhuga almennings á því að skýra frá brotum.⁹

⁵ Sjá t.d. *dóm MDE í máli Ahmed o.fl. gegn Bretlandi frá 2. september 1998*, mál nr. 22954/93, *dóm MDE í máli Fuentes Bobo gegn Spáni frá 29. febrúar 2000*, mál nr. 39293/98, *dóm MDE í máli Guja gegn Moldóvu frá 12. febrúar 2008*, mál nr. 14277/04 (Yfirdeild) og *dóm MDE í máli Baka gegn Ungverjalandi frá 23. júní 2016*, mál nr. 20261/12 (Yfirdeild).

⁶ *Dómur MDE í máli Marchenko gegn Úkraínu frá 19. febrúar 2009*, mál nr. 40637/04, efnisgr. 46: „The Court further states that the signalling by an employee in the public sector of illegal conduct or wrongdoing in the workplace must be protected, in particular where the employee concerned is a part of a small group of persons aware of what is happening at work and is thus best placed to act in the public interest by alerting the employer or the public at large.“

⁷ *Dómur MDE í máli Langner gegn Þýskalandi frá 17. september 2015*, mál nr. 14464/11, efnisgr. 43. Sjá einnig *dóm MDE í máli Guja gegn Moldóvu frá 12. febrúar 2008*, mál nr. 14277/04 (Yfirdeild), efnisgr. 71 og *dóm MDE í máli Kudeshkina gegn Rússlandi frá 26. febrúar 2009*, mál nr. 29492/05, efnisgr. 85.

⁸ *Dómur MDE í máli Vogt gegn Þýskalandi frá 26. september 1995*, mál nr. 17851/91, efnisgr. 59.

⁹ Tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins til aðildarríkjanna um vernd uppljóstrara, nr. CM/Rec(2014)7. Efnahags- og framfarastofnun Evrópu (OECD) hefur einnig lagt á það áherslu að nauðsynlegt sé að þeir sem hafi í huga að gerast uppljóstrarar geti auðveldlega áttað sig á því hvaða efnislegu og formlegu skilyrði þurfi að virkja svo tjáning þeirra njóti verndar. Að öðrum kosti sé ólíklegt að fólk treysti sér til að upplýsa um brot vegna hættu

Í dómi Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Guja gegn Moldóvu frá 12. febrúar 2008* setti yfirdeild dómstólsins fram sex viðmið sem líta ber til við mat á því hvort uppljóstrun opinbers starfsmanns til almennings njóti verndar tjáningarfrelsisákvæðis 10. gr. MSE. Kærandi var starfsmaður ríkissaksóknaraembættis landsins (e. Prosecutor General) og var sagt upp störfum fyrir að hafa miðlað tveimur skjölum til fjölmiðla sem hann taldi sýna fram á að þingmaður hefði skipt sér af meðferð sakamáls. Í málinu reyndi því einkum á það hvort uppsögnin samrýmdist skilyrðum 2. mgr. 10. gr. MSE til takmörkunar á tjáningarfrelsi, þ.e. um lagastoð, málefnalegt markmið og nauðsyn í lýðræðislegu þjóðfélagi.¹⁰ Viðmiðin sem yfirdeild Mannréttinda-
dómstólsins setti fram eru eftirfarandi:

- 1) Hvort starfsmaðurinn hafi átt kost á öðrum leiðum til að koma upplýsingunum til skila.
- 2) Hvort almenningur hafi haft næga hagsmuni af því að upplýsingarnar kæmust á almannavitorð.
- 3) Hvort upplýsingarnar séu áreiðanlegar.
- 4) Hvort tjón hafi hlotist af miðluninni og hversu mikið.
- 5) Hvort starfsmaðurinn hafi aðhafst í góðri trú.
- 6) Alvarleiki (eða óréttlæti) þeirrar meðferðar sem starfsmaður fékk í kjölfarið.

Niðurstaða yfirdeildar Mannréttindadómstólsins var að uppsögnin samrýmdist ekki skilyrði 2. mgr. 10. gr. sáttmálans um að takmörkun tjáningarfrelsis þurfi að vera nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi.¹¹ Í undirköflunum hér á eftir verður fyrst vikið að álitaeftum sem tengjast stöðu uppljóstrarans, einkum því vinnusambandi sem þarf að vera til staðar til að einstaklingur sem miðlar upplýsingum teljist uppljóstrari. Því næst verður vikið að viðmiðunum sex og skýrt frá helstu niðurstöðum og tilmælum alþjóðastofnana um þau. Þar sem *dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Guja gegn Moldóvu frá 12. febrúar 2008*

á því að falla utan við óskýra afmörkun uppljóstraverndar. *Committing to Effective Whistleblower Protection*. OECD 2016, bls. 46-48.

¹⁰ *Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Guja gegn Moldóvu frá 12. febrúar 2008, mál nr. 14277/04 (Yfirdeild)*. Dómstóllinn beitti sömu viðmiðum í dómi *MDE í máli Bucur og Toma gegn Rúmeníu frá 8. janúar 2013, mál nr. 40238/02*. Sjá nánar um beitingu 2. mgr. 10. gr. MSE, Páll Þórhallsson: „Upplýsingaréttur“. Í ritinu *Mannréttindasáttmáli Evrópu – Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*, Reykjavík 2017, bls. 364-371.

¹¹ Mannréttindadómstóllinn hefur beitt sömu viðmiðum í málum sem varða starfsfólk á einkamarkaði, sjá *dóm MDE í máli Heinisch gegn Þýskalandi frá 21. júlí 2011, mál nr. 28274/08*.

er skýrasta niðurstaða dómstólsins um efnið verður ítrekað vísað til hans og hann nefndur *Guja* til hagræðis.

2.2 Staða uppljóstrara

Eins og minnst var á í inngangi er hugtakið uppljóstrari yfirleitt afmarkað með mun þrengri hætti í lögfræðilegum skilningi en í almennri umræðu og miðað við að til staðar þurfi að vera vinnuréttarlegt samband til að uppljóstraravernd verði virk. Enn fremur þurfa upplýsingarnar sem um ræðir jafnan að tengjast störfum uppljóstrarans með einhverjum hætti eða að hann hafi haft aðgang að upplýsingunum í krafti stöðu sinnar.¹² Í tilmælum Evrópuráðsins um vernd uppljóstrara er hugtakið uppljóstrari skilgreint sem „einstaklingur sem greinir frá eða birtir upplýsingar um ógnun við eða tjón á almannahagsmunum í tengslum við vinnusamband hans“ (e. in the context of their work-based relationship), hvort sem það er við hið opinbera eða einkaaðila.¹³ Gildissvið uppljóstraraverndar opinberra starfsmanna getur því verið ólíkt á milli ríkja eftir því hvort notast er við rúma eða þrönga skilgreiningu á hugtakinu „starfsmaður“, t.d. hvort starfsmenn hálf-opinberra aðila og hlutafélaga í opinberri eigu, lausráðnir starfsmenn, starfsnemar, sjálfboðaliðar og verktakar eru taldir falla þar undir. Rúm skilgreining á starfsmannahugtakinu í löggjöf um uppljóstraravernd tryggir að uppljóstraraverndin nái til sem flestra og lágmarkar líkur á því að upp komi tilvik þar sem fólk sem starfar í raun fyrir hið opinbera fellur utan gildissviðsins vegna formlegra skilyrða.¹⁴ Sömu sjónarmið eiga við um afmörkun á því hvort uppljóstrun telst „í tengslum við vinnusamband“ starfsmanns. Þröng eða óskýr nálgun getur valdið réttaróvissu og vantrausti opinberra starfsmanna á kerfinu í heild sem leiðir til þess að færri treysta sér til að miðla upplýsingum um óæskilega háttsemi til aðila sem brugðist geta við henni.¹⁵

¹² *Committing to Effective Whistleblower Protection*, bls. 40. Á þessu eru undantekningar, t.d. samkvæmt lögum um vernd uppljóstrara í Ungverjalandi þar sem gildissviðið nær til allra sem kvarta eða tilkynna um málefni sem varðar almannahagsmuni til sérstaks stjórnvalds. *Committing to Effective Whistleblower Protection*, bls. 43.

¹³ Tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins til aðildarríkjanna um vernd uppljóstrara, nr. CM/Rec(2014)7. Sjá einnig nýja tilskipun ESB um vernd uppljóstrara þar sem hugtakið „reporting person“ er skilgreint með svofelldum hætti í 6. gr.: „A natural person who reports or discloses information on breaches acquired in the context of his or her work-related activities.“

¹⁴ *Committing to Effective Whistleblower Protection*, bls. 41.

¹⁵ Sama heimild, bls. 43.

Í dómi MDE í máli *Medžlis Islamske zajednice Brčko o.fl. gegn Bosníu-Hersegóvínu frá 27. júní 2017* taldi kærandi, samtök múslíma í héraðinu Brčko, að tjáningarfrelsi samtakanna hefði verið skert með dómsúrlausnum þar sem þeim var gert að greiða bætur fyrir ummæli um nafngreindan einstakling sem til greina kom að skipa útvarpsstjóra hjá opinberri útvarpsstöð í héraðinu.¹⁶ Ummælin komu fram í bréfi samtakanna til stjórnvalda og einstaklingurinn fór í kjölfarið í meiðyrðamál við samtökin. Mannréttindadómstóllinn athugaði sérstaklega hvort tjáning samtakanna gæti talist til uppljóstrunar samkvæmt fyrri dómaframkvæmd. Litið var til þess að kærandi væri ekki í nokkurs konar vinnusambandi við útvarpið og bæri því ekki trúnaðar- og hollustuskyldur gagnvart því. Kærandi hafði því ekki aðgang að upplýsingunum sem miðlað var í krafti stöðu sinnar en virtist hins vegar hafa tekið við upplýsingum frá starfsfólki útvarpsins og miðlað þeim áfram. Þessir starfsmenn voru ekki beittir nokkurs konar viðurlögum vegna miðlunar upplýsinga til kæranda.¹⁷ Með vísan til framangreinds taldi Mannréttindadómstóllinn óþarft að kanna frekar atriði sem tengjast viðmiðunum sem sett voru fram í *Guja*.¹⁸

Samkvæmt framangreindu uppfylla ýmsir þekktir „uppljóstrarar“ á borð við Julian Assange og Báru Halldórsdóttur ekki formleg skilyrði þess að njóta uppljóstraraverndar, í það minnsta á grundvelli 10. gr. MSE. Með þessu er ekki sagt að þeir sem miðla upplýsingum um ólögmeta eða ámælisverða háttsemi án tengsla við vinnustað njóti engrar verndar. Tjáningarfrelsisákvæði 10. gr. MSE verndar að sjálfsgöðu aðra tjáningu en uppljóstranir af vinnustöðum. Almennt þarf mikið til að koma svo takmörkun á miðlun upplýsinga um atriði sem varða almannahag uppfylli skilyrði 2. mgr. ákvæðisins.¹⁹ Þá má nefna

¹⁶ Dómur MDE í máli *Medžlis Islamske zajednice Brčko o.fl. gegn Bosníu-Hersegóvínu frá 27. júní 2017*, mál nr. 17224/11.

¹⁷ Mannréttindadómstóll Evrópu hefur talið 10. gr. MSE vernda rétt fjölmiðils til að taka við trúnaðarupplýsingum frá opinberum starfsmönnum, sjá t.d. *dóm MDE í máli Damann gegn Sviss frá 25. apríl 2006*, mál nr. 77551/01 þar sem það var talið brot á ákvæðinu að dæma blaðamann til greiðslu sektar fyrir að fá starfsmann hjá embætti saksóknara til að brjóta þagnarskyldu. Blaðamaðurinn hafði hvorki birt upplýsingarnar opinberlega né nýtt þær í fréttaskrif.

¹⁸ Dómur MDE í máli *Medžlis Islamske zajednice Brčko o.fl. gegn Bosníu-Hersegóvínu frá 27. júní 2017*, mál nr. 17224/11, efnisgr. 80.

¹⁹ Páll Þórhallsson: „Tjáningarfrelsi“, bls. 366-367. Sjá einnig til hliðsjónar *úrskurð Persónuverndar um hljóðupptöku á veitingastaðnum Klaustri frá 23. maí 2019*, mál nr. 2018/1741 þar sem litið var til dómaframkvæmdar MDE þegar tjáningarfrelsi Báru var vegið gegn friðhelgi einkalífs alþingismannanna sem fyrir komu á upptöku hennar. Persónuvernd taldi ekki tilefni til að leggja sekt á grundvelli 46. gr. laga um persónuvernd og vinnslu

að löggjöf margra ríkja mælir fyrir um sérstakar ráðstafanir til að vernda heimildarmenn fjölmiðla og kærendur eða vitni í sakamálum.

2.3 *Farvegir uppljóstrunar*

Rétt er að gera strax greinarmun á svonefndri innri og ytri uppljóstrun. Í fyrrnefnda hugtakinu felst að upplýsingum um tiltekna háttsemi er miðlað innan þess vinnustaðar sem um ræðir, oft til næsta yfirmanns. Í ytri uppljóstrun felst að upplýsingunum er miðlað til utanaðkomandi aðila, þar á meðal til fjölmiðla. Yfirleitt eru sett strangari skilyrði fyrir því að starfsmanni sé heimilt að miðla upplýsingum út fyrir vinnustaðinn og til að mynda miðað við að innri uppljóstrun hafi fyrst verið reynd án þess að komið hafi til fullnægjandi viðbragða. Stundum er gerður greinarmunur annars vegar á „hreinni“ ytri uppljóstrun út fyrir vinnustaðinn, svo sem til fjölmiðla, og hins vegar miðlun upplýsinga til opinberra eftirlitsstofnana, eftir atvikum stofnana sem er sérstaklega falið að taka við upplýsingunum. Þetta birtist m.a. í 13.-14. gr. tilmæla ráðherranefndar Evrópuráðsins um að aðildarríkin skuli koma á fót skýrum leiðum (e. clear channels) fyrir uppljóstrara.²⁰ Bent er á þrjá mismunandi farvegi, í fyrsta lagi miðlun upplýsinga innan vinnustaðar, í öðru lagi til viðeigandi eftirlits- og löggæslustofnana og í þriðja lagi beint til almennings. Tekið er fram að aðstæður segi til um það hvaða farvegur sé viðeigandi hverju sinni.²¹

Í tilmælum alþjóðastofnana hefur verið lögð áhersla á að ekki sé nægjanlegt að koma á fót einum skilgreindum farvegi fyrir uppljóstranir, heldur þurfi starfsmenn að hafa val um það hvert þeir miðli upplýsingum eftir aðstæðum hverju sinni.²² Í tilvikum þar sem opinber starfsmaður verður vitni að ólögsmætu athæfi sem yfirmenn hans taka þátt í með beinum hætti eða horfa fram hjá er ekki hægt að gera þá kröfu að hann leiti fyrst til þeirra áður en hann miðlar upplýsingum til aðila utan vinnustaðarins sem brugðist geta við. Í *Guja* tók yfirdeild MDE t.d. fram að í Moldóvu væru engin ákvæði í löggjöf eða innri starfsreglum embættis ríkissaksóknara sem fjölluðu um uppljóstranir

persónuupplýsinga nr. 90/2018, jafnvel þótt upptakan hafi farið í bága við löginn. Stofnunin lagði þó fyrir Báru að eyða upptökunni, sbr. 4. tölul. 42. gr. laganna.

²⁰ Tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins til aðildarríkjanna um vernd uppljóstrara, nr. CM/Rec(2014)7.

²¹ Sjá einnig drög að nýrri tilskipun ESB um vernd uppljóstrara þar sem fjallað er um innri uppljóstrun í 7.-9. gr. ytri uppljóstrun í 10.-14. gr. (þ.e. til sérstakra aðila sem er falið að taka við upplýsingum) og uppljóstrun til almennings í 15. gr.

²² *Committing to Effective Whistleblower Protection*, bls. 55-56.

starfsmanna. Kærandi hefði því ekki haft kost á að leita til annarra en yfirmanna sinna. Þá hefði uppljóstrunin varðað háttsemi varaforseta þingsins (e. Deputy Speaker of Parliament) sem embættið hefði vitað af í hálf t. ári án þess að bregðast við henni með nokkru móti. Mannréttindadómstóllinn féllst ekki á það með fulltrúum moldóvska stjórnvalda að kæranda hefði verið rétt að leita fyrst til yfirmanna sinna hjá embættinu eða eftirlitsstofnana þingsins áður en hann miðlaði upplýsingunum til fjölmiðla. Við þessar aðstæður taldi dómstóllinn að ytri uppljóstrun gæti talist réttlæt看leg.²³

2.4 Hagsmunir almennings

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur slegið því föstu að 2. mgr. 10. gr. MSE veiti aðildarríkjunum lítið svigrúm til að takmarka tjáningu sem á erindi við almennig. Tjáningarfrelsið tryggir að hægt sé að veita stjórnvöldum í lýðræðissamfélagi aðhald og getur réttur almennings til að taka við upplýsingum m.a. gengið framur lagaákvæðum um þagnarskyldu.²⁴ Af þessu leiðir að mikilvægt er að uppljóstrarar sem miðla upplýsingum um málefni sem varða almannahag njóti verndar en á móti kemur að uppljóstraravernd á síður við þegar upplýsingarnar varða smávægilega hagsmuni. Í opinberri umræðu um uppljóstraravernd er því stundum haldið fram að slík löggjöf ýti undir hættu á því að starfsmenn sendi inn tilefnislausar ábendingar eða ljóstri upp um smávægileg brot án þess að bera ábyrgð á tjóni sem hlotist getur af slíku.²⁵ Staðreyndin er hins vegar sú að í löggjöf um uppljóstraravernd er algengt að mælt sé fyrir um „lágmarks-alvarleikapröskul“ þeirrar háttsemi sem uppljóstrun varðar (e. minimum threshold) til að uppljóstrari njóti verndar.²⁶ Slíkir þröskuldar geta lotið að viðurlögum sem liggja við háttsemi, t.d. þegar kveðið er á um að uppljóstraravernd verði ekki virk nema ljóstrað sé upp um brot sem varða fangelsisrefsingu að landslögum, eða að þeim hagsmunum sem eru í húfi. Sums staðar þarf uppljóstrun að beinast að háttsemi sem teflir verulegum

²³ Dómur MDE í máli Guja gegn Moldóvu frá 12. febrúar 2008, mál nr. 14277/04 (Yfirdeild), efnisgr. 80-84.

²⁴ Dómur MDE í máli Fressoz og Roire gegn Frakklandi frá 21. janúar 1999, mál nr. 29183/95 (Yfirdeild), efnisgr. 53.

²⁵ Sjá t.d. umsögn Samtaka atvinnulífsins við drög að frumvarpi til laga um vernd uppljóstrara á Samráðsgátt stjórnvalda, þar sem m.a. segir: „Fyrirliggjandi frumvarp [...] er til þess fallið að ýta undir að starfsmenn fyrirtækja miðli upplýsingum um mikilvæga hagsmuni þeirra án þess að nokkurt brot í atvinnurekstri liggji fyrir.“

²⁶ *Committing to Effective Whistleblower Protection*, bls. 45.

almannahagsmunum í tvísýnu eða veldur hættu á slíku.²⁷ Í löggjöf sumra ríkja er að finna upptalningu á tegundum hagsmuna sem uppljóstrun þarf að lúta að svo að vernd verði virk.²⁸

Í *Guja* tók MDE til skoðunar þá málsástæðu kæranda að uppljóstrun hans hafi varðað pólitísk afskipti af meðferð sakamáls.²⁹ Um var að ræða bréf varaforseta löggjafarþingsins til embættis ríkissaksóknara þar sem þess var farið á leit að embættið gripi inn í meðferð sakamálarannsóknar á hendur fjórum lögreglumönnum. Í bréfinu kom m.a. fram sú skoðun þingmannsins að lögreglumennirnir væru meðlimir í einu af hæfustu teyimum innanríkisráðuneytis landsins.³⁰ Sakamálið var fellt niður í kjölfarið. Með vísan til orðalags bréfsins taldi Mannréttinda-dómstóllinn ekki unnt að útiloka að tilgangurinn hefði verið að setja ákveðna pressu á ríkissaksóknaraembættið, jafnvel þó þingmaðurinn hefði tekið fram að hann vænti þess að meðferð málsins hjá embættinu yrði í samræmi við landslög. Þá leit dómstóllinn einnig til þess að forseti Moldóvu hefði barist gegn pólitískum inngripum í starfsemi refsivörslukerfisins og að fjölmiðlar hefðu fjallað með yfirgripsmiklum hætti um málefnið. Uppljóstrun kæranda var því talin varða atriði á borð við þrískiptingu ríkisvalds, óeðlilega framkomu háttsetts stjórnmalamanns og viðhorf stjórnvalda til lögregluofbeldis og taldi MDE engan vafa leika á því að almenningur hefði verulega lögmæta hagsmuni af því að taka við upplýsingum af þessu tagi.³¹

2.5 Áreiðanleiki upplýsinga

Önnur tegund lágmarksþröskulda uppljóstraraverndar lýtur að áreiðanleika þeirra upplýsinga sem um ræðir. Uppljóstraravernd opinberra starfsmanna er ekki ætlað að auðvelda þeim að koma fram með ásanir sem ekki standast skoðun, hvort sem það er vegna þess að viðkomandi hefur ekki sannreynt upplýsingarnar eða hann miðlar þeim beinlínis til að koma höggi á vinnustaðinn, samstarfsfólk sitt eða

²⁷ Sama heimild, bls. 44-50.

²⁸ Sjá t.d. 2. gr. nýrrar tilskipunar ESB um vernd uppljóstrara þar sem tekið er fram að verndin afmarkist við einstaklinga sem tilkynna um brot á bandalagsrétti á nánar tilteknum sviðum, þ. á m. í opinberum innkaupum, á fjármálamarkaði, varðandi öryggi flutninga, umhverfisvernd, geislavarnir, heilsu almennings o.s.frv.

²⁹ *Dómur MDE í máli Guja gegn Moldóvu frá 12. febrúar 2008, mál nr. 14277/04 (Yfirdeild)*, efnisgr. 85-88.

³⁰ Sama heimild, efnisgr. 10.

³¹ Sama heimild, efnisgr. 87-88.

utanaðkomandi aðila. Þetta viðmið tengist nánnum böndum viðmiðinu um góða trú sem fjallað verður um í kafla 2.7.

Í *Guja* kom fram í almennri umfjöllun MDE um þetta atriði að tjáningarfrelsið hafi í för með sér skyldur.³² Hver sem ákveði að miðla upplýsingum verði að staðfesta eftir því sem aðstæður leyfa að þær séu réttar og áreiðanlegar. Könnun dómstólsins á þessu viðmiði var einföld og látið duga að taka fram að alkunna væri að upplýsingarnar sem kærandi miðlaði hafi verið réttar.³³

2.6 Tjón af miðlun upplýsinga

Uppljóstranir opinberra starfsmanna geta haft í för með sér margvíslegt tjón fyrir þann sem uppljóstrun beinist að; þann opinbera aðila sem er vinnuveitandi uppljóstrarans, aðra starfsmenn hans og jafnvel utanaðkomandi. Uppljóstraravernd sumra ríkja tryggir uppljóstrar-
anum skaðleysi vegna slíks tjóns.³⁴ Í dómaframkvæmd MDE er byggt á því að vega þurfi tjón af miðlun upplýsinga gegn hagsmunum almennings af því að taka við þeim til að meta hvort takmörkun tjáningarfrelsis á grundvelli 2. mgr. 10. gr. MSE telst nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi.

Í *Guja* lagði Mannréttindadómstóllinn út af þeim almanna-
hagsmunum sem felast í því að sjálfstæði og hlutleysi saksóknara sé tryggt.³⁵ Upplýsingarnar sem kærandi miðlaði hefðu leitt til fréttáflutnings sem byggðist á þeirri ályktun fjölmiðla að embætti ríkissaksóknara landsins yrði fyrir ótilhlýðilegum þrýstingi og slíkt gæti valdið embættinu álitshnekki. Hins vegar taldi dómstóllinn að hagsmunirnir af því að upplýsingarnar kæmst á almannavitorð, sbr. umfjöllun kafla 2.4 að framan, vægju mun þyngra en missir trausts á embætti ríkissaksóknara eins og á stóð.

2.7 Hugtakið góð trú

Viðmiðið um góða trú er oftast eitt af grundvallarskilyrðum uppljóstraraverndar. Í góðri trú felst í meginatriðum að starfsmaðurinn hafi talið upplýsingarnar sem hann miðlaði réttar, sbr. umfjöllun kafla 2.5 að framan, en stundum er einnig miðað við að hann hafi talið

³² Sama heimild, efnisgr. 75.

³³ Sama heimild, efnisgr. 89.

³⁴ *Committing to Effective Whistleblower Protection*, bls. 48.

³⁵ *Dómur MDE í máli Guja gegn Moldóvu frá 12. febrúar 2008, mál nr. 14277/04 (Yfirdeild)*, efnisgr. 90-91.

miðlunina í þágu almannahagsmuna og að aðrar leiðir væru ekki færar til að koma í veg fyrir háttsemina sem um ræðir. Viðmiðið fjallar því fremur um hugarástand eða ásetning uppljóstrarans en áreiðanleika upplýsinganna.³⁶ Uppljóstrarar ættu almennt ekki að gjalda þess ef síðar kemur í ljós að upplýsingar reynast rangar, ef þeir voru í góðri trú, þar sem slíkt getur dregið mjög úr hvata opinberra starfsmanna til að stíga fram og miðla upplýsingum sem þeir hafa fulla ástæðu til að ætla að séu réttar. Sama á við þegar sönnunarbyrðin fyrir viðmiðinu um góða trú er lögð um of á uppljóstrarann sjálfan.³⁷

Í dómi MDE í máli *Bucur og Toma gegn Rúmeníu frá 8. janúar 2013* hafði kærandi gegnt opinberu starfi fyrir leyniþjónustu ríkisins, einkum við símhlustanir.³⁸ Kærandi taldi ýmsa framkvæmd stofnunarinnar brjóta í bága við lög og gerði athugasemdir við yfirmenn sína og meðlim þingnefndar sem hafði það hlutverk að hafa eftirlit með stofnuninni. Þegar ljóst var að athugasemdirnar bæru ekki árangur hélt kærandi blaðamannafund og greindi fjölmiðlum frá því sem hann hafði orðið áskynja um. Hann var í kjölfarið dæmdur í tveggja ára fangelsi fyrir brot á þagnarskyldu. Á grundvelli gagna málsins taldi Mannréttinda-dómstóll Evrópu enga ástæðu til að ætla að athafnir kæranda hafi grundvallast á annarlegum ástæðum, heldur hafi markmið hans verið að tryggja að vinnuveitandi hans, opinber stofnun, færi að landslögum og stjórnarskrá.³⁹ Það var því niðurstaða dómstólsins að kærandi hefði aðhafst í góðri trú.

2.8 Viðbrögð við uppljóstrun – Óréttlætanleg meðferð

Segja má að höfuðtilgangur uppljóstraraverndar opinberra starfsmanna sé að koma í veg fyrir að þeir séu beittir viðurlögum eða annars konar órétti í kjölfar uppljóstrunar. Ekki er hægt að telja upp slík viðbrögð með tæmandi hætti, en í dæmaskyni má nefna uppsagnir, áminningar, tilfærslur í starfi eða endurskipulagningu starfsskyldna, þvinguð leyfi, hömlur á starfsþróun eða möguleikum til endurmenntunar, tilefnislaust eftirlit, takmarkanir á aðgangi að gögnum eða fundum og hvaðeina

³⁶ *Committing to Effective Whistleblower Protection*, bls. 50.

³⁷ Sama heimild.

³⁸ *Dómur MDE í máli Bucur og Toma gegn Rúmeníu frá 8. janúar 2013, mál nr. 40238/02.*

³⁹ Sjá einnig dóm MDE í máli *Guja gegn Moldóvu frá 12. febrúar 2008, mál nr. 14277/04 (Yfirdeild)*, efnisgr. 93. Þar tók dómstóllinn m.a. fram að mikilvægt væri að kanna hvort starfsmaður hafi aðhafst í góðri trú og talið víst að upplýsingarnar væru réttar, miðlun þeirra væri í þágu almannahagsmuna og að ekki væri hægt að miðla þeim með gætnari (e. more discreet) hætti til að koma í veg fyrir háttsemina sem um ræðir.

annað sem getur valdið erfiðleikum í starfi.⁴⁰ Uppljóstraraverndin sem slík miðar að því að rétta hlut starfsmanns sem orðið hefur fyrir slíkri meðferð, eftir atvikum með því að tryggja honum rétt til skaðabóta þar sem önnur úrræði koma ekki til greina.⁴¹ Samhliða er algengt að mælt sé fyrir um að opinberir aðilar eða starfsmenn þeirra sem bera ábyrgð á óréttlátri meðferð uppljóstrara skuli sjálfir sæta viðurlögum, svo sem sektum.⁴²

Í *Guja* tók MDE fram að vinnuveitandi kæranda hefði beitt hann þyngstu mögulegu viðurlögum, þ.e. uppsögn, þó að vægari úrræði hefðu verið til staðar.⁴³ Viðurlögin hefðu ekki einungis haft neikvæð áhrif á starfsferil kæranda heldur gætu þau valdið alvarlegum kælingaráhrifum (e. chilling effect) á aðra starfsmenn embættis ríkissaksóknara landsins.⁴⁴ Þá hefði umfjöllun fjölmiðla gefið til kynna að viðurlögin gætu haft áhrif á aðra opinbera starfsmenn og komið í veg fyrir að þeir miðluðu upplýsingum um óaskilega háttsemi sem þeir verða varir við í störfum sínum. Dómstóllinn féllst ekki á það með fulltrúum stjórnvalda að viðurlögin réttlættust af því að kærandi hefði í raun „stolið“ þeim gögnum sem honum var sagt upp störfum fyrir að miðla.

Í sumum ríkjum eru uppljóstrarar úr hópi opinberra starfsmanna einnig verndaðir gegn viðurlögum af hálfu annarra opinberra aðila en vinnuveitanda sinna og t.d. tryggð friðhelgi í skaðabóta- eða refsímálum sem annars væri unnt að höfða á hendur þeim.⁴⁵ Mannréttindadómstóllinn hefur ekki dæmt í slíkum málum við ritun greinarinnar en dómstóllinn hefur vitaskuld margsinnis fjallað um takmarkanir á tjáningarfrelsi sem felast í refsingum blaðamanna fyrir tiltekin ummæli, sjá t.d. *dóm MDE í máli Stoll gegn Sviss frá 10. desember 2007*.⁴⁶ Þar var það ekki talið fela í sér brot gegn 10. gr. MSE að dæma blaðamann til greiðslu sektar fyrir að birta trúnaðarskjöl um samningaviðræður um greiðslu bóta til fórnarlamba Helfararinnar

⁴⁰ Skýrsla starfshóps um eflingu trausts á stjórnmalum og stjórnsýslu, bls. 57.

⁴¹ *Committing to Effective Whistleblower Protection*, bls. 86.

⁴² Sama heimild, bls. 82-84.

⁴³ *Dómur MDE í máli Guja gegn Moldóvu frá 12. febrúar 2008, mál nr. 14277/04 (Yfirdeild)*, efnisgr. 95-96.

⁴⁴ Í *dómi MDE í máli Baka gegn Ungverjalandi frá 23. júní 2016, mál nr. 20261/12 (Yfirdeild)* var m.a. fjallað um kælingaráhrif á tjáningarfrelsi dómara, sjálfstæði dómsvaldsins og réttarríkið sem hlytust af því að skipunartímabil kæranda, sem var dómari, var stytta um þrjú og hálf ár í kjölfar gagnrýni hans á fyrirhugaðar breytingar á dómskerfi landsins, sjá efnisgr. 21.

⁴⁵ *Committing to Effective Whistleblower Protection*, bls. 48.

⁴⁶ *Dómur MDE í máli Stoll gegn Sviss frá 10. desember 2007, mál nr. 69698/01 (Yfirdeild)*.

vegna innistæðna í svissneskum bönkum sem ekki höfðu verið greiddar út. Yfirdeild dómstólsins þurfti því að veða saman tvenns konar almannahagsmuni, hagsmuni almennings af því að upplýsingarnar kæmust á almannavitorð gegn almannahagsmunum sem felast í því að trúnaðarskjöl um viðkvæmar samningaviðræður hins opinbera fari leynt. Í *Guja* tók dómstóllinn sérstaklega fram að munurinn á málunum tveimur fælist í því að í ákveðnum tilvikum beri að vernda opinbera starfsmenn sem stíga fram og miðla upplýsingum um ólögmetna eða óæskilega háttsemi í tengslum við störf sín.⁴⁷

3. Réttarstaðan í öðrum ríkjum

Vernd uppljóstrara er tryggð með einhverjum hætti í flestum ríkjum Evrópu.⁴⁸ Færri hafa hins vegar ráðist í lögfestingu heildarlaga um efnið en um þessar mundir hafa 10 af 28 aðildarríkjum ESB sett sér slík lög; þ.e. Frakkland, Ungverjaland, Írland, Ítalía, Litáen, Malta, Holland, Slóvakía, Svíþjóð og Bretland.⁴⁹ Setning heildarlaga jafngildir auðvitað ekki tryggingu fyrir því að vernd uppljóstrara samræmist bestu framkvæmd á sviðinu og tilmælum alþjóðlegra stofnana heldur þarf að meta aðstæður í hverju ríki heildstætt.

Svo litið sé til Norðurlandanna hafa Norðmenn lögfest heildstæða uppljóstraravernd í vinnuverndarlöggjöf sinni sem gildir bæði um opinbera starfsmenn og einkageirann.⁵⁰ Þar er mælt fyrir um rétt starfsmanna til að miðla upplýsingum um gagnrýnisverð atriði í starfsemi vinnuveitanda sinna (n. rett til á varsle om kritikkverdige forhold i arbeidsgivers virksomhet), með því skilyrði að aðferðin við miðlunina sé forsvaranleg. Starfsmönnum er tryggð vernd gegn

⁴⁷ *Dómur MDE í máli Guja gegn Moldóvu frá 12. febrúar 2008, mál nr. 14277/04 (Yfirdeild)*, efnisgr. 72. Í sérákvæði fimm dómara í dómi *MDE í máli Stoll gegn Sviss frá 10. desember 2007, mál nr. 69698/01 (Yfirdeild)* er niðurstaða meiri hlutans gagnrýnd á þeim forsendum að hún feli í sér frávik frá fyrri framkvæmd sem byggist m.a. á því að við mat á því hvort takmörkun tjáningarfrelsis sé nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi þurfi að líta til þess hvort hún byggist á knýjandi nauðsyn (e. pressing social need) og stjórnvöld hafi takmarkað svigrúm til mats á þessu sviði. Það var mat minni hlutans að hagsmunir stjórnvalda af því að gagnið færi leynt væru ekki nægir til að víkja tjáningar- og fjölmiðlafrelsi kæranda.

⁴⁸ Árið 2014 svöruðu 27 af 32 aðildarríkjum OECD þeirri spurningu játandi hvort til staðar væri lagaákvæði sem verndaði uppljóstrara í ákveðnum aðstæðum. *Committing to Effective Whistleblower Protection*, bls. 21-22.

⁴⁹ *Mapping the EU on Legal Whistleblower Protection – Assessment Before the Implementation of the EU Whistleblowing Directive*. Transparency International Nederland 2019, bls. 4.

⁵⁰ Sjá breytingar á vinnuverndarlöggjöf í Noregi frá 2007 (n. lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mb. (arbeidsmiljøloven) nr. 62/2005).

hefndaraðgerðum vegna slíkrar miðlunar og ef starfsmaður leggur fram upplýsingar sem gefa ástæðu til að telja að hefndaraðgerðir hafi átt sér stað skal lagt til grundvallar að svo hafi verið nema vinnuveitandinn sanni annað. Samkvæmt nýjustu breytingum á lögunum, sem tóku gildi 1. júlí 2017, ber öllum vinnustöðum með fimm starfsmenn eða fleiri að koma á fót ferli fyrir innri uppljóstrun og fylgist norska vinnueftirlitið með innleiðingu þessarar breytingar.

Í Svíþjóð tóku gildi heildarlög um uppljóstraravernd þann 1. janúar 2017.⁵¹ Lögin taka til allra opinberra aðila og einkafyrirtækja óháð starfsmannafjölda. Í þeim er lagt bann við hefndaraðgerðum vinnuveitanda gagnvart starfsmanni sem ljóstrað hefur upp um alvarlegt misferli (s. allvarliga missförhållanden) í starfsemi vinnuveitandans en með alvarlegu misferli er átt við refsiverð brot sem við liggur fangelsisrefsing eða sambærilegt misferli. Í lögunum eru síðan ákvæði um þrenns konar tegundir uppljóstrana og nánari skilyrði fyrir þeim, þ.e. í fyrsta lagi innri uppljóstrun, í öðru lagi uppljóstrun til stéttarfélag og í þriðja lagi ytri uppljóstrun. Í lögunum er sönnunarbyrði lögð á vinnuveitanda ef starfsmaður sýnir fram á aðstæður sem gefa ástæðu til að ætla að um hefndaraðgerðir sé að ræða. Þá felst í lögunum að vinnuveitendum ber að koma á fót ferlum fyrir uppljóstranir um framangreind atriði.

Finnar hafa ekki sett sér heildstæða löggjöf um uppljóstraravernd en stjórnarskrá landsins leggur bann við uppsögn án réttmætra ástæðna.⁵² Þá eru ákvæði í almennum lögum sem tryggja starfsmönnum bætur fyrir óréttláta meðferð. Í fjórðu úttekt vinnuhóps OECD um innleiðingu á samningi um varnir gegn mútugreiðslum til erlendra starfsmanna í alþjóðlegum viðskiptum kom fram að ákvæðin tryggðu ekki fullnægjandi vernd, þar sem hvorki væri að finna skýr lagaákvæði um útfærslu verndarinnar né hefði þeim verið beitt í þessum tilgangi í framkvæmd. Að mati hópsins gerði brotakernd löggjöf (e. fragmented legislative framework) almenningi erfitt að átta sig á því hvaða vernd sé í boði og hvernig eigi að virkja hana.⁵³ Á vegum finnskra stjórnvalda

⁵¹ S. lag om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden nr. 749/2016.

⁵² *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention Phase 4 Report Finland*. OECD 2017, bls. 13-14.

⁵³ Sama heimild. Sjá einnig skýrslu starfshóps um eflingu trausts á stjórnámálum og stjórnsýslu, bls. 56.

mun vera unnið að styrkingu löggjafar um uppljóstraravernd um þessar mundir.⁵⁴

Danir hafa ekki lögfest heildstæða löggjöf um vernd uppljóstrara en nefnd á vegum dómsmálaráðuneytisins komst að þeirri niðurstöðu árið 2015 að ekki væri þörf á slíkri lagasetningu.⁵⁵ Lagt var til að innan hvefarr opinberrar stofnunar yrði metið sérstaklega hvort ástæða væri til að koma á fót úrræðum fyrir uppljóstrara.⁵⁶

Af öðrum nágrannaríkjum Íslands sem búa við sterka uppljóstraravernd að mati alþjóðlegra stofnana má nefna Bretland, Frakkland, Holland og Írland.⁵⁷ Loks er vert að nefna að þann 16. apríl 2019 samþykkti Evrópuþingið tilskipun um vernd uppljóstrara sem tilkynna um brot á bandalagsrétti (e. draft Directive on the Protection of Persons Reporting on Breaches of Union Law). Ákvæði hennar ná til starfsmanna á opinberum markaði og einkamarkaði auk starfsnema, sjálfboðaliða og sjálfstætt starfandi verktaka. Gerður er greinarmunur á innri uppljóstrun, ytri uppljóstrun til sérstakra eftirlitsaðila og ytri uppljóstrun til almennings. Uppljóstrurum sem uppfylla skilyrði tilskipunarinnar verður tryggð víðtæk vernd gegn hefndaraðgerðum og lögfræðileg, fjárhagsleg og sálfræðileg aðstoð. Við ritun greinarinnar hefur ekki verið tekin afstaða til þess hvort tilskipunin verður tekin upp í EES-samninginn en ef af því verður er þörf á lagabreytingum hér á landi til að tryggja vernd uppljóstrara sem miðla upplýsingum um brot á Evrópureglum.

4. *Uppljóstraravernd opinberra starfsmanna á Íslandi*

4.1 *Almennt um uppljóstraravernd og tjáningarfrelsi á Íslandi*

Tjáningarfrelsi borgara á Íslandi er verndað með 73. gr. stjórnarskrárinnar og nær verndin að sjálfsgöðu til opinberra starfsmanna eins og annarra. Í 1. og 2. mgr. ákvæðisins kemur fram að allir séu frjálssir skoðana sinna og sannfæringar og eigi rétt á að láta í ljós hugsanir sínar, en verði þó að ábyrgjast þær fyrir dómi. Ritskoðun og aðrar

⁵⁴ *Preventing Corruption and Promoting Integrity in Central Governments (Top Executive Functions) and Law Enforcement Agencies. Evaluation Report Finland*. GRECO 2018, bls. 13 og 45-46. Annar höfunda kom að gerð skýrslunnar fyrir hönd Evrópuráðsins.

⁵⁵ *Betænkning om offentligt ansattes ytringsfrihed og whistleblowerordninger nr. 1533/2015*. Justitsministeriet 2015.

⁵⁶ Sama heimild, bls. 378-381.

⁵⁷ *Mapping the EU on Legal Whistleblower Protection – Assessment Before the Implementation of the EU Whistleblowing Directive*, bls. 4 (almennt), 72-73 (um Bretland), bls. 35-36 (um Frakkland), 56-57 (um Holland), 44-45 (um Írland).

sambærilegar tálmanir á tjáningarfrelsi megi aldrei í lög leiða. Samkvæmt 3. mgr. má aðeins setja tjáningarfrelsinu skorður með lögum í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra, enda teljist þær nauðsynlegar og samrýmist lýðræðishefðum. Skilyrði 3. mgr. til skerðingar á tjáningarfrelsi vísa í reynd beint til 2. mgr. 10. gr. MSE, enda var mjög horft til ákvæða sáttmálans við endurskoðun mannréttindakafla stjórnarskrárinnar árið 1995.⁵⁸

Ekki hefur reynt á það í dómaframkvæmd hvort og að hvaða marki 73. gr. stjórnarskrárinnar felur í sér vernd uppljóstrara en ganga verður út frá því að túlka verði ákvæðið með sama hætti og Mannréttinda-dómstóll Evrópu hefur túlkað 10. gr. MSE að þessu leyti, eins og tengslum ákvæðanna er háttað.⁵⁹ Af 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. MSE leiðir að tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna, þ. á m. frelsi til að miðla upplýsingum um ólögmeta eða óæskilega háttsemi í opinberri starfsemi, verður einungis takmarkað með lögum. Þá ber að líta til sömu skilyrða við mat á því hvort takmarkanirnar samrýmast ákvæðunum, þ.e. þær þurfa að byggjast á lögum, þjóna lögmætu markmiði og vera nauðsynlegar í lýðræðislegu þjóðfélagi.⁶⁰ Loks hefur Hæstiréttur tekið fram að allar heimildir til að takmarka tjáningarfrelsi beri að túlka þröngt þar sem um mikilvæg mannréttindi er að ræða.⁶¹ Þetta gildir að sjálfsögðu einnig um opinbera starfsmenn.⁶²

Á framangreindum grundvelli hafa verið leidd í lög ýmis dreifð ákvæði sem tengjast uppljóstravernd, bæði ákvæði sem kemur til greina að leiða af takmarkanir á tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna og ákvæði sem færa stöðir undir rétt þeirra til að ljósra upp um

⁵⁸ Páll Þórhallsson: „Tjáningarfrelsi“, bls. 381-383.

⁵⁹ *Drög að frumvarpi til laga um vernd uppljóstrara*, birt á samráðsgátt stjórnvalda: <https://samradsgatt.island.is/>. Þar er m.a. vísað til þess að reynt hafi á tengda vernd, vernd heimildarmanna, í tveimur dómum Hæstaréttar, *dómi Hæstaréttar frá 2. maí 2014 í máli nr. 255/2014* og *dómi Hæstaréttar frá 16. júní 2014 í máli nr. 403/2014*. Í fyrrnefnda dómnum segir að litið sé á trúnaðarskyldu fjölmiðlamanna gagnvart heimildarmönnum sem mikilvægan þátt í tjáningarfrelsi fjölmiðla sem varið sé af 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu.

⁶⁰ Páll Þórhallsson: „Tjáningarfrelsi“, bls. 387.

⁶¹ Sama heimild. Þar er vísað til *Hrd. 1997, bls. 3618* og *Hrd. 2004, bls. 1553 (mál nr. 382/2003)*.

⁶² Sjá t.d. *álit umboðsmanns Alþingis frá 26. júlí 1999 í máli nr. 2475/1998*, þar sem umboðsmaður tók eftirfarandi fram: „Meginreglan er því sú að ríkisstarfsmenn eiga rétt á að láta í ljós hugsanir sínar án afskipta stjórnvalda og takmarkanir á þeim rétti má eingöngu gera að uppfylltum þeim skilyrðum sem fram koma í 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 11. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995 [...]“

óæskilega þætti í opinberri starfsemi. Gerð verður grein fyrir helstu lagaákvæðunum á þessu sviði í köflum 4.2-4.4 og vikið að ákvæðum siðareglna fyrir opinbera starfsmenn og sjónarmiðum um vandaða stjórnarsýsluhætti í kafla 4.5. Í kafla 4.6 verður fjallað um heimildir til að senda tilkynningar nafnlaust og í kafla 4.7 verður gerð tilraun til að svara þeirri spurningu hvort og að hvaða marki opinberir starfsmenn beri skyldu til að gerast uppljóstrarar. Loks verður fjallað um tilraunir til að setja heildarlög um efnið hér á landi undanfarin ár í kafla 4.8.

4.2 Stjórnarsýslulög og starfsmannalög

Þann 11. júní 2019 samþykkti Alþingi lög nr. 71/2019 sem breyttu stjórnarsýslulögum nr. 37/1993 (ssl.) þannig að nýr X. kafli bættist við lögin um tjáningarfrelsi og þagnarskyldu opinberra starfsmanna.⁶³ Kaflinn hefst á nýju ákvæði þar sem skýrlega er tekið fram í 1. mgr. að hver sem starfar á vegum ríkis eða sveitarfélaga hafi frelsi til að tjá sig opinberlega um atriði er tengjast starfi hans, svo fremi þagnarskylda eða trúnaðar- og hollustuskyldur standa því ekki í vegi. Það eru því einkum reglur um þagnarskyldu opinberra starfsmanna annars vegar og skyldu þeirra til trúnaðar og hollustu við vinnuveitanda sinn hins vegar sem geta takmarkað frelsi þeirra til að miðla upplýsingum um óæskilega háttsemi sem þeir verða varir við í starfi.

Í lagasafninu er að finna dreifð ákvæði um þagnarskyldu opinberra starfsmanna. Hluti þeirra á við um opinbera starfsmenn óháð því hvar eða við hvað þeir starfa, en sem dæmi má nefna 18. gr. laga um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins nr. 70/1996 (stml.)⁶⁴ og 136. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Þá er það markmið hins nýja X. kafla ssl. að afmarka nánar þagnarskyldu allra sem starfa fyrir ríki eða sveitarfélög. Önnur ákvæði taka til starfsmanna tiltekinna opinberra vinnustaða, t.d. Seðlabankans samkvæmt 41. gr. laga um Seðlabanka Íslands nr. 9/2019, eða allra opinberra starfsmanna á tilteknu sviði, t.d. „allra þeirra sem vinna að barnavernd“ samkvæmt 8. mgr. 4. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002. Þagnarskyldureglurnar eru jafn misjafnar og þær eru margar og ómögulegt er að gera tæmandi grein fyrir því

⁶³ Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 809 – 493. mál.

⁶⁴ Taka ber fram að ákvæði laganna eiga ekki við um forseta Íslands, ráðherra eða alþingismenn og taka heldur ekki til starfsmanna félaga einkaréttareðlis í eigu ríkisins eða starfsmanna stofnana sem að einhverju eða öllu leyti eru í eigu annarra en ríkisins, sbr. 2. gr. laganna.

hverjig þær geta skert tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna.⁶⁵ Lykilatriðið í samspili þagnarskyldu og uppljóstraverndar opinberra starfsmanna er hins vegar að stór þáttur uppljóstraverndarinnar felur í sér að reglur um þagnarskyldu koma ekki í veg fyrir miðlun upplýsinga sem uppfyllir skilyrði þess að verndin verði virk. Þannig segir í 2. mgr. 41. gr. ssl., sem bættist við lögin með lögum nr. 71/2019, að undir þagnarskyldu falli ekki upplýsingar um lögbrot eða aðra ámælisverða háttsemi starfsmanna stjórnvalda.⁶⁶ Í skýringum við ákvæðið í greinargerð er vísað til niðurstöðu MDE í *Guja* og tekið fram að ákvæðið geti ekki verið annað en vísiregla. Við túlkun þess verði meðal annars litið til dómaframkvæmdar MDE.

Hvað trúnaðar- og hollustuskyldu varðar er um að ræða annan afar matskenndan grundvöll skerðingar tjáningarfrelsis opinberra starfsmanna. Skyldan er ekki lögfest en hefur stoð í ýmsum lagaákvæðum, einkum 14. gr. og 21. gr. stml. Af lestri ákvæðanna er ekki unnt að ráða að stjórnvöld geti takmarkað tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna á grundvelli þeirra en umboðsmaður Alþingis hefur þó tekið fram að ekki sé útilokað að leiða megi einhverjar takmarkanir á tjáningarfrelsi ríkisstarfsmanna af fyrrnefnda ákvæðinu.⁶⁷ Í ljósi þess að opinberir starfsmenn bera fyrst og fremst trúnaðar- og hollustuskyldur gagnvart hinu opinbera í heild og öllum almenningi, en ekki einungis gagnvart beinum vinnuveitanda og samstarfsmönnum sínum, verður að telja nánast útilokað að þessi lagaákvæði geti staðið í vegi fyrir því að opinberir starfsmenn miðli upplýsingum um lögbrot eða aðra óæskilega þætti í opinberri starfsemi til viðeigandi aðila. Er þar ekki síst litið til þess að ýmis ákvæði laga sem áður eru rakin og siðareglna sem gilda um opinbera starfsmenn (sbr. nánar umfjöllun í kafla 4.5) hvetja frekar til slíkrar miðlunar en að vara við henni.

⁶⁵ Með setningu laga nr. 71/2019 var stefnt að aukinni lagaeiningu á þessu sviði með breytingu þagnarskylduákvæða 80 lagabálka þannig að þau vísi til hins nýja X. kafla ssl., sbr. 5. gr. laganna.

⁶⁶ Í skýringum við ákvæðið í greinargerð segir að ákvæðið feli í sér einn anga uppljóstraverndar. Tekið er fram að ákvæðið taki orðum sínum samkvæmt eingöngu til lögbrot eða annarrar ámælisverðrar háttsemi starfsmanna stjórnvalda en leiði ekki til þess að engin þagnarskylda ríki um aðrar upplýsingar sem þeirri háttsemi kunni að tengjast. Sem dæmi er tekið að starfsmaður fremji lögbrot við úrlausn um viðkvæmt málefni einstaklings. Ákvæðið leiði til þess að það brjóti ekki gegn þagnarskyldu að greina frá brotinu en viðkvæmu upplýsingarnar um einstaklinginn verði eftir sem áður háðar þagnarskyldu. Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 809 – 493. mál.

⁶⁷ *Álit umboðsmanns Alþingis frá 26. júlí 1999 í máli nr. 2475/1998*. Sjá til hliðsjónar Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð*, bls. 733.

Helsta lagaákvæðið sem styður þessa ályktun er 13. gr. a stml., en ákvæðinu var bætt við lögum með lögum nr. 86/2010.⁶⁸ Þar segir að óheimilt sé að láta opinberan starfsmann gjalda þess að hann greini viðeigandi aðilum frá lögbrotum eða brotum á siðareglum sem hann hefur orðið áskynja um í starfi. Ákvæðið felur í sér ákveðna uppljóstraravernd þó að þar sé ekki tekið á öllum þeim atriðum sem nauðsynlegt væri að skýra til að uppfylla tilmæli alþjóðlegra stofnana. Það er með öðrum orðum óljóst hvað verndin felur nákvæmlega í sér og hvað þurfi til að koma svo hún verði virk. Ekki er minnst á hugtakið góða trú og engar vísbendingar er að finna um inntak verndarinnar, þ.e. hvað það þýði að láta starfsmann „gjalda“ þess að hafa miðlað upplýsingum. Óhætt er að ganga út frá því að uppsögn starfsmanns sé óheimil ásamt öðrum starfsmannaréttarlegum úrræðum á borð við áminningu og tilfærslu í starfi. Loks tekur ákvæðið samkvæmt orðanna hljóðan til miðlunar upplýsinga um hvers konar lögbrot og brot á siðareglum, en mörg brot geta verið afar smávægileg. Það er með öðrum orðum ekki kveðið á um annan lágmarksþröskuld þess að vernd ákvæðisins virkjist en að brot á lögum eða siðareglum hafi átt sér stað. Athugasemdir við ákvæðið í greinargerð með lögum nr. 86/2010 eru knappar og ekki hefur reynt á það í dómaframkvæmd eða niðurstöðum umboðsmanns Alþingis. Við leit fannst raunar einungis eitt tilvik þar sem vísað er til ákvæðisins í dómum íslenskra dómstóla:

Hrd. 8. mars 2012 (mál nr. 505/2011) (Ávana- og fíkniefnaleit í gosflösku)

Málsatvik voru þau að B, framkvæmdastjóri lækninga hjá heilbrigðisstofnun, taldi ekki allt með felldu varðandi störf læknisins A á stofnuninni en fljótlega eftir að A hóf störf bárust tilkynningar frá starfsfólki um að það hefði komið að honum sofandi á skrifstofu sinni. B óskaði eftir því við forstjóra stofnunarinnar að A yrði látinn fara að liðnum reynslutíma en þegar ekki var orðið við því tók hann sýni úr gosdrykkjarflösku A án hans vitundar og sendi til rannsóknarstofu með beiðni um ávana- og fíkniefnaleit í vökvanum. Niðurstöður bárust stofnuninni og leiddu ekkert óeðlilegt í ljós. Í kjölfarið var B veitt áminning samkvæmt 21. gr. stml. með hegðun sem væri óhæfileg og ósamrýmanleg starfi hans sem lækni. B höfðaði mál á hendur heilbrigðisstofnuninni og krafðist þess að áminningin yrði dæmd ógild auk miskabóta. Af hálfu stofnunarinnar kom fram fyrir dómi að sú háttsemi B að upplýsa forstjóra stofnunarinnar og landlækni um áhyggjur sínar hefði aldrei getað orðið ástæða áminningar, sbr. 13. gr. a stml. Áminningin hefði hins vegar verið óhjákvæmileg þar sem B hefði

⁶⁸ Alpt. 2009-2010, A-deild, þskj. 676 – 375. mál.

tekið lög in í eigin hendur með óviðeigandi framgöngu gagnvart A, sem væri í senn óhæfileg og ósamrýmanleg starfi hans samkvæmt 14. og 21. gr. stml. Í dómi héraðsdóms, sem staðfestur var í Hæstarétti með vísan til forsendna, var fallist á þessa málsástæðu án þess þó að vísa til 13. gr. a stml. og var stofnunin sýknuð af kröfum B.

4.3 Farvegir uppljóstrunar

Það er skilyrði þess að njóta þeirrar takmörkuðu uppljóstraraverndar sem 13. gr. a stml. mælir fyrir um að upplýsingum sé miðlað til „viðeigandi aðila“. Í skýringum við ákvæðið í greinargerð er tekið fram að átt sé við næsta yfirmann í ráðuneyti eða ríkisstofnun sem ekki er sjálfur viðriðinn málið. Einnig myndi umboðsmaður Alþingis falla undir hugtakið „viðeigandi aðili“ eða eftir atvikum önnur embætti sem hafa eftirlit með stjórnýslunni. Samkvæmt skýringunum verður að telja ólíklegt að uppljóstrun til fjölmiðla eða annarra utanaðkomandi aðila njóti verndar ákvæðisins. Með vísan til hlutverks ríkisendurskoðanda skv. 5.-7. gr. laga nr. 46/2016 verður að ætla að embættið teljist viðeigandi aðili til að taka við upplýsingum sem varða óeðlilega meðferð opinberra fjármuna. Ríkisendurskoðandi getur ákveðið að ráðast í stjórnýsluendurskoðun á grundvelli 6. gr. laganna í tilefni af tilkynningu opinbers starfsmanns sem myndi almennt njóta verndar í kjölfarið á grundvelli 13. gr. a stml. Vegna þess hlutverks ríkisendurskoðanda að meta hvort hagkvæmni og skilvirkni sé gætt í rekstri stofnana og fyrirtækja í eigu ríkisins ber þó að athuga að stml. taka ekki til félaga einkaréttareðlis, jafnvel þótt þau séu að öllu leyti í eigu ríkisins skv. 1. tölul. 2. mgr. 2. gr. laganna.

Aðrar eftirlitsstofnanir kunna að vera viðeigandi farvegir þegar uppljóstrun varðar tiltekin svið, svo sem embætti landlæknis um brot á lögum eða reglum í heilbrigðisþjónustu og embætti skattrannsóknarstjóra um skattsvik og önnur refsiverð brot á lögum um skatta og gjöld sem brotin eru í opinberri starfsemi. Almennt virðist fært að upplýsa æðra stjórnvald um brot í starfsemi undirstofnunar sem undir það heyrir og með vísan til þess að samgöngu- og sveitarstjórnarráðuneytið fer með yfirstjórn sveitarstjórnarmála, sbr. 2. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011, væri rétt að miðla upplýsingum um óæskilega háttsemi í starfsemi sveitarfélaga til þess. Þó er rétt að geta þess að í samþykkt fyrir umboðsmann borgarbúa er að finna ákvæði um „uppljóstranir“ starfsmanna Reykjavíkurborgar, viðsemjenda hennar og samstarfs-

aðila.⁶⁹ Samkvæmt samþykktinni skal starfsmaður njóta verndar gegn ákvæðum laga og reglna sem leitt geta til neikvæðra afleiðinga, svo sem agaviðurlaga. Telja verður ólíklegt að ákvæði samþykktarinnar geti gengið framur almennum lögum, þ. á m. lagaákvæðum um þagnarskyldu, en hugsanlega yrði litið til ákvæða hennar við skýringu ákvæða stml. eða annarra laga.

Þá er rétt að geta þess að í löggjöf er sums staðar kveðið á um að sá sem veitir löggæslu- eða eftirlitsstofnunum upplýsingar um brot sín eða annarra geti notið sérstakrar meðferðar. Ákvæðin eru skyld uppljóstraravernd þó að gildissvið þeirra sé ekki afmarkað við uppljóstranir opinberra starfsmanna á vinnustöðum í þeirri merkingu sem rætt er um í þessari grein. Í 9. tölul. 1. mgr. 74. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 er kveðið á um að færa megi refsingu niður fyrir lögbundið lágmark þegar maður veitir af sjálfsdáðum aðstoð eða upplýsingar sem hafa verulega þýðingu við að upplýsa brot hans, aðild annarra að brotinu eða önnur brot.⁷⁰ Þá er að finna heimild í 3. mgr. 42. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 fyrir Samkeppniseftirlitið til að kæra ekki einstakling ef hann eða fyrirtæki sem hann starfar hjá eða er í stjórn hjá hefur haft frumkvæði að því að láta Samkeppniseftirlitinu í té upplýsingar eða gögn vegna brota gegn 10. eða 12. gr. laganna. Ákvæðið gerir ráð fyrir að settar verði nánari reglur um skilyrði fyrir því að heimildinni verði beitt en þær hafa ekki verið settar. Í lögum um aðgerðir gegn peningþvætti og fjármögnun hryðjuverka nr. 140/2018 er mælt fyrir um það í 24. gr. að þegar tilkynningarskyldur aðili, starfsmenn þeirra eða stjórnendur veita skrifstofu fjármálagreininga lögreglu upplýsingar í góðri trú samkvæmt lögnum teljist það ekki brot á þagnarskyldu. Upplýsingagjöfin leggi hvorki refsí- né skaðabótaábyrgð á herðar hlutaðeigandi.⁷¹ Loks er óheimilt samkvæmt 9. gr. laga um rannsóknarnefndir nr. 68/2011 að láta einstakling gjalda þess að veita rannsóknarnefnd upplýsingar sem hafa þýðingu fyrir

⁶⁹ *Samþykkt fyrir umboðsmann borgarþáa*. Reykjavíkurborg 2017.

⁷⁰ Tölulíðnum var bætt við lögum með lögum nr. 47/2015. Með sömu lögum voru felld niður lög um embætti sérstaks saksóknara nr. 135/2008 en þar var að finna heimild til að láta þann sem hefur haft frumkvæði að því að bjóða eða láta lögreglu eða saksóknara í té upplýsingar ekki sæta ákæru þó upplýsingarnar leiði líkur að broti hans sjálfs. Í lögskýringargögnum er tekið fram að ekki hafi þótt tilefni til að gera sambærilegt ákvæði að almennri reglu. Alþt. 2014-2015, A-deild, þskj. 660 – 430. mál.

⁷¹ Ákvæðið er óbreytt frá eldri lögum um sama efni nr. 64/2006 og byggist á 36. gr. tilskipunar 2015/849/EB.

rannsóknina í góðri trú.⁷² Ákvæðið er mun ítarlegra um skilyrði og inntak verndar en 13. gr. a stml., gerð er krafa um góða trú og talin upp dæmi um óréttlætanalega meðferð, þ. á m. að rýra réttindi uppljóstrarans, segja upp samningi og slíta honum. Sönnunarbyrði fyrir því að uppljóstrarinn hafi galdið fyrir miðlun upplýsinga er lögð á gagnaðila.

4.4 *Miðlun upplýsinga til umboðsmanns Alþingis samkvæmt „OPCAT“*

Þann 13. desember 2018 samþykkti Alþingi lög nr. 147/2018 sem breyttu lögum um umboðsmann Alþingis nr. 85/1997.⁷³ Markmið breytinganna var að mæla fyrir um að umboðsmaður Alþingis sinni eftirliti samkvæmt bókun við samning Sameinuðu þjóðanna gegn pyndingum og annarri grimmilegri, ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu („OPCAT“) en einnig var bætt við löginn nýrri 18. gr. um vernd þeirra sem greina umboðsmanni frá brotum. Eins og áður segir verður að gera ráð fyrir að umboðsmaður teljist viðeigandi aðili í skilningi 13. gr. a stml. til að taka við upplýsingum um lögbrot eða brotum á siðareglum sem opinberir starfsmenn verða áskynja um í starfi en 18. gr. laga um umboðsmann Alþingis 85/1997 hefur víðtækara gildissvið. Þannig veur athygli að í 1. mgr. ákvæðisins er verndin afmörkuð við alla þá sem búa yfir upplýsingum eða gögnum um brot á lögum, vönduðum stjórnsýsluháttum, siðareglum eða öðrum reglum og starfsháttum í starfsemi þeirra sem falla undir starfssvið umboðsmanns. Fleiri geta því notið verndarinnar en starfsmenn aðila sem umboðsmaður hefur eftirlit með. Þá nær verndin til miðlunar upplýsinga um afar víðan hóp brota en auk laga og siðareglna er vísað til vandaðra stjórnsýsluhátta, „annarra reglna“ og jafnvel starfshátta. Inntak verndarinnar felst í því að sá sem miðlar upplýsingum til umboðsmanns verður ekki látinn sæta viðurlögum samkvæmt reglum um þagnar- eða trúnaðarskyldu og óheimilt er að láta þann sem gerir umboðsmanni viðvart í góðri trú gjalda þess eða sæta óréttlátri málsmeðferð. Sönnunarbyrðin fyrir því að óréttlát málsmeðferð hafi átt sér stað er lögð á gagnaðila. Af lestri 18. gr. mætti því ætla að um sé að ræða afar víðtæka uppljóstraravernd sem nýst geti öllum opinberum

⁷² Sjá einnig 12. gr. laga um rannsókn á aðdraganda og orsökum falls íslensku bankanna 2008 og tengdra atburða nr. 142/2008 um uppljóstraravernd þeirra sem miðluðu upplýsingum til rannsóknarnefndar Alþingis, sem hefur lokið störfum.

⁷³ Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 250 – 235. mál.

starfsmönnum jafnt sem öðrum borgurum. Þegar nánar er að gáð koma nokkrir þættir í veg fyrir að ákvæðið geti gegnt slíku hlutverki að mati höfunda.

Í fyrsta lagi takmarkast verndin skv. 1. mgr. við þá sem greina frá brotum í starfsemi þeirra sem falla undir starfssvið umboðsmanns. Þetta hefur í för með sér að einungis kemur til greina að opinberir starfsmenn njóti verndar vegna brota í störfum handhafa framkvæmdavalds en ekki löggjafarvalds eða dómsvalds.

Í öðru lagi er verndin háð matskenndum „lágmarks-alvarleikaþröskuldi“ (sbr. umfjöllun í kafla 2.4) þar sem hún er skv. 4. mgr. 18. gr. bundin því skilyrði að upplýsingarnar leiði til athafna umboðsmanns. Í almennum athugasemdum er tekið fram að þetta fyrirkomulag stuðli að því að „úrræðið verði síður misnotað“. Af þessu er ljóst að uppljóstrun, sem er að mati umboðsmanns ekki nægjanlega alvarleg til að athafna sé þörf, nýtur ekki verndar. Enda þótt allir slíkir þröskuldar krefjist þess að ákveðið mat fari fram er vandamálið hér að mati höfunda að ekki eru settir fram efnislegir mælikvarðar á það hvers konar uppljóstranir eigi með réttu að leiða til athafna umboðsmanns og hverjar ekki. Í skýringum við ákvæðið í greinargerð er fylgdi frumvarpi því sem varð að lögum nr. 147/2018 er aðeins að finna afar almenna lýsingu á því hvernig matið fer fram.⁷⁴ Afleiðingin er sú að þegar opinber starfsmaður hefur í hyggju að miðla upplýsingum um óæskilega háttsemi til umboðsmanns til að njóta verndar þarf hann fyrst að meta hvort líklegt sé að umboðsmaður grípi til athafna á grundvelli þeirra án þess að hafa efnislegar mælistukur eða fyrri framkvæmd umboðsmanns við að styðjast. Þá hafa fæstir opinberir starfsmenn sérfræðiþekkingu á þessu sviði og dregur það úr líkum á því að þeir treysti sér til að stíga það skref að miðla upplýsingum á grundvelli ákvæðisins.

⁷⁴ Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 250 – 235. mál: „Almennt verður að miða við að umboðsmaður líti til alvarleika brots og þeirra hagsmuna sem telja verður að séu í húfi. Við mat sitt getur umboðsmaður þurft að afla frekari upplýsinga og gagna áður en hann tekur afstöðu til framkominnar óskar um vernd samkvæmt greininni. Eðlilegt er að gera kröfu til slíkrar málsmeðferðar, einkum þegar litið er til sanngirni og áreiðanleika, og þar með að koma í veg fyrir misnotkun. Almennt verður að gera ráð fyrir því að upplýsingar þar sem bent er á alvarleg brot á lögum, vönduðum stjórnýslysháttum eða siðareglum, sem fela í sér kerfislægan vanda eða ósæmilegan aðbúnað þeirra sem eru frelsissviptir á stofnunum eða heimilum, séu þess eðlis að umboðsmaður telji tilefni til að kanna slíkt nánar. Á hinn bóginn geti upplýsingar um ágreining starfsmanna eða samstarfsörðugleika verið þess eðlis að umboðsmaður hafi síður afskipti af slíkum málum. Slíkt verður umboðsmaður þó að meta hverju sinni [...]“

Í þriðja lagi mælir 1. mgr. ákvæðisins fyrir um það skilyrði að miðlun upplýsinga þurfi að vera „í þágu þeirra almannahagsmuna sem umboðsmaður hefur eftirlit með“. Þessi áskilnaður er ekki skýrður sérstaklega í greinargerð með frumvarpinu og ekki er ljóst hvort átt sé við að uppljóstrun sem tekur til annarra almannahagsmuna en umboðsmaður hefur eftirlit með njóti ekki verndar.

4.5 Siðareglur og vandaðir stjórnsýsluhættir

Siðareglur fyrir opinbera starfsmenn gegna þeim tilgangi að móta starfsvenjur og hefðir og breyta starfsmenningu til hins betra.⁷⁵ Siðareglum er ætlað að skýra hvers konar framkoma í starfi hæfir þeim sem annast framkvæmd opinberra verkefna og gefa almenningi færi á að bera hegðun þeirra saman við skráðar og útgefnar reglur. Í þessu skyni hafa verið settar siðareglur á ýmsum sviðum; bæði fyrir tiltekna starfsstéttir, t.d. siðareglur lækna, og fyrir tiltekna vinnustaði, t.d. siðareglur Háskóla Íslands. Á grundvelli 15. gr. stml. staðfestir forseti Alþingis siðareglur fyrir starfsmenn Alþingis og stofnana þess og dómstólasýslan fyrir starfsmenn dómstóla. Þá staðfesti fjármála- og efnahagsráðherra almennar siðareglur fyrir starfsmenn ríkisins á grundvelli 2. mgr. 15. gr. þann 22. apríl 2013. Loks staðfestir forsætisráðherra sérstakar siðareglur fyrir starfsmenn Stjórnarráðs Íslands og undirritar siðareglur fyrir ráðherra að fengnu samþykki annarra ráðherra í ríkisstjórn samkvæmt 24. gr. laga um Stjórnarráð Íslands nr. 115/2011.

Siðareglur tengjast uppljóstraravernd opinberra starfsmanna einkum með tvenns konar hætti. Í fyrsta lagi er um að ræða ákvæði sem lýsa trúnaðar- og hollustuskyldum og tengjast því vammleysiskröfum 14. og 21. gr. stml. sem lýst var í kafla 4.2. Taka ber fram að ákvæði siðareglna uppfylla ein og sér ekki lagaáskilnaðarkröfu 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar til að skerða tjáningarfrelsi opinberra starfsmanna en hugsanlega yrði litið til efnis þeirra við skýringu slíkra lagaákvæða.⁷⁶ Í öðru lagi eru í sumum siðareglum ákvæði sem beint eða óbeint hvetja til þess að opinberir starfsmenn komi upplýsingum um brot á framfæri og tengjast því frekar 13. gr. a stml. Í almennum siðareglum starfsmanna ríkisins er t.d. tekið fram í 15. gr. að ríkisstarfsmönnum beri að vekja athygli viðeigandi aðila á „ólögmætum“ ákvörðunum og

⁷⁵ Skýrsla starfshóps um eflingu trausts á stjórnámálum og stjórnsýslu, bls. 20.

⁷⁶ Sjá til hliðsjónar Kjartan Bjarni Björgvinsson: „Verðleikar laganna – lagaáskilnaðarregla mannréttindasáttmála Evrópu og afstaða hennar til íslensks réttar“. *Úlfjótur* 2003, bls. 358.

athöfnum. Þar er því ekki minnst á brot á siðareglum eins og í 13. gr. a stml. Í siðareglum fyrir starfsfólk Stjórnarráðsins segir að verði starfsmaður áskynja um siðferðislega ámælisvert eða ólögmaett athæfi á vinnustað skuli hann koma ábendingu þar um til næsta yfirmanns sem ekki á sjálfur hagsmuna að gæta eða annarra viðeigandi aðila. Starfsfólk gjaldi ekki fyrir ábendingar um brot á siðareglum eða fyrir að leita réttar síns, telji það á sér brotið. Samhljóða ákvæði er að finna í siðareglum fyrir starfsmenn dómstóla nr. 2/2018.

Stjórnvöldum ber í starfsemi sinni að gæta að vönduðum stjórnvöldum og hafa ýmis viðmið verið viðurkennd í framkvæmd sem óskráðar meginreglur stjórnvöldur.⁷⁷ Sum þeirra tengjast álitaeftum um vernd uppljóstrara, svo sem krafan um þagmælsku og kröfur um opna og gegnsæja stjórnvöldu. Umboðsmaður Alþingis hefur mótað mörg viðmiðanna í álitum sínum en ekki verður séð að beinlínis hafi reynt á álitaefti sem tengjast vernd opinberra starfsmanna sem miðlað hafa upplýsingum um óæskilega háttsemi sem þeir hafa orðið varir við í starfi.

4.6 Nafnlausar tilkynningar

Á sviði uppljóstraraverndar vaknar oft spurningin um það hvort heimilt sé að koma ábendingum á framfæri nafnlaust og að hve miklu leyti slík tjáning nýtur verndar. Að íslenskum rétti stendur því almennt ekkert í vegi að opinberir starfsmenn miðli nafnlaust upplýsingum um lögbrot eða aðra ámælisverða háttsemi sem þeir verða varir við í starfi til viðeigandi aðila. Af rannsóknarreglu stjórnvöldur leiðir að stjórnvöld, þ. á m. opinberir eftirlitsaðilar, geta almennt ekki látið hjá líða að taka mál til skoðunar á þeim grundvelli að það byggi á nafnlausri tilkynningu.

Þegar opinberir starfsmenn tilkynna nafnlaust um atvik sem þeir verða varir við í starfsemi vinnuveitenda sinna er þeim augljóslega ekki þörf á nákvæmlega sömu vernd í kjölfarið og þeim sem koma fram undir nafni. Spurningin um það hvort opinber starfsmaður hafi verið beittur óréttlátri meðferð í kjölfar nafnlausrar ábendingar vaknar t.d. ekki nema vinnuveitandinn hafi komist að því hver sendi tilkynninguna eða telji sig vita það með nægri vissu til að grípa til aðgerða gegn starfsmanninum. Ákvæði 13. gr. a stml. gerir ekki kröfu um að opinber starfsmaður hafi komið fram undir nafni til að njóta

⁷⁷ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Vandaðir stjórnvölduættir“. *Ritvöld Lagastofnunar Háskóla Íslands* 2016, bls. 9.

verndar, en í tilvikum sem þessum þyrfti starfsmaðurinn væntanlega að geta fært einhverjar sönnur á að hann hafi miðlað upplýsingunum sem um ræðir til að geta borið ákvæðið fyrir sig. Þá er tekið fram í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 147/2018, sem bættu nýrri 18. gr. við lög um umboðsmann Alþingis nr. 85/1997 (sbr. umfjöllun kafla 4.4), að ekki sé gert ráð fyrir nafnlausum tilkynningum og ekki hvatt til slíks fyrirkomulags.⁷⁸ Almennt verði þó að gera ráð fyrir að umboðsmanni berist slíkar tilkynningar og það fari eftir mati umboðsmanns á atvikum hvort þær gefi tilefni til athugunar. Umboðsmaður leiðbeini viðkomandi um skilyrði þess að hann geti notið nafnleyndar. Hins vegar er gert ráð fyrir því að tilkynnandi eigi rétt á því að njóta nafnleyndar gagnvart öðrum en umboðsmanni, óski hann eftir því. Tekið er fram að ef upplýsingar eða gögn leiði líkur að refsiverðu broti þess sem hefur afhent þau umboðsmanni eða að hann hafi brotið starfsskyldur sínar komi það ekki í veg fyrir að umboðsmaður geri viðeigandi yfirvöldum viðvart um slíkt, sbr. e-lið 2. mgr. 10. gr. laga nr. 85/1997.

Það er sjálfstætt athugunarefni hve langt má ganga til að komast að því hver standi á bak við nafnlausu tilkynningu, hvort sem um er að ræða stjórnvaldið sem tók við tilkynningunni eða vinnuveitanda starfsmannsins. Ætla verður að lögmatísregla stjórnsluréttar og reglan um málefnaleg sjónarmið setji slíkum aðgerðum a.m.k. þær skorður að þær þurfi að þjóna lögmætu og málefnalegu markmiði, sbr. einnig ákvæði 2. tölul. 1. mgr. 8. gr. laga um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga nr. 90/2018. Þannig væri ríkisstofnun t.d. óheimilt að reyna að komast að því hvaða ríkisstarfsmaður tilkynnti um brot á lögum eða siðareglum til að segja honum upp, þar sem slíkt er óheimilt skv. 13. gr. a stml.

4.7 Bera opinberir starfsmenn skyldu til uppljóstrunar?

Í ljósi framangreindrar umfjöllunar er eðlilegt að sú spurning vakni hvort og að hvaða marki opinberir starfsmenn bera skyldu til að miðla upplýsingum um óæskilega háttsemi sem þeir verða varir við í starfi til viðeigandi aðila. Til þess er að líta að tjáningarfrelsið hefur ekki einungis verið talið vernda rétt manna til að tjá sig heldur einnig til að láta það hjá líða („neikvætt“ tjáningarfrelsi).⁷⁹ Samkvæmt laga-áskilnaðarreglu 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar þarf lagaboð til

⁷⁸ Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 250 – 235. mál.

⁷⁹ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 573. Sjá til hliðsjónar *dóm MDE í máli Gillberg gegn Svíþjóð frá 3. mars 2012, mál nr. 41723/06 (Yfirdeild)*, efnisgr. 85-86.

skerðingar á tjáningarfrelsi, þ.e. í þessu samhengi til að gera opinberum starfsmönnum skylt að tjá sig með tilteknum hætti þegar þeir verða varir við óæskilega háttsemi í opinberri starfsemi. Engrar slíkrar lagareglu nýtur við í dag heldur er fyrst og fremst um að ræða ákvæði siðareglna, t.d. 15. gr. almennra siðareglna starfsmanna ríkisins, og óskráðar meginreglur stjórnvísingur. Helst kemur til greina að líta svo á að í ákveðnum tilvikum teljist það að láta hjá líða að miðla upplýsingum um brot, sem opinber starfsmaður verður var við í starfi, svo alvarleg vanræksla á starfsskyldum eða framkoma svo óhæfileg og ósamrýmanleg starfinu að 21. gr. stml. eigi við, sbr. einnig 139. og 141. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Í ljósi þeirrar kröfu stjórnarskrárinnar að lagaboð sem skerða tjáningarfrelsi þurfi að vera skýr verður að telja að mikið þyrfti til að koma svo að þessi ákvæði yrðu talin fela í sér jákvæða skyldu opinbers starfsmanns til að gerast uppljóstrari. Þannig kemur almennt ekki til greina að beita opinberan starfsmann viðurlögum á grundvelli stml., t.d. uppsögn eða áminningu, eða refsingum á grundvelli XIV. kafla almennra hegningarlaga, þegar upp kemst um brot samstarfsmanna hans sem ætla má að hann hafi haft vitund um en ekki gert reka að því að tilkynna. Hér verður ekki tekin afstaða til þess hvort opinberir starfsmenn beri siðferðilega skyldu í ljósi eðlis opinberra starfa til að ljóstra upp um brot eða óæskilega háttsemi sem þeir verða varir við í starfi en það er a.m.k. afstaða höfunda að þeir beri ekki almenna lagaskyldu í þeim efnum.

Undantekningar á þessu kunna að byggjast á sérstökum sjónarmiðum eða ákvæðum sérlaga. Til dæmis gætu löggæslustarfsmenn á sviði innra eftirlits með lögreglu ekki borið fyrir sig neikvætt tjáningarfrelsi til að hætta afskiptum af máli sem þeir hafa til meðferðar. Þá geta atvik verið með þeim hætti að sú háttsemi opinbers starfsmanns að láta hjá líða að tilkynna um brotastarfsemi jafngildi því að hann teljist sjálfur taka þátt í henni, sbr. t.d. ákvæði 135. og 139. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, þó að erfitt sé að fastsetja mælikvarða um slíkt. Viðurlögin sem starfsmaður yrði beittur við þær aðstæður væru þá réttlætanleg í ljósi þátttökunnar en ekki einungis þeirrar háttsemi að láta hjá líða að miðla upplýsingum til viðeigandi aðila.

4.8 Frumvörp til nýrra heildarlaga um vernd uppljóstrara

Á undanförunum árum hefur orðið viss þróun hér á landi í átt til þess að tryggja vernd uppljóstrara betur en nú er gert í lögum. Má þar í fyrsta lagi nefna að þann 16. júní 2010 samþykkti Alþingi þingsályktun nr.

23/138 um að Ísland skapi sér afgerandi lagalega sérstöðu varðandi vernd tjáningar- og upplýsingafrelsis, en þar var ríkisstjórninni m.a. falið að leita leiða til þess að tryggja vernd heimildarmanna og afhjúpenda. Í álitum allsherjarnefndar á 139. löggjafarþingi 2010-2011 er einnig vikið að nauðsyn þess að huga sérstaklega að vernd uppljóstrara við endurskoðun laga um umboðsmanns Alþingis,⁸⁰ en eins og áður segir voru lög um það efni samþykkt þann 13. desember 2018, sbr. lög nr. 147/2018. Síðastliðin ár hafa einnig verið lögð fram þingmannafrumvörp um vernd uppljóstrara. Má þar í fyrsta lagi benda á frumvörp sem lögð voru fram á árunum 2003-2006 um breytingu á ýmsum lögum til verndar trúnaðarsambandi fjölmiðlamanna og heimildarmanna þeirra og til verndar starfsmönnum ríkis og sveitarfélaga vegna upplýsingagjafar í þágu almannaheilla.⁸¹ Í öðru lagi má benda á þingmannafrumvörp um miðlun upplýsinga og vernd uppljóstrara sem lögð voru fram 2012-2015.⁸² Í skýrslu starfshóps forsætisráðherra um eflingu trausts á stjórnámálum og stjórnýslu frá september 2018 var síðan lögð áhersla á mikilvægi þess að setja lög um vernd uppljóstrara sem tryggi að hið opinbera veiti þeim sem skýra frá ólöglegu eða siðlausu athæfi fyrirtækja og stofnana lagalega vernd gegn hvers kyns hefndaraðgerðum. Þrátt fyrir að gildandi lagaákvæði tryggi að nokkru marki vernd uppljóstrara taldi starfshópurinn regluverkið að þessu leyti brotkennt og ekki til samræmis við sívaxandi áherslu á heildstæða löggjöf er tryggi vernd uppljóstrara, hvort sem lítið er til þróunar á alþjóðavettvangi eða í réttarkerfum einstakra ríkja.⁸³

Þann 16. mars 2018 skipaði forsætisráðherra síðan nefnd um umbætur á löggjöf á sviði tjáningar-, fjölmiðla- og upplýsingafrelsis, sem skilaði af sér níu frumvörpum, þar á meðal frumvarpi að sérstökum lögum um vernd uppljóstrara. Í skýringum með frumvarpinu er m.a. vikið að tilmælum alþjóðastofnana um að ríki setji sér heildarlög um þetta efni, sbr. t.d. 7. gr. tilmæla Evrópuráðsins um vernd uppljóstrara frá 2014. Auk þess er þar vísað til vonbrigða sem vinnuhópur OECD hafi lýst yfir vegna þess að Ísland hefði ekki innleitt tilmæli hópsins, m.a. þar sem ekki væru fyrir hendi lög er vernda sérstaklega uppljóstrara í einkageiranum. Þá hafi GRECO, samtök ríkja

⁸⁰ Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 1463 – 822. mál.

⁸¹ Alþt. 2003-2004, A. deild, þskj. 41 – 41. mál, Alþt. 2005-2006, A-deild, þskj. 994 – 678. mál og Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 330 – 311. mál.

⁸² Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 572 – 453. mál, Alþt. 2013-2014, A-deild, þskj. 12 – 12. mál, Alþt. 2014-2015, A-deild, þskj. 1113 – 647 mál og Alþt. 2015-2016, A-deild, þskj. 574 – 411. mál.

⁸³ Skýrsla starfshóps um eflingu trausts á stjórnámálum og stjórnýslu, bls. 53-58.

innan Evrópuráðsins gegn spillingu, mælt með því að skýrar reglur um uppljóstraravernd yrðu settar og innleiddar fyrir opinbera starfsmenn á sviði löggæslu í fimmtu úttekt samtakanna á Íslandi sem fram fór í september 2017. Eins er vísað til úrræða til að styrkja uppljóstraravernd sem framkvæmdastjórn Evrópusambandsins hafi kynnt í apríl 2018, en eitt þessara úrræða sé tillaga að tilskipun um vernd einstaklinga sem tilkynna um brot á reglum bandalagsréttar sem er ætlað að tryggja lágmarkssamræmingu verndar á tilteknum sviðum. Í skýringunum segir að þau lagaákvæði sem nú séu í gildi um afmarkaða vernd uppljóstrara á Íslandi uppfylli ekki framangreind skilyrði og tilmæli og markmið frumvarpsins sé að á Íslandi gildi skýr löggjöf um vernd uppljóstrara sem taki mið af ábendingum alþjóðastofnana og fordæmum þeirra nágrannaríkja sem feli í sér bestu framkvæmdina á þessu sviði. Hvað hið síðarnefnda varði hafi einkum verið litið til nýlegra lagabreytinga í Noregi og Svíþjóð og frumvarpinu svipi þannig á ýmsan hátt til hinnar nýlegu löggjafar í Svíþjóð.⁸⁴

Í frumvarpinu felst eins og áður segir tillaga að nýjum heildarlögum um vernd uppljóstrara, en með uppljóstrurum er í frumvarpinu átt við starfsmenn sem greina í góðri trú frá upplýsingum eða miðla gögnum um brot á lögum eða aðra ámælisverða háttsemi í starfsemi vinnuveitanda þeirra, hvort sem þeir starfa hjá hinu opinbera eða á einkamarkaði. Greint er á milli innri uppljóstrunar og ytri uppljóstrunar og miðað við að hið síðarnefnda sé jafnan ekki heimilt nema hið fyrrnefnda hafi fyrst verið reynt til þrautar.

Í reglum frumvarpsins um innri uppljóstrun felst að þrátt fyrir fyrirmæli laga, siðareglna eða samninga um þagnar- eða trúnaðarskyldu sé starfsmanni sem býr yfir upplýsingum eða gögnum um brot á lögum eða aðra ámælisverða háttsemi í starfsemi vinnuveitanda hans heimilt að miðla slíkum upplýsingum og gögnum í góðri trú til aðila sem stuðlað getur að því að látið verði af hinni ólögum eða ámælisverðu háttsemi, t.d. næsta yfirmanns. Er slíkum aðila þá skylt að stuðla að því að látið verði af hinni ólögum eða ámælisverðu háttsemi. Gert er ráð fyrir því að í tilviki opinbera starfsmanna sé ekki einungis fyrir hendi heimild til miðlunar í framangreinda veru heldur lagaskylda, sbr. umfjöllun kafla 4.7 að framan. Brot á þessari skyldu varði þó ekki refsíabyrgð samkvæmt frumvarpinu en geta leitt til annars konar ábyrgðar á grundvelli almennra reglna, sbr. einkum reglur starfsmannaréttar.

⁸⁴ *Drög að frumvarpi til laga um vernd uppljóstrara*, birt á samráðsgátt stjórnvalda: <https://samradsgatt.island.is/>.

Í reglum frumvarpsins um ytri uppljóstrun felst að starfsmanni sem viðhaft hefur innri uppljóstrun, án þess að það hafi leitt til fullnægjandi viðbragða, sé heimilt í góðri trú að miðla umræddum upplýsingum eða gögnum til utanaðkomandi aðila, þ. á m. fjölmiðla, svo fremi sem hann hefur réttmæta ástæðu til að ætla að um háttsemi sé að ræða sem samkvæmt refsiramma gæti varðað fangelsisrefsingu. Sama á við ef slík miðlun telst að öðru leyti í þágu svo brýnna almannahagsmuna að hagsmunir vinnuveitanda eða annarra verða að víkja fyrir hagsmunum af því að upplýsingum sé miðlað.

Í frumvarpinu er kveðið á um að miðlun upplýsinga eða gagna, að fullnægðum skilyrðum frumvarpsins, teljist ekki brot á þagnar- eða trúnaðarskyldu viðkomandi og leggi hvorki refsí- né skaðabótabyrgð á hann og geti ekki heldur leitt til stjórnýsluviðurlaga eða íþyngjandi úrræða að starfsmannarétti. Þá er lagt sérstakt bann við því að láta hvern þann sæta óréttlátri meðferð sem miðlað hefur upplýsingum eða gögnum samkvæmt framansögðu. Lögð er sönnunarbyrði á atvinnurekanda á þann hátt að ef líkur eru leiddar að óréttlátri meðferð skal hann sýna fram á að sú sé ekki raunin og greiða skaðabætur ef það tekst ekki. Mælt er fyrir um að veita skuli starfsmanninum gjafsókn komi til ágreinings fyrir dómi um stöðu starfsmanns m.t.t. framangreindrar verndar. Þá er í frumvarpinu lagt til að í fyrirtækjum eða öðrum vinnustöðum, þar sem eru 10 starfsmenn eða fleiri, skuli atvinnurekandi í samráði við starfsmenn setja reglur um ferli við innri uppljóstrun starfsmanna um lögbrot eða aðra ámælisverða háttsemi.

Loks er í frumvarpinu lagt til að lögfestar verði heimildir til að greina ríkisendurskoðanda og Vinnueftirliti ríkisins frá upplýsingum og afhenda gögn, sambærilegar þeirri heimild sem nú er að finna í lögum um umboðsmann Alþingis. Við ritun greinarinnar er frumvarpið til skoðunar í forsætisráðuneytinu og er á þingmálaskrá ríkisstjórnarinnar fyrir 150. löggjafarþing 2019-2020.

5. Helstu niðurstöður og lokaorð

Í greininni voru rakin almenn sjónarmið um uppljóstranir opinberra starfsmanna og nauðsyn til að vernda þá í kjölfarið. Í 2. og 3. kafla var gerð grein fyrir tilmælum alþjóðastofnana á borð við Evrópuráðið og Efnahags- og framfarastofnun Evrópu og réttarástandinu í öðrum ríkjum lýst stuttlega. Meginverkefni greinarinnar var hins vegar að lýsa reglum um uppljóstraravernd opinberra starfsmanna á Íslandi en frá upphafi lá fyrir að lítillar sem engrar réttarframkvæmdar nyti við til staðfestingar á ályktunum um gildandi rétt.

Samandregið má segja að tjáningarfrelsisákvæði 73. gr. stjórnar-skrárinnar tryggji opinberum starfsmönnum víðtækan rétt til að gagnrýna framkvæmd opinberra verkefna. Skýr lagaboð frá Alþingi þarf til að skerða rétt þeirra til að miðla upplýsingum um óæskilega háttsemi sem þeir verða varir við í starfi. Þau ákvæði IV. kafla stml. sem helst koma til greina sem grundvöllur slíkrar takmörkunar eru að líkindum ekki nægjanlega skýr til þess og 13. gr. a stml. tryggir enn fremur að opinberir starfsmenn verða ekki látnir gjalda þess að greina viðeigandi aðilum frá lögbrotum eða brotum á siðareglum sem þeir verða áskynja um í starfi. Lagaboð um þagnarskyldu koma því ekki í veg fyrir slíka miðlun eins og nýlega hefur verið undirstrikað í nýjum kafla stjórnarsýslulaga um tjáningarfrelsi og þagnarskyldu opinberra starfsmanna. Hugtakið viðeigandi aðilar skv. 13. gr. a stml. getur falið í sér mismunandi farvegi eftir aðstæðum hverju sinni en almennt er góð regla að upplýsa næstu yfirmenn sem ekki eru sjálfir viðriðnir brot eða leita til opinberra eftirlitsstofnana þegar það á við. Þá hafa opinberir starfsmenn kost á því að leita til umboðsmanns Alþingis samkvæmt sérstakri heimild í nýrri 18. gr. laga um embættið nr. 85/1997 en í greininni var þeirri afstöðu höfunda lýst að ákvæðið feli í sér afar matskenndar heimildir umboðsmanns til að meta hvaða miðlun upplýsinga nýtur verndar og hver ekki. Af athugun á gildandi lögum varð ekki ráðið að opinberir starfsmenn beri almenna lagaskyldu til að gerast uppljóstrarar.

Í ljósi framangreinds og tilmæla alþjóðlegra stofnana er óheppilegt að ekki hafi verið sett heildarlög um vernd uppljóstrara á Íslandi þar sem lögð væri áhersla á skýrleika um gildissvið, takmörk og inntak verndarinnar. Það er mat höfunda að lögfesting frumvarps nefndar forsætisráðherra um umbætur á löggjöf á sviði tjáningar-, fjölmiðla- og upplýsingafrelsis væri til verulegra réttarbóta á sviðinu.

Abstract

The Whistleblower Protection of Icelandic Public Officials. The article explores the legal status of public officials that decide to disclose information on wrongdoing that relates to their work. The topic is covered with regard to the freedom of expression that is provided by the Icelandic Constitution and ECHR Article 10, as well as scattered legal provisions that have been introduced in Iceland in the last decade. Lastly, a new draft bill from the Prime Minister's Office that aims to provide comprehensive whistleblower protection in Iceland is discussed.

Heimildir

Alþingistiðindi.

Björg Thorarensen: „Áhrif Mannréttindasáttmála Evrópu á vernd tjáningarfrelsis að íslenskum rétti“. *Tímarit lögfræðinga* 2003, bls. 373-420.

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*. Reykjavík 2019.

Committing to Effective Whistleblower Protection. OECD 2016. Birt á:

https://read.oecd-ilibrary.org/governance/committing-to-effective-whistleblower-protection_9789264252639-en

Drög að frumvarpi til laga um vernd uppljóstrara. Birt á samráðsgátt stjórnvalda:

<https://samradsgatt.island.is>

Eiríkur Jónsson og Halldóra Þorsteinsdóttir: *Fjölmiðlaréttur*. Reykjavík 2017.

Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. Reykjavík 1997.

Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Vandaðir stjórnsýsluhættir“. *Ritroð Lagastofnunar Háskóla Íslands* 2016.

Implementing the OECD Anti-Bribery Convention Phase 4 Report Finland. OECD 2017. Birt á:

<http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Finland-Phase-4-Report-ENG.pdf>

Inga Rán Arnardóttir: „Áhrif trúnaðar- og hollustuskyldu opinberra starfsmanna á tjáningarfrelsi“. Óbirt ritgerð til meistaraþrófs í lögfræði. Reykjavík 2015.

Jacobs, White and Ovey: *The European Convention on Human Rights*. Oxford 2017.

Kjartan Bjarni Björgvinsson: „Verðleikar laganna – lagaáskilnaðarregla mannréttindasáttmála Evrópu og afstaða hennar til íslensks réttar“. *Úlfjótur* 2003, bls. 353-403.

Mapping the EU on Legal Whistleblower Protection – Assessment Before the Implementation of the EU Whistleblowing Directive. Transparency International Nederland 2019. Birt á:

<https://www.transparency.nl/wp-content/uploads/2019/04/Mapping-the-EU-on-Whistleblower-Protection-TI-NL.pdf>

Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð*. Reykjavík 2013.

Páll Þórhallsson: „Upplýsingaréttur“. Í ritinu *Mannréttindasáttmáli Evrópu – Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. Björg Thorarensen. Reykjavík 2017, bls. 353-392.

Preventing Corruption and Promoting Integrity in Central Governments (Top Executive Functions) and Law Enforcement Agencies. Evaluation Report Finland. GRECO 2018.

Birt á: <https://rm.coe.int/fifth-evaluation-round-preventing-corruption-and-promoting-integrity-i/1680796d12>

Preventing Corruption and Promoting Integrity in Central Governments (Top Executive Functions) and Law Enforcement Agencies. Evaluation Report Iceland. GRECO 2018. Birt á:

<https://rm.coe.int/fifth-evaluation-round-preventing-corruption-and-promoting-integrity-i/16807b8218>

Dominika Bychawska-Siniarska: *Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights. A handbook for legal practitioners*. Strassborg 2017. Birt á: <https://rm.coe.int/handbook-freedom-of-expression-eng/1680732814>

Samþykkt fyrir umbodsmann borgarþúa. Reykjavíkurborg 2017. Birt á:

<https://umbodsmadurborgarbua.is/um-umbodsmann/samthykkt-fyrir-umbodsmann-borgarbua>

Skýrsla Ríkisendurskoðunar varðandi siðareglur fyrir starfsfólk Stjórnarráðs Íslands í desember 2014. Ríkisendurskoðun 2014.

Skýrsla starfshóps um eflingu trausts á stjórnámum og stjórnsýslu. Forsætisráðuneytið 2018. Birt á: <https://www.stjornarradid.is/efst-a-baugi/frettir/stok-frett/2018/09/05/Starfshopur-um-eflingu-trausts-skilar-skyrslu/>

Tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins til aðildarríkjanna um vernd uppljóstrara, nr. CM/Rec(2014)7. Evrópuráðið 2014.

Ytringsfrihed og meddeleret for offentligt ansatte. Betænkning fra Udvalget om offentligt ansattes ytringsfrihed og meddeleret. Justitsministeriet 2015.

Whistleblowers and their freedom to impart information. Thematic factsheet. Evrópuráðið 2017.
Birt á: <https://rm.coe.int/factsheet-on-whistleblowers-and-their-freedom-to-impart-information-ma/16807178d9>.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar Íslands

Hrd. 1997, bls. 3618.

Hrd. 2004, bls. 1553 (mál nr. 382/2003).

Hrd. 8. mars 2012 (mál nr. 505/2011).

Dómur Hæstaréttar frá 2. maí 2014 í máli nr. 255/2014.

Dómur Hæstaréttar frá 16. júní 2014 í máli nr. 403/2014.

Álit umboðsmanns Alþingis

UA frá 26. júlí 1999 í máli nr. 2475/1998.

Úrskurðir Persónuverndar

Úrskurður Persónuverndar um hljóðupptöku á veitingastaðnum Klaustri frá 23. maí 2019, mál nr. 2018/1741.

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu

Dómur MDE í máli Vogt gegn Þýskalandi frá 26. september 1995, mál nr. 17851/91.

Dómur MDE í máli Ahmed o.fl. gegn Bretlandi frá 2. september 1998, mál nr. 22954/93.

Dómur MDE í máli Fressoz og Roire gegn Frakklandi frá 21. janúar 1999, mál nr. 29183/95 (Yfirdeild).

Dómur MDE í máli Fuentes Bobo gegn Spáni frá 29. febrúar 2000, mál nr. 39293/98.

Dómur MDE í máli Damann gegn Sviss frá 25. apríl 2006, mál nr. 77551/01.

Dómur MDE í máli Stoll gegn Sviss frá 10. desember 2007, mál nr. 69698/01 (Yfirdeild).

Dómur MDE í máli Guja gegn Moldóvu frá 12. febrúar 2008, mál nr. 14277/04 (Yfirdeild).

Dómur MDE í máli Marchenko gegn Úkraínu frá 19. febrúar 2009, mál nr. 40637/04.

Dómur MDE í máli Kudeshkina gegn Rússlandi frá 26. febrúar 2009, mál nr. 29492/05.

Dómur MDE í máli Heinisch gegn Þýskalandi frá 21. júlí 2011, mál nr. 28274/08.

Dómur MDE í máli Gillberg gegn Svíþjóð frá 3. mars 2012, mál nr. 41723/06 (Yfirdeild).

Dómur MDE í máli Bucur og Toma gegn Rúmeníu frá 8. janúar 2013, mál nr. 40238/02.

Dómur MDE í máli Langner gegn Þýskalandi frá 17. september 2015, mál nr. 14464/11.

Dómur MDE í máli Baka gegn Ungverjalandi frá 23. júní 2016, mál nr. 20261/12 (Yfirdeild).

Dómur MDE í máli Medžlis Islamske Zajednice Brčko o.fl. gegn Bosníu-Hersegóvínu frá 27. júní 2017, mál nr. 17224/11.

Víðir Smári Petersen

HÖFÐUN DÓMSMÁLA VEGNA ATHAFNA OG ÁKVARÐANA STJÓRNVALDA*

Efnisyfirlit

1. Inngangur.....	605
2. Endurskoðunarvald dómstóla og takmörk þess	607
2.1 Inngangur	607
2.2 Efnislegt endurskoðunarvald.....	608
2.2.1 Endurskoðunarvaldið er rúmt í framkvæmd	608
2.2.2 Sérstaklega víðtækt endurskoðunarvald.....	609
2.2.3 Takmarkanir á efnislegri endurskoðun dómstóla	611
2.2.3.1 Takmörkun þegar stjórnvaldsákvörðun byggir á afar matskenndum þáttum.....	611
2.2.3.2 Takmörkun þegar byggt er á innbyrðis vægi málefnalegra sjónarmiða.....	612
2.2.3.3 Sérfræðilegt mat stjórnvalda	614
2.3 Formlegri takmarkanir á endurskoðunarvaldinu	616
2.3.1 Mál undanþegin lögsögu dómstóla	617
2.3.2 Dómstólar taka ekki nýjar ákvarðanir	619
2.3.3 Endurskoðunarvaldið takmarkast af efnisatriðum viðkomandi ákvörðunar	623
2.4 Samanburður á endurskoðunarvaldi dómstóla og æðra settra stjórnvalda	625
3. Aðild til sóknar	627
3.1 Meginreglan um skilyrði fyrir aðild	627
3.1.1 Beinir hagsmunir	627
3.1.2 Einstaklegir hagsmunir.....	629
3.1.3 Lögvarðir hagsmunir	630
3.2 Rýmkuð aðild	631
3.3 Sóknaraðild lægra setts stjórnvalds.....	635
4. Aðild til varnar	637
4.1 Hvaða stjórnvaldi ber að stefna?.....	638
4.2 Hvaða kröfu ber að gera?.....	640
4.3 Stefna ber aðilum í viðkomandi stjórnsýslumáli	643
5. Kröfugerð	646
5.1 Ógildingarkröfur	646

5.2 Aðfararhæfar kröfur	646
5.3 Viðurkenningarkröfur	648
5.4 Bótakröfur	650
5.4.1 Bætur fyrir fjárhagslegt tjón	652
5.4.2 Bætur fyrir miska	656
5.4.3 Samanburður á skilyrðum bóta fyrir fjártjón og miska	659
6. Samantekt	662
Abstract	665
Heimildir	666

1. Inngangur

Á hverjum degi standa stofnanir, sveitarfélög, ráðuneyti og önnur stjórnvöld frammi fyrir hundruð athafna og ákvarðana sem gætu sætt endurskoðun annarra. Staðreyndin er aftur á móti sú að flestir láta stjórnvaldsákvæðanir óátaldir, yfirleitt með réttu. Sá sem fær ekki byggingarleyfi, vegna þess að fyrirhugað mannvirki er í ósamræmi við deiliskipulag, sýnir ákvörðun sveitarfélagsins skilning. Umsækjandi um starf er ósáttur við að vera ekki ráðinn en sér að sá sem fékk starfið er vel hæfur og telur hann sig því ekki eiga rétt á bót sinna mála. Fyrirtæki ákveður að gera ekki ágreining um fjárhæð stjórnvaldssektar, nemendur sætta sig við einkunnagjafir kennara og svo mætti lengi áfram telja. Ef sá sem á hagsmuna að gæta telur á hinn bóginn að á sér hafi verið brotið getur hann yfirleitt fengið viðkomandi stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða. Standa honum að jafnaði tvær leiðir til boða. Annars vegar getur hann kært viðkomandi ákvörðun til æðra setts stjórnvalds, annaðhvort til viðkomandi ráðherra eða sjálfstæðrar úrskurðarnefndar þegar það á við.¹ Hins vegar getur hann höfðað mál fyrir dómstólum með það að markmiði að hnekkja stjórnvaldsákvörðuninni með dómi. Síðarnefnda leiðin er viðfangsefni þessarar greinar.²

Höfðun dómsmála í því skyni að fá stjórnvaldsákvörðun hnekkta er efni sem er á mörkum stjórnsýsluréttar, stjórnskipunarréttar og réttarfars og er afar þýðingarmikið fyrir lögmennt að kunna góð skil á því hvernig höfða á mál af þessu tagi, enda geta mistök leitt til frávísunar máls frá dómi. Þá er brýnt að fræðimenn sýni þessu efni áhuga í ljósi þess að reglurnar sem um þetta efni gilda byggja í sumum tilvikum á flóknu samspili óskráðra reglna sem fyrst og fremst hafa mótast í dómaframkvæmd. Á árunum 2005-2008 var gróska í fræðaskrifum um þetta efni og birtust nokkuð margar greinar í lögfræðitímaritum hér á landi sem vörðuðu þetta svið með einum eða

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Undantekningar eru til frá þessari reglu, sbr. til dæmis að úrskurðir óbyggðanefndar sæta aðeins endurskoðun dómstóla, sbr. 14. gr. laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta.

² Taka má fram að viðkomandi hefur einnig þriðja úrræðið, sem er að kvarta til umboðsmanns Alþingis eftir að hann hefur tæmt kæruleiðir innan stjórnsýslunnar, en álit embættisins eru ekki bindandi gagnvart stjórnvöldum þótt þau hafi í framkvæmd tvímælalaut mikið vægi.

öðrum hætti.³ Þessi grein er að uppbygginu og efni líkust tveimur greinum eftir Ólaf Jóhannes Einarsson sem birtust í Tímariti lögfræðinga árin 2007 og 2008.⁴ Tilgangur þessarar greinar er aftur á móti þríþættur: Í *fyrsta lagi* að beina sjónum að viðfangsefnum sem hafa hlotið litla athygli hingað til, eins og til dæmis skilyrðum skaðabóta þegar kemur að stjórnvaldsákvörðunum og hvernig endurskoðunarvald dómstóla takmarkast ekki aðeins af efnislegum heldur einnig formlegum þáttum. Í *öðru lagi* að gera grein fyrir nokkrum þáttum í dómaframkvæmd síðustu ára og hvernig hún rímar við sjónarmið fræðimanna og fyrri fordæmi, en á þeim u.þ.b. ellefu árum sem liðið hafa frá því að síðustu fræðaskrif birtust hér á landi um þetta efni hafa fallið fróðlegir dómar sem nauðsynlegt er að gefa gaum. Í *þriðja lagi* er rýnt í fræðin og framkvæmdina með gleraugum lögmans, sem er þýðingarmikið sjónarhorn, enda vinna lögmenn með þessar reglur frá degi til dags. Sjónum verður því beint að atriðum sem höfundur telur að geti haft hagnýta þýðingu fyrir starfandi lögmenn og nemendur í þessum fræðum.⁵

Uppbygging þessarar greinar verður með eftirfarandi hætti: Í *öðrum kafla* verður fjallað um endurskoðunarvald dómstóla. Þetta er viðfangsefni sem margir fræðimenn hafa fjallað um í gegnum tíðina, bæði frá sjónarhorni stjórnskipunar- og stjórnsýsluréttar.⁶ Í þessari grein verður sjónum beint að atriðum sem hafa ekki hlotið eins mikla athygli, einkum takmörkun á endurskoðunarvaldi dómstóla gagnvart

³ Sjá nánar upptalningu fræðaskrifa í neðanmálgreinum 4-9.

⁴ Sjá Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi“. *Tímarit lögfræðinga* 2007, bls. 39-81 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum – hvaða þættir ákvörðunar hafa komið til endurskoðunar dómstóla?“ *Tímarit lögfræðinga* 2008, bls. 261-302. Þess má geta að Ólafur Jóhannes hefur tekið efni þessara tveggja greina saman í fjölríti og uppfærir það reglulega. Sjá nýjustu útgáfu 2016.

⁵ Tekið skal fram að í grein þessari verður ekki fjallað sérstaklega um skilyrði fyrir ógildingu stjórnvaldsákvörðana. Ítarleg grein hefur verið gerð fyrir því efni á öðrum vettvangi og ekki verður séð að dómaframkvæmd síðari ára gefi tilefni til einhvers konar endurskoðunar eða endurmats á því sem þegar hefur verið ritað. Sjá til dæmis Arnar Þór Stefánsson: „Um ógildingu stjórnvaldsákvörðana“. *Úlfjótur* 2005, bls. 261-315. Arnar Þór Stefánsson: „Um ógildingu stjórnvaldsákvörðana“. Í ritinu *Um ógildingu stjórnvaldsákvörðana* (Óársett).

⁶ Sjá til dæmis Ragnhildur Helgadóttir: „Vald dómstóla til að endurskoða stjórnvaldsákvörðanir.“ *Tímarit lögfræðinga* 2005, bls. 99-112, Eiríkur Tómasson: „Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda skv. 60. gr. stjórnarskrárinnar.“ *Úlfjótur* 1984, bls. 183-217 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum – hvaða þættir ákvörðunar hafa komið til endurskoðunar dómstóla?“ *Tímarit lögfræðinga* 2008, bls. 261-302.

framkvæmdavaldinu. Hér er ekki aðeins átt við takmörkun á efnislegri endurskoðun dómstóla heldur einnig því sem kalla mætti formtakmarkanir á endurskoðunarvaldinu. Í *þriðja kafla* verður vikið að því hverjir geta átt aðild til sóknar að málum fyrir dómstólum í málum þar sem reynir á gildi athafna og ákvarðana stjórnvalda. Þótt nokkuð hafi verið fjallað um meginregluna um að aðili verði að hafa einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta til þess að geta freistað þess að fá stjórnvaldsákvörðun hnekkt fyrir dómstólum⁷, hefur minna farið fyrir greiningu á undantekningum frá þeirri reglu, sérstaklega með hliðsjón af nýlegri dómaframkvæmd. Í framhaldinu verður í *fjórða kafla* gerð grein fyrir því hvernig haga eigi aðild slíkra dómsmála til varnar, en hér er um að ræða atriði sem veldur stundum örvæntingu á meðal lögmannna og hefur orðið tilefni nokkuð gagnrýnna skrifa fræðimanna.⁸ Tilgangurinn með umfjölluninni í þessari grein er að fjalla með kjarnyrtum hætti um þær meginreglur sem mótast hafa í framkvæmd og beina sjónum að nýlegum dómum um þetta efni. Í *fimmta kafla* verður fjallað um hvaða kröfugerð stefnandi getur gert í dómsmálum af þessu tagi. Um þetta hefur verið fjallað á öðrum vettvangi⁹, en í þessari grein verður sérstök áhersla lögð á bótakröfur (þ.m.t. miskabótakröfur) sem hafa hingað til hlotið litla athygli í þessu samhengi. Loks verða helstu niðurstöður dregnar saman í *sjötta kafla* greinarinnar.

2. Endurskoðunarvald dómstóla og takmörk þess

2.1 Inngangur

Í þessum kafla verður, eins og heiti hans gefur til kynna, fjallað um endurskoðunarvald dómstóla gagnvart athöfnum og ákvörðunum framkvæmdavaldsins og með hvaða hætti þetta vald sætir takmörkunum. Takmörkin á endurskoðunarvaldinu geta verið tvenns

⁷ Sjá til dæmis Páll Hreinsson: „Aðili stjórnáskilumáls“. Tímarit lögfræðinga 2005, bls. 387-406 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi“, einkum bls. 40-48.

⁸ Sjá einkum Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið?“ Úlfjótur 2005, bls. 495-525, Skúli Magnússon: „Er þörf á lagasetningu um aðild hins opinbera að dómsmálum?“ Úlfjótur 2005, bls. 527-538 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi“, bls. 48-67.

⁹ Sjá til dæmis Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið“, Róbert R. Spanó: Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“, Tímarit Lögréttu 2005, bls. 67-85, Arnar Þór Stefánsson: Ógilding stjórnvaldsákvæðana (fjölrit), bls. 62-65 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi“, bls. 67-75.

konar. Annars vegar takmörk á því hversu langt dómstólar ganga í *efnislegu* mati stjórnvaldsákvæðana og hins vegar takmarkanir sem segja má að stafi af formlegri þáttum, eins og almennum valdmörkum dómstóla og stöðu þeirra í stjórnskipun landsins. Má sem dæmi nefna að af stjórnarskránni leiðir að dómstólar *endurskoða* almennt aðeins ákvarðanir og athafnir stjórnvalda og geta því yfirleitt ekki tekið nýjar ákvarðanir í stað þeirra ákvarðana sem krafist er ógildingar á.

2.2 Efnislegt endurskoðunarvald

2.2.1 Endurskoðunarvaldið er rúmt í framkvæmd

Í 1. mgr. 60. gr. Stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (hér eftir skammstöfuð stjskr.) kemur fram að dómendur skeri úr öllum ágreiningi um „embættistakmörk yfirvalda“. Þá er einstaklingum og lögaðilum í 70. gr. stjskr. tryggður réttur til aðgangs að dómstólum, en í ákvæðinu segir að öllum beri réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur með réttlátri málsmeðferð innan hæfilegs tíma fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli. Um samband 60. og 70. gr. stjskr. er fjallað í frumvarpi því er varð að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995, en þar segir:

„Regluna í 1. mgr. 8. gr. frumvarpsins um aðgang að dómstólum má ekki skilja svo bókstaflega að hún girði almennt fyrir að ákveðnir málaflokkar lúti málsmeðferð innan stjórnáskrárinnar. Þess verður þó krafist samkvæmt reglunni að unnt sé að bera lokaákvörðun innan stjórnáskrárinnar undir dómstóla, þannig að dómstóll geti a.m.k. metið hvort stjórnvald hafi gætt réttra reglna um málsmeðferð, hvort lögmæt sjónarmið liggja ákvörðuninni til grundvallar og hvort form hennar er lögmætt. Má einnig leiða þennan rétt af nágildandi 60. gr. stjórnarskrárinnar.“¹⁰

Af texta 60. gr. stjskr. og framangreindum frumvarpsetexta virðist gert ráð fyrir því að endurskoðunarvald dómstóla sé þröngt. Orðalag 60. gr. gefur til kynna að endurskoðunarvald dómstóla taki fyrst og fremst til þess að leggja mat á hvort stjórnvald hafi verið innan þeirra marka sem lög setja þeim, til dæmis hvort valdþurrð hafi verið til staðar eða ekki. Þá segir í frumvarpsetexta vegna 70. gr. stjskr. að dómstólar eigi „a.m.k.“ að geta metið hvort stjórnvald hafi gætt réttra reglna um málsmeðferð, hvort lögmæt sjónarmið liggi ákvörðuninni til grundvallar og hvort form hennar sé lögmætt.

¹⁰ Alþt. 1994-1995, A-deild, bls. 2097.

Hvað sem þessu orðalagi líður er raunin önnur í réttarframkvæmd og er óumdeilanlegt að endurskoðunarvald dómstóla er afar rúmt.¹¹ Í dæmaskyni má nefna að í dómi *Hæstaréttar frá 25. febrúar 2016 í máli nr. 628/2015 (endurupptökunefnd)* var tekið fram að dómstólar ættu *úrskurðarvald* um ákvarðanir endurupptökunefndar. Dómstólar veigra sér þannig ekki við að endurskoða úrlausnir stjórnvalda og skiptir ekki máli þótt um afar matskenndar stjórnvaldsákvarðanir sé að ræða. Má sem dæmi nefna að dómstólar endurmeta hvort hæfasti umsækjandinn hafi verið ráðinn í tiltekið starf þótt slík ákvörðun sé byggð á fjölbreyttum þáttum, bæði huglægum og hlutlægum.¹²

2.2.2 Sérstaklega víðtækt endurskoðunarvald

Bent hefur verið á í fræðaskrifum að dómstólar virðast taka sér sérstaklega víðtækt endurskoðunarvald þegar stjórnvöldum eru fengnar heimildir til þess að leggja mat á réttarfarsleg álitafni.¹³ Eru í því sambandi yfirleitt nefndir tveir eldri dómur til sögunnar, *Hrd. 1965, bls. 766 (áfrýjunarleyfi 1)* og *Hrd. 1966, bls. 246 (áfrýjunarleyfi 2)*. Þessi sjónarmið um sérstaklega víðtækt endurskoðunarvald þegar kemur að réttarfarslegum álitafnum hafa fengið frekari stuðning á síðustu árum í dómsmálum sem varðað hafa ákvarðanir svokallaðrar endurupptökunefndar sem starfar á grundvelli IX. kafla laga nr. 50/2016 um dómstóla.¹⁴

Á árinu 2013 var dómstólalögum, lögum um meðferð einkamála og lögum um meðferð sakamála breytt með það að markmiði að færa ákvörðunarvald um endurupptöku óáfrýjaðra og dæmdra mála frá Hæstarétti og til endurupptökunefndar, sbr. lög nr. 15/2013. Þrátt fyrir þessar breytingar sló Hæstiréttur strax þann tón í fyrsta dómi sínum um þetta efni, sbr. áðurnefndan *dóm Hæstaréttar frá 25. febrúar 2016 í*

¹¹ Sjá nánar Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“. Í ritinu *Stjórnsýsluréttur – fjölrít: endurskoðun á stjórnvaldsákvörðun*, Reykjavík 2016, bls. 1-8 og 40-72. Sjá einnig Ragnhildur Helgadóttir: „Vald dómstóla til að endurskoða stjórnvaldsákvarðanir“, einkum bls. 111-112.

¹² Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 61-68.

¹³ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 60-61, Eiríkur Tómasson: „Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda skv. 60. gr. Stjórnarskrárinnar“. *Úlfjótur* 1984, bls. 208-209 og Ragnhildur Helgadóttir: „Vald dómstóla til að endurskoða stjórnvaldsákvarðanir“, bls. 107-108.

¹⁴ Sjá almennt um endurupptökunefnd og þau álitafni sem henni tengjast Kristín Benediktsdóttir og Stefán Már Stefánsson: „Um heimildir endurupptökunefndar í ljósi stjórnarskrárákvæða um dómsvald“, *Úlfjótur* 2015, bls. 131-139.

máli nr. 628/2015 (endurupptökunefnd), að dómstólar hefðu vald til þess að endurskoða ákvarðanir nefndarinnar, enda heyrði hún undir framkvæmdavald ríkisins. Það væri því að lokum í höndum dómstóla að taka afstöðu til þess hvort lög stæðu til þess að endurupptaka mál.

Í þeim málum þar sem Hæstiréttur hefur talið að ekki hafi verið skilyrði til endurupptöku hefur málunum verið vísað frá dómi, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 25. febrúar 2016 í máli nr. 628/2015 (endurupptökunefnd)*, *dóm Hæstaréttar frá 20. febrúar 2019 í máli nr. 601/2019 (shaken baby)* og *dóm Hæstaréttar frá 21. maí 2019 í máli nr. 12/2018 (ne bis in idem)*. Í öllum dómunum er farið gaumgæfilega yfir það hvort hin réttarfarslegu skilyrði endurupptöku hafi í reynd verið uppfyllt. Eftir að lög nr. 50/2016 tóku gildi hefur Hæstiréttur aðeins einu sinni talið að skilyrði hafi verið uppfyllt til þess að endurupptaka mál, en málið var dæmt efnislega og dómfelldu sýknaðir í samræmi við kröfur ákærvaldsins, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 27. september 2018 í máli nr. 521/2017 (Guðmundar- og Geirfinnsmálin)*.

Af þessum dómum vekur sérstaklega athygli að í áður nefndum dómi *Hæstaréttar frá 25. febrúar 2016 í máli nr. 628/2015 (endurupptökunefnd)* byggði Hæstiréttur á upplýsingum sem óvíst er hvort endurupptökunefnd hafi haft þegar hún tók ákvörðun um endurupptöku viðkomandi máls. Í málinu var meðal annars deilt um hvort fullnægjandi hefði verið við áfrýjun tiltekins sakamáls að verjandi en ekki hinn dómfelldi ritaði undir yfirlýsingu um áfrýjun. Hæstiréttur taldi, að virtum samskiptum verjandans og dómfellda í framhaldi af uppkvaðningu héraðsdóms, að líta yrði svo á að dómfelldi hefði veitt verjandanum umboð til að koma fram fyrir sína hönd gagnvart ríkissaksóknara og dómstólum vegna áfrýjunar málsins. Síðan sagði:

„Í framkvæmd við áfrýjun héraðsdóma í sakamálum hefur lengi tíðkast að telja lögmann bærán um að standa að yfirlýsingu til ríkissaksóknara um áfrýjun sakamáls án þess að lögð sé fram sérstök yfirlýsing ákærða sjálfs um áfrýjun eða skriflegt umboð hans til lögmannsins í þessu skyni. Hafa þau tilvik um árabíl í raun verið í meiri hluta.“

Af framangreindri tilvitnun virðist ljóst að Hæstiréttur leggur til grundvallar eigin reynslurök af áfrýjun sakamála í gegnum tíðina. Styður þetta enn frekar þær ályktanir fræðimanna að dómstólar gangi afar langt í endurskoðun stjórnvaldsákvarðana þegar um er að ræða réttarfarsleg álitafni, enda eru dómstólar þar á heimavelli en ekki handhafar framkvæmdarvalds.

2.2.3 Takmarkanir á efnislegri endurskoðun dómstóla

Þrátt fyrir að almenna reglan sé sú að endurskoðunarvaldið sé víðtækt finnast dæmi þess að dómstólar forðist að endurskoða efnisatriði ákvarðana eða athafna hins opinbera. Þegar um er að ræða sérfræðileg atriði, sem ekki eru á færi löglærðra dómara að meta, getur farið eftir atvikum hversu víðtæk endurskoðunin verður og hversu mikið svigrúm dómstólar veita viðkomandi stjórnvaldi. Skipta má þessum dæmum gróflega upp í a.m.k. þrjá flokka, eins og nú verður rakið.

2.2.3.1 Takmörkun þegar stjórnvaldsákvörðun byggir á afar matskenndum þáttum

Í *fyrsta lagi* má ljóst vera að endurskoðunarvald dómstóla getur sætt takmörkunum ef stjórnvaldsákvörðun er byggð á afar matskenndum þáttum, eins og til dæmis huglægu eða fagurfræðilegu mati. Þetta getur m.a. átt við á sviði skipulagsmála, byggingarlistar o.þ.h. Í tilviki skipulagsmála er eðlilegt að sveitarstjórnir hafi víðtækt svigrúm þegar kemur að því að ákveða hvort og þá með hvaða hætti verður af tilteknum áformum um uppbyggingu, sbr. til hliðsjónar sjónarmið sem fram koma í *dómi Hæstaréttar frá 7. febrúar 2013 í máli nr. 439/2012 (Kópavogsbær)*.¹⁵ Ákvarðanir sveitarstjórna í þessum efnum geta byggt á afar huglægum þáttum og getur meðal annars fagurfræði haft áhrif á afstöðu sveitarstjórnarmanna. Einum sveitarstjórnarmanni gæti þótt tillaga um nýja byggingu falleg og samræmast vel byggingarstíl í viðkomandi hverfi á meðan öðrum gæti þótt byggingin óskapnaður. Óeðlilegt væri ef dómstólar ætluðu að skipta sér af slíku huglægu mati

¹⁵ *Dómur Hæstaréttar frá 7. febrúar 2013 í máli nr. 439/2012 (Kópavogsbær)*: S krafðist þess að felld yrði úr gildi ákvörðun sveitarfélagsins K um að hafna tillögu að breyttu deiliskipulagi er varðaði aðgengi að húsi hans. Taldi S að ákvörðun K hefði brotið í bága við ákvæði þágilðandi byggingar- og skipulagsreglugerða, 72. gr. stjkskr. og jafnræðisreglu stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Að auki taldi S að ákvörðun K væri reist á ómálefnalegum sjónarmiðum. Hæstiréttur vísaði til þess að sveitarstjórn hefði víðtækt vald í skipulagsmálum innan marka sveitarfélags. Í 1. mgr. 38. gr. laga nr. 123/2010 væri kveðið á um að sveitarstjórn bæri ábyrgð á og annist gerð deiliskipulags. Samkvæmt því heyrði það undir sveitarstjórnina að samþykkja deiliskipulag endanlega, sbr. 40. til 42. gr. laganna, og gildi hið sama um breytingar á slíku skipulagi, sbr. 43. gr. laganna. Taldi Hæstiréttur að S hefði ekki sýnt fram á að ákvörðun bæjarstjórnar K að hafna framkominni tillögu að breytingu á deiliskipulagi hefði brotið í bága við lög eða stjórnvaldsfyrirmæli. Þá taldi rétturinn að ekki hefði verið leitt í ljós að ómálefnaleg sjónarmið hafi búið að baki þeirri ákvörðun. Taldi rétturinn því að héraðsdómur ætti að vera óraskaður þar sem K var sýknað af kröfum S

nema það væri bersýnilega ómálefnalegt.¹⁶ Sem annað dæmi um stjórnvaldsákvörðun þar sem fagurfræði getur ráðið ríkjum má nefna hönnunarsamkeppni samkvæmt 44. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Í slíkum samkeppnum getur útlit hönnunar eðli máls samkvæmt haft afgerandi þýðingu.

Ítreka má að dómstólar hafa ekki veigrað sér við því að endurskoða hvort hæfasti einstaklingurinn hafi verið ráðinn í tiltekið starf. Ákveðinn ómöguleiki er á hinn bóginn fyrir dómstóla að ætla að endurskoða frammistöðumat í starfsviðtölum við umsækjendur, enda voru þeir ekki viðstaddir þau. Dómstólar geta þó endurskoðað framkvæmd og umgjörð starfsviðtala og til dæmis lagt mat á hvort starfsviðtölum hafi verið gefið of mikið vægi í hæfnismati eða hvort afstaða þeirra sem voru viðstaddir viðtölin var bersýnilega byggð á ómálefnalegum sjónarmiðum, sbr. til hliðsjónar *Hrd. 2004, bls. 153 (mál nr. 330/2003) (Leikfélag Akureyrar)*.¹⁷ Þá geta aðilar kallað þá sem voru viðstaddir viðtölin til sem vitni í viðkomandi máli í því skyni að varpa ljósi á hvað fram fór í viðtölunum.

2.2.3.2 Takmörkun þegar byggt er á innbyrðis vægi málefnalegra sjónarmiða

Í öðru lagi má ráða af dómi *Hæstaréttar frá 4. febrúar 2010 í máli nr. 88/2009 (Veidifélag Miðfirðinga)* ráða að þegar stjórnvaldsákvörðun byggir á mörgum sjónarmiðum sem geta vegist á, og þannig megi komast að fjölpættum niðurstöðum, sé hæpið að dómstólar endurskoði vægi einstakra þátta við matið.¹⁸

Dómur Hæstaréttar frá 4. febrúar 2010 í máli nr. 88/2009 (Veidifélag Miðfirðinga). Í málinu var til umfjöllunar gildi arðskrár fyrir Veidifélag Miðfirðinga sem gerð var á grundvelli þágildandi laga um lax- og silungsveiði nr. 76/1970. Stefnendur málsins kröfðust þess að arðskrá félagsins yrði felld úr gildi og vísuðu þeir meðal annars til þess að aðferð og forsendur útreiknings við mat yfirmatsmanna á aðstöðu til netaveiða hefði ekki verið í samræmi við framangreind lög. Hæstiréttur vísaði til þess að þótt í 1. mgr. 50. gr. laga nr. 76/1970 hefði án tæmandi talningar verið greint frá

¹⁶ Byggt er á sambærilegum sjónarmiðum í fjölríti Ólafs Jóhannesar Einarssonar: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 71.

¹⁷ Sjá einnig um sambærilegt álitaefni *álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 4210/2004* þar sem umboðsmaður gerði athugasemdir við það hvernig staðið var að skráningu upplýsinga vegna viðtala sem tekin voru við umsækjendur um embætti ráðuneytisstjóra félagsmálaráðuneytisins og það vægi sem ráðherra hafði gefið upplýsingum sem hann aflaði sjálfur með samtölum og atriðum sem að hans sögn komu fram í viðtölum.

¹⁸ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 70-71.

helstu þáttum, sem taka skyldi mið af við gerð arðskrár fyrir félagssvæði veiðifélags, hefði öll frekari ákvörðun í þeim efnum verið háð mati stjórnvalds, þegar beita þurfti yfirmati til að koma á slíkri arðskrá. Hæstiréttur taldi að arðskrá samkvæmt yfirmatinu hefði hvorki verið reist á ólögmaetum né ómálefnalegum sjónarmiðum. Ekki væri á færi dómstóla að taka til endurskoðunar forsendur sem færðar voru fyrir niðurstöðu yfirmatsins.

Þessu til viðbótar má aftur nefna til sögunnar dæmi um ráðningu í starf, en á undanförunum árum hefur verið nokkuð rætt um notkun á Excel-stigatöflum og hlutlægri einkunnagjöf í ráðningarmálum. Í slíkum tilvikum geta komið upp ýmis vafamál. Í dæmaskyni má nefna umsækjendur A og B sem sóttu um tiltekið starf. Menntun var metin til 30 stiga af 100 og A fékk 28 stig og B 26 stig fyrir þann lið. Við þessar aðstæður má spyrja hvers vegna menntun gildi 30% en ekki til dæmis 20% og af hverju A fékk 28 stig en ekki til dæmis 27? Fyrir dómstóla getur verið erfiðleikum bundið að hafa sterkar skoðanir á þessum spurningum, nema vægið eða einkunnagjöfin sé bersýnilega röng eða ómálefnaleg, til dæmis ef menntun gildir aðeins 5% við ráðningu í stöðu prófessors eða ef umsækjandi með doktorspróf fær lægri einkunn fyrir menntun en umsækjandi sem aðeins er með B.A.-gráðu. Taka ber fram að umboðsmaður Alþingis hefur gagnrýnt að þessari aðferð sé stundum beitt með of formlegum eða fortakslausum hætti en minna fari fyrir efnislegu mati á þekkingu og getu umsækjenda.¹⁹

Hvað sem þessari afstöðu umboðsmanns líður virðast dómstólar hafa lagt blessun sína yfir þá aðferð að raða umsækjendum eftir hlutlægum aðferðum, sbr. meðal annars *dóm Hæstaréttar frá 7. júní 2018 í máli nr. 578/2017 (úrskurðarnefnd umhverfis- og auðlindamála)* og *dóma Hæstaréttar frá 19. desember 2017 í málum nr. 591/2017 og 592/2017 (Landsréttarmál)*. Í síðarnefndu málunum var ekki haggð við stigafjölda umsækjenda eða fyrirkomulagi einkunnagjafar dómnefndar sem mat hæfi umsækjenda til að verða dómáráð við Landsrétt. Hæstiréttur taldi aftur á móti að annmarki hefði verið á mati dómnefndarinnar þar sem hún lagði í reynd ekki mat á færni umsækjenda til að semja dóma, heldur gaf öllum umsækjendum fullt hús fyrir þann þátt. Hæstiréttur leit á hinn bóginn til þess að umræddur matsþáttur hefði haft óverulegt vægi í heildastigafjölda dómnefndar, eða 2,5 stig af 105 stigum, og væri annmarkinn því óverulegur og gæfi einn og sér ekki tilefni til þess að vikið yrði frá álitni nefndarinnar. Vafalaust hefði Hæstiréttur mátt leggja

¹⁹ Sjá *Skýrslu umboðsmanns Alþingis fyrir árið 2016*. Umboðsmaður Alþingis, Reykjavík 2017, bls. 15-16. Sjá einnig sambærileg sjónarmið í grein Hafsteins Dan Kristjánssonar: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 74-75.

mat á hvort forsvaranlegt hefði verið að gefa svo fá stig fyrir þá hæfni að geta samið dóma þegar skipa átti í dómastöður, en varfærni réttarins að þessu leyti skýrist mögulega af sams konar sjónarmiðum og fram koma í áðurnefndum dómi *Hæstaréttar frá 4. febrúar 2010 í máli nr. 88/2009 (Veidifélag Miðfirðinga)* um að dómstólar muni ekki leggja eigið mat á hvert vægi einstakra málefnalega sjónarmiða eigi að vera nema það sé bersýnilega ómálefnalegt. Hér skal þó tekið fram að arðskrármat á grundvelli laga nr. 61/2006 er flókið sérfræðilegt mat sem byggir á samspili fjölmargra þátta og gæti sú staðreynd hafa haft áhrif á niðurstöðu *Hæstaréttar* í máli *Veidifélags Miðfirðinga*. Endurskoðun á innbyrðis vægi forsendna þegar kemur að ráðningu í starf er ekki eins framandi fyrir dómstóla og má finna dæmi þess að dómstólar gangi langt í að endurskoða vægi sjónarmiða við mat á hæfni umsækjenda, sbr. til dæmis *Hrd. 2006, bls. 4891 (mál nr. 195/2006) (Sendiráðsprestur)*.

2.2.3.3 Sérfræðilegt mat stjórnvalda

Loks ber í þriðja lagi að nefna að Ólafur Jóhannes Einarsson hefur bent á að dómstólar fari sér stundum hægt í endurskoðun stjórnvaldsákvæðana sem í grunninn byggja á sérfræðilegu mati viðkomandi stjórnvalds.²⁰ Má í þessu sambandi nefna nokkra dóma, *Hrd. 2000, bls. 2131 (mál nr. 486/1999) (lektorsstarf)*, *Hrd. 2005, bls. 5237 (mál nr. 208/2005) (Tryggingastofnun 1)* og *dóm Hæstaréttar frá 10. mars 2016 í máli nr. 436/2015 (Tryggingastofnun 2)*.

Hrd. 2000, bls. 2131 (mál nr. 486/1999) (lektorsstarf). Málsatvik voru þau að Háskóli Íslands auglýsti starf lektors í sálfræði við félagsvísindasvið skólans. Í auglýsingunni kom fram að um væri að ræða sérstaka tímabundna lektorsstöðu á sviði tilraunasálfræði með megináherslu á skynjun og hugfræði. Dómnefnd var skipuð til þess að meta hæfni umsækjenda og komst hún að þeirri niðurstöðu að L uppfyllti vel almennar kröfur sem gerðar væru til lektora en taldi hann þó ekki hafa sýnt fram á hæfni sína á þeim sviðum sem sérstaklega voru tiltekin í auglýsingunni. L höfðaði mál gegn dómnefndinni, Háskóla Íslands og íslenska ríkinu og krafðist ógildingar á niðurstöðu nefndarinnar. Hæstiréttur vísaði til þess að dómnefndinni bæri að fara eftir auglýsingunni og að ekki yrði séð að hún hafi farið út fyrir hana. Ekki væri á færi dómstóla að endurskoða sérfræðilegt mat nefndarinnar og var héraðsdómur því að öðru leyti staðfestur með vísan til forsendna um annað en málskostnað, þ.e. stefndu voru sýkn af ógildingarkröfu L.

²⁰ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 68-70.

Hrd. 2005, bls. 5237 (mál nr. 208/2005) (Tryggingastofnun 1). Á stefndi Tryggingarstofnun ríkisins og krafðist þess að stofnunin greiddi henni umönnunargreiðslur sem hún taldi sig eiga rétt til á grundvelli 4. gr. laga nr. 118/1993, sbr. 5. gr. reglugerðar nr. 504/1997. Ekki var talið á valdsviði dómstóla að kveða á um að greiða bæri hærri greiðslur en sem næmi því sem Tryggingarstofnun ríkisins hafði ákveðið. Hæstiréttur taldi að slíkt kallaði á að rétturinn legði sérfræðilegt mat á forsendur sem löggjafinn hafði mælt fyrir um að tryggingalæknir hjá stofnuninni skyldi meta.

Dómur Hæstaréttar frá 10. mars 2016 í máli nr. 436/2015 (Tryggingastofnun 2). Í þessu máli var sambærilegt álitaefni uppi og í framangreindum dómi. Hæstiréttur vísaði í framanreifaðan dóm réttarins í máli nr. 208/2005 og sagði að dómstólar væru bærir samkvæmt 60. gr. stjkskr. að fjalla um lögmæti ákvarðana eins og þeirrar sem umrætt mál fjallaði um. Á hinn bóginn væri ekki á valdsviði réttarins að leggja sérfræðilegt mat á það hvort Tryggingarstofnun ríkisins hefði, sem stjórnvaldi, verið rétt að veita styrk til bifreiðakaupa í tilviki stefnanda og þá hversu háan með tilliti til sjúkdóms sonar hans, fötlunar og annarra aðstæðna.

Þessi afstaða Hæstaréttar virðist á yfirborðinu skiljanleg, þ.e. dómáramur hafa yfirleitt aðeins yfir að ráða sérfræðiþekkingu á sviði lögfræði og eiga því erfitt með að endurmeta til dæmis læknisfræðileg álitamál. Á hinn bóginn liggur fyrir að lög nr. 91/1991 um meðferð einkamála (hér eftir skammstöfuð eml.) gera ráð fyrir því að dómstólar geti lagt mat á slík atriði. Þannig getur aðili á grundvelli IX. kafla laganna aflað sér matsgerðar til þess að freista þess að færa sönnur á fullyrðingar sínar um sérfræðileg atriði. Þá geta embættisdómarar kallað til sérfróðan meðdómanda ef þörf er á sérkunnáttu í dómi til að leysa úr málinu, sbr. 2. mgr. 2. gr. eml.

Hér má sem dæmi nefna *dóm Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014 (Vífílfell)*. Um var að ræða samkeppnismál þar sem Vífílfell krafðist ógildingar á tilgreindum úrlausnum samkeppnisyfirvalda. Í málinu reyndi á flókin hagfræðileg álitaefni, meðal annars um staðgöngu gosdrykkja og kolsýrðra vatnsdrykkja og sat sérfróður meðdómandi í málinu í héraði. Þótt niðurstaðan hafi að endingu lotið að því hvort rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi uppfyllt skilyrði 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 (hér eftir skammstöfuð ssl.) er alveg ljóst af niðurstöðu héraðsdóms, sem staðfest var með vísan til forsendna í Hæstarétti, að hagfræðilegt mat á markaðsaðstæðum hafði áhrif á niðurstöðuna. Í málinu virðast dómstólar þannig ekki hafa veigrað sér við því að leggja mat á hagfræðileg álitaefni, þótt Samkeppniseftirlitið búi yfir yfirgripsmikilli sérfræðikunnáttu á því sviði.

Þá má nefna að í dómi Hæstaréttar frá 25. febrúar 2016 í máli nr. 477/2015 (*Harpa*) var deilt um úrskurð yfirfasteignamatsefnadar þar sem staðfest var ákvörðun Þjóðskrár um að fasteignamat Hörpunnar, tónlistar- og ráðstefnuhúss, yrði að ákveðinni fjárhæð. Þjóðskrá hafði tekið þá ákvörðun á grundvelli svokallaðrar kostnaðaraðferðar en H ohf. vildi meina að beita ætti svonefndri tekjumatsaðferð við útreikning á fasteignamati hússins. Hæstiréttur féllst á málalíbúnað H ohf., en með því fór rétturinn ofan í aðferðafræði Þjóðskrár við fasteignamat og taldi stjórnvaldið hafa beitt röngu mati í þessu tilvik. Hæstiréttur lagði því mat á fýsileika tveggja aðferða sem Þjóðskrá, hið sérfróða stjórnvald á þessu sviði, hafði þróað meðal annars á grundvelli töl- og stærðfræðilíkana. Þess ber þó að geta að í málinu lá fyrir matsgerð dómkvaddra matsmanna þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að markaðsvirði Hörpu væri langt undir því fasteignamati sem Þjóðskrá hafði komist að niðurstöðu um.

Samkvæmt framangreindu er ekki ljóst hvað skýrir þá afstöðu Hæstaréttar í Hrd. 2000, bls. 2131 (mál nr. 486/1999) (lektorsstarf), Hrd. 2005, bls. 5237 (mál nr. 208/2005) (Tryggingastofnun 1) og dómi Hæstaréttar frá 10. mars 2016 í máli nr. 436/2015 (Tryggingastofnun 2) að sérfræðilegt mat í þeim tilvikum sæti ekki endurskoðun dómstóla. Þá er erfitt að finna samræmi á milli þessara dóma og annarra þar sem dómstólar hafa ekki veigrað sér við því að kafa djúpt ofan í sérfræðileg atriði. Mögulega hafði það áhrif í framangreindum dómum að engin matsgerð lá fyrir sem hnekkt gat sérfræðilegu mati viðkomandi stjórnvalda. Rökstuðningur Hæstaréttar hefði þá mátt vera af þeim meiddi í stað þess að gefa í skyn að sérfræðilegt mat af þessum toga sæti ekki endurskoðun dómstóla. Ljóst er enda að lítið er eftir af rétti manna til aðgangs að dómstólum ef dómstólar endurskoða ekki stjórnvalds-ákvarðanir þar sem reynir á aðra sérþekkingu en lögfræðilega.

2.3 *Formlegri takmarkanir á endurskoðunarvaldinu*

Í kaflanum hér að framan var rakið að dómstólum er fátt óviðkomandi þegar kemur að efnislegri endurskoðun ákvarðana og athafna stjórnvalda, þótt finna megi dæmi þess að dómstólar veigri sér við slíkri endurskoðun í einstaka tilvikum. Umfjöllunin í þessum kafla mun á hinn bóginn beinast að þeim takmörkunum sem leiða af reglum réttarfars, eðli dómstóla og stöðu þeirra innan stjórnskipunarinnar.

2.3.1 Mál undanþegin lögsögu dómstóla

Í þróngum undantekningartilvikum geta tiltekin mál verið undanskilin lögsögu dómstóla og þar með endurskoðunarvaldi þeirra. Í 1. mgr. 24. gr. eml. kemur fram að dómstólar hafi vald til að dæma um hvert það sakarefni sem lög og landsréttur ná til nema það sé skilið undan lögsögu þeirra samkvæmt lögum, samningi, venju eða eðli sínu. Eigi sakarefni ekki undir dómstóla er því vísað frá dómi.²¹ Ákveðnar stjórnvaldsákvarðanir geta því samkvæmt eðli sínu og efni verið undanþegnar endurskoðun dómstóla. Líta verður á þetta sem undantekningu sem skýra beri þróngt. Í þessu sambandi er áhugavert að bera saman annars vegar *dóm Hæstaréttar frá 8. maí 2008 í máli nr. 207/2008 (ríkissaksóknari 1)* og hins vegar *dóm Hæstaréttar frá 20. desember 2018 í máli nr. 30/2018 (ríkissaksóknari 2)*, en í báðum málunum var tekist á um hvort dómstólar væru bærir til þess að endurskoða ákvarðanir ríkissaksóknara um að hætta rannsókn á meintum refsiverðum brotum.

Dómur Hæstaréttar frá 8. maí 2008 í máli nr. 207/2008 (ríkissaksóknari 1). Í málinu krafðist A ógildingar á þeirri ákvörðun ríkissaksóknara að ljúka opinberri rannsókn á andláti dóttur hans. Ríkissaksóknari gerði þá kröfu að málinu yrði vísað frá á þeim grundvelli að ekki væri innan valdsviðs dómstóla að dæma um ákvörðun hans að rannsókn lögreglu á máli skuli hætt. A varðist frávísunarkröfu R meðal annars með þeim rökum að hvergi kæmi fram í 76. gr. þágildandi laga um meðferð opinberra mála nr. 19/1991 að ríkissaksóknari hefði fullnaðarvald um þá ákvörðun að hætta rannsókn máls og að ekki sé unnt að bera slíka ákvörðun undir dómstóla. Að auki vísaði A til 60. gr. stjkskr. Svo fór að héraðsdómur féllst á að vísa málinu frá á þeim grundvelli að ríkissaksóknari nyti sjálfstæðis í starfi sínu og ætti þannig fullnaðarmat um það hvort grundvöllur sé fyrir því að halda rannsókn áfram eða hætta henni. Það félli ekki undir valdsvið dómstóla að ógilda slíka ákvörðun ríkissaksóknara. Meiri hluti Hæstaréttar staðfesti úrskurð héraðsdóms og vísaði til þess að um væri að ræða ákvörðun um meðferð valdheimilda ríkissaksóknara sem gæti eðli sínu samkvæmt ekki sætt endurskoðun dómstóla. Var málinu vísað frá á grundvelli 1. mgr. 24. gr. eml. Minni hluti Hæstaréttar, eða einn dómari, vildi fella úr gildi ákvæði héraðsdóms um frávísun málsins. Sérákvæðið byggði á því að dómstólar skæru úr ágreiningi um lögmæti og mörk athafna yfirvalda samkvæmt 60. gr. stjkskr., þar með talið um það hvort lög veiti stjórnvaldi fullnaðarúrskurðarvald á tilteknu sviði. A ætti rétt samkvæmt 70. gr. stjkskr. á að fá úrlausn dómstóla um gildi stjórnvaldsathafna sem vörðuðu lögmæta

²¹ Almenna umfjöllun um 1. mgr. 24. gr. laga nr. 91/1991 má finna í Markús Sigurbjörnsson og Kristín Benediktsdóttir: *Einkamálaréttarfar*, bls. 115-116 og 123-127.

hagsmunum hans. Í ljósi þessara fyrirmæla stjórnarskrárinnar bæri að leggja fyrir héraðsdóm að taka kröfu sóknaraðila til efnismeðferðar um lögmati ákvörðunar ríkissaksóknara.

Dómur Hæstaréttar frá 20. desember 2018 í máli nr. 30/2008 (ríkissaksóknari 2). G höfðaði mál og krafðist ógildingar á þeirri ákvörðun ríkissaksóknara að hefja ekki lögreglurannsókn á ætluðum brotum æðstu embættismanna Seðlabanka Íslands gegn 148. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 (hér eftir skammstöfuð hgl.) um rangar sakargiftir. Kröfugerð sína byggði G annars vegar á því að ákvörðun ríkissaksóknara hefði verið reist á rangri skýringu á 148. gr. hgl. og hins vegar að sá saksóknari sem tók ákvörðunina fyrir hönd ríkissaksóknara hefði verið vanhæfur til töku hennar. Héraðsdómur féllst á málstað G og felldi ákvörðun ríkissaksóknara úr gildi á þeim grundvelli að svo verulegir annmarkar hefðu verið á ákvörðun ríkissaksóknara að ekki yrði hjá því komist að fella hana úr gildi. Landsréttur vísaði málinu frá héraðsdómi á þeim rökum að umrædd ákvörðun væri hluti af valdheimildum sem fengnar væru ríkissaksóknara að lögum. Valdheimildirnar væru þess eðlis að þær gætu ekki sætt endurskoðun dómstóla, sbr. 1. mgr. 24. gr. eml. Þessu til stuðnings vísaði Landsréttur til fyrri fordæma Hæstaréttar, meðal annars áður reifaðan *dóm Hæstaréttar frá 8. maí 2008 í máli nr. 207/2008 (ríkissaksóknari 1)*. Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að ekki væri á færi dómstóla, með tilliti til þrígreiningar ríkisvaldsins og verkaskiptingu ákærvaldsins og dómstóla, að hrinda ákvörðun ákæranda um að mæla ekki fyrir um lögreglurannsókn eða láta ekki verða af saksókn af efnislegum ástæðum. Heimild dómstóla til endurskoðunar sem studd er við 60. gr. stjkskr. sé bundin við atriði sem varða formhlið máls og á þeim grunni hefði Landsréttur átt að taka afstöðu til þess hvort starfsmaðurinn sem tók ákvörðunina hefði verið hæfur til þess. Að svo búnu komst rétturinn að þeirri niðurstöðu að hann hefði ekki verið vanhæfur og frávísun málsins frá dómi því staðfest.

Tvennt vekur athygli við framangreinda dóma. Í *fyrsta lagi* sú staðreynd að í *dómi Hæstaréttar frá 8. maí 2008 í máli nr. 207/2008 (ríkissaksóknari 1)* vegast á tvenns konar sjónarmið, annars vegar um að ríkissaksóknari sé æðsti handhafi ákærvalds og hins vegar stjórnarskrárbundinn réttur A til að fá dómstóla til að endurskoða viðkomandi stjórnvaldsákvörðun. Meirihluti tveggja dómara taldi fyrirnefndu sjónarmiðin veigameiri en minnihlutinn taldi að réttur A ætti að veга þyngra á vogarskálinni. Í ljósi þess hversu veigamiklir hagsmunir vegast þarna á og atkvæði dómara skiptust 2-1 má draga í efa að dómurinn hafi afgerandi fordæmisgildi. Betur hefði farið á því að málið hefði verið dæmt af fimm dómurum til að taka af allan vafa um hvort sjónarmiðið ætti að veга þyngra.

Í öðru lagi má segja að ákveðinn vafi sé uppi um hvort dómarnir tveir séu að öllu leyti samrýmanlegir. Í dómi *Hæstaréttar frá 8. maí 2008 í máli nr. 207/2008 (ríkissaksóknari 1)* var talið að Hæstiréttur gæti ekki endurskoðað ákvarðanir ríkissaksóknara og var enginn fyrirvari gerður við þá niðurstöðu. Í dómi *Hæstaréttar frá 20. desember 2018 í máli nr. 30/2018 (ríkissaksóknari 2)* er hins vegar opnað á það að dómstólar kanni formhlið ákvörðunar ríkissaksóknara og í dómnum var tekin efnisleg afstaða til þess hvort tiltekinn starfsmaður hefði verið vanhæfur til að taka viðkomandi ákvörðun. Niðurstaða í síðara málinu er eðlileg í ljósi 60. og 70. gr. stjskr., enda væri ótækt fyrir einstaklinga og lögaðila að þurfa að þola það til dæmis að ákvörðun ríkissaksóknara um að fella niður rannsókn væri bersýnilega tekin af vanhæfum embættis- eða starfsmanni. Vafalaust má túlka niðurstöðuna sem ákveðna mála-miðlun á milli sjónarmiða meiri- og minnihlutans í dómi *Hæstaréttar frá 8. maí 2008 í máli nr. 207/2008 (ríkissaksóknari 1)*. Á hinn bóginn stendur enn eftir sú spurning hvers vegna dómstólar endurskoða ekki efnishlið ákvörðunar ríkissaksóknara, enda er væntanlega alveg jafn bagalegt ef ákvörðun embættisins er bersýnilega ómálefnaleg eins og ef ákvörðun er tekin af vanhæfum embættis- eða starfsmanni.

Nánar verður fjallað um það í næsta kafla að af fyrrnefndu ákvæði 1. mgr. 24. gr. eml. leiðir einnig að dómstólar geta aðeins endurskoðað stjórnvaldsákvæðanir en ekki tekið nýjar ákvarðanir sem eru annars efnis en þær sem leitað er endurskoðunar á.

2.3.2 Dómstólar taka ekki nýjar ákvarðanir

Eins og að framan er rakið er endurskoðunarvald dómstóla afar víðtækt. Mikilvægt er á hinn bóginn að átta sig á því að dómstólar *endurskoða* aðeins stjórnvaldsákvæðanir og geta ógilt þær ef þeim er áfátt að formi eða efni til en af þrískiptingu ríkisvaldsins leiðir að almennt er ekki á færi dómstóla að taka nýjar ákvarðanir um málefni sem stjórnvöldum eru falin með lögum í stað stjórnvaldsákvæðana sem ógiltar kunna að verða með dómi, eins og komist er að orði í dómi *Hæstaréttar frá 19. júlí 2010 í máli nr. 436/2010 (aðalskipulag Flóahrepps)*. Sjá einnig dóm *Hæstaréttar frá 11. apríl 2011 í máli nr. 187/2011 (HOB-vín)*, og dóm *Hæstaréttar frá 16. mars 2017 í máli nr. 85/2017 (endurupptaka Al-*

Thani máls) en gagnstæða niðurstöðu í dómi Hæstaréttar frá 6. júní 2012 í máli nr. 327/2012 (Drómi).²²

Dómur Hæstaréttar frá 19. júlí 2010 í máli nr. 436/2010 (aðalskipulag Flóahrepps). Málsvik voru þau að umhverfisráðherra hafði synjað að staðfesta aðalskipulag sveitarfélagsins F á tilteknu landsvæði. F stefndi því íslenska ríkinu og krafðist þess annars vegar að ákvörðun umhverfisráðherra yrði ógilt með dómi og á hinn bóginn að viðurkennt yrði með dómi að ráðherra bæri að staðfesta umrætt aðalskipulag sveitarfélagsins. Héraðsdómur vísaði málinu frá en Hæstiréttur sneri niðurstöðu héraðsdóms við að hluta og lagði fyrir héraðsdóm að taka til efnismeðferðar gildi ákvörðunar umhverfisráðherra. Á hinn bóginn staðfesti Hæstiréttur þá niðurstöðu héraðsdóms að vísa viðurkenningarkröfu sveitarfélagsins frá dómi. Um þetta sagði rétturinn: „Enda þótt dómstólar skeri samkvæmt 60. gr. stjórnarskrárinnar úr öllum ágreiningi um embættistakmörk yfirvalda og geti þannig ógilt ákvarðanir framkvæmdavaldshafa ef þeim er áfátt að formi eða efni leiðir af þrískiptingu ríkisvaldsins, sbr. 2. gr. stjórnarskrárinnar, að almennt er ekki á færi dómstóla að taka nýjar ákvarðanir um málefni sem stjórnvöldum eru falin með lögum í stað stjórnvaldsákvarðana sem ógiltar kunna að verða með dómi.“

Dómur Hæstaréttar frá 11. apríl 2011 í máli nr. 187/2011 (HOB-vín). Í málinu gerði H ekki kröfu um ógildingu ákvarðana ÁTVR heldur beindist hluti kröfugerðarinnar að því að ákveðið yrði hvert skyldi vera efnislegt innihald ákvarðana sem kæmu í þeirra stað. Hæstiréttur vísaði meðal annars til 2. gr. stjkskr. og sagði að það leiddi af ákvæðinu að almennt væri ekki á færi dómstóla að taka nýjar ákvarðanir um málefni sem stjórnvöldum væru falin með lögum og ógildanlegar kynnu að vera eða gefa stjórnvöldum fyriræli um efnislegt innihald slíkra ákvarðana. Rétturinn vísaði einnig til framanreifaðs dóms réttarins í máli nr. 436/2010 til stuðnings niðurstöðu sinni um frávisun þessa hlutar kröfugerðar H.

Dómur Hæstaréttar frá 6. júní 2012 í máli nr. 327/2012 (Drómi). Í málinu krafðist fjármálafyrirtækið A hf. þess að hluti einnar ákvörðunar FME yrði felldur úr gildi er laut að vaxtakjörum skuldabréfs. Varnaraðilinn D hf. taldi að ekki væri á færi dómstóla að ógilda ákvörðun stjórnvalds að hluta með þeim afleiðingum að hún stæði að öðru leyti eftir og þannig efnislega breytt. Í þessu sambandi vísaði Hæstiréttur til 18. gr. laga nr. 87/1998 um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi en þar sagði að sá sem ekki vilji una ákvörðun FME geti höfðað mál til ógildingar hennar innan ákveðins tíma. Þótt A hf. væri að krefjast þess í málinu að nánar tiltekinn

²² Sjá einnig fræðilega umfjöllun sem benti í sömu átt en birtist áður en umræddir dómur féllu, Róbert R. Spanó: „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“, bls. 70-72.

Þáttur í ákvörðun FME frá 4. febrúar 2011 yrði felldur úr gildi yrði að gæta að því að þau atriði hennar, sem eftir stæðu, væru efnislega á sama veg og fyrri ákvörðun FME frá 5. júní 2009, sem myndi standa í heild óhöggud ef ákvörðunin frá 4. febrúar 2011 yrði felld úr gildi að öllu leyti. Efnislega gæti engu breytt að þessu leyti fyrir D hf. hvort ákvörðunin 4. febrúar 2011 yrði ógilt í heild eða aðeins að hluta eins og A hf. krafðist í málinu. Að auki væri dómstólum með 18. gr. laga nr. 87/1998, sbr. 60. gr. stjskr., fengið vald til að ógilda ákvarðanir FME og í því sambandi var enginn greinarmunur gerður á tilvikum eftir því hvort FME hefði áður tekið ákvörðun um sama málefni, sem rakna myndi við þegar síðari ákvörðun yrði ógilt, eða hvort engin ákvörðun lægi þá fyrir. Með þessu úrlausnarvaldi væri á engan hátt lagt í hendur dómstóla að taka efnislega ákvörðun í máli í stað þess að stjórnvald taki hana. Því væru engin haldbær rök til þess að vísa málinu frá dómi og var hinn kærði úrskurður því felldur úr gildi og lagt fyrir héraðsdóm að taka málið til efnismeðferðar.

Dómur Hæstaréttar frá 16. mars 2017 í máli nr. 85/2017 (endurupptaka Al-thani málsins). Kröfu Ó um að viðurkennt yrði að skilyrði fyrir endurupptöku máls, sem dæmt hafði verið í Hæstarétti, væru uppfyllt var vísað frá héraðsdómi á þeim grundvelli að í kröfugerð Ó fælist í raun að dómstólar myndu taka nýja ákvörðun í málinu. Slíkt væri á hendi endurupptökunefndar en ekki á hendi dómstóla sbr. 1. mgr. 24. gr. eml. um meðferð einkamála. Hæstiréttur staðfesti úrskurð héraðsdóms með vísan til forsendna.

Ástæðan fyrir þessari afstöðu dómstóla er ekki síst sú að ógilding stjórnvaldsákvörðunar þarf ekki að þýða að stjórnvaldi beri að taka aðra ákvörðun en tekin var í upphafi. Ef stjórnvaldsákvörðun er til dæmis ógilt vegna þess að stjórnvald braut gegn rannsóknarskyldu sinni, sbr. 10. gr. ssl., getur það skóðað málið á nýjan leik og tekið sömu ákvörðun, að því gefnu að sjálfsögðu að fullnægjandi rannsókn styðji þá niðurstöðu.²³

Undantekningar finnast í dómaframkvæmd frá þeirri meginreglu að dómstólar taki ekki nýjar ákvarðanir um málefni sem stjórnvöldum eru falin með lögum. Á það einkum við í þeim tilvikum þegar stjórnvald hefur ekkert svigrúm til mats við skýringu á hlutaðeigandi lagaákvæði. Er þetta orðað með eftirfarandi hætti í *dómi Hæstaréttar frá 2. júní 2016 í máli nr. 595/2015 (tekjutengdar greiðslur)*: „[...] dómstólar [geta] kveðið á um athafnaskyldu stjórnvalds, svo sem skyldu til að inna af hendi greiðslu, að því tilskildu að stjórnvaldinu hafi verið falið að taka slíka ákvörðun á grundvelli laga þar sem ýmist er ekki svigrúm til mats eða óumdeilt er að ákvæði þeirra hafi verið skýrð á tiltekinn hátt í

²³ Arnar Þór Stefánsson: „Um ógilding stjórnvaldsákvæðana“ (fjölrit), bls. 58-59.

framkvæmd.“ Sama niðurstaða var í dómi *Hæstaréttar frá 21. júní 2017 í máli nr. 334/2017 (fóstursamningur)* og dómi *Hæstaréttar frá 31. júlí 2017 í máli nr. 451/2017 (Landsréttur – formhluti)*.²⁴

Dómur Hæstaréttar frá 31. júlí 2017 í máli nr. 451/2017 (Landsréttur – formhluti). Á var einn af 33 umsækjendum um embætti dómara við Landsrétt og meðal þeirra 15 sem dómnefnd samkvæmt lögum um dómstóla nr. 15/1998 hafði talið hæfasta til að gegna embætti landsréttardómara. Dómsmálaráðherra gerði tillögu til Alþingis um hvaða 15 umsækjendur skyldi skipa dómara við réttinn sem samþykkt var en Á var ekki meðal þeirra. Af þessu tilefni höfðaði Á mál á hendur íslenska ríkinu og krafðist meðal annars ógildingar á athöfnum ráðherra. Hæstiréttur reifaði 60. gr. og 1. mgr. 70. gr. stjskr. og vísaði til þess að ákvæðin hefðu verið skýrð á þann veg að sérhver maður sem ætti lögvarinna hagsmuna að gæta geti almennt krafist þess fyrir dómi að ákvarðanir stjórnvalda verði ógiltar ef þær brjóta í bága við lög að formi eða efni til. Hinn stjórnarskrárvarði réttur yrði ekki skertur eða takmarkaður með lögum en þó væri ekki á færi dómstóla að taka nýjar ákvarðanir um málefni sem stjórnvöldum eru falin með lögum í stað stjórnvaldsákvarðana sem ógiltar kunna að verða með dómi, svo sem ráðið yrði af 2. gr. stjskr., *nema stjórnvöld hafi ekki neitt svigrúm til mats við skýringu á hlutaðeigandi lagaákvæðum.*

Eitt þekktasta dæmið úr réttarframkvæmd þar sem dómstólar hafa mælt fyrir um athafnaskyldu opinbers aðila er *Hrd. 1999, bls. 2015 (mál nr. 151/1999) (Táknmálstúlkun)*.

Hrd. 1999, bls. 2015 (mál nr. 151/1999) (Táknmálstúlkun). B og F stefndu Ríkisútvarpinu og kröfðust þess að því yrði gert skylt að láta túlka á táknmáli framboðsumræður í sjónvarpi kvöldið fyrir kosningar til Alþingis. Ríkisútvarpið hafði áður hafnað beiðni F um hið sama. Hæstiréttur féllst á kröfur B og F og lagði þá skyldu á Ríkisútvarpið að túlka umræddar framboðsumræður í sjónvarpi kvöldið fyrir alþingiskosningar. Hæstiréttur byggði meðal annars á því að það væri óaðskiljanlegur þáttur kosningarréttar sem verndaður væri í III. kafla stjórnarskrárinnar og 3. gr. I viðauka MSE að sá sem nyti kosningaréttar hefði tækifæri til að kynna sér þau atriði sem kosið væri um. Ríkisútvarpið hefði það lögákvæðna hlutverk að kynna frambjóðendur og stefnumál þeirra fyrir kosningar til Alþingis og því bæri að gæta jafnræðis þegar það sinnti því hlutverki sínu. Þótt játa bæri Ríkisútvarpinu verulegt svigrúm við tilhögun dagskrár og útsendingar að þá yrðu ákvarðanir sem raska skyldum þeim og réttindum sem mælt er fyrir

²⁴ Sjá einnig fræðilega umfjöllun sem benti í sömu átt en birtist áður en umræddir dómur féllu, Róbert R. Spanó: „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“, bls. 83.

um í 15. gr. laga nr. 68/1985 að styðjast við gild málefnaleg rök. Sama ætti við um frávik frá skyldum samkvæmt 7. gr. laga nr. 59/1992. Um þetta ættu dómstólar endanlegt mat. Var fallist á kröfur B og F og viðurkennt að Ríkisútvarpinu væri skylt að láta túlka umræður á táknmáli um leið og þær færu fram.

Samkvæmt þessu er ljóst að dómstólar geta mælt fyrir um athafnaskyldu opinberra aðila ef hún er ótvíræð og ekki háð mati. Í tilviki táknmálastúlkunardómsins lá fyrir að annaðhvort bar að túlka kosningasjónvarpið á táknmáli eða ekki. Þar sem ákvörðunin um að gera það ekki var talin brjóta gegn mannréttindum B og F gat ekki komið til greina að Ríkisútvarpið tæki sömu ákvörðun á nýjan leik. Hafði ekki síst þýðingu í þessu sambandi að dómur féll 6. maí 1999, aðeins tveimur dögum fyrir þingkosningar og degi áður en senda átti beint út frá umræðum forystumanna stjórnmalasamtaka. Þeir sem þörf höfðu fyrir táknmálastúlkun hefðu af þeim sökum hugsanlega glatað lýðræðislegum grundvallarréttindum ef Hæstiréttur hefði ekki tekið afgerandi afstöðu um athafnaskyldu Ríkisútvarpsins. Af þeim sökum var hreinlega af dómstólum að viðurkenna beinlínis skylduna.

Hér er þó um að ræða undantekningu frá meginreglunni um að dómstólar *endurskoði* aðeins stjórnvaldsákvarðanir og eðlilegt að þeir sýni varfærni þegar kemur að kröfugerðum um athafnaskyldu stjórnvalda.²⁵ Ef einhverjar líkur eru á því að stjórnvald geti tekið sömu ákvörðun aftur, að undangenginni rétttri málsmeðferð, er eðlilegt að ógilda stjórnvaldsákvörðunina í stað þess að viðurkenna athafnaskyldu. Sjá um þetta til dæmis *dóm Hæstaréttar frá 6. desember 2018 í máli nr. 857/2017 (Zoe)*, sem reifaður er í næsta kafla.

2.3.3 *Endurskoðunarvaldið takmarkast af efnisatriðum viðkomandi ákvörðunar*

Það sem þrengir enn frekar að endurskoðunarvaldi dómstóla er að þeir endurskoða yfirleitt aðeins þann lagagrundvöll sem lá til grundvallar hinni endurskoðuðu ákvörðun. Þá getur borgarinn ekki fengið úr því skorið í viðkomandi máli hvort önnur skilyrði fyrir stjórnvaldsákvörðun hafi verið uppfyllt en þau sem sérstaklega komu til skoðunar í viðkomandi ákvörðun. Sjá meðal annars eftirfarandi dóma til skýringa:

²⁵ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi“, bls. 74-75.

Dómur Hæstaréttar frá 16. maí 2012 í máli nr. 593/2011 (FME). Málavextir voru þeir að FME lagði stjórnvaldssekt á fjármálafyrirtækið E hf. með stoð í þágildandi 13. tölul. 1. mgr. 110. gr. laga nr. 161/2002 vegna brots gegn 30. gr. sömu laga. Fjármálaeftirlitið hafði komist að þeirri niðurstöðu að fjórir menn væru fjárhagslega tengdir aðilar í skilningi a. liðar 4. mgr. 2. gr. reglna nr. 216/2007 og því teldust skuldbindingar þeirra til einnar áhættu samkvæmt 30. gr. laga nr. 161/2002. E hf. höfðaði mál og krafðist ógildingar á stjórnvaldssektinni. FME byggði á því til vara að aðilarnir gætu fallið undir b. lið 4. mgr. 2. gr. reglnanna en þar sem ákvörðun FME var í engu reist á því ákvæði taldi Hæstiréttur að eingöngu yrði leyst úr málinu á grundvelli a. liðarins.

Dómur Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014 (Vifilfell). Í málinu hafði Samkeppniseftirlitið lagt sekt á V hf. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti þá ákvörðun en þó lækkað sektarfjárhæðina. Í kjölfarið höfðaði V hf. mál á hendur Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu aðallega til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar og endurgreiðslu sektarinnar en ellegar til niðurfellingar hennar. V hf. byggði á því að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hefði ekki verið notast við rétta markaðsskilgreiningu og þar með hafi verið brotið gegn 10. gr. ssl. Héraðsdómur komst að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn 10. gr. ssl. og var því úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála felldur úr gildi. Fyrir Hæstarétti lagði Samkeppniseftirlitið fram ný gögn en um það sagði Hæstiréttur að eftirlitið hefði ekki stuðst við þau við undirbúning ákvörðunar sinnar. Óumdeilt var að þau höfðu ekki verið kynnt V hf. á því stigi málsins. Niðurstaða héraðsdóms var því staðfest með vísan til forsendna.

Dómur Hæstaréttar frá 6. desember 2018 í máli nr. 857/2017 (Zoe). Í málinu krafðist ónefnd stúlka þess að felldur yrði úr gildi úrskurður mannanafnanefndar í tilteknu máli og viðurkennt að hún mætti bera eiginnafrnið Zoe. Í úrskurði mannanafnanefndar var lagt til grundvallar að nafnið Zoe væri hvorki ritað eftir almennum ritreglum íslensks máls þar sem bókstafurinn „z“ væri ekki notaður í íslenskri starfsetningu né að ritháttur nafnsins hefði öðlast hefð hér á landi og væri því í andstöðu við 1. mgr. 5. gr. laga nr. 45/1996 um rithátt eiginnafrns. Hæstiréttur taldi að þar sem mannanafnanefnd vék í engu að öðrum skilyrðum viðkomandi lagaákvæðis gætu þau ekki komið til athugunar, svo sem hvort starfsetning nafnsins að öðru leyti væri í lagi, hvort eða hvernig það gæti tekið íslenska eignarfallssendingu og hvort það bryti í bága við íslenskt málkerfi. Rétturinn færði að því búnu rök fyrir því að grunnforsenda mannanafnanefndar um að ekki mætti rita nöfn með bókstafnum „z“ væri röng, enda hefði sérstaklega verið tekið fram í auglýsingu nr. 132/1974 um íslenska stafsetningu að rita mætti sérnöfn af erlendum uppruna með „z“. Var þegar af þeirri ástæðu fallist á ógildingarkröfu ónefnu stúlkunnar. Á hinn bóginn var því hafnað

að viðurkennt yrði að stúlkan mætti bera eigin nafnið Zoe, enda væri ekki á grundvelli þagnarinnar einnar hægt að leggja til grundvallar að mannanafnanefnd hafi talið önnur skilyrði viðkomandi lagaákvæðis uppfyllt.

Af framangreindum dómum má draga eftirfarandi ályktanir: Í fyrsta lagi má stjórnvald fyrir dómi ekki byggja á öðrum lagagrundvelli en lagður var til grundvallar í hinni umdeildu ákvörðun, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 16. maí 2012 í máli nr. 593/2011 (FME)*. Hér skal tekið fram að dómurinn varðaði álagningu stjórnvaldssektar, sem er afar íþyngjandi ákvörðun, og gæti slíkt haft áhrif við mat á því hvert fordæmisgildi dómsins er. Á hinn bóginn er ekki að finna neina fyrirvara í dóminum að þessu leyti og má af þeim sökum færa sterk rök fyrir því að forsendur réttarins hafi almennt fordæmisgildi. Í öðru lagi geta stjórnvöld ekki lagt fram ný gögn og vísað til nýrra sjónarmiða fyrir dómi, enda endurskoða dómstólar aðeins þá ákvörðun sem stjórnvaldið tók og þau rök sem bjuggu henni að baki, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014 (Vífílfell)*. Í þriðja lagi tekur Hæstiréttur ekki afstöðu til skilyrða eða sjónarmiða sem viðkomandi stjórnvald var þögult um, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 6. desember 2018 í máli nr. 857/2017 (Zoe)*. Af síðastnefnda dóminum má ráða að mannanafnanefnd hefði getað hafnað því að stúlkan mætti bera nafnið Zoe á öðrum forsendum en hún gerði í fyrstu, að því gefnu að þær væru lögmætar og málefnalegar. Skemmst er þó frá því að segja að nefndin tók málið fyrir á nýjan leik og samþykkti nafnið Zoe í *úrskurði sínum frá 20. febrúar 2019 í máli nr. 5/2019*.

2.4 Samanburður á endurskoðunarvaldi dómstóla og æðra settra stjórnvalda

Áður en sagt er skilið við endurskoðunarvald dómstóla er rétt að minnast stuttlega á að endurskoðun æðra settra stjórnvalda er ekki bundin sömu takmörkunum og endurskoðunarvald dómstóla. Dómstólar eru meðal annars bundnir af málalíbúnaði málsaðila og geta ekki byggt á öðrum málsástæðum en aðilarnir hafa beinlínis haldið fram. Þá er endurskoðunarvaldið einnig takmarkað við það að *endurskoða* ákvarðanir og stjórnvöld geta að jafnaði ekki byggt á nýjum sjónarmiðum eða öðrum gögnum en lágu viðkomandi ákvörðun til grundvallar, eins og áður er rakið.

Þetta á ekki við um endurskoðun æðra settra stjórnvalda. Æðra sett stjórnvöld geta endurskoðað málsmeðferð lægra setts stjórnvalds í heild sinni og getur almennt byggt á öllum þeim sjónarmiðum og gögnum

sem lægra sett stjórnvald hefur haldið uppi, sem og nýjum sjónarmiðum, réttarheimildum og gögnum.²⁶ Æðra sett stjórnvald er því ekki bundið að nokkru leyti við niðurstöður og forsendur lægra setts stjórnvalds og getur þannig ráðið bót á þeim annmörkum sem voru á málsmeðferð eða efnislegri niðurstöðu lægra setta stjórnvaldsins. Skýrt dæmi um þetta er *Hrd. 2003, bls. 4714 (mál nr. 172/2003) (barnaverndarmál)*. Í dómi Hæstaréttar kom fram að úrskurður barnaverndarnefndar Z hafi verið haldinn svo alvarlegum annmörkum að varðaði ógildinguna hans. Á hinn bóginn var talið að hið æðra setta stjórnvald, barnaverndarráð, hefði bætt úr annmörkunum með sjálfstæðri gagnaöflun og var því ekki fallist á ógildingarkröfu í málinu.

Fyrir lögmennt getur oft verið erfitt að ráðleggja umbjóðendum hvort þeir eigi að kæra ákvörðun til æðra setts stjórnvalds eða fara með mál sitt beint fyrir dómstóla. Í því sambandi getur til dæmis skipt máli hvort málsmeðferð fyrir æðra settu stjórnvaldi taki langan tíma eða hvort framkvæmd stjórnvaldsins sé óhagstæð málstað umbjóðandans. Í slíkum tilvikum getur verið eðlilegt að ráðleggja umbjóðandanum að höfða dómsmál í stað þess að bíða úrskurðar æðra setta stjórnvaldsins. Hér skal tekið fram að ekki er skylda að kæra stjórnvaldsákvarðanir til æðra settra stjórnvalda áður en mál er höfðað fyrir dómi, nema slík skylda leiði beinlínis af lögum, sbr. til dæmis 40. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 (hér eftir nefnd samkeppnislög).²⁷ Sjá um þetta *dóm Hæstaréttar frá 20. janúar 2015 í máli nr. 808/2014 (Suðurnesjalína 2 – Orkustofnun)* þar sem tekið var fram að aðilum málsins hefði verið heimilt að velja á milli þess að kæra leyfisveitinguna til tiltekinnar úrskurðarnefndar og leita í framhaldinu til dómstóla eða bera leyfisveitinguna undir dómstóla án þess að leita fyrst úrlausnar nefndarinnar. Á hinn bóginn kann það að koma einstaklingi eða lögaðila í koll ef hann kærir ekki til æðra setts stjórnvalds, til dæmis gæti það komið niður á málskostnaði eða bótakröfu viðkomandi. Sjá *dóm Hæstaréttar frá 7. apríl 2009 í máli nr. 444/2008 (Miðengi)* þar sem tilteknum bótakröfum H var hafnað þar sem hann neytti ekki kæruleiðar sem honum var tæk. Var þetta orðað á þann veg að H hefði verið í „lófa lagið að leitast við að rétta hlut sinn“ með því að kæra hina umdeildu ákvörðun til tiltekinnar úrskurðarnefndar. Er þetta í samræmi við sjónarmið skaðabótaréttarins um takmörkun tjóns, þ.e. að aðili getur takmarkað tjón (og kostnað sinn)

²⁶ Sjá Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur: málsmeðferð*. Reykjavík 2013, bls. 528-532.

²⁷ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 38-39 og Eiríkur Tómasson: „Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda skv. 60. gr. stjórnskrárinnar“, bls. 191-193.

með því að freista þess að fá bót sinna mála hjá æðra settu stjórnvaldi í stað þess að standa í málarekstri með tilheyrandi kostnaði.²⁸

Þá getur það í sumum tilvikum verið spurning um „taktík“ hvort ákvörðun lægra setts stjórnvalds er kærð eða þess strax freistað að krefjast ógildingar ákvörðunarinnar fyrir dómstólum. Ef ákvörðun lægra setts stjórnvalds er bersýnilega reist á rangri lagatúlkun eða vafasömum ályktunum gæti verið „taktískara“ að fara með málið beint fyrir dómstóla í stað þess að gefa stjórnvöldum tækifæri á að lagfæra það sem aflaga fór hjá hinu lægra setta stjórnvaldi. Á móti kemur að kálið er ekki endilega sopið þótt í ausuna sé komið, því þótt ógildingin nái fram getur stjórnvaldið mögulega fengið tækifæri til að taka sömu ákvörðun en á öðrum forsendum. Þetta fer þó eftir eðli málsins og forsendum dómstóla hverju sinni.

3. Aðild til sóknar

Af dómaframkvæmd er ljóst að ekki getur hver sem er höfðað mál vegna ákvarðana eða athafna stjórnvalda. Sá sem býr í Kópavogi getur ekki krafist ógildingar á byggingarleyfi sem gefið var út í Fjarðabyggð, enda snertir útgáfa byggingarleyfisins ekki hagsmuni íbúa á Suðvesturhorninu. Í þessum kafla verður fjallað um hvaða skilyrði aðili þarf að uppfylla til þess að geta höfðað mál með það að markmiði að fá stjórnvaldsákvörðun hnekkt fyrir dómi.

3.1 Meginreglan um skilyrði fyrir aðild

Til þess að öðlast aðilastöðu í stjórnsýslumáli, og þar með fyrir dómstólum ef síðar reynir á gildi ákvörðunar stjórnvaldsins, sbr. fyrri málslið 60. gr. stjórnarskrárinnar, er meginreglan sú að aðili verður að eiga *einstaklegra, beinna* og *lögvarinna hagsmuna* að gæta (hagsmunareglan). Líkt og fram kemur í *Hrd. 2003, bls. 2685 (mál nr. 83/2003) (Samskip)* er ekki til einhlítur mælikvarði í þessum efnum og ber að líta til hvers tilviks fyrir sig.

3.1.1 Beinir hagsmunir

Þegar metið er hvort aðili eigi „beinna“ hagsmuna að gæta í framangreindu sambandi er litið til þess hversu sterk og nán tengsl hann hefur við efni stjórnvaldsákvörðunarinnar. Umsækjandi um leyfi,

²⁸ Sjá sjónarmið af þessu tagi hjá Arnari Þór Stefánssyni í fjölríti hans um ógildingu stjórnvaldsákvörðana, bls. 65.

til dæmis starfsleyfi eða byggingarleyfi, á augljóslega beinna hagsmuna að gæta og getur leitað til æðra settra stjórnvalda eða dómstóla ef hann telur að synjun um leyfisveitingu sé ólögmat. Með sama hætti er sá aðili máls sem íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun beinist gegn, til dæmis fyrirtæki sem þarf að greiða háa sekt vegna samkeppnislaga brota. Telji fyrirtækið að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sé ólögmat getur það kært ákvörðunina til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og í kjölfarið leitað til dómstóla ef kæran ber ekki árangur. Sjá í dæmaskyni *dóm Hæstaréttar frá 2. febrúar 2015 í máli nr. 273/2015 (Sorpa bs.)* og *dóm Hæstaréttar frá 10. september 2015 í máli nr. 28/2015 (Forlagið)*.

Á hinn bóginn er skilyrðið um *beina* hagsmuni ekki fortakslaust og er almennt litið svo á í fræðum og framkvæmd að hægt sé að öðlast aðilastöðu þótt hagsmunirnir séu strangt til tekið óbeinir.²⁹ Má sem dæmi nefna meðumsækjendur um starf, nágretta og keppinauta.³⁰ Sá sem sækir um starf og er ekki ráðinn er í strangasta skilningi ekki andlag viðkomandi ákvörðunar, það er sá sem ráðinn er í starfið. Þrátt fyrir það hefur meðumsækjandinn augljósa hagsmuni af því að láta reyna á það fyrir dómi hvort staðið hafi verið að ráðningunni eða skipuninni með lögmætum hætti, sbr. til dæmis *dóm Hæstaréttar frá 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010 (héraðsdómari)* og *dóma Hæstaréttar frá 19. desember 2017 í málum nr. 591/2017 og 592/2017 (Landsréttur)*.

Með sama hætti væri það of þröng skýring á aðiluhugtakinu ef nágrenni gæti ekki átt aðild að máli er varðar útgáfu byggingarleyfis. Þannig getur viðbygging við mannvirki haft áhrif á útsýni eða skuggavarp og skert verðmæti fasteignarinnar, sbr. til dæmis *dóm Hæstaréttar frá 1. mars 2018 í máli nr. 201/2017 (Krikaskóli)*. Þá gæti atvinnurekstur í nágrenni við íbúðabyggð haft ónæði og jafnvel mengun í för með sér, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 26. apríl 2012 í máli nr. 523/2011 (svínabú)*. Hér eru hagsmunirnir því náþýlisréttarlegs eðlis, enda eiga fasteignareigendur rétt á því að geta notið eigna sinna í friði án þess að þeim hagsmunum sé raskað umfram það sem eðlilegt þykir. Við mat á því hvort náþýlis- og grenndarhagsmunum fasteignar-eiganda er raskað getur að sjálfsgöðu skipt máli hversu nálægt fasteignin er hinum fyrirhuguðu framkvæmdum. Hér má nefna *Hrd. 2005, bls. 2503 (mál nr. 20/2005) (Alcoa)* þar sem deilt var um lögmæti umhverfismats og veitingar starfsleyfis fyrir álver í Reyðarfirði. Um aðild H sagði í dómi Hæstaréttar: „[H] á að vísu heimilisfesti í

²⁹ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 11 og Páll Hreinsson: „Aðili stjórnsýslumáls“, bls. 389-390.

³⁰ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 11.

Fjarðabyggð en heimili hans er langt frá fyrirhuguðu álveri og getur hann ekki reist aðild sína að stjórnsýsluákvörðun um álverið á grenndarrétti.“

Loks hafa keppinautar verið taldir aðilar að stjórnsýslumáli ef ákvörðun í málinu getur haft áhrif á samkeppnislega hagsmuni viðkomandi. Sá sem ber fram kvörtun vegna samkeppnislagabrota keppinautar síns hefur verið talinn aðili að því máli, sbr. áðurnefndan *Hrd. 2003, bls. 2685 (mál nr. 83/2003) (Samskip)*. Þá má nefna að fyrirtæki geta haft ríka hagsmuni af því að koma í veg fyrir samruna keppinauta sinna. Í dæmaskyni má nefna matvöruverslanirnar A og B sem hafa í hyggju að sameinast. Áður en kaupin ganga í gegn þurfa fyrirtækin í samræmi við 17. gr. og 17. gr. a.-g. samkeppnislaga að tilkynna Samkeppniseftirlitinu um samrunann. Keppinautarnir C og D gætu fundið þessum samruna allt til foráttu, til dæmis ef sameinaða fyrirtækið AB kæmi til með að verða í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir matvöruverslanir. Ef Samkeppniseftirlitið heimilar samrunann gætu keppinautarnir kært ákvörðunina til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og krafist þess að samruninn verði ógiltur. Sjá um þetta til dæmis *dóm Hæstaréttar frá 8. nóvember 2012 í máli nr. 277/2012 (Stjörnugrís)*.

Dómur Hæstaréttar frá 8. nóvember 2012 í máli nr. 277/2012 (Stjörnugrís). Deilt var um hvort samruni þriggja fyrirtækja á markaði fyrir svínarækt og slátrun á svinum, þ.e. Stjörnugríss hf., Grísagarðs ehf. og Rekstrarfélagsins Brautar ehf., fæli í sér röskun á samkeppni. Samkeppniseftirlitið taldi í fyrri ákvörðun sinni frá 3. febrúar 2011 ekki forsendur til að hafast að vegna samrunans og vísaði eftirlitið í því sambandi til reglna samkeppnisréttarins um félög á fallandi fæti. Keppinautar Stjörnugríss hf. kærðu ákvörðunina til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem felldi ákvörðunina úr gildi og vísaði aftur til eftirlitsins til frekari meðferðar. Taldi nefndin að ósannað væri að skilyrðin um fyrirtæki á fallandi fæti væru fyrir hendi. Samkeppniseftirlitið tók málið fyrir á nýjan leik og ógilti samrunann með ákvörðun 21. júlí 2011. Staðfesti áfrýjunarnefnd samkeppnismála þessa niðurstöðu. Stjörnugrís hf. höfðaði síðan mál til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar og var málið meðal annars höfðað gegn keppinautunum sem kærðu fyrri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til nefndarinnar. Dómstólar gerðu ekki athugasemdir við þessa tilhögun málshöfðunarinnar.

3.1.2 Einstaklegir hagsmunir

Með skilyrðinu um einstaklega hagsmuni er átt við að hagsmunir þess sem málið höfðar mega ekki vera of almennir. Málið verður, með

öðrum orðum, að snerta viðkomandi á sérstakan hátt umfram aðra. Ef um er að ræða ákvörðun eða athöfn sem snertir allan almenning er ósennilegt að nokkur maður geti talist aðili viðkomandi máls. Hefur verið nefnt sem dæmi að enginn eigi aðild að máli sem snertir setningu stjórnvaldsfyrirmæla, eins og til dæmis reglugerð.³¹ Það er aðeins ef reglugerðin hefur sérstök áhrif á tiltekinn aðila að aðilastaða getur skapast. Um slíkt tilvik má nefna *dóm Hæstaréttar frá 6. desember 2018 í máli nr. 508/2017 (makrill)* þar sem viðurkennd var bótaskylda íslenska ríkisins gagnvart H ehf. vegna þess að fiskiskipi H ehf. var á grundvelli reglugerða úthlutað minni aflaheimildum í makríl en skylt hafði verið samkvæmt lögum.

Sem gott dæmi um skilin á milli almennra og einstaklegra hagsmuna má nefna *úrskurð Landsréttar frá 8. febrúar 2019 í máli nr. 69/2019 (Laxeldi)*.

Úrskurður Landsréttar frá 8. febrúar 2019 í máli nr. 69/2019 (Laxeldi). Málavextir voru þeir að A hafði fengið leyfi til reksturs stöðva til sjókvíaldis. A ehf. og G ehf. kröfðust þess að rekstarleyfið yrði ógilt með dómi. Héraðsdómur taldi að þeir síðarnefndu hefðu ekki sýnt fram á að þeir hefðu einstaklega og sérgreinda hagsmuni af úrlausn málsins umfram aðra þannig að þeir gætu talist hafa lögvarða hagsmuni af úrlausn dómkrafna sinna. Var málinu því vísað frá dómi. Sagði m.a. eftirfarandi í úrskurði dómsins: „Stefnendur hafa ekki orðið fyrir tjóni af starfsemi stefnda, [A], hvað sem síðar kann að gerast. Þá hafa þeir ekki sýnt framá að starfsemi skapi hagsmunum þeirra sérstaklega afmarkaða eða sérgreinda áhættu. Hagsmunir þeir sem stefnendur leitast við að verja með lögsókn sinni eru í eðli sínu almannahagsmunir. Það eru hagsmunir sem allir þeir sem atvinnu hafa af nýtingu náttúru landsins, bæði beint og óbeint hafa einnig. Hagsmunir þeirra sem unna náttúru landsins og vilja tryggja vernd hennar [...]. Eins og háttar til í þessu máli verður ekki fallist á að stefnendur hafi sýnt framá að þeir hafi þess konar einstaklega og sérgreinda hagsmuni af úrlausn málsins að þeir hafi lögvarða hagsmuni af úrlausn dómkrafna sinna.“ Málinu var af þeim sökum vísað frá dómi og staðfesti Landsréttur þá niðurstöðu.

3.1.3 *Lögvarðir hagsmunir*

Skilyrðið um lögvarða hagsmuni er verulega samofið skilyrðunum um beina og einstaklega hagsmuni og er oft erfitt að skilja þar á milli. Dómstólar virðast jafnframt í sumum tilvikum nota þessi hugtök jöfnum höndum og blanda þeim saman, eins og í fyrrnefndum úrskurði Landsréttar frá 8. febrúar 2019 í máli nr. 69/2019 (Laxeldi) þar sem sagði

³¹ Páll Hreinsson: „Aðili stjórnslumáls“, bls. 393.

að stefnendur hefðu ekki sýnt fram á einstaklega og sérgreinda hagsmuni af úrlausn málsins og því hefðu þeir ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn dómkrafna sinna. Í dómaframkvæmd hefur skilyrðið verið túlkað á þann veg að sakarefnið verði að skipta máli fyrir stöðu viðkomandi að lögum að fá dóm um það, sbr. Hrd. 2001, bls. 2281 (mál nr. 173/2001) (Hverfell). Sjónarmið á borð við almennan áhuga á náttúruvernd eða umhyggja fyrir örlögum sveitarfélags duga ekki til þess að aðili teljist eiga lögvarða hagsmuni af úrlausn krafna sinna.³²

3.2 Rýmkuð aðild

Dómstólar hafa komist að þeirri niðurstöðu að einstaklingar eða lögaðilar geti öðlast aðilastöðu að lögum þrátt fyrir að þeir uppfylli ekki kröfur hagsmunareglunnar, þ.e. hafi ekki beinna, einstaklegra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn um dómkröfur sínar. Eins og ráða má af Hrd. 2002, bls. 2241 (mál nr. 231/2002) (*Kárahnjúkavirkjun*) og dómi *Hæstaréttar frá 20. janúar 2015 í máli nr. 808/2014 (Suðurnesjalína 2 – Orkustofnun)* gildir undantekningin eingöngu í þeim tilvikum þar sem einstaklingar eða lögaðilar geta öðlast aðilastöðu á grundvelli sérreglna einstakra laga. Ef viðkomandi sérreglur gera ráð fyrir sérstakri aðkomu almennings að undirbúningi máls öðlast sá sem kemur á framfæri athugasemdum vegna málsins aðilastöðu samkvæmt stjórnisýslurétti og getur því borið lögmæti ákvörðunarinnar undir dómstóla.³³ Af þessu má jafnframt draga þá ályktun að aðrir geti ekki öðlast aðilastöðu en þeir sem senda slíkar athugasemdir.

Hrd. 2002, bls. 2241 (mál nr. 231/2002) (Kárahnjúkavirkjun). Í málinu höfðu aðilar mál á hendur íslenska ríkinu og kröfðust þess aðallega að úrskurður umhverfisráðherra um mat á umhverfisáhrifum Kárahnjúkavirkjunar yrði felldur úr gildi og ráðherra gert að staðfesta úrskurð Skipulagsstofnunar sem hafði lagst gegn framkvæmdinni. Krafan byggðist einkum á því að virkjun myndi valda verulegum og óafturkræfum umhverfisáhrifum. Til vara kröfðust stefnendur þess að úrskurður umhverfisráðherra yrði ómerktur en krafan var reist á þeim grundvelli að málsmeðferð ráðherra hefði verið andstæð lögum. Sóknaraðilar töldu að með ákvæðum laga nr. 106/2000, nánar tilgreindum tilskipunum Evrópubandalagsins, sem giltu á EES svæðinu, og Árósasamningnum um aðgang að upplýsingum, þátttöku almennings í ákvarðanatöku og aðgangi að réttlátri málsmeðferð í umhverfismálum væri tryggð rúm aðild manna að

³² Páll Hreinsson: „Aðili stjórnisýslumáls“, bls. 394.

³³ Páll Hreinsson: „Aðild að stjórnisýslumáli“, bls. 405.

umhverfismálum, jafnt fyrir stjórnvöldum sem og dómstólum. Um þetta sagði Hæstiréttur að með ákvæðum 2. másl. 4. mgr. 10. gr. og 4. mgr. 12. gr. laga nr. 106/2000 væri vikið frá þeirri almennu reglu stjórnásluréttar að sá einn geti orðið aðili að máli fyrir stjórnvöldum, sem eigi einstaklega, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta. Af slíkum lögbundnum undantekningarreglum yrðu ekki dregnar víðtækari ályktanir en felast í orðum þeirra. Í lögum nr. 106/2000 væru engin sérákvæði um aðild að dómsmáli sem höfðað væri um ákvörðun stjórnvalds á grundvelli laganna. Því færi um aðild að slíku dómsmáli eftir almennum reglum, þar á meðal þeirri grunnreglu að baki ákvæðum laga nr. 91/1991 að dómstólar leysi ekki úr sakarefni nema sýnt sé að það skipti að lögum máli fyrir stöðu stefnanda að fá dóm um það. Hæstiréttur féllst því ekki á að heimild sóknaraðila til að eiga aðild að dómsmáli um aðalkröfu sína gæti verið rýmri en leiddi af almennum reglum af þeim sökum einum að þeir hafi átt aðild að undanfarandi málsmeðferð stjórnvalda. Sóknaraðilar voru þannig ekki taldir geta átt lögvarða hagsmuni af efnisdómi um þá kröfu sína og var aðalkröfunni því vísað frá dómi. Að því er varakröfu sóknaraðila varðar vísaði Hæstiréttur til meginreglu fyrri málsliðar 60. gr. stjskr. um að sá, sem aðild hefur átt að máli fyrir stjórnvaldi, eigi almennt rétt til að bera undir dómstóla hvort farið hafi verið að lögum við meðferð þess og úrlausn. Það sama gildi hvort sem aðild þess sem í hlut á helgaðist af almennum reglum stjórnásluréttar eða sérreglum eins og þeim sem fram koma í 2. másl. 4. mgr. 10. gr. og 4. mgr. 12. gr. laga nr. 106/2000. Af þeim sökum yrði ekki litið svo á að sóknaraðila skorti lögvarða hagsmuni af því að fá úrlausn dómstóla um varakröfu sína.

Dómur Hæstaréttar frá 20. janúar 2015 í máli nr. 808/2014 (Suðurnesjalína 2 – Orkustofnun). M. o.fl. voru eigendur sex jarða í sveitarfélaginu V en fyrirhugað var að háspennulína myndi liggja um jarðir þeirra. Gerðu þeir aðallega þær dómkröfur að felld yrði úr gildi sú ákvörðun stefnda O að veita stefnda L hf. leyfi til að reisa og reka flutningsvirkið Suðurnesjalínu 2. Ágreiningur reis um aðild þeirra að málinu og vísaði héraðsdómur málinu frá á grundvelli vanreifunar á aðild þeirra. Hæstiréttur rakti að þegar landeigandi hefur neytt umsagnarréttar samkvæmt 3. mgr. 34. gr. raforkulaga teldist hann hafa orðið aðili að því stjórnáslumáli sem rekið er um veitingu leyfis til lagningar flutningsvirkis. Í skjóli meginreglu fyrri málsliðar 60. gr. stjskr. nýtur sá sem aðild hefur átt að máli fyrir stjórnvaldi almennt réttar til að bera undir dómstóla hvort farið hafi verið að lögum um meðferð þess. Það sama ætti við hvort sem aðild þeirra helgaðist af almennum reglum stjórnásluréttar eða sérreglum einstakra laga og vísaði Hæstiréttur til framanreifaðs dóms Hæstaréttar í máli nr. 231/2002 í því sambandi. Samkvæmt því yrði ekki litið svo á að M o.fl. skorti lögvarða hagsmuni af því að fá úrlausn dómstóla um hvort þeir ágallar hafi verið á þeirri leyfisveitingu varnaraðilans O sem um ræddi í málinu að varða ætti

ógildingu hennar. Taldi Hæstiréttur því að málinu yrði ekki vísað frá héraðsdómi af þeirri ástæðu.

Í fljótu bragði mætti ætla að þessi rýmkaða aðild hafi eitthvað að gera með það að bæði dómsmálin eru af vettvangi umhverfisréttar. Er þessu jafnframt stundum haldið á lofti í almennri lögfræðilegri umræðu, þ.e. að vegna þess að umhverfið hafi engan sérstakan málsvara og erfitt sé að sýna fram á *einstaklega* hagsmuni af úrlausn slíkra mála þar sem hagsmunirnir eru yfirleitt almennir, beri að slaka á aðildarhugtaki réttarfars. Framsetning af þessu tagi felur í sér oftúlkun á framanreifuðum dómum Hæstaréttar. Hið rýmkaða aðilahugtak í stjórnsluréttni snýst eingöngu um það að einstaklingur eða lögaðili getur á *grundvelli sérlaga* öðlast aðild að stjórnslumáli ef sérlögin gera ráð fyrir ríkri aðkomu almennings og viðkomandi aðili sendir inn athugasemdir. Vissulega er það svo að í flestum tilvikum eru sérlög af þessu tagi á sviði umhverfisréttarins, en ekki verður séð af umræddum dómum að skilyrði sé að slík heimild sé á því réttarsviði. Í þessu sambandi mætti hugsa sér að í samkeppnislög væri sett heimild fyrir almenning til þess að koma á framfæri athugasemdum vegna samrunamála hjá Samkeppniseftirlitinu. Einstaklingur sem kæmi á framfæri slíkum athugasemdum gæti öðlast aðilastöðu, eins og ráða má af áður nefndum dómum, þótt ekki væri um að ræða hagsmuni umhverfisins.

Þessu til viðbótar má nefna að ekki er útilokað að önnur atvik geti réttlætt það að víkja frá hagsmunareglunni, m.a. aðgerðir og athafnir stjórnvaldsins í aðdraganda ákvörðunar. Ef stjórnvaldið hefur komið fram við einstakling eða lögaðila eins og aðila máls, til dæmis með því að veita honum andmælarétt, svara hans sjónarmiðum og birta ákvörðun fyrir honum, er ekki loku fyrir það skotið að dómstólar líti svo á að viðkomandi hafi öðlast aðilastöðu, jafnvel þótt hann hefði ekki í upphafi haft beinna, einstaklegra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins.³⁴ Á þetta hefur þó ekki reynt með afgerandi hætti í réttarframkvæmd.

Að lokum má nefna að umhverfissamtök njóta rýmkaðrar aðildar að málum fyrir úrskurðarnefnd umhverfis- og auðindamála. Þannig þurfa

³⁴ Um þetta má nefna úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur 22. febrúar 2019 í málum nr. 252 og 253/2019 þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að aðilar hefðu stöðu aðila í tilteknu stjórnslumáli m.a. vegna þess að ráðherra hafði veitt þeim umsagnarrétt og tekið sérstaka afstöðu til röksemda þeirra í rökstuðningi fyrir hinni umdeildu stjórnvaldsákvörðun. Þar sem frávisunarkröfu stefnda var hafnað í málinu voru úrskurðirnir ekki kærnanlegir.

þau ekki að sýna fram á að þau hafi einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta af tilteknum málum ef það samrýmist tilgangi samtakanna að gæta þeirra hagsmuna sem kæran lýtur að, sbr. 3. mgr. 4. gr. laga nr. 130/2011 um úrskurðarnefnd umhverfis- og auðlindamála. Þessi undantekning umhverfisverndarsamtaka gildir aftur á móti ekki fyrir dómstólum og þurfa umhverfissamtök því að sýna fram á að uppfyllt séu hefðbundin réttarfarsleg skilyrði til aðildar að viðkomandi máli. Sjá um þetta dóm *Hæstaréttar frá 2. ágúst 2017 í máli nr. 432/2017 (Landvernd)*.

Dómur Hæstaréttar frá 2. ágúst 2017 í máli nr. 432/2017 (Landvernd). Umhverfissamtökin Landvernd kröfðust þess að ógilt yrði með dómi framkvæmdaleyfi Landsnets hf. vegna lagningar Kröflulínu 4. Í úrskurði héraðsdóms kom fram að í lögum nr. 130/2011 um úrskurðarnefnd umhverfis- og auðlindamála væri að finna ákvæði þar sem vikið væri frá þeirri almennu reglu stjórnvöldum að sá einn gæti orðið aðili að máli fyrir stjórnvöldum sem ætti einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta. Í lögnum væru hins vegar engin sérákvæði um aðild að dómsmáli sem höfðað væri um ákvörðun stjórnvalds á grundvelli laganna. Færi því um aðild að slíku dómsmáli eftir almennum reglum, þ.á m. þeirri grunnreglu að dómstólar leysi ekki úr sakarefni nema sýnt sé að það skipti að lögum máli fyrir stöðu stefnanda að fá dóm um það. Vísaði héraðsdómur til þess að við fullgildinguna hins svonefnda Árósasamnings hér á landi hefði þurft að ráðast í allmargar lagabreytingar, m.a. með setningu laga nr. 130/2011. Með vísan til lögskýringargagna taldi héraðsdómur ljóst að vilji löggjafans hefði ekki staðið til þess að umræddar lagabreytingar hafi átt að leiða til breytinga á almennum réttarfarsreglum um aðild. Samkvæmt því og með vísan til þess að L hefði ekki sýnt fram á lögvarða hagsmuni sína af málinu var því vísað frá dómi. Hæstiréttur staðfesti úrskurð héraðsdóms með þeirri áréttingu að við setningu laga nr. 130/2011 hefði löggjafinn tekið afstöðu til áskilnaðar Árósasamningsins um að sá hluti almennings sem málið varði hafi aðgang að kæruleiðum fyrir rétti eða hjá annarri og óhlutdrægri stofnun sem komið hefði verið á fót með lögum.

Sambærileg niðurstaða varð í dómi *Hæstaréttar frá 21. nóvember 2013 í máli nr. 677/2013 (Álftanesvegur)* og úrskurði *Landsréttar frá 15. júní 2018 í máli nr. 418/2018 (Hringvegur um Hornafjörð)*.

3.3 Sónnaraðild lægra setts stjórnvalds

Meginreglan er sú að lægra sett stjórnvald getur ekki stefnt æðra settu stjórnvaldi til ógildingar á úrskurði þess nema fyrir því sé skýr lagaheimild.³⁵

Hrd. 1998, bls. 2821 (Samkeppnisráð). Samkeppnisráð stefndi meðal annars áfrýjunarnefnd samkeppnismála og gerði þá dómkröfu á hendur nefndinni að lagt yrði fyrir hana að taka framangreint mál fyrir að nýju til afgreiðslu á grundvelli annarra málsástæðna M og M hf. en þeirrar að frestur Samkeppnisráðs samkvæmt 2. mgr. 18. gr. samkeppnislaga til að ógilda yfirtöku M hf. á S hf. hafi verið liðinn þegar ráðið tók ákvörðun í málinu. Hæstiréttur sagði að samkvæmt meginreglu stjórnsýsluréttar væri úrlausn æðra stjórnvalds um skýringu á lögum bindandi. Lægra settu stjórnvaldi bæri að hlíta niðurstöðu æðra stjórnvalds sem endurskoðað hefur ákvörðun hins lægra setta á grundvelli kæru frá aðila. Hið lægra setta stjórnvald geti aðeins hlutast til að fá úrskurðinum hnekkð að til staðar sé ótvíræð lagaheimild fyrir það til að skjóta deiluefninu til dómstóla.

Nefna má eftirfarandi fjögur dæmi um sérreglur þar sem lægra settu stjórnvaldi er veitt heimild til þess að höfða mál vegna úrskurðar æðra setts stjórnvalds: Í fyrsta lagi má nefna að samkvæmt 24. gr. upplýsingalaga nr. 140/2012 er gert ráð fyrir því að stjórnvald geti höfðað dómsmál til þess að fá hnekkð niðurstöðu úrskurðarnefndar um upplýsingamál um skyldu stjórnvaldsins til að afhenda gögn. Í öðru lagi getur Lánasjóður íslenskra námsmanna höfðað mál til að freista þess að hnekkja úrskurðum málskotsnefndar LÍN, sbr. 3. mgr. 5. gr. a. laga nr. 21/1992 um Lánasjóð íslenskra námsmanna. Í þriðja lagi getur ráðherra ýmist sjálfur eða að tillögu stjórnvalds höfðað mál til ógildingar á úrskurði yfirskattanefndar, sbr. 15. gr. laga nr. 30/1992 um yfirskattanefnd. Þessi málsóknarheimild er þó sérstök að því leyti að yfirskattanefnd er ekki æðra sett stjórnvald gagnvart ráðherra.³⁶ Í fjórða lagi getur Samkeppniseftirlitið höfðað mál til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sbr. 41. gr. samkeppnislaga.

Þegar síðastnefnda heimildin var leidd í lög með lögum nr. 14/2011 um breytingu á samkeppnislögum var heimildin rökstudd með eftirfarandi hætti í athugasemdum með frumvarpi því er síðar varð að lögnum:

³⁵ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 28-29.

³⁶ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 29.

„Sú staðreynd að Samkeppniseftirlitið hefur ekki málskotsrétt til dómstóla takmarkar möguleika eftirlitsins til þess að gæta hagsmuna almennings í samkeppnismálum. Hlutverk eftirlitsins er meðal annars að vernda þá lögvörðu almannahagsmuni sem felast í virkri samkeppni og því óeðlilegt að það geti ekki gætt almannahagsmuna til sóknar fyrir dómstólum. Mikilvægt er að eftirlitið geti, eftir atvikum, varið fyrir dómstólum niðurstöðu ákvarðana sinna sem áfrýjunarnefndin hefur ógilt eða breytt. Slíkt leiðir til jafnræðis aðila máls og einnig er hægt að leiða líkur að því að það leiði til ennþá vandaðri málsmeðferðar hjá áfrýjunarnefndinni. Oft er um að ræða stór og mikilvæg mál sem eru stefnumarkandi á markaði og er fyrst og fremst ætlað að stuðla að aukinni samkeppni neytendum til hagsbóta. Því er ljóst að mikilvægt er að eftirlitið geti borið úrskurði áfrýjunarnefndarinnar undir dómstóla.“

Þar sem fyrrgreindar málsóknarheimildir eru undantekningar frá meginreglunni um að lægra sett stjórnvöld geti ekki borið úrskurði æðra settra stjórnvalda undir dómstóla verður að skýra þær þröngt. Athygli vekur að Samkeppniseftirlitið hefur í a.m.k. tvígang gert þá kröfu fyrir dómi að sektir sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafði ákvarðaðar yrðu hækkaðar. Annars vegar í *dómi Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014 (Vífilfell)* þar sem krafa eftirlitsins um hækkun sektarinnar kom ekki til skoðunar þar sem fallist var á ógildingarkröfu Vífilfells hf. og hins vegar í *dómi Landsréttar frá 14. júní 2019 í máli nr. 490/2018 (Byko og Norvik)* þar sem Landsréttur hækkaði sekt sem áfrýjunarnefndin hafði ákveðið. Samkeppniseftirlitið hafði sektað umrædd fyrirtæki um 650 milljón krónur en áfrýjunarnefndin lækkaði sektina niður í 65 milljón krónur. Samkeppniseftirlitið höfðaði mál og krafðist þess að fyrirtækjunum yrði gert að greiða 650 milljón krónur í sektargreiðslu. Í dómi héraðsdóms var ákveðið að sektin yrði 400 milljón krónur en með dómi Landsréttar var úrskurði áfrýjunarnefndarinnar „breytt“, eins og það er orðað í dómsorði, þannig að fyrirtækjunum var gert að greiða 325 milljón króna sekt.

Niðurstaða Landsréttar er gagnrýniverð, einkum af tveimur ástæðum. Annars vegar vegna þess að í 41. gr. samkeppnislaga segir einvörðungu að Samkeppniseftirlitið geti krafist *ógildingar* á úrskurði áfrýjunarnefndar. Alls óvíst er hvort krafa um hækkun sektar rúmist innan þessarar heimildar og eru ekki færð rök fyrir því í dómi Landsréttar. Hins vegar er vafasamt í ljósi meginreglunnar um að dómstólar *endurskoði* aðeins stjórnvaldsákvarðanir að „breyta“ slíkum ákvörðunum með íþyngjandi hætti. Dómstólar hafa talið sér heimilt að *lækka* sektir til hagsbóta fyrir einstaklinga og fyrirtæki, enda rúmast slík

breyting innan þeirrar stjórnvaldsákvörðunar sem krafist er ógildingar á, sbr. til dæmis *dóm Hæstaréttar frá 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011 (Icelandair)*. Breyting til hækkunar getur ekki rúmast innan slíkrar kröfu og má því líta svo á að Landsréttur hafi í umræddu máli í reynd tekið *nýja* stjórnvaldsákvörðun, sem er í andstöðu við áðurreifuð sjónarmið um að dómstólar *endurskoði* aðeins stjórnvaldsákvæðanir.

4. *Aðild til varnar*

Hér á landi hefur ekki verið farin sú leið að setja sérstakar reglur um varnaraðild íslenska ríkisins að dómstólum. Þegar kemur að því að meta hvaða stjórnvald á að eiga aðild til varnar fer það eftir almennum óskráðum réttarfarsreglum, meðal annars um aðildarhæfi og lögvarða hagsmuni.³⁷ Þessar reglur má fyrst og fremst ráða af dómaframkvæmd. Sú staðreynd að ekki er fyrir að fara einföldum og settum lagareglum um aðild stjórnvalda og íslenska ríkisins til varnar gerir málsóknir gegn stjórnvöldum flóknari og þyngri í vöfum en ella. Þá eru niðurstöður dómstóla um þetta umdeilanlegar, auk þess sem þær eru ekki að fullu samrýmanlegar, eins og nánar verður rakið hér á eftir. Getur því verið vandasamt að ákveða hverjum beri að stefna. Í störfum lögmanna getur drjúgur tími farið í ákvörðun um þetta með tilheyrandi kostnaði fyrir umbjóðandann. Niðurstaða lögmansins er stundum sú að stefna fleiri en færri aðilum til þess að öruggt sé að dómstólar vísi málinu ekki frá eða sýkni á grundvelli aðildarskorts. Þetta getur komið niður á málskostnaði umbjóðandans og skilvirkni málsins ef varnaraðilum er stefnt sem ekkert erindi eiga í dómsmálið. Þessi varfærna aðferð lögmanna er á hinn bóginn skiljanleg í ljósi dómaframkvæmdar dómstóla. Á árinu 2005 lagði Skúli Magnússon, héraðsdómari, til að sett yrðu sérstök lög um þetta efni og birti hann drög að slíku frumvarpi í grein sem birtist í *Úlfjóti* árið 2005.³⁸ Ágætt er að nota þennan vettvang til þess að taka undir þessi sjónarmið og hvetja til þess að umrædd leið verði farin. Þótt lögfræðingar hafi eflaust gaman að því að brjóta heilann um varnaraðild íslenska ríkisins með hliðsjón af dómaframkvæmd Hæstaréttar kemur þetta ástand niður á hagsmunum þeirra sem þurfa að höfða mál af þessu tagi. Það er því von höfundar að

³⁷ Um aðildarhæfi hins opinbera og stofnana þess vísast til Markús Sigurbjörnsson og Kristín Benediktsdóttir: *Einkamálaréttarfar*, bls. 68-71. Varðandi skilyrðið um lögvarða hagsmuni vísast til sama rits, bls. 119-123.

³⁸ Sjá Skúli Magnússon: „Er þörf á lagasetningu um aðild hins opinbera að dómsmálum?“. *Úlfjótur* 2005, bls. 530-538.

umfjöllun þessa kafla verði í framtíðinni aðeins áhugaverð í réttar-sögulegu tilliti.

4.1 Hvaða stjórnvaldi ber að stefna?

Meginreglan um varnaraðild íslenska ríkisins er að stefna ber því stjórnvaldi sem tók viðkomandi ákvörðun.³⁹ Um þetta má vísa til ummæla í *Hrd. 2000, bls. 1379 (mál nr. 324/1999) (Smyrlaberg)*: „Ekki verður talið, að unnt sé með dómi að ógilda stjórnvaldsákvörðun nema því stjórnvaldi, sem ákvörðun tók, sé stefnt til varna í málinu.“ Á hinn bóginn verður viðkomandi stjórnvald að njóta aðildarhæfis, en í því sambandi má vísa til *Hrd. 2004, bls. 3398 (mál nr. 358/2004) (siðanefnd)* þar sem talið var að siðanefnd Háskóla Íslands hefði ekki slíka stöðu innan stjórnkerfis HÍ að hún gæti átt aðild að dómsmáli.

Meginreglan á einna best við þegar um er að ræða ákvörðun sem hefur ekki sætt kæru til æðra stjórnvalds. Slíkt getur gerst þegar annað af tvennu er fyrir hendi. Annars vegar ef um er að ræða stjórnvalds-ákvörðun sem sætir ekki endurskoðun æðra setts stjórnvalds, eins og á til dæmis við um úrskurði óbyggðanefndar sem eingöngu sæta endurskoðunar dómstóla, sbr. 14. gr. laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta. Hins vegar ef aðili ákveður einfaldlega að höfða dómsmál í stað þess að kæra mál til æðra setts stjórnvalds. Eins og áður er rakið er aðila þetta heimilt nema lög mæli fyrir um skyldu til þess að tæma kæruleiðir áður en leitað er til dómstóla, sbr. áðurnefndan *dóm Hæstaréttar frá 20. janúar 2015 í máli nr. 808/2014 (Suðurnesjalína 2 – Orkustofnun)*.

Málið vandast á hinn bóginn ef fyrir liggur ákvörðun æðra setts stjórnvalds í umræddu máli. Dómaframkvæmd er á þá leið að ekki beri að stefna hinu æðra setta stjórnvaldi, eins og mögulega hefði verið eðlilegt að álykta út frá meginreglunni í *Hrd. 2000, bls. 1379 (mál nr. 324/1999) (Smyrlaberg)*. Í staðinn á að stefna hinu lægra setta stjórnvaldi, þrátt fyrir að krafist sé ógildingar á úrskurði æðra setta stjórnvaldsins. Um þetta má vísa til eftirfarandi dóma:

Hrd. 1997, bls. 2856 (Fremri Langey). Í málinu var umhverfisráðherra og Dalabyggð stefnt og krafist ógildingar á úrskurði ráðherrans og ákvörðun hreppsnefndar sveitarfélagsins um bann við dýrahaldi í Fremri-Langey. Um varnaraðild í málinu sagði: „Dalabyggð var

³⁹ Sjá til dæmis Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvalds-ákvörðunum“, bls. 14, Skúli Magnússon: „Er þörf á lagasetningu um aðild hins opinbera að dómsmálum?“, bls. 535 og Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið?“. *Úlfjótur* 2005, bls. 514 og áfram.

varnaraðili að því stjórnýslumáli, sem umhverfisráðherra felldi fyrrnefndan úrskurð á. Er því þörf á aðild Dalabyggðar að máli um gildi þessa úrskurðar. Umhverfisráðherra, sem gegndi í þessu tilviki hlutverki æðra stjórnvalds á málskotsstigi innan stjórnýslunnar, sbr. 26. gr. stjórnýslulaga nr. 37/1993, hefur hins vegar enga lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins, sem gæti leitt til aðildar hans að því. Er ekki heldur nein réttarfarsnauðsyn á að gefa ráðherraum kost á að láta til sín taka dómsmál, sem eingöngu er höfðað til ógildingar á úrskurði hans. Af þessum sökum verður að vísa sjálfkrafa frá héraðsdómi kröfum [J] á hendur umhverfisráðherra.“

Hrd. 2002, bls. 1169 (mál nr. 378/2001) (Hönnun hf.). H hf. höfðaði mál á hendur áfrýjunarnefndar samkeppnismála og krafðist ógildingar á úrskurði nefndarinnar. Um þessa tilhögun sagði Hæstiréttur: „Áfrýjandi, sem gegnir hlutverki úrskurðarnefndar á málskotsstigi innan stjórnýslunnar, hefur [...] enga þá lögvörðu hagsmuni af úrlausn málsins, sem leitt gætu til aðildar hans að því [...]“. Var málinu því vísað frá dómi.

Samkvæmt þessu er það afstaða Hæstaréttar að æðra sett stjórnvald hafi ekki lögvarða hagsmuni af því að verja ákvarðanir sínar fyrir dómstólum, heldur sé það á herðum hinna lægra settu stjórnvalda að taka til varna fyrir hin æðra settu. Virðist þetta vera afstaða réttarins hvort sem hið æðra setta stjórnvald er sjálfstæð kærunefnd eða ráðherra. Þessi framkvæmd Hæstaréttar hefur sætt gagnrýni fræðimanna.⁴⁰ Á það hefur meðal annars verið bent að ekki sé fullt samræmi á milli dóma að því er varðar aðild ráðherra og hefur verið vísað til nokkurs fjölda dóma þar sem dómstólar hafa látið slíka aðild óátalda, þótt um æðra sett stjórnvald sé að ræða.⁴¹ Taka má undir þessa gagnrýni og jafnframt þær tillögur sem komið hafa fram um að eðlilegt sé að setja ákvæði, sambærilegt og ákvæði í norsku einkamálalögum, um að stefna beri því stjórnvaldi sem tók ákvörðun á æðsta stjórnýslustigi.⁴² Slíkt myndi horfa til skýringar og einföldunar.

Til þess að undirstrika það öngstræti sem þessi framkvæmd er komin í má nefna eftirfarandi dæmi, sem áður var tekið í einfaldaðri mynd: Matvöruverslanirnar A og B hafa komist að samkomulagi um sameiningu og tilkynna samrunann til Samkeppniseftirlitsins. Í kjölfar málsmeðferðar Samkeppniseftirlitsins kemst eftirlitið að þeirri

⁴⁰ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 22-24 og Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið?“.

⁴¹ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 21-22 og Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið?“, bls. 516 og áfram.

⁴² Einar Karl Hallvarðsson: „Fordæmi um fordæmi“. *Bifröst Journal of Social Sciences* 2010, bls. 27-28.

niðurstöðu að ekki séu efni til að ógilda samrunann, þar sem hann er ekki talinn raska samkeppni. Keppinautarnir C og D eru ósáttir við þessa niðurstöðu og kæra hana til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sem fellir ákvörðun Samkeppniseftirlitsins úr gildi og ógildir samrunann. Bæði A og B og Samkeppniseftirlitið eru ósátt við þessa niðurstöðu. Samkeppniseftirlitið höfðar dómsmál á grundvelli 41. gr. samkeppnislaga og krefst ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Hér vandast vissulega málið því með réttu ætti eftirlitið að stefna sjálfu sér í umræddu máli sem hinu lægra setta stjórnvaldi, en það er ekki tækt út frá réttarfarslegu sjónarmiði. Stofnunin þyrfti þá væntanlega að stefna A, B, C og D til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar (eins og nánar verður rakið í kafla 4.3 er þörf á aðild allra þeirra sem aðild áttu að málinu hjá stjórnvöldum). A og B myndu síðan höfða annað mál gegn Samkeppniseftirlitinu og krefjast ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar.

Í framangreindu dæmi er Samkeppniseftirlitið bæði til sóknar og varnar í tveimur málum sem varða sama sakarefni, þ.e. hvort tilefni sé til þess að ógilda úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í máli A og B gegn Samkeppniseftirlitinu þarf eftirlitið að verja gjörðir áfrýjunarnefndarinnar og færa rök fyrir því að ekki sé tilefni til ógildingar. Í máli Samkeppniseftirlitsins gegn A, B, C og D færir sama stofnun á hinn bóginn rök fyrir því að úrskurðurinn sé rangur. Eins og áður er nefnt hefur Samkeppniseftirlitið í tvígang krafist hækkunar á sekt sem ákveðin var af áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Í sömu málunum höfðuðu málsaðilar mál og kröfðust ógildingar á úrskurðum áfrýjunarnefndarinnar, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014 (Vífílfell)* og *dóm Landsréttar frá 14. júní 2019 í máli nr. 490/2018 (Byko og Norvik)*. Eftirlitið tók til varna gegn kröfum málsaðila og varði úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Í umræddum málum var Samkeppniseftirlitið þó í öllum meginatriðum sammála efnislegri niðurstöðu áfrýjunarnefndar, þótt eftirlitið væri ósammála fjárhæð *sektanna*. Framangreint dæmi sýnir aftur á móti að búa má til aðstæður þar sem eftirlitið er beinlínis ósammála *efnislegri* niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar, en þarf samt að taka til varna fyrir hana. Slík aðstaða er þversagnarkennd.

4.2 Hvaða kröfu ber að gera?

Þótt mál vegna úrskurðar æðra setts stjórnvalds sé höfðað gegn lægra setta stjórnvaldinu ber eftir sem áður að krefjast ógildingar á úrskurði æðra setta stjórnvaldsins. Svo aftur sé notað dæmið af

Samkeppniseftirlitinu yrði málið höfðað gegn eftirlitinu en þess krafist að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála yrði ógiltur. Þetta veldur ekki vandræðum þegar lægra og æðra setta stjórnvaldið hafa komist að sömu niðurstöðu og á sömu forsendum, til dæmis um að ógilda samruna á milli tveggja fyrirtækja. Í þeim tilvikum verður niðurstaða lægra setta stjórnvaldsins tvímælalaust hluti af niðurstöðu hins æðra setta, sbr. *Hrd. 1997, bls. 643 (Kirkjugarðar Reykjavíkur-prófastsdæma)*. Ógilding á úrskurði æðra setts stjórnvalds hefði því einnig áhrif til ógildingar á niðurstöðu lægra setta stjórnvaldsins.⁴³

Málið vandast hins vegar þegar niðurstöður lægra og æðra setts stjórnvalds eru ekki að öllu leyti samrýmanlegar. Er þá þörf á því að krefjast einnig ógildingar á niðurstöðu lægra setta stjórnvaldsins? Dómaframkvæmd er nokkuð misvísandi um þetta og má nefna eftirfarandi tvo dóma, en síðari dómurinn féll innan við þremur mánuðum eftir að sá fyrrnefndi gekk:

Dómur Hæstaréttar frá 1. desember 2011 í máli nr. 116/2011 (Vélar og verkfæri). Í kjölfar ábendingar um að V ehf. hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína á markaði fyrir sölu og þjónustu lásakerfa hóf S athugun á því. Með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var V ehf. talinn hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og gert að greiða 15.000.000 króna stjórnvaldssekt. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um brot V ehf. gegn 11. gr. fyrrnefndra laga en lækkaði álagða stjórnvaldssekt í 10.000.000 krónur. V ehf. höfðaði mál gegn Samkeppniseftirlitinu og krafðist ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Í málinu snérist ágreiningur aðila fyrst og fremst um hvernig skilgreina ætti þann markað sem V ehf. starfaði á og hvort staða hans á markaði væri réttilega skilgreind í úrskurði nefndarinnar. Í dómi Hæstaréttar kom fram að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hefði markaðurinn verið skilgreindur sem sala á efni til höfuðlyklagerðar. Það hefði verið gert í ítarlega rökstuddu máli með samanburði á hinum ýmsu tegundum aðgangskerfa á markaði með tilliti til verðs og eiginleika og athugunar á því hvort staðganga væri á milli þessara vöru- og þjónustutegunda. Áfrýjunarnefndin komst hins vegar að þeirri niðurstöðu að sú markaðsskilgreining væri of þröng, en ekki var að finna frekari skilgreiningu og umfjöllun um hver réttur markaður málsins væri. Um þetta segir síðan í dómi Hæstaréttar: „Ef það var álit áfrýjunarnefndar samkeppnismála að rétt skilgreindur markaður málsins væri annar en sá, sem Samkeppniseftirlitið hafði samkvæmt framansögðu komist að niðurstöðu um, bar áfrýjunarnefnd að rökstyðja það með tilvísun til markaðslegra

⁴³ Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið?“, bls. 498-499 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 15.

staðreynda og þá jafnframt hver væri staða áfrýjanda á þeim markaði þannig að ekki léki vafi á. Hafi áfrýjunarnefnd talið gögn skorta um hinn rétt skilgreinda markað og stöðu áfrýjanda á honum bar henni að kalla eftir þeim, en ekki verður séð að svo hafi verið gert. Þegar framangreint er haft í huga verður talið að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi hvorki gætt þeirrar skyldu sinnar við meðferð máls áfrýjanda að upplýsa málið nægjanlega í skilningi 10. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993, né hafi áfrýjunarnefnd rökstutt niðurstöðu sína með þeim hætti sem áskilið er í 4. tölulið 31. gr., sbr. 22. gr. laganna. Er úrskurður áfrýjunarnefndar samkvæmt þessu haldinn svo verulegum annmörkum að fella ber hann úr gildi.“ Í kjölfar þessa sagði Hæstiréttur: „Að þessari dómsniðurstöðu fenginni er undir áfrýjanda komið hvort hann unni fyrrgreindri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, eða hvort hann óskar innan lögmæltis frests að bera ákvörðun eftirlitsins á nýjan leik undir áfrýjunarnefnd samkeppnismála.“

Dómur Hæstaréttar frá 23. febrúar 2012 í máli nr. 72/2011 (Valitor). Í málinu gerði Valitor kröfu um að felldur yrði úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í tilteknu máli „svo og ákvörðun [Samkeppniseftirlitsins].“ Um þessa kröfugerð sagði Hæstiréttur: „[E]kki eru efni til að ógilda ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, sem skotið var til áfrýjunarnefndarinnar og leiddi til úrskurðar hennar 9. febrúar 2010, þar sem ákvörðun þessi var efnislega orðin hluti úrskurðarins.“

Dómsniðurstöðurnar virðast, a.m.k. við fyrstu sýn, vera ósamrýmanlegar. Í fyrra málinu var úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála felldur úr gildi en gengið út frá því að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins myndi að fenginni þeirri niðurstöðu „rakna við“. Væri þá undir V hf. komið hvort fyrirtækið myndi una við ákvörðun eftirlitsins eða óska eftir því „innan lögmæltis frests“ að bera ákvörðunina undir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Taka má fram að tilvísun réttarins til lögmæltra fresta sætir furðu í ljósi þess að fjögurra vikna kærufrestur til áfrýjunarnefndarinnar, sbr. 9. gr. samkeppnislaga, hafði runnið sitt skeið rúmu tveimur og hálfu ári áður en dómur Hæstaréttar gekk. Í síðara málinu var eins og fyrri dómurinn hefði ekki fallið og orðaði Hæstiréttur það sem augljósa meginreglu, sem ekki þyrfti að fjölyrða um, að ekki þyrfti sérstaklega að krefjast ógildingar á ákvörðun lægra setts stjórnvalds.

Ef finna á samræmi á milli þessara dóma mætti halda því fram að meginreglan sé a.m.k. sú að óþarft sé að krefjast jafnframt ógildingar á ákvörðun lægra setts stjórnvalds, einkum þegar ákvörðunin er að öllu leyti samrýmanleg niðurstöðu hins æðra setta stjórnvalds. Í ljósi *dóms Hæstaréttar frá 1. desember 2011 í máli nr. 116/2011 (Vélar og verkfæri)*

getur komið til greina að ógilda *eingöngu* niðurstöðu æðra setta stjórnvaldsins ef sérstakur ógildingarannmarki er á þeirri málsmeðferð sem ekki var til staðar hjá lægra setta stjórnvaldinu, eins og til dæmis vanhæfi nefndarmanna, skortur á rannsókn eða rökstuðningi o.s.frv. Í slíkum tilvikum er a.m.k. varkárara fyrir aðila dómsmáls að krefjast ógildingar á úrlausnum beggja stjórnvalda. Úrlausn æðra setta stjórnvaldsins gæti þá verið felld úr gildi vegna formannmarka og jafnframt komist að niðurstöðu um að efnisniðurstaðan væri ólögmæt. Sú niðurstaða myndi hafa í för með sér ógildinguna á bæði ákvörðun lægra setta stjórnvaldsins og úrskurði hins æðra setta.

4.3 Stefna ber aðilum í viðkomandi stjórnýslumáli

Dómstólar hafa litið svo á að til varnar sé einnig nauðsynlegt að stefna öllum þeim sem aðild áttu að máli á stjórnýslustigi, til dæmis verði að stefna þeim sem lögðu fram kvörtun, tóku til varna eða kærðu til æðra setts stjórnvalds.⁴⁴ Sjá meðal annars *Hrd. 2006, bls. 4390 (mál nr. 539/2006) (Lífeyrissjóður)* og *Hrd. 2002, bls. 2241 (mál nr. 231/2002) (Kárahnjúkavirkjun)*.

Hrd. 2002, bls. 2241 (mál nr. 231/2002) (Kárahnjúkavirkjun). Dómurinn var reifaður í öðru samhengi í kafla 3.2. A, G, N og Ó höfðuðu mál á hendur íslenska ríkinu þar sem þeir kröfðust þess aðallega að úrskurður umhverfisráðherra um mat á umhverfisáhrifum Kárahnjúkavirkjunar yrði felldur úr gildi og ráðherra gert að staðfesta úrskurð Skipulagsstofnunar sem hafði lagst gegn framkvæmdinni. Aðilar að umræddu kærumáli fyrir umhverfisráðherra voru 122 talsins. Í dómi Hæstaréttar sagði: „Eins og málið liggur fyrir Hæstarétti verður ekki séð hversu margir af þessum aðilum við meðferð málsins fyrir umhverfisráðherra geti talist hafa átt einstaklega, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn þess. Ótvírætt er þó að Landsvirkjun hefur sem svonefndur framkvæmdaraðili í skilningi laga nr. 106/2000 haft slíka hagsmuni. Úr varakröfu sóknaraðila um ómerkingu úrskurðar umhverfisráðherra frá 20. desember 2001 verður ekki leyst fyrir dómstólum án þess að þar eigi aðild Landsvirkjun og aðrir þeir, sem kunna að hafa átt slíka hagsmuni meðal þeirra 117 annarra, sem kærðu úrskurð Skipulagsstofnunar til ráðherra. Með því að sóknaraðilar gættu þess ekki að beina varakröfu sinni að þeim aðila, einum eða fleiri, sem hér um ræðir, er slíkur galli á málsókn þeirra að einnig verður að vísa þessari kröfu frá héraðsdómi.“

Hrd. 2006, bls. 4390 (mál nr. 539/2006) (Lífeyrissjóður). Þar hafði H kvartað til samkeppnisyrvalda og krafist þess að kannað yrðu

⁴⁴ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 25-27.

hvort ákveðinir þættir í starfsemi tiltekinna lífeyrissjóða stönguðust á við samkeppnislög og hvort ástæða væri til að grípa til íhlutunar af þeim sökum. H stefndi eingöngu Samkeppniseftirlitinu en ekki lífeyrissjóðunum. Um þetta sagði Hæstiréttur: „Áttu sjóðirnir ótvírætt aðild að því máli og litu samkeppnisstofnun og samkeppniseftirlitið enn fremur svo á. Þar sem athugun samkeppnisyfirvalda beindist meðal annars að fjárhagslegum og stjórnunarlegum tengslum sjóðanna við þá, sem höfðu með höndum rekstur þeirra, verður jafnframt að líta svo á að þeir hafi átt verulegra, einstaklegra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins. Einnig verður að líta svo á að þessir lífeyrissjóðir hafi átt aðild að málinu á málskotsstigi fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnis- mála í tilefni af stjórnsýslukærum sóknaraðila. Í dómum Hæstaréttar hefur verið litið svo á að óhjákvæmilegt sé að beina kröfu um ógildingu úrskurðar æðra stjórnvalds að þeim, sem hafa átt aðild að málinu á málskotsstigi, enda hafi þeir átt verulegra, einstaklegra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn stjórnsýslumálsins [...]“ Þar sem lífeyrissjóðunum var ekki stefnt var málinu vísað frá dómi.

Til viðbótar við þetta hefur á ákveðnum sviðum mótast venja um að gagnaðila á stjórnsýslustigi sé *eingöngu* stefnt og látið vera að stefna stjórnvaldinu. Á þetta einkum við í málum sem varða í grunninn einkaréttarlegan ágreining á milli tveggja aðila, eins og í tilviki mála er varða útgáfu á byggingarleyfi og skráningu vörumerkja. Sjá um þetta eftirfarandi dóma:

Hrd. 2006, bls. 167 (mál nr. 326/2005) (Byggingarleyfi). Í málinu krafðist H ógildingar á byggingarleyfi fyrir nýjum sumarbústað í eigu M og S þar sem ekki hafði verið leitað samþykkis hans fyrir því að hann risi á sameignarlandi aðilanna. Hæstiréttur vísaði til þess að miðað við dómaframskýld yrði „ekki gerð krafa um það, að sveitarfélag eigi aðild að dómsmáli þar sem fjallað er um gildi byggingarleyfis“. Ekki var því nauðsynlegt að stefna sveitarfélaginu G til ógildingar á byggingarleyfi sem það hafði gefið út.

Hrd. 2004, bls. 2039 (mál nr. 471/2004) (CELEBRA). Í málinu höfðaði PE mál á hendur G og krafðist þess aðallega að úrskurði áfrýjunarnefndar yrði hrundið og dæmt yrði að skráning vörumerkisins CELERA skyldi halda gildi sínu hvað varðar vörur í flokki 5. Til vara krafðist hann að fyrrnefndum úrskurði yrði breytt á þann veg að skráning vörumerkisins CELERA skyldi halda gildi sínu hvað varðar lyfseðilskyld lyf í flokki 5. Hvorki Einkaleyfastofan né áfrýjunarnefnd hugverkaréttinda á sviði iðnaðar áttu aðild að málinu og ekki var gerð athugasemd við það af hálfu Hæstaréttar.

Ólafur Jóhannes Einarsson hefur gagnrýnt þessa framkvæmd og réttilega bent á að óheppilegt sé að stjórnvald eigi ekki aðild að

dómsmáli þar sem deilt er um gildi ákvörðunar þess.⁴⁵ Þá hlýtur í mörgum tilvikum að vera erfitt fyrir gagnaðilann að ætla að færa sannfærandi rök fyrir því að sveitarfélag hafi til dæmis við útgáfu (eða synjun) leyfis gætt að öllum formreglum stjórnisýsluréttarins, svo sem um fullnægjandi rannsókn eða andmælarétt, enda hefur hann ekki sömu upplýsingar um málsmeðferðina og sveitarfélagið sjálft. Einkaaðila er því í reynd fengið það hlutverk að gæta almanna-hagsmuna fyrir dómi. Ekki er endilega víst að hagsmunir almennings og viðkomandi aðila fari ávallt saman og spyr Ólafur Jóhannes sig þeirrar spurningar hvaða heimildir málsaðilar hefðu til þess að gera dómsátt sem væri í andstöðu við fyrri ákvörðun stjórnvaldsins.⁴⁶ Ákveðinn varnagli er þó sleginn að þessu leyti í 1. mgr. 108. gr. laga nr. 91/1991 þar sem tekið er fram að dómari geti synjað aðilum um að gera dómsátt ef hann telur ólöglegt að gera hana, efni hennar óljóst eða ómögulegt að efna hana. Hæstiréttur hefur í kjölfar skrifa Ólafs Jóhannesar gengið skrefi lengra í *dómi réttarins frá 8. mars 2013 í máli nr. 115/2013 (Skotveiðifélag)*.

Dómur Hæstaréttar frá 8. mars 2013 í máli nr. 115/2013 (Skotveiðifélag).

S höfðaði mál gegn íslenska ríkinu, ÍK, E, S og Reykjavíkurborg og krafðist meðal annars ógildingar á úrskurði umhverfisráðuneytisins þar sem felld var úr gildi ákvörðun heilbrigðisnefndar R um útgáfu starfsleyfis til S til reksturs skotæfingasvæðis. Í dómi Hæstaréttar segir: „Ekki verður séð að varnaraðilinn Reykjavíkurborg hafi lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins og samkvæmt dómaframkvæmd verður ekki gerð krafa til þess að sveitarfélag eigi aðild að máli þegar fjallað er um gildi leyfis af því tagi sem hér um ræðir.“ Var málinu því vísað frá dómi gagnvart Reykjavíkurborg.

Færa má sterk rök fyrir því að dómurinn oftúlki fyrri fordæmi Hæstaréttar. Þannig hafði Hæstiréttur áður talið að *óþarft* væri að stefna jafnframt stjórnvaldinu í málum af þessu tagi, en ekki verður séð að rétturinn hafi áður talið að mál af þessu tagi væru sveitarfélaginu í reynd óviðkomandi. Niðurstaðan er í besta falli óvenjuleg, enda hlýtur sveitarfélag að hafa augljósa hagsmuni af því að verja málsmeðferð eða efnislega niðurstöðu sína um útgáfu eða synjun leyfis. Er það í raun æskilegast, eins og áður hefur verið bent á.

⁴⁵ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 19.

⁴⁶ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 19-20.

5. Kröfugerð

5.1 Ógildingarkröfur

Þegar höfða á dómsmál til ógildingar á stjórnvaldsákvörðun þarf lögmaður ekki aðeins að huga að því hvernig hann hagar aðild til sóknar og varnar heldur þarf hann einnig að ákveða hvaða kröfur hann gerir fyrir dómi fyrir hönd umbjóðanda síns. Langalgengast er að gerð sé krafa um að ákvörðun eða athöfn stjórnvalds verði ógilt.⁴⁷ Ef deilt er um lögmati úrskurðar yfirfasteignamatsnefndar, svo dæmi sé tekið, gæti kröfugerð sóknaraðila verið á þessa leið: „Stefnandi krefst þess að úrskurður yfirfasteignamatsnefndar frá 1. janúar 2019 í máli nr. 1/2019 verði ógiltur með dómi.“⁴⁸ Slík kröfugerð er hreinleg og veldur sjaldnast vafa eða flækjum frá réttarfarslegu sjónarhorni. Ef dómstóll fellst á kröfuna hefur hann komist að niðurstöðu um að ákvörðun eða athöfn stjórnvaldsins hafi verið í ósamræmi við lög. Dómsorð dómstólsins gæti þá verið á þessa leið: „Ógiltur er úrskurður yfirfasteignamatsnefndar frá 1. janúar 2019 í máli nr. 1/2019.“ Áhrif dómsins eru þau að úrskurðurinn hefur ekki réttaráhrif lengur gagnvart þeim sem hann beindist gegn.⁴⁹ Það getur svo farið eftir atvikum hverju sinni hvaða þýðingu ógilding hefur, þ.e. hvort ákvörðun sé ógild frá öndverðu eða hvort ákvörðunin hafi haft réttaráhrif frá því að hún var tekin og þar til dómur gekk um ógildi hennar. Þá getur farið eftir atvikum hvort stjórnvald getur tekið viðkomandi álitæfni aftur til skoðunar eða ekki, en í því sambandi skiptir mestu máli hvort komist er að niðurstöðu um að stjórnvald hafi brotið gegn efnis- eða formreglu stjórnsýsluréttarins.⁵⁰

5.2 Aðfararhæfar kröfur

Annað dæmi um einfalda og hreinlega kröfugerð eru kröfur sem fullnægja má með aðför hjá sýslumanni á grundvelli laga nr. 90/1989 um aðför.⁵¹ Sem dæmi um aðfararhæfa peningakröfu má nefna bótakröfur, en um þær verður fjallað sérstaklega í kafla 5.4. Ekki er algengt að annars konar aðfararhæfum kröfum verði komið við í

⁴⁷ Róbert R. Spanó: „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“, bls. 70.

⁴⁸ Sjá sambærilega kröfugerð í dómi *Hæstaréttar* 25. febrúar 2016 í máli nr. 477/2015 (*Harpa*).

⁴⁹ Arnar Þór Stefánsson: *Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana* (fjölrit), bls. 56.

⁵⁰ Sjá nánar umfjöllun Arnars Þórs Stefánssonar: „Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana“ (fjölrit), bls. 56-59.

⁵¹ Sjá umfjöllun um aðfararhæfar kröfur í Markús Sigurbjörnsson og Kristín Benediktsdóttir: *Einkamálaréttarfar*, bls. 113-114.

málum sem snerta athafnir og ákvarðanir stjórnvalda (öðrum en málskostnaðarkröfur á hendur hinu stefnda stjórnvaldi). Ástæðan er einkum sú, eins og rakið er í kafla 2.3.2, að dómstólar *endurskoða* aðeins stjórnvaldsákvarðanir en taka ekki nýjar í stað þeirra sem ógiltar kunna að verða. Aðfararhæf krafa um að ráðherra staðfesti og undirriti skipulag bryti þannig í bága við þessa meginreglu og yrði vísað frá dómi, eins og raunin varð í fyrrnefndum *dómi Hæstaréttar frá 19. júlí 2010 í máli nr. 436/2010 (aðalskipulag Flóahrepps)*. Þrátt fyrir þetta tíðkast aðfararhæf kröfur í ákveðnum tegundum mála. Algengast er að gera slíka kröfu þegar krafist er ógildingar á ákvörðunum um sektargreiðslur eða álagningu skatta. Sá sem höfðar slíkt mál krefst yfirleitt ógildingar á viðkomandi úrlausn og jafnframt að íslenska ríkið endurgreiði sektargreiðsluna eða hina álögðu skatta, eftir atvikum með vöxtum. Aðfararhæfa krafan er þá gerð *samhliða* ógildingarkröfunni. Má sem dæmi nefna aðurnefndan *dóm Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014 (Vífílfell)* þar sem tiltekinn úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála var ógiltur og íslenska ríkið dæmt til að endurgreiða álagða sekt, að fjárhæð 80 milljón krónur, með dráttarvöxtum. Sjá einnig dóm *Hæstaréttar frá 22. nóvember 2018 í máli nr. 811/2017 (Fura)* þar sem ógiltir voru úrskurðir ríkisskattstjóra og yfirsattanefndar og íslenska ríkið dæmt til að endurgreiða H rúmar 83 milljón krónur með nánar tilgreindum vöxtum. Ef svo ólíklega færi að íslenska ríkið myndi ekki greiða hinar dæmdu endurgreiðslukröfur gætu dómhafar krafist aðfarar hjá sýslumanni, sbr. 1. töluliður 1. mgr. 1. gr. laga nr. 90/1989.

Þá má af dómaframkvæmd ráða að mögulegt er að koma við aðfararhæfum kröfum í málum sem eiga einhvers konar einkaréttarlega skírskotun. Sem dæmi má nefna vörumerkjamál, en ágreiningurinn í þeim er yfirleitt í reynd einkaréttarlegs eðlis (þ.e. ágreiningur um það hvort vörumerki sem A notar sé of líkt vörumerki B) þótt hann geti verið í búningi stjórnsýslumáls hjá Hugverkastofunni og áfrýjunarnefnd hugverkaréttinda á sviði iðnaðar. Má sem dæmi nefna *dóm Hæstaréttar frá 1. desember 2016 í máli nr. 97/2016 (Sushisamba)* þar sem felldur var úr gildi tiltekinn úrskurður áfrýjunarnefndarinnar og S ehf. bannað að nota vörumerkið sushisamba í rekstri sínum. Þá má nefna að krefjast má fjarlægingar á mannvirki sem reist er á grundvelli ógilds skipulags eða byggingarleyfis, sbr. *dóma Hæstaréttar frá 22. nóvember 2012 í málum nr. 137 og 138/2012 (Suðurhús)*, en við slíkar aðstæður er hin aðfararhæfa skylda lögð á eiganda mannvirkisins (einkaaðila) en ekki stjórnvaldið sjálft, þótt fjarlægingarkrafan byggji á sömu sjónarmiðum og ógildingarkrafa. Einnig má minnst á *dóm Hæstaréttar frá 9. júní 2016 í máli nr. 268/2016 (lokun flugbrautar)* þar sem íslenska ríkinu

var gert að loka brautinni NA/SV (flugbraut 06/24) á Reykjavíkurlugvelli. Í málinu var þó ekki tekist á um hefðbundna athöfn eða ákvörðun stjórnvalds, heldur var um að ræða samnings-skuldbindingu sem íslenska ríkið hafði vanefnt.

Ljóst er af framangreindu að aðfararhæfar kröfur ganga yfirleitt lengra en ógildingarkröfur og því er eðlilegt að setja þær fyrrnefndu fram eingöngu eða samhliða ógildingarkröfu þegar valið stendur á milli þessara tveggja kosta. Þegar aðili getur sett fram aðfararhæfa kröfu yrði ógildingarkrafa í reynd nokkurs konar miðjumóð og næði vart þeim markmiðum sem stefnandi stefndi að með málsókn sinni. Sem dæmi má nefna það þegar aðili telur að viðbygging nágranna síns hafi verið reist á grundvelli ólögmeats byggingarleyfis eða skipulags. Í því tilviki myndi það duga skammt að ætla að krefjast ógildingar á byggingarleyfinu því byggingin stæði enn, þrátt fyrir ógildinguna. Við ákveðnar aðstæður getur ógildingarkrafa í reynd stappað nærri lögspurningu sem er andstæð 1. mgr. 25. gr. eml., sbr. til hliðsjónar sambærilega aðstöðu í dómi *Hæstaréttar frá 26. nóvember 2015 í máli nr. 759/2015 (AGC)*. Miklu nærtækara væri að gera kröfu um fjarlægingu mannvirkisins, annaðhvort eingöngu eða samhliða ógildingarkröfunni. Slík kröfugerð næði bersýnilega þeim markmiðum sem viðkomandi stefndi að með málsókn sinni, sbr. áðurnefnda dóma *Hæstaréttar frá 22. nóvember 2012 í málum nr. 137 og 138/2012 (Suðurhús)*.

5.3 Viðurkenningarkröfur

Í 2. mgr. 25. gr. og d. lið 80. gr. eml. er gert ráð fyrir því að sá sem telur á rétti sínum brotið geti höfðað dómsmál og haft þar uppi viðurkenningarkröfu, til dæmis kröfu um að viðurkennt verði að brotið hafi verið á viðkomandi, kröfu um viðurkenningu á bótaskyldu ríkisins eða kröfu um viðurkenningu á tilteknum réttindum. Skipta má viðurkenningarkröfum í dómsmálum gegn hinu opinbera í a.m.k. fjóra flokka.

Í *fyrsta lagi* eru það kröfur um viðurkenningu á bótaskyldu stjórnvaldsins. Kröfur af þessu tagi valda sjaldnast vafa í framkvæmd, þótt vandmeðfarið geti verið að orða þær, enda þarf að lýsa vel þeirri háttsemi sem á að hafa valdið viðkomandi tjóni. Sem dæmi má nefna dóm *Hæstaréttar frá 6. desember 2018 í máli nr. 508/2017 (Makrill)* þar sem viðurkennt var að íslenska ríkið bæri „skaðabótaábyrgð á því fjártjóni sem áfrýjandi, Huginn ehf., kann að hafa beðið vegna þess að Huginn VE 55 var á árunum 2011 til 2014 með ákvörðunum Fiskistofu, sem teknar voru á grundvelli reglugerða, úthlutað minni aflaheimildum en skylt

var samkvæmt lögum nr. 151/1996 um fiskveiðar utan lögsögu Íslands.“ Helsta vandamálið sem stefnandi kann að standa frammi fyrir í málum af þessu tagi er að sanna að hann hafi orðið fyrir tjóni, en það varðar ekki kröfugerðina sem slíka heldur skilyrði skaðabóta um sönnun tjóns, en um það verður fjallað í kafla 5.4.

Í *öðru lagi* kröfur um að viðurkennt verði að stjórnvaldi sé skylt að aðhafast eitthvað, til dæmis að tálknómálstúlka kosningasjónvarp eða láta þýða námsefni á íslenskt táknmál, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 12. ágúst 2015 í máli nr. 394/2015 (námsefni á táknmáli)*. Eins og áður er rakið heyrta slíkar kröfur til undantekninga og eru þær yfirleitt taldar andstæðar því hlutverki dómstóla að *endurskoða stjórnvaldsákvarðanir*.

Í *þriðja lagi* kröfur um viðurkenningu á því að tiltekin athöfn sé lögmæt eða ólögmæt, til dæmis krafa um viðurkenningu á því að uppsögn hafi verið ólögmæt, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 21. september 2017 í máli nr. 650/2016 (biðlaun yfirlæknis)*. Fjallað hefur verið með ítarlegri hætti um kröfugerð af þessu tagi á öðrum vettvangi og vísast til þess sem þar kemur fram.⁵² Á undanförunum árum hafa dómstólar verið gjarnir á að vísa kröfum af þessu tagi frá dómi, ýmist vegna þess að þær fela í sér lögspurningu í andstöðu við 1. mgr. 25. gr. eml., eða vegna þess að aðila skortir lögvarða hagsmuni af úrlausn sakarefnis um viðkomandi kröfu.⁵³ Að mati höfundar er yfirleitt hægt að móta kröfur af þessu tagi með öðrum hætti, til dæmis í formi ógildingarkröfu eða kröfu um viðurkenningu á bótaskyldu. Af þeim sökum er eðlilegt að lögmenn forðist kröfugerð af þessu tagi til að komast hjá réttarfarsflækjum, nema ósennilegt sé að sömu markmið náist með annars konar kröfum. Í það minnsta er rétt að samhliða séu gerðar kröfur sem líklegt er að standist réttarfarspróf dómstóla.

Í *fjórdða lagi* má gera kröfur um viðurkenningu á tilteknum réttindum. Slík kröfugerð verður þó að vera ákveðin að efni til og má ekki vera óljós. Ástæðan er einkum sú að dómstólar eiga að ráða ágreiningi til lykta og dómsniðurstöður eiga því ekki að valda vafa um hvert efni þeirra er. Sem dæmi um kröfugerð sem talin var ganga upp að þessu leyti má nefna *dóm Hæstaréttar frá 9. febrúar 2017 í máli nr. 223/2016 (launaþróun)* þar sem stefnandi krafist viðurkenningar á því að íslenska ríkinu og Tryggingastofnun ríkisins hafi „frá 30. maí 2007 verið

⁵² Sjá til dæmis Hafstein Dan Kristjánsson: „Viðurkenningarkröfur um (ó)lögmæti einhvers“, bls. 39-82, Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið“, bls. 523 og áfram og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttarfarskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi“, bls. 67.

⁵³ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Viðurkenningarkröfur um (ó)lögmæti einhvers“, bls. 44-52 og 77.

óheimilt að ákvarða bætur til hennar samkvæmt lögum nr. 100/2007 um almannatryggingar án þess að fara eftir 69. gr. laganna.“ Um þessa kröfu sagði Hæstiréttur:

Er krafa áfrýjanda á því reist að með því að svo hafi ekki verið gert hafi verið farið á svig við réttmætar væntingar hennar, eignarréttur hennar hafi með því verið skertur, jafnræðis hafi ekki verið gætt við skerðingarnar og þær ekki framkvæmdar með stjórnskipulega gildum hætti. [...]Með kröfu sinni og þeim málsástæðum sem hún er reist á leitar áfrýjandi viðurkenningar dómstóla á því að löggjafinn hafi með þeim hætti sem áður er lýst farið á svig við grundvallarreglur stjórnarskrárinnar og með því skert stjórnarskrárvarin réttindi áfrýjanda. Hefur hún að þessu leyti afmarkað nægjanlega hvaða réttindi hún telur sig njóta á grundvelli 76. gr. stjórnarskrárinnar. Yrði krafa áfrýjanda tekin til greina fæli sú niðurstaða í sér að ráðið hefði verið til lykta ágreiningi um þau réttindi sem hún telur sig njóta samkvæmt stjórnarskrárákvæðinu. Fullnægir kröfugerð áfrýjanda samkvæmt þessu áskilnaði d. liðar 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991 um ákveðna kröfugerð til viðurkenningar á tilteknum réttindum.

5.4 Bótakröfur

Ef aðili telur sig hafa orðið fyrir tjóni vegna athafnar eða ákvörðunar stjórnvalds er eðlilegt fyrir viðkomandi að hann leitist við að rétta hlut sinn með því að krefjast bóta. Bótakröfur geta orðið sérstaklega raunhæfar í málum þar sem ógildingarkröfu verður ekki komið við. Sem dæmi um slíkt má nefna starfsmannamál, þar sem sá sem telur á rétti sínum brotið getur ekki fengið sig settan inn í starfið sem annar var ráðinn eða skipaður til að gegna.⁵⁴ Hagsmunir og væntingar þess sem var ráðinn eða skipaður í starfið mæla gegn því að ógildingarkrafa geti náð fram að ganga og því þarf sá sem telur á rétti sínum brotið í starfsmannamálum yfirleitt að láta duga að krefjast bóta. Sjá um þetta til dæmis *Hrd. 1999, bls. 1404 (mál nr. 81/1999) (sýslumannsembætti á Akranesi)*.

Bótakröfur í málum sem varða athafnir eða ákvarðanir stjórnvalda eru einkum þrenns konar. Í *fyrsta lagi* getur viðkomandi gert kröfu um viðurkenningu á bótaskyldu, sem áður er fjallað um. Í *öðru lagi* getur hann gert kröfu um peningagreiðslu fyrir fjártjón. Sem dæmi um þetta má nefna að ef aðili hefur orðið fyrir hagnaðarmissi vegna stjórnvalds-ákvörðunar getur hann krafist þess að viðkomandi stjórnvald (eða íslenska ríkið) verði dæmt til að greiða honum bætur sem nemur

⁵⁴ Sjá til dæmis Arnar Þór Stefánsson: *Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana* (fjölrit), bls. 54-56.

hagnaðarmissinum. Í því sambandi má nefna *dóm Hæstaréttar frá 20. september 2012 í máli nr. 416/2011 (Héðinsfjarðargöng 2)* þar sem íslenska ríkið var dæmt til að greiða Íslenskum aðalverktökum hf. og NCC International AS tæpar 260 milljón krónur með tilteknum vöxtum vegna þess hagnaðarmissis sem fyrirtækin máttu þola og var talin afleiðing af ólögmati ákvörðun Vegagerðarinnar um að hafna öllum tilboðum í gerð Héðinsfjarðargangna á árinu 2003. Munurinn á viðurkenningarkröfum og kröfu um greiðslu tiltekinna fjárhæðar er í sjálfu sér ekki annar en sá að í fyrrnefnda tilvikinu er ekki tekist á um fjárhæð tjónsins, en sá sem höfðar slíkt mál verður þó að sanna að hann hafi orðið fyrir tjóni. Viðurkenningarmál getur því í ákveðnum tilvikum verið undanfari dómsmáls þar sem gerð er krafa um peningagreiðslu. Sem dæmi um þetta má nefna áðurnefndan dóm um greiðslu bóta vegna útboðs Héðinsfjarðargangna, en um það voru rekin tvo dómsmál. Annars vegar dómsmál um viðurkenningu bótaskyldunnar, en fallist var á þá kröfu í *Hrd. 2005, bls. 4506 (mál nr. 182/2005) (Héðinsfjarðargöng 1)*, og hins vegar dómsmál þar sem tekist var á um fjárhæð bótanna, sbr. áðurnefndan *dóm Hæstaréttar frá 20. september 2012 í máli nr. 416/2011 (Héðinsfjarðargöng 2)*. Hver er þá tilgangurinn með höfðun viðurkenningarmáls? Er ekki nóg að höfða eingöngu dómsmál um fjárhæð bótanna? Svarið við þessu er í sjálfu sér já, en það getur verið taktísk ákvörðun hjá lögmanni að höfða viðurkenningarmálið fyrst. Slíkt mál er einfaldara í sniðum og krefst ekki sömu sönnunarfærslu og í bótamálum þar sem gerð er krafa um greiðslu peninga, en í þeim þarf yfirleitt að færa sönnur á fjárhæð tjónsins með dómkvaðningu matsmanna. Ef bótaskylda er ekki fyrir hendi er kostnaðarminna fyrir umbjóðandann að fá leyst úr því með einföldum og skjóttum hætti í viðurkenningarmáli í stað þess að eyða tíma og peningum í að flytja mál sem getur verið flókið frá bæði lögfræðilegu og tæknilegu sjónarhorni.

Í þriðja lagi getur sá sem telur sig hafa orðið fyrir tjóni gert kröfu um greiðslu miskabóta samkvæmt b. lið 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993. Miskabætur eru bætur fyrir ófjárhagslegt tjón, til dæmis ef stjórnvaldsákvörðun er sérstaklega móðgandi eða íþyngjandi fyrir þann sem hún beinist gegn.⁵⁵ Færst hefur í aukana á undanförunum árum að gerð sé miskabótakrafa vegna athafna og ákvarðana stjórnvalda og eru gildar ástæður fyrir því, eins og síðar verður rakið.

⁵⁵ Einar Karl Hallvarðsson: „Miskabótakröfur í málum er varða réttarstöðu opinberra starfsmanna“, bls. 87-91.

Í eftirfarandi umfjöllun verður fjallað nánar um hvernig skilyrði skaðabóta horfa við í málum þar sem gerð er krafa um bætur fyrir fjártjón og miska vegna athafna og ákvarðana stjórnvalda. Ekki verður fjallað í ítarlegu máli um almenn skilyrði bótaréttar, heldur verður sjónum beinst að því hvernig skilyrðin horfa við í málum af þessu tagi. Um almenn skilyrði skaðabóta vísast til fræðirita um það efni.⁵⁶

5.4.1 Bætur fyrir fjárhagslegt tjón

Meginregla íslensks réttar um bótaskyldu hins opinbera er sakarreglan, en frumskilyrði þess að til bótaskyldu geti stofnast á grundvelli hennar er að tjónþoli sýni fram á að tjónvaldur hafi valdið tjóni með saknæmri og ólögmati háttsemi.⁵⁷ Stjórnvöld geta í undantekningartilvikum verið bótaábyrg á grundvelli svokallaðrar hlutlægrar ábyrgðarreglu, en í þeim tilvikum þarf ekki að sanna að stjórnvaldið hafi sýnt af sér sök. Sem dæmi um slíka reglu má nefna 51. gr. skipulagslaga nr. 123/2010.

Ljóst má vera að ekki er full samkvæmni í dómaframkvæmd um hversu strangar kröfur eigi að gera til sönnunar um saknæmi stjórnvalda. Þannig eru dæmi um að Hæstiréttur hafi talið að brot stjórnvalds gegn lögum hafi sjálfkrafa bótaskyldu í för með sér, sbr. *dóm Hæstaréttar 26. júní 2018 í máli nr. 637/2017 (sveitarfélagið Ölfus)* þar sem talið var að málsmeðferð sveitarfélags við uppsögn starfsmanns hafi verið í andstöðu við 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Komst Hæstiréttur síðan þannig að orði að þegar af þeirri ástæðu væri talið að brottvikningin hafi verið ólögmet og voru starfsmanninum dæmdar bætur, bæði fyrir fjártjón og miska. Önnur niðurstaða var aftur á móti í *dómi Hæstaréttar 19. október 2017 í máli nr. 684/2016 (skotveiðifélag)* þar sem mun ríkari kröfur voru gerðar til sönnunar á skilyrðinu um saknæmi:

Dómur Hæstaréttar 19. október 2017 í máli nr. 684/2016 (skotveiðifélag): Í málinu hafði sveitarfélagið R veitt S starfsleyfi fyrir skotvöll á Álfsnesi. Íbúasamtökin K og tveir einstaklingar kærðu útgáfu þess til umhverfisráðherra og var leyfið fellt úr gildi með úrskurði hans. Með dómi Hæstaréttar í máli nr. 651/2013 var úrskurðurinn felldur úr gildi en hver aðila látinn bera sinn kostnað af málinu í héraði og fyrir Hæstarétti. S höfðaði í kjölfarið mál og krafðist aðallega skaðabóta úr hendi íslenska ríkisins á þeim grunni að ríkið hefði valdið sér tjóni vegna þess kostnaðar sem S hefði þurft að bera af því að sækja rétt sinn í fyrrgreinda málinu. Til vara krafðist S þess

⁵⁶ Sjá einkum Eirík Jónsson og Viðar Má Matthíasson: *Bótaréttur I – Skaðabótaréttur*.

⁵⁷ Sjá ítarlega umfjöllun um sakarregluna í Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I – Skaðabótaréttur*, bls. 93-213.

að skaðabótaskyld ríkisins yrði viðurkennd. Hæstiréttur taldi að í framangreindum dómi hefði verið komist að rökstuddri niðurstöðu með túlkun á viðeigandi lagareglum. S hefði ekki sýnt fram á að starfsmenn ráðuneytisins hefðu á grundvelli sakar valdið sér tjóni af ásetningi eða gáleysi þannig að hann gæti sótt bætur úr hendi ríkisins vegna kostnaðar hans af rekstri málsins. Skilyrðinu um saknæmi væri því ekki fullnægt og íslenska ríkið þar af leiðandi sýknað af kröfum S.

Í dómnum er *ekki* talið að röng lagatúlkun, sem leiddi til ólögþráttar ákvörðunar, nægði til þess að skilyrðinu um saknæmi væri fullnægt. Hér eru því gerðar strangari kröfur til sönnunar á saknæmi en til dæmis í mörgum líkamstjónamálum, þar sem tíðkast hefur að beita svokölluðu reglufestu saknæmi. Með því er átt við að brot á tiltekinni háttternisreglu leiðir þegar af þeirri ástæðu til skaðabótaskyldu.⁵⁸ Ljóst er jafnframt að afar erfitt getur verið fyrir aðila að stjórnsýslumáli að gera sennilegt að stjórnvald hafi hagað sér með sérstaklega saknæmum hætti, til dæmis að starfsmenn stjórnvaldsins hafi gegn betri vitund tekið ólögþráttar ákvörðun. Á hinn bóginn getur hafa skipt máli í umræddum dómi að eingöngu var um að ræða ranga *lagatúlkun*. Hér má til hliðsjónar benda á að það væri of strangur mælikvarði að dæma lögmann bótaskyldan fyrir að hafa túlkað lög með öðrum hætti en dómstólar (nema að túlkun hans hafi verið óforsvaranleg). Ekki er ráðrúm til að kafa dýpra ofan í þetta efni, en ástæða þykir til þess að hvetja til nánari rannsóknar á því, þ.e. hvenær háttsemi stjórnvalda telst saknæm og ólögþráttar og hvort umrædd skilyrði geti horft öðruvísi við eftir því um hvers konar mál er að ræða og hvers eðlis brot stjórnvaldsins er.

Annað skilyrði skaðabóta er að sýna þarf fram á orsakatengsl, þ.e. að hin ólögþráttar háttsemi hafi leitt til tjóns fyrir tjónþola. Ekki er nóg að sýna fram á annaðhvort að tjónvaldur hafi viðhaft ólögþráttar háttsemi eða að tjónþoli hafi orðið fyrir tjóni, heldur er einnig gert að skilyrði að sýni fram á að háttsemin sé *orsök* tjónsins.⁵⁹ Í tilviki athafna og ákvarðana stjórnvalda er gerð sú krafa að sá sem telur sig hafa orðið fyrir tjóni sýni fram á að stjórnvaldsákvörðun hefði átt að vera honum hagfelld, sbr. til dæmis *Hrd. 2002, bls. 3373 (sorpörgun)*.⁶⁰ Sem dæmi má nefna að í starfsmannamálum þarf sá sem telur sig hlunnfarinn að gera sennilegt að hann hefði verið ráðinn í starfið ef gætt hefði verið réttra

⁵⁸ Sjá Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I – Skaðabótaréttur*, bls. 133.

⁵⁹ Sjá nánari umfjöllun í Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I – Skaðabótaréttur*, bls. 337-359.

⁶⁰ Arnar Þór Stefánsson: *Um ógildinguna stjórnvaldsákvæðana (fjölrit)*, bls. 64.

laga og málsmeðferðar.⁶¹ Erfitt getur reynst að sýna fram á þetta skilyrði, enda er oft illmögulegt að spá fyrir um það sem hefði orðið. Hefur þetta á öðrum stað verið nefndur „aðalhöfuðverkur“ málsaðila í málum af þessu tagi, og undir það má taka.⁶² Sjá um þetta eftirfarandi dóma:

Dómur Hæstaréttar 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010 (embætti héraðsdómara). Í málinu var komist að þeirri niðurstöðu að skipun í embætti héraðsdómara hefði verið ólögmat. Dómnefnd samkvæmt 12. gr. laga nr. 15/1998 um dómstóla komst að þeirri niðurstöðu að G og tveir aðrir hefðu verið mjög hæfir til að gegna embættinu. Ráðherra skipaði á hinn bóginn umsækjanda sem nefndin taldi að stæði framangreindum þremur umsækjendum að baki þrátt fyrir að sá teldist hæfur til að gegna embætti héraðsdómara. Ekki var talið liggja fyrir að G hefði staðið næst því að hljóta embættið og voru íslenska ríkið og Á því sýknuð af kröfu G um viðurkenningu á skaðabótaskyldu vegna fjártjóns hans.

Dómur Hæstaréttar 24. nóvember 2011 í máli nr. 162/2011 (lóðaúthlutun í Kópavogi II). A og L sóttu um byggingarrétt á lóð sem var auglýst. Sveitarfélagið K hafnaði umsókn A og L en fram kom að þau höfðu verið talin uppfylla lágmarksviðmið um möguleika á fjármögnun framkvæmda. Þau hefðu á hinn bóginn ekki komist að í útdrætti um lóð. A og L kærðu synjunina til félagsmálaráðuneytisins sem komst að þeirri niðurstöðu að úthlutunin hefði verið ólögmat. Einhverjir þeir sem hefðu sótt um þessar sömu lóðir hefðu sótt um til vara og fengið þær úthlutaðar. Af samanburði af högum A og L og þeirra sem fengu úthlutað lóðina sem um var að ræða ályktaði Hæstiréttur að þau hefðu að minnsta kosti staðið þeim jafnfætis til að fá úthlutun á grundvelli úthlutunarreglna K. Hæstiréttur taldi að A og L hefði verið mismunað freklega og á ólögmatan hátt af K með því að útiloka þau frá því að koma til álita við úthlutun á byggingarrétti á þeim tveimur lóðum sem þau sóttu um til vara. A og L voru á hinn bóginn ekki talin hafa sýnt fram á að þau hafi staðið framar öðrum umsækjendum um þessar lóðir þannig að þau gætu krafist bóta fyrir missi hagnaðar af því að hafa ekki fengið rétt úthlutað. Staðfestur dómur héraðsdóms um sýknu K af kröfu þeirra um bætur fyrir fjárhagslegt tjón.

Sambærileg niðurstaða var í *dómi Hæstaréttar 4. desember 2008 í máli nr. 181/2008 (lóðaúthlutun í Kópavogi I)* þar sem kom fram að ósannað væri að úthlutunarreglur Kópavogsbæjar hafi falið í sér að I og S hafi átt „skýlausan rétt á að fá lóðina og þá um leið að þau hafi orðið fyrir tjóni við að missa af henni, sem [Kópavogsbæ] sé skylt að bæta þeim.“

⁶¹ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 76.

⁶² Arnar Þór Stefánsson: *Um ógildingu stjórnvaldsáskvarðana (fjölrit)*, bls. 64.

Í þessu sambandi má nefna að ef líkurnar á því hvernig mál hefði farið eru jafnar er eðlilegt að stjórnvaldið sé sýknað, enda þarf sá sem höfðar málið a.m.k. að sýna fram á að meiri líkur en minni séu á að ákvörðun hefði verið honum hagfelld. Um þetta má vísa til eftirfarandi dóms:

Dómur Hæstaréttar 18. júní 2009 í máli nr. 604/2008 (vanhæfi dómara). P hafði höfðað mál gegn L og krafist bóta vegna tjóns sem hann taldi sig hafa orðið fyrir vegna ólögmaetra athafna L. Úrslit málsins í Hæstarétti á árinu 1997 urðu þau að þrír dómamar vildu sýkna L en tveir dómamar skiluðu sératkvæði og vildu taka kröfu P til greina. Árið 2003 komst mannréttindadómstóll Evrópu að þeirri niðurstöðu að einn þriggja dómara sem skipuðu meirihluta Hæstaréttar hafi verið vanhæfur til setu í dóminum vegna fjárhagslegra tengsla við L og með því hafi verið brotið gegn 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. mannréttinasáttmála Evrópu. Taldi P íslenska ríkið bera fébótaábyrgð gagnvart sér annars vegar vegna þess að hann hafi ekki notið réttlátrar málsmeðferðar og hins vegar þar sem það hafi ekki rétt hlut hans nægjanlega í kjölfar niðurstöðu mannréttindadómstólsins. Um orsakatengsl á milli tjóns P og þátttöku vanhæfs dómara í máli hans sagði Hæstiréttur: „Við meðferð hæstaréttarmáls nr. 210/1996 var Hæstiréttur Íslands skipaður fimm dómurum. Ef frá er talið atkvæði hins vanhæfa dómara við meðferð málsins féllu atkvæði jafnt þar sem tveir dómamar sýknuðu Landsbanka Íslands af kröfu áfrýjanda, en tveir vildu taka kröfu hans á hendur bankanum til greina. Á það verður fallist með héraðsdómi, að ógerlegt er eins og mál þetta er vaxið að geta sér til um það á hvern veg atkvæði hefðu fallið í Hæstarétti ef annar dómari hefði frá öndverðu skipað dóminn í stað þess sem með réttu átti að víkja sæti við meðferð málsins. Sama myndi eiga við ef lögum um meðferð einkamála hefði verið breytt á þann veg sem áfrýjandi mæltist til um og mál hans endurupptekið og dæmt í Hæstarétti á nýjan leik í skjóli slíkrar lagaheimildar. Er í því tilviki einnig útilokað að leiða að því líkur, hvernig atkvæði hefðu fallið í endurskipuðum Hæstarétti. Er því ekki fullnægjandi af hálfu áfrýjanda að vísa til þess, fjárkröfu sinni til stuðnings, að Hæstiréttur kynni að hafa komist að annarri niðurstöðu hefði hann verið skipaður öðrum dómendum við meðferð málsins. Er þar aðeins um getgátur að ræða, en ekki fullnægjandi sönnun fyrir orsakatengslum milli ætlaðs tjóns áfrýjanda og þess að ekki var fylgt reglum 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. mannréttinasáttmálans, en slík sönnun er forsenda þess að áfrýjanda verði dæmdar bætur á þessum grundvelli úr hendi stefnda. Málsástæðu áfrýjanda sem byggir á þessum grunni er því hafnað.“

Þriðja skilyrðið sem hér skiptir máli er að sá sem krefst bóta þarf að sýna fram á að hann hafi orðið fyrir tjóni vegna viðkomandi

ákvörðunar eða athafnar stjórnvaldsins.⁶³ Eins og áður er rakið er þetta yfirleitt gert með dómkvaðningu matsmanna ef þörf er á sérfræðikunnáttu til að leggja mat á tjónið. Í sumum tilvikum getur sönnunin verið einfaldari í sniðum, til dæmis ef deilt er um ólögmæta uppsögn starfsmanns. Ef viðkomandi starfsmaður er kominn með aðra vinnu í kjölfar uppsagnarinnar er það skilyrði fyrir bótum vegna fjártjóns að laun hans í nýja starfinu séu lægri en í því gamla, enda hefur hann ekki orðið fyrir fjártjóni ef hann er nú launahærri en áður. Ef nýja starfið gefur ekki eins mikið í vasann og hið gamla nægir að setja kröfuna fram með þeim hætti að bera saman tekjur viðkomandi í nýja og gamla starfinu og margfalda með þeim árafjölda sem hann á eftir á vinnumarkaði. Sjaldan er fallist á fjárhæð slíkra krafna, enda er framtíðin háð ýmsum óvissuþáttum. Í dæmaskyni má nefna að ef viðkomandi er ungur að árum gæti hann allt eins fengið starf með mun hærri launum síðar. Vegna þessara óvissuþátta eru bætur í málum af þessum toga ákvarðaðar að álítum, að teknu tillit til aldurs viðkomandi, menntunar, launatekna, atvinnumöguleika og atvika að öðru leyti, sbr. orðalag Hæstaréttar í aðurnefndum *dómi réttarins 26. júní 2018 í máli nr. 637/2017 (sveitarfélagið Ölfus)*. Þá reyndi í *dómi Hæstaréttar 19. desember 2017 í máli nr. 592/2017 (Landsréttur)* með áhugaverðum hætti á sönnun fjártjóns.

5.4.2 Bætur fyrir miska

Í b. lið 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga kemur fram að heimilt sé að láta þann sem ábyrgð ber á ólögmætri meingerð gegn frelsi, friði, æru eða persónu annars manns greiða miskabætur til þess sem misgert var við. Hér eru nokkur atriði sem þarf að staldra við.

Í *fyrsta lagi* er *ólögmæt meingerð* meginskilyrði miskabóta. Hugtakið er ekki alls kostar skýrt en í dómaframkvæmd hefur verið lagt til grundvallar að með því sé átt við að tjóni verður að vera valdið með ásetningi eða *verulegu* gáleysi tjónvalds, sbr. *dóm Hæstaréttar 1. júní 2017 í máli nr. 768/2016 (ferðaþjónusta fatlaðra)*. Ólögmæt meingerð felur því í sér, a.m.k. í orði kveðnu, strangara saknæmisskilyrði en á við um bætur fyrir fjártjón, þar sem almennt (einfalt) gáleysi nægir. Eins og rakið er í riti Eiríks Jónssonar og Viðars Mús Matthíassonar um skaðabótarétt má af dómaframkvæmd ráða að stundum séu, þrátt fyrir þetta, tiltölulegar vægar kröfur gerðar í þessum efnum.⁶⁴ Taka má undir þessi sjónarmið

⁶³ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 76.

⁶⁴ Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I – Skaðabótaréttur*, bls. 562.

og er erfitt að finna fullt samræmi í dómaframkvæmd hvað þetta varðar. Þannig má sem dæmi nefna að málsaðilum í dómi *Hæstaréttar 24. nóvember 2011 í máli nr. 162/2011 (lóðaúthlutun í Kópavogi II)* voru dæmdar miskabætur fyrir að fá ekki lóð úthlutað í Kópavogi.⁶⁵ Á hinn bóginn var sýknað af miskabótakröfu í áður nefndum dómi *Hæstaréttar 1. júní 2017 í máli nr. 768/2016 (ferðaþjónusta fatlaðra)*, en komist hafði verið að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga þegar málsaðilar, sem voru fatlaðir einstaklingar á Sólheimum sóttu um ferðaþjónustu á vegum viðkomandi sveitarfélags. Þótt gæði þess að búa í Kópavogi séu alþekkt má færa afar sterk rök fyrir því að hagsmunir málsaðila í fyrra málinu hafi verið smávægilegar samanbornir við hagsmuni hinna fötluðu einstaklinga í síðara málinu af því að fá ferðaþjónustu. Ljóst virðist þó að í málunum leggur Hæstiréttur ríkari áherslu á eðli og alvarleika *brots* stjórnvaldsins fremur en hagsmuni þess sem ákvörðunin eða athöfnin beinist gegn. Í lóðaúthlutunarmálinu var talið að málsaðilum hefði verið mismunað „fleklega“ og hefði Kópavogsbær því brotið gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga, sem er ein af þýðingarmestu efnisreglum stjórnsýsluréttarins. Í hinu málinu var aftur á móti komist að niðurstöðu um brot á 10. gr. stjórnsýslulaga, sem er form- en ekki efnisregla og því að jafnaði ekki eins þýðingarmikil og efnisreglur stjórnsýsluréttar.

Í öðru lagi eru ferns konar verndarhagsmunir tilteknir í b. lið 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga, þ.e. frelsi, friður, æra eða persóna annars manns.⁶⁶ Sjaldan reynir á fyrstu tvö atriðin í dómaframkvæmd, enda varða flest dómsmálin ákvarðanir eða athafnir stjórnvalda sem taldar eru bitna á orðspori eða öðrum sambærilegum hagsmunum viðkomandi. Í áður nefndum dómi *Hæstaréttar 24. nóvember 2011 í máli nr. 162/2011 (lóðaúthlutun í Kópavogi II)* var miskabótaskylda Kópavogsbæjar aftur á móti ekki heimfærð undir tiltekna verndarhagsmuni b. liðar 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga, heldur var látið nægja að fullyrða að ákvörðun bæjarins hafi „bitnað á“ áfrýjendum og væri hún „þess eðlis“ að fullnægt væri skilyrðum lagaákvæðisins. Þessi niðurstaða er gagnrýni-verð, enda er afar erfitt að sjá hvernig það gat bitnað á æru eða persónu málsaðilanna að fá ekki úthlutað lóð í Kópavogi. Hefði raunar mátt færa sterk rök fyrir því að miskabótaskylda væri ekki fyrir hendi, þar

⁶⁵ Þess má geta að í öðru sambærilegu máli vegna lóðaúthlutunar í Kópavogi var ekki gerð krafa um miskabætur, en sýknað var af bótakröfu fyrir fjártjón, sbr. *dóm Hæstaréttar 4. desember 2008 í máli nr. 181/2008 (lóðaúthlutun í Kópavogi I)*.

⁶⁶ Einar Karl Hallvarðsson: „Miskabótakröfur í málum er varða réttarstöðu opinberra starfsmanna“, bls. 90-91.

sem ekki væri brotið gegn þeim hagsmunum sem lagaákvæðinu væri ætlað að vernda. Gagnstætt þessari niðurstöðu voru færð rök fyrir því í *dómum Hæstaréttar 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010 (embætti héraðsdómara)* og *19. desember 2017 í máli nr. 592/2017 (skipun Landsréttardómara)* með hvaða hætti ákvörðun var talin bitna á umræddum verndarhagsmunum, en í báðum dómunum var talið að ákvörðun ráðherra hefði að „ófyirsýnju bitnað á orðspori“ viðkomandi umsækjanda. Tjón á orðspori má væntanlega heimfæra bæði undir æru og persónu þess sem ákvörðun beinist gegn.

Í þriðja lagi er fróðlegt að í dómaframkvæmd hefur ekki verið gert að skilyrði að sá sem krefst miskabóta færi sönnur á að stjórnvaldsákvörðun hefði átt að vera honum í hag. Dómstólar hafa, með öðrum orðum, slakað á kröfunni um orsakasamband þegar kemur að miskabótakröfum. Um þetta má vísa sérstaklega til *dóms Hæstaréttar 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010 (embætti héraðsdómara)*. Í málinu hafði íslenska ríkið og viðkomandi ráðherra verið sýknaðir af kröfu vegna fjártjóns eins umsækjandans þar sem honum hafi ekki tekist sönnun um að hann stæði öðrum umsækjendum framur. Umsækjandanum voru aftur á móti dæmdar miskabætur og sagði meirihluti Hæstaréttar (þrír dómáttarar) að engu breytti þótt umsækjandinn hafi verið metinn jafnhæfur tveimur öðrum umsækjendum og því ekki átt lögvarinn rétt á að hljóta embættið. Minnihluti réttarins (tveir dómáttarar) var á öðru máli og vildi sýkna af miskabótakröfunni, m.a. á þeim grundvelli að ekki væri uppfyllt skilyrði um orsakasamband. Niðurstaða meirihlutans hefur orðið ofan á í framkvæmd, en í margnefndum *dómi Hæstaréttar 24. nóvember 2011 í máli nr. 162/2011 (lóðaúthlutun í Kópavogi II)* segir sérstaklega að ekki ráði úrslitum um miskabótakröfu málsaðila þótt þeir hafi ekki sýnt fram á að þeir hafi átt rétt á að fá úthlutað byggingarrétti á grundvelli umsóknar sinnar.

Í fjórða lagi eru ekki gerðar strangar kröfur um sönnun tjóns þegar kemur að miskabótakröfum. Tjónþoli þarf að sanna að skilyrði séu fyrir hendi til að dæma miskabætur, en þar sem bæturnar eru ófjárhagslegar þarf ekki að færa sönnur á fjárhæð tjónsins, eins og í tilviki bóta fyrir fjártjón.⁶⁷ Í staðinn eru bætur ákvarðaðar að álitum, þar sem m.a. er litið til þess hversu alvarlegt brotið er og hversu þýðingarmiklir þeir hagsmunir eru sem brotið beinist gegn. Af *dómum Hæstaréttar 11. apríl 2017 í máli nr. 544/2016 (sjúkraskrá)* og *11. október 2018 í máli nr. 827/2017 (yfirmaður rannsóknardeildar fíkniefnamála)* má þó ráða að sönnunarfærsla um ófjárhagslegt tjón, eins og vottorð frá sálfræðingi eða lækni um

⁶⁷ Eiríkur Jónsson og Víðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I – Skaðabótaréttur*, bls. 211.

andlega vanlíðan viðkomandi í kjölfar hinnar umdeildu ákvörðunar stjórnvaldsins, getur haft þýðingu við mat á fjárhæð bótanna. Af fyrrnefnda dóminum má ljóst vera að miskabætur voru ákvarðaðar nokkuð lágar (200.000 krónur) m.a. með hliðsjón af því að „engin viðhlítandi sönnunarfærsla“ hafði farið fram um það ófjárhagslega tjón sem viðkomandi taldi sig hafa orðið fyrir. Í síðarnefnda dóminum voru bætur á hinn bóginn ákvarðaðar háar (1.500.000 krónur), en í málinu lágu fyrir tvö læknisvottorð um óvinnufærni málsaðila vegna andlegrar vanheilsu. Kom m.a. fram í öðru vottorðinu að í kjölfar hinnar umdeildu ákvörðunar hefði viðkomandi upplifað „andlegt hrun“. Af forsendum Hæstaréttar má glöggjt ráða að fjárhæð bótanna er ákvörðuð út frá þeim lýsingum sem fram koma í umræddum læknisvottorðum, en sérstaklega er vísað til þess af hálfu réttarins að hin umdeilda ákvörðun hafi haft mikil áhrif á viðkomandi.

5.4.3 Samanburður á skilyrðum bóta fyrir fjártjón og miska

Af framangreindu er ljóst að nokkur munur er á skilyrðum fyrir greiðslu fjártjóns- og miskabóta í málum gegn hinu opinbera. Í tilviki miskabóta er slakað á skilyrðinu um orsakasamband, auk þess sem ekki eru gerðar kröfur til þess að bótafjárhæð sé sönnuð með afgerandi hætti, þótt sönnunarfærsla í þeim efnum geti haft áhrif á fjárhæð bótanna. Saknæmiskrafan er á hinn bóginn (a.m.k. í orði kveðnu) strangari í tilviki miskabóta en bóta fyrir fjártjón, þótt dómaframkvæmd sé ekki að fullu samrýmanleg. Þrátt fyrir að finna megi dóma þar sem ekki virðast gerðar ríkar kröfur gerðar í þessum efnum verður að ganga út frá því að sá sem krefst miskabóta verði a.m.k. að sýna fram á *verulegt* gáleysi.

Að sjálfsögðu er það matsatriði hverju sinni hvort lögmenn gera bótakröfu og hvort þeir geri þá kröfu um bætur fyrir fjártjón og/eða miska. Fyrir það fyrsta er ljóst að bótakröfur eiga alls ekki alltaf við, en þegar slík tilvik koma upp getur verið skynsamlegt að setja þær fram. Á þetta einkum við í þeim tilvikum þar sem erfitt getur verið að gera kröfu um ógildingu, til dæmis þegar sjónarmið mæla gegn því að fallast á ógildingarkröfu, eins og í tilviki starfsmannamála, eða þegar ólíklegt er að krafa um athafnaskyldu stjórnvalds náí fram að ganga vegna þeirra atriða sem rakin eru í kafla 2.3.2. Í slíkum tilvikum þarf sérstaklega að leggja mat á hvort viðeigandi geti verið að gera kröfu um miskabætur, en kosturinn við slíkar kröfur eru að þær eru ávallt dómtekar og vart getur komið til greina að vísa þeim frá dómi, að því gefnu að önnur réttarfarsskilyrði séu uppfyllt, svo sem um lögvarða

hagsmuni sóknaraðila af úrlausn málsins. Ástæðan er einkum sú að miskabætur eru dæmdar að álitum og ekki þarf að sanna annað en að skilyrði b. liðar 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga séu uppfyllt. Þröskuldarnir til þess að ná fram bótakröfu fyrir fjártjón eru að mörgu leyti hærri en í tilviki miskabóta, enda þarf að sýna fram á tjón með afgerandi hætti og sanna orsakatengsl. Eins og áður er rakið getur það í mörgum tilvikum verið afar vandasamt.

Að lokum má nefna að dómstólar hafa í nokkrum tilvikum komist að þeirri niðurstöðu að ekki sé mögulegt að gera bótakröfu samhliða ógildingarkröfu (eða kröfu um viðurkenningu á ólögmati ákvörðunar). Hefur þá verið litið svo á að krafa um ógildingu sé í reynd ekki annað en málsástæða til stuðnings bótakröfu málsaðilans og hann hafi því ekki lögvarða hagsmuni af því að fjallað sé sjálfstætt um ógildingarkröfuna.⁶⁸ Hefur þetta verið gert bæði þegar um er að ræða kröfu um bætur fyrir fjártjón, sbr. meðal annars *dóm Hæstaréttar 11. júní 2009 í máli nr. 298/2009 (nauðungarsala)*, og þegar um er að ræða bætur fyrir miska, sbr. *Hrd. 1999, bls. 1404 (mál nr. 81/1999) (sýslumannsembætti á Akranesi)*. Í fyrra málinu gerði málsaðili tvíþætta kröfu, annars vegar kröfu um viðurkenningu á því að ranglega hafi verið staðið að nauðungarsölu og hins vegar kröfu um bætur vegna tjóns sem hann taldi sig hafa orðið fyrir vegna þess sem aflaga hafði farið við nauðungarsöluna. Um fyrri kröfuna sagði Hæstiréttur: „Ljóst er að fyrri hluti kröfunnar felur aðeins í sér málsástæðu fyrir síðari hluta hennar. Sóknaraðili hefur ekki lögvarða hagsmuni af því að fá sérstakan viðurkenningardóm um hana.“ Var fyrri hluta kröfunnar því vísað frá dómi. Sambærileg niðurstaða var varðandi ógildingarkröfu í dómi *Hæstaréttar 11. október 2018 í máli nr. 827/2017 (yfirmaður rannsóknardeildar fikniefnumála)*. Í áðurnefndum *Hrd. 1999, bls. 1404 (mál nr. 81/1999) (sýslumannsembætti á Akranesi)* gerði málsaðilinn kröfu annars vegar um ógildingu á ákvörðun dómsmálaráðherra um að fela honum að gegna embætti sýslumanns á Hólmavík í stað sýslumannsembættis á Akranesi. Hins vegar gerði hann kröfu um bætur fyrir miska sem hann taldi ákvörðunina hafa valdið sér. Um þetta sagði Hæstiréttur: „Telja verður síðari kröfu sóknaraðila á hendur varnaraðila reista á þeirri grunnröksemd, að framangreind ákvörðun dómsmálaráðherra um flutning hans í embætti hafi ekki verið skuldbindandi og varði því bótaskyldu. Verður því ekki leyst úr miskabótakröfu sóknaraðila án þess að taka afstöðu til þessarar röksemdar. Hins vegar hefur

⁶⁸ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Viðurkenningarkröfur um (ó)lögmati einhvers“, bls. 47-48.

sóknaraðili ekki sýnt fram á, að hann hafi af því hagsmuni að lögum, að jafnframt þessu verði sérstaklega viðurkennt með dómi ólögsmæti og ógildi þessarar ákvörðunar. Ber því að vísa fyrri lið í fyrri kröfu sóknaraðila frá héraðsdómi.”

Telja verður þessa nálgun Hæstaréttar varhugaverða, enda eru ekki öll sömu skilyrði fyrir því að fá ákvörðun ógilta eins og að fá bætur dæmdar, hvort sem er bætur fyrir fjártjón eða miska. Skilyrði ógildingar eru eingöngu þau að sýna þarf fram á að brotið hafi verið gegn efnis- eða formreglum stjórnsýsluréttarins, að brotið sé verulegt og ekki séu hagsmunir sem mæla gegn því að ógildingarkrafan nái fram að ganga.⁶⁹ Skilyrði bóta eru fleiri og strangari, eins og áður er rakið, meðal annars um sönnun tjóns og orsakasambands í tilviki bóta fyrir fjártjón og skilyrði um verulegt gáleysi í tilviki miskabóta. Ljóst er því að málsaðili hlýtur yfirleitt að hafa lögvarða hagsmuni af því að fá sérstaklega skorið úr um ógildingarkröfu sína. Að öðrum kosti gæti hann lent í því að ógildingarkröfu hans sé vísað frá dómi og viðkomandi stjórnvald síðan sýknað af bótakröfunni, til dæmis vegna þess að ekki tókst sönnun um tjón, þótt skilyrði hefðu verið uppfyllt til þess að fá viðkomandi ákvörðun ógilta. Ekki er fullnægjandi í slíkum tilvikum að mögulega megi ráða af forsendum dómsins að ákvörðunin hafi verið ólögsmæt og ógildanleg. Ljóst er enda að erfitt getur verið að framfylgja því sem aðeins kemur fram í forsendum, enda geta aðilar mögulega haft mismunandi skilning á því sem þar kemur fram – öfugt við dómsorð sem ávallt eru afgerandi um hina efnislegu niðurstöðu dómstóla. Þá er ekki útilokað að dómstólar sýkni stjórnvald af bótakröfu án þess að taka með afgerandi hætti afstöðu til þess hvort hin undirliggjandi ákvörðun hafi verið ógildanleg. Þessu til viðbótar gæti það haft neikvæð áhrif á ákvörðun um málskostnað málsaðila ef efnisleg niðurstaða er að endingu um sýknu stjórnvaldsins.

Í framangreindu sambandi má nefna áður nefndan *dóm Hæstaréttar 1. júní 2017 í máli nr. 768/2016 (ferðaþjónusta fatlaðra)* þar sem ákvörðun sveitarfélags var ógilt með dómi en hafnað var kröfu málsaðila um greiðslu miskabóta. Niðurstaða dómsins sýnir með óyggjandi hætti fram á að skilyrði fyrir ógildingu (eða að fallist sé á kröfu um viðurkenningu á ólögsmæti) og bótum eru ekki þau sömu og því er eðlilegt að ógildingarkröfur fái að „hanga inni“ í dómsmálum sem þessum.

⁶⁹ Arnar Þór Stefánsson: Um ógildingu stjórnvaldsákvarðana (fjölrit), bls. 6.

6. *Samantekt*

Í þessari grein var fjallað um helstu atriði sem hafa þarf í huga þegar höfðuð eru dómsmál til þess að hnekkja athöfnum eða ákvörðunum stjórnvalda. Lögð var áhersla á að fjalla um efnið út frá hagnýtu sjónarhorni og með hliðsjón af dómaframkvæmd Hæstaréttar. Þá var einkum staldrað við atriði sem hingað til hafa hlotið litla athygli, en í staðinn fjallað með kjarnyrtari hætti um efni sem aðrir hafa greint með ítarlegum hætti. Í þessum kafla verða þýðingarmestu niðurstöður greinarinnar dregnar saman í stuttu máli.

Í *öðrum kafla* greinarinnar var fjallað um endurskoðunarvald dómstóla og takmörk þess. Bent var á að efnislegt endurskoðunarvald dómstóla er yfirleitt víðtækt í framkvæmd og tekið undir með fræðimönnum um það að dómstólar endurskoði sérstaklega vel mál þar sem reynir á réttarfarsleg álítaefni. Þá var með ítarlegum hætti fjallað um takmarkanir á efnislegri endurskoðun dómstóla og m.a. varpað ljósi á að Hæstiréttur hefur í sumum tilvikum talið að dómstólar geti ekki endurskoðað sérfræðilegt mat stjórnvalda, en í öðrum tilvikum hafa dómstólar kafað djúpt ofan í sérfræðileg atriði. Ekki er ljóst hvað skýrir þetta misræmi og var í greininni bent á að lítið væri eftir af rétti manna til aðgangs að dómstólum ef dómstólar gætu ekki endurskoðað stjórnvaldsákvæðanir þar sem reynir á aðra sérþekkingu en lögfræðilega. Einnig var í öðrum kafla fjallað um þær takmarkanir á endurskoðunarvaldinu sem leiða af reglum réttarfars, eðli dómstóla og stöðu þeirra innan stjórnskipunarinnar. Vikið var að því að dómstólar *endurskoða* aðeins stjórnvaldsákvæðanir og taka ekki nýjar ákvæðanir í stað þeirra sem kunna að verða ógiltar með dómi. Frá þessu eru undantekningar í dómaframkvæmd, en eðlilegt er að dómstólar sýni varfærni þegar kemur að kröfugerðum um athafnaskyldu stjórnvalda. Þá var vikið að þremur nýlegum dómum Hæstaréttar sem sýna fram á að endurskoðunarvald dómstóla takmarkast af efnisatriðum viðkomandi ákvörðunar. Þegar deilt er um gildi tiltekinna athafnar eða ákvörðunar stjórnvalds getur það, með öðrum orðum, almennt ekki byggt á öðrum sjónarmiðum eða gögnum en lágu ákvörðuninni til grundvallar.

Í *þriðja kafla* var fjallað um það hvaða skilyrði þurfa að vera uppfyllt svo einstaklingur eða lögaðili geti öðlast aðilastöðu til sóknar í dómsmálum af þessu tagi. Í upphafi var vikið að meginreglunni, svokallaðri hagsmunareglu, sem gerir kröfu um að sóknaraðili hafi beinna, einstaklegra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn máls. Þetta eru grunnstef sem margsinnis hefur verið fjallað um á öðrum

vettvangi og því var sjónum einkum beint að undantekningum frá þessari reglu. Þannig leiðir af dómaframkvæmd að aðildarhugtakið getur verið rýmra við ákveðnar kringumstæður. Á það einkum við í þeim tilvikum þar sem sérreglur mæla fyrir um sérstaka og ríka aðkomu almennings, til dæmis þannig að hver sem er geti komið á framfæri athugasemdem vegna tiltekinna þýðingarmikillar framkvæmdar. Sá sem kemur á framfæri slíkum athugasemdem getur með því öðlast aðilastöðu, bæði í stjórnsýslulegum og réttarfarslegum skilningi. Þá var bent á að ekki væri hægt að útiloka að önnur atvik gætu réttlætt það að vikja frá hagsmunareglunni, m.a. aðgerðir og athafnir stjórnvaldsins í aðdraganda ákvörðunar, til dæmis ef stjórnvald hefur beinlínis eða með aðgerðum sínum viðurkennt að viðkomandi njóti aðilastöðu. Loks var í þriðja kafla vikið að undantekningum frá meginreglunni um að lægra sett stjórnvald gæti ekki stefnt æðra settu stjórnvaldi til ógildingar á úrskurði þess. Sjónum var einkum beint að nýlegum dómi *Landsréttar í máli nr. 490/2018 (Byko og Norvik)* þar sem rétturinn virðist hafa tekið nýja stjórnvaldsákvörðun með því að hækka sekt áfrýjunarnefndar samkeppnismála, að kröfu Samkeppniseftirlitsins. Bent var á að þetta væri í andstöðu við viðurkennd sjónarmið um að dómstólar *endurskoði* aðeins stjórnvaldsákvörðanir en taki ekki nýjar í staðinn.

Í *fjórdða kafla* var fjallað um hvaða réttarreglur gilda um aðild ríkisins og stjórnvalda til varnar í dómsmálum þar sem reynir á gildi athafna eða ákvarðana stjórnvalda. Meginreglan er sú að stefna ber því stjórnvaldi sem tók viðkomandi ákvörðun. Ef um er að ræða ákvörðun sem kærð hefur verið til æðra setts stjórnvalds vandast hins vegar málið þar sem Hæstiréttur hefur mótað þá reglu að áfram beri að stefna *lægra setta stjórnvaldinu*, þrátt fyrir að krafist sé ógildingar á úrskurði æðra setta stjórnvaldsins. Tekið var undir með áhyggjum annarra fræðimanna af því að þessi framkvæmd væri umdeilanleg og lögfesta þyrfti sérreglur um aðild íslenska ríkisins að dómsmálum til varnar. Til að leggja frekari áherslu á þetta var tekið raunhæft dæmi af málarekstri þar sem Samkeppniseftirlitið var til sóknar og varnar í dómsmálum um sama sakarefni, þ.e. um ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Af dæminu var ljóst að Samkeppniseftirlitið þurfti að taka til varna fyrir áfrýjunarnefndina þótt stjórnvaldið væri beinlínis ósammála efnislegri niðurstöðu nefndarinnar. Í þessu sambandi var einnig vakin athygli á því að dómaframkvæmd væri ekki að öllu leyti samrýmanleg um það hvort nauðsynlegt væri að krefjast ógildingar á bæði úrskurði æðra setts stjórnvalds og ákvörðun hins lægra setta. Af dómi *Hæstaréttar í máli nr. 116/2011 (Vélar og verkfæri)* má ráða að til

greina geti komið að ógilda *eingöngu* niðurstöðu æðra setts stjórnvalds ef sérstakur ógildingarannmarka er á málsmeðferð þess, sem ekki var til staðar hjá lægra setta stjórnvaldinu. Þá var í fjórða kafla vikið að þeirri reglu sem mótast hefur í dómafrankvæmd um að nauðsynlegt sé að stefna öllum þeim sem aðild áttu að máli á stjórnvíslystugi. Jafnframt var fjallað um þá venju, sem mótast hefur í ákveðnum tilvikum, um að stefna *eingöngu* einkaaðilum sem aðild áttu að stjórnvíslyslumálinu og láta þannig vera að stefna viðkomandi stjórnvaldi. Bent var á að þetta gæti verið varhugavert þar sem einkaaðila væri með þessu fyrirkomulagi falið að taka til varna og færa rök fyrir því að málsmeðferð viðkomandi stjórnvalds hafi verið forsvaranleg, þrátt fyrir að hann hafi ekki endilega sömu upplýsingar um málsmeðferðina og stjórnvaldið sjálf. Þá var vikið að *dómi Hæstaréttar í máli nr. 115/2013 (Skotveiðifélag)* þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að Reykjavíkurborg hefði ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn máls þar sem krafist var ógildingar á stjórnvaldsákvörðun sem varðaði útgáfu starfsleyfis. Niðurstaðan er óvenjuleg, enda hlýtur sveitarfélag að hafa augljósa lögvarða hagsmuni af því að verja málsmeðferð eða efnislega niðurstöðu sína um útgáfu eða synjun leyfis.

Loks var í *fimmta kafla* fjallað um helstu kröfur sem sóknaraðili getur gert í dómsmálum sem höfðuð eru til að hnekkja athöfnum eða ákvörðunum stjórnvalda. Byrjað var á því að gera stuttlega grein fyrir ógildingarkröfum en það eru langalgengustu og hreinlegustu kröfurnar sem sóknaraðili getur gert í dómsmálum af þessu tagi. Því næst var vikið að aðfararhæfum kröfum og nefnt að slíkum kröfum verði ekki alltaf komið við í ljósi þeirrar meginreglu að dómstólar *endurskoði* aðeins stjórnvaldsákvörðanir en taki ekki nýjar. Á hinn bóginn var vikið að nokkrum dæmum um aðfararhæfar kröfur sem hafa tíðkast í framkvæmd og komist að þeirri niðurstöðu að ef til greina kæmi að gera aðfararhæfa kröfu *bæri* að setja slíka kröfu fram eingöngu eða samhliða ógildingarkröfu. Rökin eru þau að aðfararhæfar kröfur ganga lengra en ógildingarkröfur og í sumum tilvikum myndu ógildingarkröfur ekki ná þeim markmiðum sem viðkomandi stefnir að með málsókn sinni. Þá var í stuttu máli fjallað um viðurkenningakröfur og þeim skipt í fjóra flokka. Sérstaklega var því beint til lögmanna að forðast að gera kröfu um viðurkenningu á því að tiltekin athöfn væri lögmæt eða ólögmæt, enda geta slíkar kröfur oft stappað nærri því að vera lögsurningar. Yfirleitt mætti ná markmiðum málsóknarinnar með annars konar kröfum og því væri eðlilegt að gera þær til að forðast óþarfa réttarfarsflækjur. Stór hluti kaflans var síðan helgaður bótakröfum þar sem vikið var að skilyrðum fyrir annars vegar bótum

fyrir fjártjón og hins vegar bótum fyrir miska. Sjónum var einkum beint að þeirri staðreynd að skilyrði þessara bóta væru ekki þau sömu. Þannig getur reynst þrautin þyngri fyrir sóknaraðila í málum af þessu tagi að fá dæmdar bætur fyrir fjártjón þar sem erfitt getur verið að yfirstíga kröfur um sönnun á orsakasambandi og tjóni. Á þessum skilyrðum er aftur á móti slakað verulega þegar kemur að miskabótakröfum, en á móti eru gerðar strangari saknæmiskröfur til þess að fá slíkar bætur dæmdar. Kosturinn við miskabótakröfur er ótvírætt sá að slíkar kröfur eru ávallt dómtekar og vart getur komið til greina að vísa þeim frá dómi. Að endingu var það viðhorf Hæstaréttar gagnrýnt að ekki ætti að gera ógildingarkröfur samhliða bótakröfum. Þannig hafa dómstólar, a.m.k. í mörgum tilvikum, litið svo á að ógildingarkrafa sé í reynd ekki annað en málsástæða fyrir bótakröfu og því hafi sóknaraðili ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn um fyrrnefndu kröfuna. Í þessu sambandi var bent á að skilyrði bóta væru fleiri og strangari en þau skilyrði sem þyrfti að uppfylla til þess að fá ákvörðun ógilta. Af þeim sökum hlyti málsaðili yfirleitt að hafa lögvarða hagsmuni af því að fá sérstaklega skorið úr um ógildingarkröfu sína. Þannig gæti stjórnvaldsákvörðun verið ógilt með dómi en bótakröfu hafnað þar sem ekki væru uppfyllt skilyrði fyrir bótaábyrgð, eins og var raunin í dómi *Hæstaréttar í máli nr. 786/2016 (ferðapjónusta fatlaðra)*.

Abstract

The purpose of this article is to explore and examine the procedural requirements that a party needs to meet in order to be able to bring an administrative decision before the Icelandic courts. This is an issue that has gained some academic interest in the past, but I focus on relevant and interesting topics that have not received much attention before, for instance the requirements for getting pecuniary and non-pecuniary damages as a result of an unlawful administrative decision. I also review recent court precedent and examine whether and to what extent they are consistent with past practices and academic literature. The article is written from a litigator's point of view and, therefore, I discuss issues and topics that I believe to have general and important practical significance for practicing attorneys.

Heimildir

- Arnar Þór Stefánsson: „Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana“. *Úlfljótur* 2005, bls. 261-315.
- Arnar Þór Stefánsson: *Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana. Kennslurit. Óársett.*
- Alþingistíðindi*
- Einar Karl Hallvarðsson: „Fordæmi um fordæmi“. *Bifröst Journal of Social Sciences* 2010, bls. 19-49.
- Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið?“ *Úlfljótur* 2005, bls. 495-525.
- Einar Karl Hallvarðsson: „Miskabótakröfur í málum er varða réttarstöðu opinberra starfsmanna“. *Rannsóknir í félagsvísindum VI* 2005, ritstjóri Róbert R. Spanó, bls. 87-116.
- Eiríkur Jónsson og Víðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I - Skaðabótaréttur*. Reykjavík 2015.
- Eiríkur Tómasson: „Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda skv. 60. gr. stjórnarskrárinnar“. *Úlfljótur* 1984, bls. 183-217.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“. *Stjórnmál og stjórnsýsla* 2014, bls. 45-82.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Viðurkenningarkröfur um (ó)lögmati einhvers“. *Úlfljótur* 2018, bls. 39-82.
- Hafsteinn Þór Hauksson, Kjartan Bjarni Björgvinsson og Ólafur Jóhannes Einarsson: *Stjórnsýsluréttur – fjölrit: endurskoðun á stjórnvaldsákvæðunum. Kennslurit*. Reykjavík 2016.
- Kristín Benediktsdóttir og Stefán Már Stefánsson: „Um heimildir enduruppþökunefndar í ljósi stjórnarskrárákvæða um dómssvald“. *Úlfljótur* 2015, bls. 131-139.
- Markús Sigurbjörnsson og Kristín Benediktsdóttir: *Einkamálaréttarfar*. Reykjavík, 4. útgáfa 2019.
- Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvæðunum - hvaða þættir ákvæðunar hafa komið til endurskoðunar dómstóla?“ *Tímarit lögfræðinga* 2008, bls. 261-302.
- Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvæðunum endurskoðaða fyrir dómi“. *Tímarit lögfræðinga* 2007, bls. 39-81.
- Páll Hreinsson: „Aðili stjórnsýslumáls“. *Tímarit lögfræðinga* 2005, bls. 387-406.
- Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur: málsmeðferð*. Reykjavík 2013.
- Ragnhildur Helgadóttir: „Vald dómstóla til að endurskoða stjórnvaldsákvæðanir“. *Tímarit lögfræðinga* 2005, bls. 99-112.
- Róbert R. Spanó: „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“. *Tímarit Lögréttu* 2005, bls. 67-85.
- Skúli Magnússon: „Er þörf á lagasetningu um aðild hins opinbera að dómsmálum?“ *Úlfljótur* 2005, bls. 527-538.
- Skýrsla umboðsmanns Alþingis fyrir árið 2016. Umboðsmaður Alþingis*, Reykjavík 2017.
- Dómaskrá**
- Dómar Hæstaréttar Íslands*
- Hrd. 1965, bls. 766.
- Hrd. 1966, bls. 246.
- Hrd. 1997, bls. 643.
- Hrd. 1997, bls. 2856.
- Hrd. 1998, bls. 2821.
- Hrd. 1999, bls. 1404 (mál nr. 81/1999).
- Hrd. 1999, bls. 2015 (mál nr. 151/1999).
- Hrd. 2000, bls. 1379 (mál nr. 324/1999).
- Hrd. 2000, bls. 2131 (mál nr. 486/1999).
- Hrd. 2001, bls. 2281 (mál nr. 173/2001).
- Hrd. 2002, bls. 1169 (mál nr. 378/2001).
- Hrd. 2002, bls. 2241 (mál nr. 231/2002).
- Hrd. 2003, bls. 2685 (mál nr. 83/2003).
- Hrd. 2003, bls. 4714 (mál nr. 172/2003).
- Hrd. 2002, bls. 2241 (mál nr. 231/2002).

Hrd. 2004, bls. 153 (mál nr. 330/2003).
Hrd. 2004, bls. 2039 (mál nr. 471/2004).
Hrd. 2004, bls. 3398 (mál nr. 358/2004).
Hrd. 2005, bls. 2503 (mál nr. 20/2005).
Hrd. 2005, bls. 4506 (mál nr. 182/2005).
Hrd. 2005, bls. 5237 (mál nr. 208/2005).
Hrd. 2006, bls. 167 (mál nr. 326/2005).
Hrd. 2006, bls. 4390 (mál nr. 539/2006).
Dómur Hæstaréttar frá 8. maí 2008 í máli nr. 207/2008.
Dómur Hæstaréttar frá 4. desember 2008 í máli nr. 181/2008.
Dómur Hæstaréttar frá 7. apríl 2009 í máli nr. 444/2008.
Dómur Hæstaréttar frá 4. febrúar 2010 í máli nr. 88/2009.
Dómur Hæstaréttar frá 19. júlí 2010 í máli nr. 436/2010.
Dómur Hæstaréttar frá 11. apríl 2011 í máli nr. 187/2011.
Dómur Hæstaréttar frá 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010.
Dómur Hæstaréttar frá 1. desember 2011 í máli nr. 116/2011.
Dómur Hæstaréttar frá 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011.
Dómur Hæstaréttar frá 23. febrúar 2012 í máli nr. 72/2011.
Dómur Hæstaréttar frá 26. apríl 2012 í máli nr. 523/2011.
Dómur Hæstaréttar frá 16. maí 2012 í máli nr. 593/2011.
Dómur Hæstaréttar frá 6. júní 2012 í máli nr. 327/2012.
Dómur Hæstaréttar frá 20. september 2012 í máli nr. 416/2011.
Dómur Hæstaréttar frá 8. nóvember 2012 í máli nr. 277/2012.
Dómur Hæstaréttar frá 22. nóvember 2012 í máli nr. 137/2012.
Dómur Hæstaréttar frá 22. nóvember 2012 í máli nr. 138/2012.
Dómur Hæstaréttar frá 7. febrúar 2013 í máli nr. 439/2012.
Dómur Hæstaréttar frá 8. mars 2013 í máli nr. 115/2013.
Dómur Hæstaréttar frá 21. nóvember 2013 í máli nr. 677/2013.
Dómur Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014.
Dómur Hæstaréttar frá 20. janúar 2015 í máli nr. 808/2014.
Dómur Hæstaréttar frá 2. febrúar 2015 í máli nr. 273/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 12. ágúst 2015 í máli nr. 394/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 10. september 2015 í máli nr. 28/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 26. nóvember 2015 í máli nr. 759/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 25. febrúar 2016 í máli nr. 477/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 25. febrúar 2016 í máli nr. 628/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 10. mars 2016 í máli nr. 436/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 2. júní 2016 í máli nr. 595/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 9. júní 2016 í máli nr. 268/2016.
Dómur Hæstaréttar frá 1. desember 2016 í máli nr. 97/2016.
Dómur Hæstaréttar frá 9. febrúar 2017 í máli nr. 223/2016.
Dómur Hæstaréttar frá 16. mars 2017 í máli nr. 85/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 21. júní 2017 í máli nr. 334/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 31. júlí 2017 í máli nr. 451/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 2. ágúst 2017 í máli nr. 432/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 21. september 2017 í máli nr. 650/2016.
Dómur Hæstaréttar frá 19. desember 2017 í máli nr. 591/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 19. desember 2017 í máli nr. 592/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 1. mars 2018 í máli nr. 201/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 7. júní 2018 í máli nr. 578/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 26. júní 2018 í máli nr. 637/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 27. september 2018 í máli nr. 521/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 22. nóvember 2018 í máli nr. 811/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 20. desember 2018 í máli nr. 30/2018.
Dómur Hæstaréttar frá 6. desember 2018 í máli nr. 508/2017.

Dómur Hæstaréttar frá 6. desember 2018 í máli nr. 857/2017.

Dómur Hæstaréttar frá 20. febrúar 2019 í máli nr. 601/2019.

Dómur Hæstaréttar frá 21. maí 2019 í máli nr. 12/2018.

Úrlausnir Landsréttar og héraðsdóms

Úrskurður Landsréttar frá 15. júní 2018 í máli nr. 418/2018.

Úrskurður Landsréttar frá 8. febrúar 2019 í máli nr. 69/2019.

Úrskurðir Héraðsdóms Reykjavíkur frá 22. febrúar 2019 í málum nr. 252 og 253/2019.

Dómur Landsréttar frá 14. júní 2019 í máli nr. 490/2018.

Úrlausnir stjórnvalda

Úrskurður mannanafnanefndar frá 20. febrúar 2019 í máli nr. 5/2019

Björg Thorarensen

UM LAGALEGA ÁBYRGÐ RÁÐHERRA OG VALKOSTI VIÐ ENDURSKOÐUN REGLNA UM RÁÐHERRAÁBYRGÐ *

Efnisyfirlit

1. Inngangur	670
2. Rök að baki sérreglum og þróun á Norðurlöndum	671
2.1 Ástæður reglna um lagalega ábyrgð vegna pólitískra embættisbrota.....	671
2.2 Viðhorf stjórnarskrárgjafa annarra Norðurlanda og dómaframkvæmd	672
3. Hvað felst í fyrirætlum stjórnarskrárinnar um ráðherraábyrgð?	675
3.1 Rammi sem lagður er í stjórnarskrá og svigrúm til lagasetningar	675
3.2 Hvernig er ráðherraábyrgð ákveðin með lögum?	675
3.3 Lögsaga Landsdóms í öllum refsimálum um brot ráðherra í embætti	677
3.4 Lögsaga í skaðabótamálum vegna tjóns sem hlýst af ákvörðunum ráðherra.....	677
4. Nokkur álitæfni tengd saksókn, refsíábyrgð og málsmeðferð	679
4.1 Helstu ágreiningsefni sem spruttu af Landsdómsmálinu	679
4.2 Aðdragandi málshöfðunar og atkvæðagreiðsla á Alþingi	680
4.3 Hlutverk Alþingis sem ákæranda eftir málshöfðun	681
4.4 Afdrif meginefnis ákærunnar	682
4.5 Síðari lagabreytingar sem tengjast undirbúningi málshöfðunar	683
5. Afstaða Mannréttindadómstóls Evrópu	683
6. Valkostir við endurskoðun lagareglna um ráðherraábyrgð	686
6.1 Lagabreytingar innan ramma stjórnarskrárinnar	687
6.2 Valkostir um stjórnarskrárbreytingar	689
7. Kemur þingleg ábyrgð í stað lagalegrar ábyrgðar?	690
8. Lokaorð	692
Abstract.....	693
Heimildir	694

1. Inngangur

Miklu skiptir að skýrar reglur gildi um lagalega ábyrgð ráðherra sem æðstu valdhafa í stjórnýslunni og pólitíska yfirmenn stjórnkerfisins. Í grein þessari verður fjallað um nokkur álitæfni tengd ráðherraábyrgð, en með því er átt við persónulega refsí- og skaðabótaábyrgð á brotum sem maður fremur í ráðherraembætti. Um þessa tegund refsíábyrgðar gilda sérreglur samkvæmt 14. gr. stjórnarskrárinnar sem felast í því að Alþingi fer með ákærvaldið og Landsdómur dæmir í slíkum málum. Auk þess eru aðdragandi ákæru og málsmeðferð fyrir dómi í veigamiklum atriðum ólík því sem almennt gildir í sakamálum. Þá er meirihluti fimmtán dómenda í Landsdómi kjörinn af Alþingi til sex ára í senn og mál um ráðherraábyrgð eru aðeins dæmd á einu dómstigi.

Allt frá því að Landsdómur kvað upp dóm í máli Alþingis gegn Geir H. Haarde, fyrrverandi forsætisráðherra, þann 23. apríl 2012 hafa verið uppi gagnrýnisraddir, ekki síst á vettvangi stjórnmalanna, um nauðsyn þess að breyta þessari skipan. Í frumvarpi til nýrrar stjórnarskrár, byggðu á tillögum stjórnlagaráðs, sem lagt var fram á Alþingi haustið 2012 var lagt til að ákærvald Alþingis og Landsdómur yrðu aflögð.¹ Þá hafa á síðustu árum ítrekað farið fram umræður á Alþingi um efnið og m.a. hafa verið lagðar fram tillögur til þingsályktunar um óréttmæti málshöfundar Alþingis haustið 2010.² Þótt Mannréttindadómstóll Evrópu hafi árið 2017 skorið úr um að ákæra og málsmeðferð í Landsdómsmálinu hafi ekki brotið gegn réttindum sakbornings samkvæmt Mannréttinasáttmála Evrópu hefur það ekki slegið á umræðu um að breytinga sé þörf, en ekki er þó ljóst hvaða markmiðum þær skuli stefna að.

Í þessari grein verður varpað ljósi á tengsl lagalegrar og pólitískrar ábyrgðar ráðherra og lagt mat á hvort þau rök sem upprunalega lágu að baki sérreglum um ráðherraábyrgð eigi við í nútímanum. Verður þar einnig litið til þróunar stjórnskipunarreglna annarra Norðurlanda. Í því ljósi verður leitað svara við því hvort tímabært sé að afnema með öllu sérreglur um ráðherraábyrgð eða hvort og þá hvaða valkostir eru uppi um endurskoðun þeirra. Þar verður sérstaklega litið til lagalegrar umgjörðar og hins víðtæka svigrúms sem stjórnarskráin veitir almenna löggjafanum til að útfæra nánar fyrirmæli um saksókn ráðherra og refsíábyrgð, meðferð mála fyrir Landsdómi og skipan dómsins.³

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Þskj. 519, 415. mál 2012-2013 bls. 17.

² Sjá síðast þskj. 700, 490. mál 2017-18.

³ Hér eru ekki tók á að lýsa með tæmandi hætti inntaki ráðherraábyrgðar, skilyrðum refsíábyrgðar eða málsmeðferð fyrir Landsdómi en nýjustu heildstæðu umfjöllun um þau efni er að finna í riti höfundar þessarar greinar *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður* og

2. Rök að baki sérreglum og þróun á Norðurlöndum

2.1 Ástæður reglna um lagalega ábyrgð vegna pólitískra embættisbrota Núgildandi fyrirkomulag um ráðherraábyrgð og Landsdóm hefur verið við lýði lítt breytt frá byrjun síðustu aldar eftir að heimastjórn komst á árið 1904 og framkvæmdarvald fluttist inn í landið frá Danmörku. Það var tekið upp að danskri fyrirmynd sem rakti rætur sínar til aðstæðna við afnám einveldis um miðja 19. öld og stöðu danska þingsins gagnvart konungsvaldi áður en þingræði komst á.⁴ Ráðherrar störfuðu í umboði konungs en sóttu umboð sitt ekki til þingsins eins og reyndin varð þegar þingræði komst á um aldamótin 1900. Þannig hafði þingið hvorki möguleika til að hafa áhrif á hverjir veldust til ráðherradóms né úrræði til að koma þeim frá og gat ekki gefið konungi fyrirmæli um að leysa ráðherra frá embætti.⁵ Þegar grunur lék á lögbrotum ráðherra í embætti gat þingið þó neytt þess úrræðis að sækja hann til saka eftir sérreglum um ráðherrabyrgð sem festar voru í stjórnarskrá. Þessar sérreglur studdust við sjónarmið um eðli þeirra brota sem framin væru af ráðherra og markmið reglna um ráðherraábyrgð var að leggja hegningu við brotum sem óttast mætti af ráðherra sérstaklega og almenn refsíákvæði um brot í opinberu starfi næðu ekki til. Refsíákvæði um háttsemi ráðherra ættu því fyrst og fremst við um *pólitísk embættisbrot* hans.⁶

Sögulegar ástæður eru einnig fyrir því að saksóknarvaldið var sett í hendur þingsins í stað þess að almennar reglur giltu um málsókn og meðferð sakamála gegn ráðherrum. Þannig voru embættisbrot ráðherra talin pólitísk í eðli sínu sem fyrr segir. Með þeim brygðist ráðherra einkum skyldum sínum gagnvart þinginu sem gæti þá sótt hann til ábyrgðar. Hitt hefur líka þýðingu að á 19. öld og reyndar langt fram á 20. öld var skipulag ákærvaldsins með allt öðrum hætti en nú og viðhorf um sjálfstæði þess önnur. Meðferð ákærvalds er þáttur í framkvæmdarvaldi og þannig stjórnarmálefni sem heyrir undir

handhafar ríkisvalds frá 2015, bls. 397-420 og grein Andra Árnasonar: „Ráðherraábyrgð“ frá 2009, bls. 239-261. Af eldri fræðiskrifum um ráðherraábyrgð vísast til rita Ólafs Jóhannessonar, *Stjórnskipun Íslands* frá 1960, bls. 157-171, Lárusar H. Bjarnasonar *Íslensk stjórnlagafraði* frá 1913, bls. 109-140 og Einars Arnórssonar *Ágrip af íslenskri stjórnlagafraði* frá 1927, bls. 79-86.

⁴ Nánari umfjöllun um sögulegan uppruna ráðherraábyrgðarreglna í Danmörku má sjá í Jens Peter Christensen: *Ministeransvar*, bls. 35-55. Sjá einnig um samanburð við íslenskan rétt, Eiríkur Tómasson: „Íslensk lög um ráðherraábyrgð og samanburður á þeim og dönskum lögum um sama efni“, bls. 126.

⁵ Sigurður Línal: „Um ráðherraábyrgð og landsdóm“, bls. 524.

⁶ Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 159.

ráðherra. Fyrr á tímum voru ákærndur í nánum tengslum við þann ráðherra sem fór með yfirstjórn dómsmála. Hér á landi var valdstjórnin og síðar dómsmálaráðherra ákærandi í refsimálum allt til ársins 1961. Eðlilega fór ekki vel á því að dómsmálaráðherra færi með ákærvald gagnvart samráðherrum sínum. Ekki aðeins hefði það getað skapað hættu á pólitískri misnotkun slíks valds, heldur hefði augljóslega reynst örðugt að bregðast við brotum ráðherrans sjálfs.⁷

Hugmyndin um ákærvald þingsins var upprunalega sótt til enskrar stjórnskipunar og reyndist þetta úrræði mikilvægt tæki í baráttu þings gagnvart valdi konungs, en lagðist þar af eftir að þingræði komst á og var ekki beitt eftir 1805. Þessi skipan varð engu að síður fyrirmynd hinna sérstöku reglna sem mörg ríki tóku upp á 19. öld um ráðherraábyrgð og sérdómstól til að dæma í slíkum málum, þar með talið í stjórnskipun Norðurlanda.⁸

Þeirri skipan að sérdómstóll, að hluta til skipaður dómurum kjörnum af þinginu, skyldi dæma um lagalega ábyrgð ráðherra var komið á með stjórnarskrá Noregs árið 1814 með fyrirmælum um Ríkisrétt. Hefur hún verið studd rökum um sérstöðu hinna pólitísku embættisbrota og að þau málefni sem réttinum sé ætlað að leggja dóm á kalli á vissa *innsýn í pólitísk málefni*. Í dönskum fræðum um efnið hefur með sama hætti frá öndverðu verið stuðst við þessa kenningu, að mál sem höfðuð eru gegn ráðherra tengist sérstöðu starfa hans í því embætti sem séu af pólitískum toga og því sé þörf á slíkri innsýn kjörinna dómenda sem embættisdómarar hefðu alla jafna ekki.⁹ Hér á landi hefur einnig verið viðurkennt að Landsdómur hafi ákveðið pólitískt ívaf og við setningu núgildandi laga um Landsdóm nr. 3/1963 var reynt að „fullnægja ýtrustu kröfum um réttaröryggi, án þess að sleppt sé því pólitíska ívafi sem frá upphafi hefur tíðkapt í því líkum dómstólum“.¹⁰

2.2 Viðhorf stjórnarskrárgjafa annarra Norðurlanda og dómaframkvæmd

Í stjórnarskrám annarra Norðurlanda en Íslands eru enn til staðar sérreglur um ráðherrabyrgð og saksókn gegn ráðherrum fyrir sérdómstóli á einu dómstigi en þær hafa þó sætt endurskoðun og ýmsum breytingum frá fyrstu gerð. Í öllum ríkjum er ákvörðun um

⁷ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og handhafar ríkisvalds*, bls. 409.

⁸ Jens Peter Christensen: *Ministeransvar*, bls. 479 og Henrik Zahle: *Dansk forfatningsret 2. Regering, forvaltning og dom*. 3. útg., bls. 193.

⁹ Jens Peter Christensen: *Ministeransvar*, bls. 480.

¹⁰ Alþt. 1962-63, A-deild, þskj. 3, bls. 161.

saksókn enn á hendi þjóðþinga og alls staðar nema í Svíþjóð fer Ríkisréttur með slík mál þar sem hluti dómenda er kjörinn af þinginu til fyrirfram ákveðins tíma í senn, fimm eða sex ára, en að öðru leyti sitja þar embættisdómarar úr æðstu dómstólum.¹¹ Í danska Ríkisréttinum er fjöldi kjörinna dómara og hæstaréttardómara jafn, þ.e. 15 úr hvorum hópi eða alls 30 og fjöldinn er einnig jafn í Ríkisrétti Finnlands, fimm kjörnir dómarar og fimm dómarar úr æðstu dómstólum ríkisins. Í þeim norska eru kjörnir dómarar hins vegar í meirihluta eða sex á móti fimm dómurum úr Hæstarétti. Í Svíþjóð var Ríkisréttur lagður af 1974 en stjórnskipunarnefnd sænska þingsins getur hins vegar ákveðið að höfða mál gegn ráðherra fyrir fullskipuðum Hæstarétti Svíþjóðar.

Af þessu sést að þótt ákvæði stjórnarskráa þessara ríkja um ráðherra og ríkisstjórnir hafi tekið margvíslegum breytingum á síðustu öld hefur þessum sérreglum verið viðhaldið.¹² Í nýjustu norrænu stjórnarskránum, grein 13:3 í þeirri sænsku frá 1974 og 114. og 115. gr. þeirrar finnsku frá 1999 er jafnframt að finna ítarlegustu ákvæðin um efnið, þar á meðal um aðdraganda málsóknar með rannsókn á embættisfærslum ráðherra þar sem stjórnlaganefndir, fastanefndir þinganna sem fjalla um stjórnskipunarmálefni, gegna lykilhlutverki.¹³

Loks má geta þess að fyrir mælum stjórnarskráa Norðurlanda um skilyrði refsíabýrgðar er misjafnlega háttað. Ítarlegast eru þau rakin í 116. gr. finnsku stjórnarskrárinnar sem kveður á um að sækja megi ráðherra til saka fyrir brot í embætti hafi hann af ásetningi eða stórfelldu gáleysi brotið gróflega gegn skyldum sínum sem ráðherra eða að öðru leyti augljóslega sýnt af sér ólögmæta háttsemi. Eins er fjallað um saknæmiskilyrði í sænsku stjórnarskránni í grein 13:3 og þarf ráðherra að hafa sýnt af sér ásetning eða stórfellt gáleysi. Í norska stjórnarskrárákvæðinu um efnið í 86. gr., sem var endurskoðað og breytt árið 2007, er nú tilgreint að ráðherra verði saksóttur fyrir refsiverða eða aðra ólögmæta háttsemi í embætti þar sem hann hefur brotið gegn stjórnskipulegum skyldum sínum. Ekki er vikið að saknæmisskilyrðum í dönsku stjórnarskránni frekar en þeirri íslensku. Nánari reglur um refsíabýrgð ráðherra koma fram í almennum lögum allra ríkjanna. Með tilliti til krafna um skýrleika refsiheimilda í nútíma sakamálaréttarfari

¹¹ Í Noregi og Finnlandi nær lögsaga Ríkisréttarins til brota fleiri embættismanna, þar á meðal dómara æðstu dómstóla, svo og þingmanna í Noregi, sbr. 86. gr. norsku stjórnarskrárinnar og umboðsmanns þingsins í Finnlandi, sbr. 101. gr. finnsku stjórnarskrárinnar.

¹² Björg Thorarensen: „Mechanisms for Parliamentary Control of the Executive“, bls. 94.

¹³ Sbr. Joakim Nerglius: *Svensk Statsrätt*, bls. 313 og Jaakko Husa, *The Constitution of Finland. A Contextual Analysis*, bls. 147.

verða lög að setja fram skýrari verknaðarlýsingu á þeirri háttsemi ráðherra sem telst refsiverð.¹⁴

Virgni þessa úrræðis sem þingin hafa til að sækja ráðherra til lagalegrar ábyrgðar hefur reynst mjög misjöfn á milli ríkja. Frá upphafi hafa fimm dómar gengið í danska Ríkisréttinum, árið 1856, tveir dómar árið 1877, 1910 og síðast árið 1995. Síðasta málið höfðaði danska þjóðþingið árið 1993 gegn Erik Ninn-Hansen, fyrrverandi dómsmálaráðherra, fyrir ólögmeta og ótilhlýðilega málsmeðferð tengda umsóknum hælisleitenda, í embætti dómsmálaráðherra. Var hann sakfelldur og dæmdur til refsingar 22. júní 1995.¹⁵

Ríkisréttur Noregs hefur fengið átta mál gegn ráðherrum til meðferðar frá upphafi, síðast árið 1927.¹⁶ Þegar Ríkisréttur var lagður niður í Svíþjóð árið 1974 hafði hann ekki fengið mál til meðferðar í 120 ár. Frá upphafi hafa fjögur mál verið höfðuð fyrir Ríkisrétti Finnlands, árin 1933, 1953, 1961 og 1994. Síðast fór fram rannsókn árið 2010, vegna gruns um spillingarbrot Matti Vanhanen fyrrverandi forsætisráðherra en stjórnlaganefnd þingsins taldi ekki ástæðu til að ákæra yrði gefin út kjölfar lögreglurannsóknar.¹⁷

Af þessu sést að á 20. öldinni reyndi oftast á saksókn ráðherra í Finnlandi. Úrræðið virðist eins koma til álita á grundvelli hinna endurskoðuðu ákvæða finnsku stjórnarskrárinnar um efnið frá 1999, í ljósi fyrrgreindrar rannsóknar á embættisfærslum ráðherra árið 2010. Sem fyrr segir fer stjórnlaganefnd finnska þingsins með veigamiknið hlutverk í aðdraganda rannsóknar á meintum brotum ráðherra. Hún getur hafið slíka rannsókn að eigin frumkvæði skv. 115. gr. stjórnarskrárinnar og staðið að kæru á embættisfærslum ráðherra til lögreglu sem rannsakar málið að hætti sakamála. Getur þingið ekki ákveðið að ákæra ráðherra nema álit stjórnlaganefndarinnar liggi fyrir, sbr. 114. gr.

¹⁴ Nánari lagafyrirmæli um ráðherraábyrgð voru þó fyrst færð í lög í Danmörku árið 1964, sbr. lög nr. 117/1964 sem eru enn í gildi. Þau eru mun styttri en íslensku lögin um sama efni og ekki er byggt á sömu flokkum brota auk þess sem þau geyma sérákvæði í 2. mgr. 5. gr. um refsinaemi þess að ráðherra gefi þjóðþinginu rangar eða villandi upplýsingar. Sjá nánar Eiríkur Tómasson: „Íslensk lög um ráðherraábyrgð og samanburður á þeim og dönskum lögum um sama efni“, bls. 126.

¹⁵ Dómurinn er birtur í *UfR*. 1995.672. Úr álitaefnum um sjálfstæði og óhlutdrægni dómenda í Ríkisrétti hafði áður verið leyst í úrskurði frá 5. janúar 1994, sbr. *UfR*. 1994.409. Niðurstaðan var kærð til Mannréttindadómstóls Evrópu sem hafnaði því að brotið hefði verið gegn rétti sakbornings til málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum og óvilhóllum dómstóll í skilningi 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Sjá ákvörðun dómstólsins í máli *Ninn-Hansen gegn Danmörku* frá 18. maí 1999, nr. 28972/95, en nánar verður vikið að henni síðar.

¹⁶ Arne Fliflet: *Grunnloven. Kommentarutgave*, bls. 352.

¹⁷ Jaakko Husa: *The Constitution of Finland. A Contextual Analysis*, bls. 147.

3. Hvað felst í fyrirmælum stjórnarskrárinnar um ráðherraábyrgð?

3.1 Rammi sem lagður er í stjórnarskrá og svigrúm til lagasetningar

Hér á landi var fátt sem benti til þess að nokkurn tíma myndi reyna á refsíábyrgð ráðherra enda vöknudu ekki álítaefni um það í meira en öld eftir að ákvæði um ráðherraábyrgð bættist í stjórnarskrána með stj. skl. nr. 16/1903. Tilvísun til Landsdóms kom inn í ákvæðið 1920 og stendur það nú efnislega óbreytt í 14. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944. Samkvæmt því bera ráðherrar ábyrgð á stjórnarframkvæmdum öllum. Ráðherraábyrgð er ákveðin með lögum. Alþingi getur kært ráðherra fyrir embættisrekstur þeirra og Landsdómur dæmir þau mál. Þau fyrirmæli sem leidd verða af stjórnarskránni um þessi efni eru þrjúþætt; Í *fyrsta lagi* að reglur um ráðherraábyrgð skuli vera í lögum, í *öðru lagi* að ákærvald vegna embættisbrota ráðherra sé í höndum Alþingis og loks í *þriðja lagi* að til skuli vera sérstakur dómstóll sem ber heitið Landsdómur sem dæmi í þeim málum sem Alþingi ákveður að höfða á hendur ráðherra.

Af þessu sést að íslenska stjórnarskráin veitir löggjafanum talsvert svigrúm til að kveða nánar á um skilyrði ráðherraábyrgðar, skipan Landsdóms, ákæruleglur, málsmeðferð og viðurlög. Í samamburði við önnur Norðurlönd geymir hún opnustu heimildirnar til að útfæra nánar reglur um þessi efni í almennum lögum.¹⁸ Þær er nú að finna í lögum nr. 3/1963 um Landsdóm (ldl.) og nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð (rábl.). Þá er gert ráð fyrir Landsdómi sem sérdómstóli í 4. gr. laga um dómstóla nr. 50/2016, án frekar lýsingar á skipan hans enda er öllum reglum um hann safnað saman í fyrrgreindum lögum nr. 3/1963.

3.2 Hvernig er ráðherraábyrgð ákveðin með lögum?

Sem fyrr segir gerir stjórnarskráin aðeins ráð fyrir því að ráðherraábyrgðin sé ákveðin með lögum án frekari tilgreiningar. Þótt fyrirmæli hennar um þetta atriði hafi ekki breyst í eina öld fór gagnger endurskoðun fram á refsíákvæðum um efnið við setningu framan- greindra lagabálka árið 1963, sem leystu af hólmi fyrstu lögin um efnið, um ráðherraábyrgð nr. 2/1904 og um Landsdóm nr. 11/1905. Við

¹⁸ Að þessu leyti greinir íslenska stjórnarskráin sig frá þeirri dönsku sem geymir ítarlegar reglur um skipan Ríkisréttar Danmerkur í 59. og 60. gr., þar á meðal fyrirmæli um að þingið kjósi hluta dómenda. Eins er í ákvæðum um ríkisrétt í 86. og 87. gr. norsku stjórnarskrárinnar og 101. gr. finnsku stjórnarskrárinnar að finna áþekk fyrirmæli um skipan dómsins.

setningu núgildandi laga var ítarlega fjallað um þá spurningu hvort enn væri þörf fyrir sérreglur um ráðherraábyrgð, í ljósi þess að ráðherrar bæru pólitíska ábyrgð gagnvart þinginu og meirihluti þingmanna gæti ákveðið að víkja þeim úr embætti. Í skýringum með lögum um ráðherraábyrgð var undirstrikuð nauðsyn þess að viðhalda slíkum reglum. Var bent á þá sérstöðu sem störf ráðherra hefðu í samanburði við aðra embættismenn og að þeir gætu orðið sekir um misferli sem kæmi tæplega til álita hjá öðrum opinberum starfsmönnum. Því væri þrátt fyrir allt þörf á sérstökum ráðherraábyrgðarlögum þar sem hegning væri lögð við brotum sem óttast mætti sérstaklega af ráðherra og ákvæði almennra hegningarlaga næðu ekki til.¹⁹

Í ákvæðum rábl. er sú leið farin að skilgreina þau embættisbrot sem ráðherra getur gerst sekur um í embætti með athöfnum sínum eða athafnaleysi. Ráðherraábyrgðin nær aðeins til þeirra brota sem ráðherra fremur í embættisrekstri sínum, svokallaðra embættisbrota, og einskorðast lögsaga Landsdóms við slík mál.²⁰ Samkvæmt lögnum er brotum skipað í þrjá flokka; stjórnarskrárbrot samkvæmt 8. gr., brot á öðrum landslögum samkvæmt 9. gr. og svokölluð brot á góðri ráðsmennsku samkvæmt 10. gr. Síðastnefnda ákvæðið lýtur að því annars vegar að ráðherra misbeiti stórlega valdi sínu þótt hann fari ekki beinlínis út fyrir embættistakmörk sín (a-liður) eða framkvæmi nokkuð eða valdi því að framkvæmt sé nokkuð sem stofnar heill ríkisins í fyrirsjáanlega hættu þótt ekki sé framkvæmd þess sérstaklega bönnuð í lögum (b-liður). Þá eru saknæmisskilyrði talin í 2. gr. rábl. sem vísa til þess að ráðherra hafi annaðhvort af ásetningi eða stórkostlegu hirðuleysi farið í bága við stjórnarskrá, önnur landslög eða að öðru leyti stofnað hagsmunum ríkisins í fyrirsjáanlega hættu og tekið er fram að ábyrgðin nái bæði til athafna og athafnaleysis. Þá er ljóst að refsíábyrgð ráðherra einskorðast ekki við brot sem talin eru í 8.-10. gr. rábl., enda segir í 2. mgr. 1. gr. laganna að ákvæði almennra hegningarlaga um brot í opinberu starfi taki einnig til ráðherra eftir því sem við getur átt.

¹⁹ Alþt. 1962-63, A-deild, þskj. 3 og 4, bls. 145 og 164.

²⁰ Eiríkur Tómasson: „Íslensk lög um ráðherraábyrgð og samanburður á þeim og dönskum lögum um sama efni“ (2005), bls. 124.

3.3 *Lögsaga Landsdóms í öllum refsimálum um brot ráðherra í embætti*

Af fyrirmælum stjórnarskrárinnar um að Alþingi ákæri og Landsdómur hafi lögsögu í málum um refsíabyrgð ráðherra leiðir að hér undir falla ekki aðeins þau brot sem lýst er í ákvæðum rábl. heldur einnig brot ráðherra í starfi samkvæmt XIV. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940 (alm. hgl.) Sem dæmi má nefna að ef saksóknari myndi ákæra ráðherra fyrir brot á ákvæðum þeirra laga, t.d. brot á þagnarskyldu samkvæmt 136. gr. fyrir héraðsdómi, bæri dómstóli að vísa málinu frá. Þetta getur óneitanlega leitt til óeðlilegrar niðurstöðu, enda víst að mun torveldara er að höfða refsimál fyrir Landsdómi en almennum dómstólum með þeirri afleiðingu að ráðherra nýtur í raun ákveðinnar friðhelgi fyrir saksókn.

Þannig getur skapast sérstæð aðstaða hafi ráðherra t.d. gefið undirmanni sínum fyrirmæli um að fremja brot í opinberu starfi eða sé hann hlutdeildarmaður í broti undirmanns síns samkvæmt ákvæðum XIV. kafla alm. hgl. Verður sá síðarnefndi þá sóttur til saka og refsað fyrir háttsemina fyrir almennum dómstólum en Alþingi getur ákveðið að aðhafast ekkert gagnvart ráðherra.²¹ Á hinn bóginn er víst að undir reglurnar um ráðherraábyrgð falla ekki brot sem ráðherra fremur án nokkurra tengsla við starf sitt, t.d. umferðarlagabrot eða ofbeldisbrot. Í þeim tilvikum myndi lögreglustjóri eða ríkissaksóknari rannsaka mál og sækja til saka fyrir almennum dómstólum eftir venjulegum reglum.

3.4 *Lögsaga í skaðabótamálum vegna tjóns sem hlýst af ákvörðunum ráðherra*

Fyrirmæli 14. gr. stjórnarskrárinnar takmarkast við ákvörðun um refsíabyrgð ráðherra vegna embættisbrota og höfðun sakamáls með ákæru Alþingis. Hér að framan hefur verið lýst lögsögu Landsdóms til þess að skera úr um slíka refsíabyrgð. En ráðherra getur einnig borið persónulega fébótaábyrgð vegna tjóns sem hann veldur með refsiverðu embættisbroti. Í 13. gr. rábl. er tilgreint að hægt sé að dæma ráðherra til greiðslu skaðabóta samhliða sakfellingu fyrir refsingu. Hafi ráðherra

²¹ Þessi aðstaða getur verið raunhæf. Í því sambandi má nefna að með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 12. nóvember 2014, nr. S-651/2014 var aðstoðarmaður innanríkisráðherra sakfelldur fyrir brot gegn þagnarskyldu samkvæmt 136. gr. alm. hgl. vegna miðlunar persónuupplýsinga úr innanríkisráðuneytinu til fjölmiðla í máli hælisleitanda. Hefði grunur vaknað um brot ráðherra á sama ákvæði hefði aðeins Landsdómur getað dæmt það mál eftir ákæru Alþingis.

bakað sér slíka ábyrgð gagnvart einstaklingum eða einkaaðilum getur tjónþoli haft slíka kröfu uppi í málinu sem Alþingi ákveður að höfða gegn ráðherra fyrir Landsdómi. Jafnframt hefur tjónþoli fullt forræði yfir sakarefninu og getur höfðað sjálfstætt skaðabótamál fyrir almennum dómstólum. Þar er hægt að krefja ráðherra persónulega um skaðabætur (ekki aðeins sem fyrirsvarsmann ráðuneytis) vegna embættisathafna hans án tillits þess að álítaefni séu um refsiverð embættisbrot.

Um meðferð skaðabótamáls sem einstaklingur höfðar gegn ráðherra fer eftir almennum reglum um meðferð einkamála.²² Slík mál eru fátíð, sbr. þó *Hrd. frá 14. apríl 2011, í máli nr. 412/2010*. Þar höfðaði umsækjandi um embætti héraðsdómara mál gegn Árna M. Mathiesen sem hafði verið settur dóms- og kirkjumálaráðherra og skipaði annan umsækjanda í embættið sem stóð stefnanda að baki samkvæmt umsógn dómnefndar um hæfni umsækjenda. Niðurstaða dómsins var að ráðherra hefði brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og taldi meirihluti dómara einnig að skilyrðum b-liðar 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993 um miskabætur væri fullnægt. Þar sem ekki var talið að ákvæði laga girtu fyrir að ráðherra gæti orðið skaðabótaskyldur eftir almennum reglum vegna stjórnsýsluákvörðunar sinnar voru íslenska ríkið og ráðherra í sameiningu dæmd til að greiða G miskabætur.

Venjan er hins vegar að stefna ríkinu til greiðslu skaðabóta vegna tjóns sem leiðir af stjórnarathöfn ráðherra. Í því sambandi má nefna nýleg mál þar sem deilt var á embættisfærslur dómsmálaráðherra vegna skipunar dómara í Landsrétt vorið 2017 og var ríkinu var stefnt til greiðslu miskabóta vegna brota ráðherra á stjórnsýslulögum, sbr. *Hrd. frá 19. desember 2017 í málum nr. 591/2017 og 592/2017*. Varð niðurstaðan í þeim að málsmeðferð ráðherra við skipun í embætti dómara við Landsrétt í júní 2017 hefði verið andstæð 10. gr. stjórnsýslulaga og var ríkið dæmt til að greiða stefnendum miskabætur á grundvelli b-liðar 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga.

Þeirri spurningu má velja upp hvort staðfest brot ráðherra á stjórnsýslulögum líkt og í framangreindum dómum um skipun dómara sem leiddu til bótaskyldu ríkisins hefðu getað varðað refsíbyrgð á grundvelli b.-liðar 9. gr. rábl. sem fjallar um brot ráðherra gegn lögum við framkvæmd starfa sinna. Hér verður að taka mið af eðli brotanna og þeirri kröfu 2. gr. rábl. að ráðherra hafi af ásetningi eða stórkostlegu hirðuleysi brotið gegn landslögum. Því geta aðeins alvarlegustu tilvik

²² Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og handhafar ríkisvalds*, bls. 408

embættisbrota komið til álita sem grundvöllur refsíábyrgðar ráðherra.²³ Embættisverk ráðherra í framangreindum málum um dómarskipanir komu ekki til umræðu sem mögulegur grundvöllur ráðherraábyrgðar, en slíkt hefði vissulega getað komið til álita þar sem ætla má að saknæmisskilyrði hafi verið uppfyllt. Umhugsunarefni er þó að meirihluti þingsins virðist ekki hafa litið lögprot ráðherra við dómarskipanir alvarlegum augum, en vorið 2018 var felld tillaga um vantraust á dómsmálaráðherra sem var borin upp af þingmönnum stjórnarandstöðunnar vegna embættisfærslna ráðherra við skipun dómara í Landsrétt.²⁴

Þess má loks geta að háttsemi ráðherra sem tengist embætti án þess að varða tilgreinda embættisathöfn getur verið bundin persónu hans, t.d. ummæli hans sem fela í sér meinta meingerð eða ærumeiðingar gegn einstaklingi. Í slíkum málum yrði ráðherra stefnt persónulega til greiðslu miskabóta, sbr. *Hrd. frá 25. september 2003 í máli nr. 36/2003*, en þar var Árni M. Mathiesen sýknaður af kröfu um miskabætur þar sem gagnrýni hans sem sjávarútvegsráðherra á þáttagerðarmann í sjónvarpi var talin rúmast innan tjáningarfrelsis hans samkvæmt 73. gr. stjórnarskrárinnar.

4. Nokkur álitæfni tengd saksókn, refsíábyrgð og málsmeðferð

4.1 Helstu ágreiningsefni sem spruttu af Landsdómsmálinu

Á undanförunum áratugum hafa lögin um ráðherraábyrgð og Landsdóm sætt gagnrýni hér á landi í ljósi réttarþróunar í sakamálaréttarfari, einkum um aðdraganda málshöfðunar, ákvörðunarvald um saksókn, samsetningu dómsins og málsmeðferð fyrir honum auk álitamála um verknaðarlýsingu brota í lögum um ráðherraábyrgð. Að nokkru leyti voru málsmeðferðarreglur laga um Landsdóm nr. 3/1963 færðar til samræmis við reglur um meðferð sakamála fyrir dómi árið 2008, sbr. 51. gr. ldl. Að þessu leyti var gerð þörf bragarbót en fyrir þann tíma giltu reglur um meðferð einkamála um málsmeðferð fyrir Landsdómi.²⁵ Þegar þær forsendur breyttust vegna lagaþróunar var rökrétt að færa málsmeðferð til samræmis því sem almennt gildir í sakamálum, enda er um refsímál að ræða og tryggja þarf ýmis lágmarksréttindi sakaðs

²³ Björg Thorarensen: „Svigrúm og ábyrgð/ábyrgðarleysi ráðherra við skipun dómara“, bls. 153.

²⁴ Sjá þskj. 458, 344. mál 2017-2018.

²⁵ Sjá nánar um röksemdir fyrir því í grein Eiríks Tómassonar: „Landsdómur. Á slíkur sérdómstóll með pólitísku ívafi rétt á sér eða er hann tímaskekkja?“, bls. 112.

manns til að hann njóti réttlátrar málsmeðferðar samkvæmt 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.

Eftir að fyrsta málið var höfðað fyrir Landsdómi gegn Geir H. Haarde fyrrverandi forsætisráðherra (Landsdómsmálið) í kjölfar ályktunar Alþingis 28. september 2010 beindist athyglin að nokkrum atriðum sem álitamál er hvort þarfnist endurskoðunar. Í *fyrsta lagi*, að engin rannsókn fari fram á ætluðum brotum ráðherra áður en Alþingi ákveður að höfða mál, sambærileg við lögreglurannsókn í sakamálum, en þá fyrst er kjörinn saksóknari til að afla gagna til að undirbúa ákæruna. Í *öðru lagi*, hvort ákvörðun um ákæru á hendi Alþingis sé í eðli sínu pólitísk. Í *þriðja lagi* hefur verið gagnrýnt að hluti dómaraanna sé kjörinn af Alþingi en það stefni sjálfstæði þeirra í hættu. Loks hefur í *fjórða lagi* verið dregið í efa að verknaðarlýsing ákvæða laga um ráðherraábyrgð, einkum 10. gr. sem fyrr var lýst um stórfellda misbeitingu valds, án þess að ráðherra hafi beinlínis farið út fyrir embættistakmörk sín standist þær kröfur sem gerðar eru til skýrleika refsheimilda skv. 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar.²⁶ Landsdómur leysti úr margþættum ágreiningsefnum sem tengdust m.a. skýrleika refsheimilda, skipan dómsins og ýmsum réttarfarsatriðum bæði í sérstökum úrskurðum og efnisdómi í málinu sem gekk 23. apríl 2012, en ekki eru tók á að greina þau til hlítar hér.²⁷ Hér á eftir verður varpað ljósi á nokkra þætti sem gagnrýni sættu í tengslum við saksókn, málsmeðferðar og refsíbyrgð.

4.2 Aðdragandi málhöfðunar og atkvæðagreiðsla á Alþingi

Ákvörðun Alþingis um að höfða mál gegn fyrrverandi forsætisráðherra, þann 28. september 2010 var tekin að tillögu nefndar níu þingmanna sem hafði verið falið að móta tillögur um viðbrögð við niðurstöðum ítarlegrar skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis sem var sett á fót með lögum 142/2008 og rannsakaði aðdraganda og orsakir falls íslensku bankanna 2008. Meirihluti þingmannanefndarinnar lagði síðan fram tillögu til þingsályktunar um málhöfðun gegn fjórum fyrrverandi ráðherrum sem voru, auk forsætisráðherra, Ingibjörg Sólrún Gísladóttir utanríkisráðherra, Árni M. Mathiesen fjármála-

²⁶ Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 285-287.

²⁷ Sbr. úrskurði Landsdóms frá 22. mars 2011, 10. júní 2011 og 3. október 2011. Þá var í tengslum við málið með dómi Landsdóms frá 8. mars í máli nr. 1/2011 (saksóknari Alþingis gegn Þjóðskjalasafni Íslands), vísað frá kæru á úrskurði héraðsdóms sem varðaði haldlagningu gagna.

ráðherra og Björgvin G. Sigurðsson viðskiptaráðherra. Niðurstaða atkvæðagreiðslunnar var að samþykkja eingöngu málshöfðun gegn fyrrverandi forsætisráðherra.²⁸ Samkvæmt 13. gr. 1dl. voru kæruatriðin nákvæmlega tiltekin í þingsályktuninni enda var sókn málsins þaðan í frá bundin við þau. Því var nauðsynlegt að tilgreina þau nákvæmlega því saksóknara er óheimilt að bæta við fleiri atriðum en þeim sem ályktunin telur í ákærana. Eftir atvikum getur Alþingi ákveðið að bæta þeim við síðar með nýrri ályktun og yrðu hin nýju kæruatriði þá sameinuð upphaflega málinu.

Umhugsunarefni er hvort heppilegt er að ákvörðun um málshöfðun sé tekin af Alþingi sjálfu frekar en að saksóknari ákveði eða geri tillögu um hana til Alþingis að lokinni sakamálarannsókn. Þannig er vandmeðfarið að leggja grunn að ákærinni í þingsályktun áður en slík rannsókn hefur farið fram þar sem ýmsar upplýsingar kynnu að koma fram sem varpað geta ljósi á málið. Þá má deila á þann aðdraganda Landsdómsmálsins að ákvörðun meirihluta þingmanna um að höfða mál gegn fyrrverandi ráðherra hafi verið runnin af pólitískum rótum í stað efnislegs mats á því hvort ákæran væri líkleg til sakfellis eins og almennt gildir um höfðun sakamála. Þannig hafi skapast sú ásynd að niðurstöður atkvæðagreiðslunnar haustið 2010 um að ákæra aðeins einn þeirra fjögurra ráðherra sem þingsályktunartillagan beindist að hafi ráðist af pólitískum hvötum þingmanna fremur en málefnalegum sjónarmiðum.

4.3 Hlutverk Alþingis sem ákæranda eftir málshöfðun

Sú óvissa kom upp tengd saksóknarvaldinu sem gildandi lög veita ekki skýr svör við, hvort Alþingi geti ákveðið að eigin frumkvæði að fella niður mál sem er komið til meðferðar hjá Landsdómi. Ef nýr þingmeirihluti skapast eftir kosningar væri þannig hægt um vik að fella niður mál gegn ráðherra sem nýtur pólitísks stuðnings nýs meirihluta þingmanna. Var sú skoðun lengi viðtekin í fræðiskrifum að eftir að saksóknari og þingnefnd hefðu verið kjörin samkvæmt 13. gr. 1dl. væri málið komið úr höndum Alþingis og hvorki sama þing né annað nýskipað gæti eftir það afturkallað málsókn.²⁹ Í ljósi þess að Alþingi er formlegur ákærandi í málinu má telja rökrétt að hér gildi almennar lögmæltar heimildir ákæranda til þess falla frá ákæru svo sem að nýjar

²⁸ Sjá tillögu til þingsályktunar um málshöfðun gegn ráðherra í þskj. 1503, 707. mál 2009-2010. Tillagan var samþykkt á Alþingi 28. september 2010, sem þingsályktun nr. 30/138, sbr. þskj. 1538, 706. mál 2009-2010.

²⁹ Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 162.

upplýsingar komi fram um málið eða sérstakar aðstæður mæli með því að fallið verði frá saksókn, sbr. einnig 153. gr. laga um meðferð sakamála (skml.). Slík ákvörðun verður þó að byggjast á málefnalegum rökum eins og á við um meðferð annarra sakamála.

Í ljósi þess að saksóknari þingsins tekur við umsjón saksóknarvaldsins eftir að hann er kosinn eru sterk rök fyrir því að hann eigi frumkvæðið í þessu tilliti og að hann beini því til þingsins að fella málshöfðun niður verði hann þess áskynja að hún sé byggð á röngum forsendum í grundvallaratriðum. Hitt er þó ekki útilokað að þingið sjálft eigi frumkvæði að slíkri ákvörðun, en hún verður þó aðeins tekin með nýrri þingsályktun. Varð þessi skilningur ofan á við meðferð tillögu til þingsályktunar um að fella úr gildi fyrri ákvörðun Alþingis um að ákæra fyrrverandi forsætisráðherra. Tillagan var lögð fram á Alþingi 16. desember 2011, meira en 7 mánuðum eftir að málið var þingfest fyrir Landsdómi 7. júní 2011. Niðurstaða meirihluta stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar var að vísa skyldi tillögunni frá í ljósi þess að saksóknari Alþingis og varasaksóknari teldu að ekkert nýtt hefði komið fram eða að málshöfðun væri byggð á röngum forsendum í grundvallaratriðum. Samþykkti Alþingi þá niðurstöðu 1. mars 2012.³⁰ Málið var því rekið til enda fyrir Landsdómi og lauk með dómi hans frá 23. apríl 2012 sem fyrr segir.

4.4 Afdrif meginefnis ákærunnar

Meginþátturinn í ákæru Alþingis í Landsdómsmálinu laut að því að fyrrverandi forsætisráðherra hefði brotið gegn b-lið 10. gr. rábl. um að ráðherra stofni heill ríkisins í fyrirsjáanlega hættu, þótt ekki sé framkvæmd þess sérstaklega bönnuð í lögum, svo og ef hann lætur farast fyrir að framkvæma nokkuð það, er afstýrt gat slíkri hættu, eða veldur því, að slík framkvæmd ferst fyrir. Þessi þáttur ákærunnar var greindur í fimm undirliði sem allir lutu að þeirri háttsemi forsætisráðherra að hafa sýnt af sér alvarlega vanrækslu á starfsskyldum sínum með því að hafa ekki brugðist við fyrirsjáanlegri hættu fyrir heill ríkisins með nánar tilgreindum aðgerðum, andspænis stórfelldri hættu sem vofði yfir íslenskum fjármálastofnunum og ríkissjóði í aðdraganda bankahrunsins haustið 2008.

Var ákærði hins vegar sýknaður af öllum þessum ákæruatriðum, m.a. með vísan til þess að ekki væri sýnt fram á aðgerðir sem þar var vísað til hefðu getað afstýrt slíkri hættu. Á hinn bóginn var hann

³⁰ Þskj. 573, 709, 908, 910 og 912, 403. mál 2011-12.

sakfelldur fyrir brot á c-lið 8. gr. rábl. um brot á stjórnarskrá með því að hafa af stórfelldu gáleysi látið farast fyrir að halda ráðherrafundi um mikilvæg stjórnarmálefni eins og fyrirskipað væri í 17. gr. stjórnarskrárinnar í aðdraganda yfirvofandi bankahruns. Var honum ekki gerð refsing í málinu og allur sakarkostnaður greiddist úr ríkissjóði. Sex dómarar skiluðu sératkvæði í málinu og vildu sýkna ákærða af öllum sakargiftum

4.5 *Síðari lagabreytingar sem tengjast undirbúningi málshöfðunar*

Eftir að Landsdómsmálið var höfðað hafa verið gerðar lagabreytingar sem hafa þýðingu fyrir aðdraganda málshöfðunar Alþingis gegn ráðherra. Með breytingu á þingskötum nr. 55/1991 með lögum nr. 84/2011 þar sem ákvæði um fastanefndir þingsins voru endurskoðuð, var nýrri nefnd, stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd, komið á fót. Hún á m.a. frumkvæði að því að kanna ákvarðanir einstakra ráðherra eða verklag þeirra, sbr. 8. tölul. 1. mgr. 13. gr. þskl. Hún skal jafnframt leggja mat á og gera tillögu til Alþingis um hvenær rétt sé að skipa rannsóknarnefnd, hún tekur skýrslur hennar til umfjöllunar, gefur þinginu álit sitt um þær og gerir tillögur um frekari aðgerðir þingsins.

Um slíkar rannsóknarnefndir hafa einnig verið sett sérstök lög nr. 68/2011. Með þessu hefur bæði eftirliti Alþingis með störfum ráðherra og aðdraganda að því að Alþingi skipi rannsóknarnefnd verið búin skýrari umgjörð. Þó er víst að rannsóknarnefnd sem Alþingi skipar á grundvelli laganna verður ekki falið að meta ábyrgð ráðherra samkvæmt lögum um ráðherraábyrgð. Samkvæmt 4. mgr. 5. gr. laga nr. 68/2011 er slíkri nefnd þó heimilt að vekja athygli stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar Alþingis á málsatvikum sem kunna að gefa Alþingi tilefni til að kanna grundvöll ábyrgðar ráðherra. Sú aðstaða er hins vegar enn óbreytt að Alþingi verður í ályktun sinni um málshöfðun að tilgreina nákvæmlega öll ákæruatriðin, áður eða samhliða því sem saksóknari er kosinn til að sækja málið og er sókn málsins þaðan í frá bundin við þau.

5. *Afstaða Mannréttindadómstóls Evrópu*

Vert er að kanna hvort einhverjir þeir ágallar séu á reglum um ráðherraábyrgð og Landsdóm sem krefjast breytinga frá sjónarhóli alþjóðaskuldbindinga um mannréttindi eða réttaröryggi. Þar kemur þá einkum til álita hvort ýmsar sérreglur um ákæru, málsmeðferð, refsiheimildir og skipan dómsins uppfylla þær kröfur sem einkum

leiddar verða af 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu um rétt manns til réttlátrar málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum og óvilhøllum dómstóli og 7. gr. um skýrar refsheimildir.

Árið 1999 tók Mannréttindadómstóll Evrópu afstöðu til nokkurra álitaefna um skipan og málsmeðferð fyrir Ríkisrétti Danmerkur í kærumáli Erik Ninn-Hansen fyrrverandi dómsmálaráðherra sem nefnt var að framan. Meginkæruefnið í málinu var að brotið hefði verið gegn 6. gr. sáttmálans þar sem Ríkisréttur gæti ekki talist sjálfstæður og óvilhallur dómstóll vegna setu hinna kjörnu dómara. Mannréttindadómstóllinn féllst hins vegar á þá afstöðu sem komið hafði fram í úrskurði Ríkisréttarins að seta kjörinna dómara skýrðist af því að þau mál sem réttinum væri ætlað að leggja dóm á kölluðu á vissa pólitíska innsýn. Sú staðreynd ein að þeir væru kjörnir og að pólitísk sjónarmið hefðu að einhverju marki ráðið kjöri þeirra á sínum tíma gæti ekki valdið því að sjálfstæði réttarins og óhlutdrægni dómaranna yrði dregin í efa. Meginmáli skipti að þingið hefði ekki haft nein áhrif á störf þeirra. Það var því mat Mannréttindadómstólsins að þátttaka hinna kjörnu dómara hefði ekki falið í sér brot á 6. gr. sáttmálans.³¹

Í dómi sínum frá 23. nóvember 2017 í kærumáli Geirs H. Haarde tók Mannréttindadómstóll Evrópu afstöðu til ýmissa kæruefna tengdra undirbúningi ákæru, rannsókn máls, skipan Landsdóms og málsmeðferð fyrir honum svo og skýrleika refsheimildar sem sakfellingin byggðist á.³² Þar er að finna ýmis athyglisverð ummæli um gildandi sérreglur hér á landi um ráðherraábyrgð. Sérstakur kafli í dóminum er helgaður umfjöllun um löggjöf aðildarríkja að sáttmálanum um refsíábyrgð ráðherra. Þar er tekið fram að reglur á þessu sviði séu ekki samræmdar og mjög breytilegt frá einu ríki til annars hvernig refsí- og réttarfarsákvæði gildi um efnið. Í sumum ríkjum gildi engar sérreglur um refsíábyrgð ráðherra en í öðrum sé gert ráð fyrir sérstakri málsmeðferð fyrir sérdómstólum (*impeachment proceedings*). Einkenni slíkrar málsmeðferðar sé að þjóðþing hafi beina aðkomu að ákvörðun um að saksækja ráðherra og tillögur þar um séu t.d. lagðar fram af hálfu þingnefnda eða ákveðins fjölda þingmanna. Þá megi finna dæmi þess að þjóðþing ákveði að vísa meintum brotum ráðherra til sakamálarannsóknar en meðferð máls sé þaðan í frá á hendi lögreglu og almennra ákæranda og dómstóla.³³

³¹ Ákvörðun MDE frá 18. maí 1999 í máli *Erik Ninn-Hansen gegn Danmörku*, nr. 28972/95.

³² Dómur MDE frá 23. nóvember 2017 í máli *Haarde gegn Íslandi*, nr. 66847/12.

³³ Sjá um þetta IV. kafla dómsins, 46. til 51. mgr.

Eitt af meginkæruefnunum í máli Geirs H. Haarde var að þingmannanefndin sem undirbjó ályktun um málshöfðun, hefði ekki rannsakað málið nægilega til að geta tekið málefnalega ákvörðun um málshöfðun. Niðurstaða atkvæðagreiðslunnar um saksókn hans hefði verið pólitísk ákvörðun, byggð á geðþótta en ekki hlutlægum rökum, sem birtist einnig í því að atkvæði hefðu fallið eftir flokkspólitískum línunum. Dómstóllinn benti m.a. á að aðkoma þingsins að ákvörðun um ákæru ráðherra væri algengt fyrirkomulag í ríkjum Evrópu og nægði það ekki eitt og sér sem vísbending um að 6. gr. sáttmálans væri brotin. Þá hefðu nægileg gögn legið fyrir þingmannanefnd sem fjallað hafði um skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis til að gera tillögu um málshöfðun. Var því ekki sýnt fram að ákvörðun um ákæru hefði verið reist á geðþótta eða pólitískum sjónarmiðum þannig að rétti kæranda til réttlátrar málsmeðferðar væri ógnað.³⁴

Annað kæruefni um brot á 6. gr. laut að því að Landsdómur hefði ekki verið sjálfstæður og óvilhallur dómstóll í ljósi þeirrar staðreyndar að Alþingi hafi í senn verið ákærandi og sú stofnun sem kaus átta af fimmtán dómurum sem sátu í réttinum. Þá hefði þingið haft afskipti af skipan dómsins eftir að málið var þingfest, með því að framlengja setu þeirri í dóminum. Dómstóllinn hafnaði þessum rökum og byggði þar á sömu sjónarmiðum og áður var lýst í máli Ninn-Hansen, að sú staðreynd að hluti dómaraanna væri kjörinn myndi ekki ein og sér leiða til þess að dómstóllinn skorti sjálfstæði. Þá féllst hann á þær röksemdir sem voru færðar fram af hálfu íslenska ríkisins um gagnsemi þess að hinir kjörnu dómara hefðu vissa pólitíska innsýn í málefnið sem var til umfjöllunar. Þótt pólitísk sjónarmið kynnu að liggja að baki kjöri dómara væri ljóst að þeir undirrituðu drengskaparheit um að rækja starfann af samviskusemi og óhlutdrægni. Þá nytu dómara fulls sjálfstæðis í starfi og tækju ekki við fyrirmælum frá löggjafanum eða framkvæmdarvaldi. Ekki var fallist á að breyting á lögum um Landsdóm sem var gerð árið 2011 til að tryggja að dómara myndu ljúka meðferð Landsdómsmálsins þrátt fyrir að kjörtímabil þeirra væri á enda fæli í sér inngríp þingsins í skipan dómsins. Umræddir dómara hefðu verið kjörnir nokkrum árum áður en málið var höfðað og hefði kosning nýrra dómara eftir að málið hófst þýtt að þeir hefðu verið kjörnir af sama þingi og ákvað málshöfðunina.³⁵

Mannréttindadómstóllinn féllst ekki á að refsheimildir c-liðar 8. gr. rábl. og 17. gr. stjórnarskrárinnar væru svo óskýrar og beiting þeirra

³⁴ Sjá 86. og 87. mgr. dómsins.

³⁵ Sjá 105. til 108. mgr. dómsins.

svo ófyrirsjáanleg að brotið hefði verið gegn réttindum kæranda samkvæmt 7. gr. sáttmálans. Hann taldi þannig ekki ástæðu til að draga í efa þá afstöðu Landsdóms að forsætisráðherra hefði vanrækt skyldu sína samkvæmt 17. gr. stjórnarskrárinnar til að halda ríkisstjórnarfundi um „mikilvæg stjórnarmálefni“ þótt það hugtak væri vissulega háð ákveðinni túlkun, en ekkert gæfi til kynna að rétturinn hefði farið út fyrir hlutverk sitt við skýringu ákvæðanna.³⁶

Af dóminum verður ályktað að Mannréttindadómstóllinn játi aðildarríkjum að sáttmálanum talsvert svigrúm til að ákveða hvernig reglum um refsíabyrgð ráðherra er háttáð. Þar er tekið fram að í lögum aðildarríkja um refsíabyrgð ráðherra fléttist saman sérstök sjónarmið um samspil pólitískrar og lagalegrar ábyrgðar æðstu handhafa framkvæmdarvalds í hverju stjórnskipunarkerfi sem hvert hafi sitt sérkenni og reglur aðildarríkja um efnið séu ekki samræmdar. Þótt mörg ríki hafi þá skipan að ákvarðanir eða tilhögun í ferli við saksókn ráðherra séu með pólitísku ívafi, svo sem ákvörðun þjóðþings um málshöfðun eða að hluti dómara sem dæmir í refsímáli sé kjörinn af þinginu nægir það eitt og sér ekki til að brotið sé gegn 6. gr. sáttmálans. Dómstóllinn skoðar í hverju og einu tilviki hvort uppfylltar séu þær kröfur sem gera verður til réttlátrar málsmeðferðar, án tillits til slíkra frávika frá hefðbundinni málsmeðferð. Þá bendir dómstóllinn á að markmið stjórnskipunarreglna um efnið sé að tryggja í senn að ráðherrarnir séu ekki friðhelgir gagnvart saksókn og að kerfið sé ekki misnotað í pólitískum tilgangi.³⁷

6. Valkostir við endurskoðun lagareglna um ráðherraábyrgð

Af forsendum og niðurstöðu Mannréttindadómstólsins í máli Geirs H. Haarde verður ekki ályktað að brýn þörf sé á að breyta gildandi lögum um ráðherraábyrgð með tilliti til réttaröryggissjónarmiða og þeirra krafna sem verða leiddar af Mannréttindasáttmála Evrópu um réttindi sakborninga í refsímálum. Engu að síður er víst að sterkur pólitískur vilji er til þess að endurskoða reglur um ráðherraábyrgð og Landsdóm og hefur m.a. komið fram í umræðunni að fyrirkomulagið sé úrelt. Þar hefur sérstaklega verið deilt hart á aðdraganda málshöfðunar og atkvæðagreiðslunnar haustið 2010 þar sem samþykkt var að höfða mál einvörðungu gegn fyrrverandi forsætisráðherra af þeim fjórum ráðherrum sem þingsályktunartillagan tók til. Einnig hefur verið bent á

³⁶ Sjá 129. og 139. mgr. dómsins.

³⁷ Sjá nánar 84. og 85. mgr. dómsins.

að niðurstaða Landsdóms í málinu, þar sem sýknað var af nær öllum ákæruliðum eða þeim vísað frá, sýni að ekki hafi verið tilefni til málshöfðunar.³⁸ Í þessu ljósi má telja líklegt að þingmenn veigri sér við því að endurtaka málshöfðun gegn ráðherra vegna gagnrýni á þá pólitísku ásýnd sem slík saksókn vekur upp og ásakana um að hún stýrist af pólitískum markmiðum. En þá skapast sú sérkennilega staða að á meðan ekkert annað kemur í staðinn fyrir þetta fyrirkomulag jafngildir slík afstaða Alþingis því að ráðherrar séu í reyndinni friðhelgir gagnvart ákærum fyrir embættisbrot, því eins og áður var lýst verða þeir ekki saksóttir eftir almennum reglum fyrir refsiverð brot í embættisfærslum sínum fyrir dómstólum. Þess vegna er brýnt að finna leiðir til að sníða af vankanta og breyta fyrirkomulaginu.

6.1 Lagabreytingar innan ramma stjórnarskrárinnar

Sem fyrr er lýst hefur löggjafinn víðtækt svigrúm til að skipa reglum um ráðherraábyrgð og Landsdóm á þeim grunni sem fram kemur í 14. gr. stjórnarskrárinnar. Ekkert stendur í vegi fyrir því að heildarendurskoðun fari fram á lögum um þau án þess að stjórnarskrár-breytingar þurfi til. Markmið breytinganna gæti verið að setja málefniinu skýrari lagaumgjörð auk þess sem reglur yrðu færðar til samræmis við réttarþróun í sakamálaréttarfari og krafna sem gerðar eru til forms og efnis refsheimilda. Hér á eftir verða settar fram hugmyndir um breytingar á nokkrum þáttum sem taka mætti til skoðunar til að mæta þessum markmiðum.

1) *Aðdragandi og ákvörðun um málshöfðun.* Reynslan af Landsdómsmálinu sýnir að brýnast er að endurskoða þennan þátt í ferlinu. Eins og lýst var að framan var eitt meginmarkmið með stofnun nýrrar fastanefndar árið 2011, stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar, að gera eftirlit þingsins með stjórnsýslunni skilvirkara og markvissara.³⁹ Nefndin skal eiga frumkvæði að því að kanna ákvarðanir eða verklag í embættisfærslum ráðherra, sbr. 8. tölul. 1. mgr. 13. gr. þingskapa og jafnframt leggja mat á og gera tillögu til þingsins um skipun rannsóknarnefndar samkvæmt lögum 68/2011 til að rannsaka málsatvik í tilteknu mikilvægu máli sem varðar almenning. Slík rannsóknarnefnd er skipuð sérfræðingum utan þings og er í störfum sínum óháð fyrirmælum frá

³⁸ Sjá m.a. sjónarmið þingmanna allra stjórnmalaflokka á Alþingi sem komu fram í umræðum um ráðherraábyrgð og Landsdóm á 41. fundi, 4. desember 2018, sbr. einnig tillögu til þingsályktunar um óréttmæti málshöfðunar Alþingis gegn ráðherrum og afsökunarbeiðni, þskj. 700, 490. mál 2017-18.

³⁹ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og handhafar ríkisvalds*, bls. 440.

Alþingi eða öðrum, sbr. nánari fyrirmæli 4. gr. laganna. Þótt rannsóknarnefnd fari ekki með rannsókn á mögulegri refsíabyrgð ráðherra er mikilvægt að nefndin getur vakið athygli stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar á málsatvikum sem kunna að gefa Alþingi tilefni til að meta grundvöll ábyrgðar ráðherra. Eftir að nefndin fær skýrslu rannsóknarnefndar til umfjöllunar geta slíkar ábendingar orðið til þess að hún teldi rétt að láta rannsaka hvort refsivert brot hefur átt sér stað. Einnig þarf að gera ráð fyrir því að stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd geti ákveðið, eftir skoðun á embættisfærslum ráðherra, að vísa máli til ríkissaksóknara að eigin frumkvæði. Þá þarf að gera ráð fyrir því að Alþingi þyrfti að samþykkja tillögu nefndarinnar um að vísa máli til rannsóknar hjá ríkissaksóknara. Hér hefur löggjafinn svigrúm til að setja skýra heimild inn í ákvæði laga um þingsköp til þess að Alþingi komi grunsemdum um meint embættisbrot ráðherra í farveg lögreglu-rannsóknar. Sérreglur um þetta fyrirkomulag þyrftu væntanlega einnig að bætast í ákvæði um ákærvaldið í lögum um meðferð sakamála.

2) *Útgáfa ákæru og kosning saksóknara*: Að lokinni lögreglurannsókn myndi ríkissaksóknari senda stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd skýrslu um niðurstöður hennar og tillögur um hvort ákæra skuli fyrir brot eða ekki. Slík ákvörðun væri, eins og gildir um sakamál almennt, byggð á mati á því hvort það sem fram hefur komið við rannsóknina telst líklegt til sakfellis sbr. 145. gr. skml. Í kjölfarið myndi nefndin gera tillögu um málshöfðun ráðherra samkvæmt 14. gr. stjórnarskrárinnar. Yrðu kærutridin þá sett fram á grundvelli ákæruskjals frá ríkissaksóknara. Verði tillaga um málshöfðun samþykkt fer fram kosning saksóknara til að fara með málið fyrir hönd Alþingis fyrir Landsdómi. Þá yrði sett skýr regla um að Alþingi geti ákveðið að breyta eða afturkalla ákæru að fenginni tillögu saksóknara vegna þeirra ástæðna sem getið er í 153. gr. skml.

3) *Meðferð mála fyrir Landsdómi*: Í ljósi þess að sakamál gegn ráðherra yrði höfðað að aflokinni sakamálarannsókn er ekki lengur þörf á mörgum þeirra sérreglna um málsmeðferð sem nú standa í ákvæðum ldl. Myndi meðferð málsins fyrir Landsdómi þannig í öllum atriðum fylgja málsmeðferðarreglum sakamálalaga.

4) *Skipan Landsdóms*: Stjórnarskráin mælir fyrir um tilvist Landsdóms en ekkert er því til fyrirstöðu að breyta skipan dómstólsins með almennum lögum. Þannig er mögulegt að breyta bæði fjölda dómenda og hvernig þeir veljast eins nú er kveðið á um í 2. gr. ldl. Hægt er að hafa dóminn að öllu leyti skipaðan embættisdómurum, t.d. fullskipaðan Hæstarétt, eða bæta við dómendum frá öðrum dómstólum t.d. forseta Landsréttar, dómstjóranum í Reykjavík o.s.frv. Bent hefur

verið á að yrði fallið frá því að hluti dómenda sé kjörinn af Alþingi verði dómstóllinn ekki eins lýðræðislega upp byggður. Þá yrði ekki tryggt að fulltrúar mismunandi stjórnmalaflokka, – og viðhorfa, skipuðu dóminn á hverjum tíma.⁴⁰ Hér verður hins vegar efast um að ríkari þörf sé á að dómstóll sem dæmir um embættisbrot ráðherra þurfi að vera lýðræðislega upp byggður heldur en almennt gildir um dómstóla sem dæma í refsimálum þar sem dómarar hafa valist til setu á grundvelli faglegrar hæfni sinnar til dómastarfa. Og þótt það sjónarmið hafi verið viðtekið að kjörnir dómarar í Landsdómi þurfi að hafa pólitíska innsýn til að leggja mat á refsíábyrgð ráðherra, er vandséð hvernig slík innsýn nýtist í reynd fyrir hæfni þeirra til að dæma í máli. Að sama skapi og breytingar á aðdraganda að málshöfðun Alþingis gegn ráðherra myndu draga úr efasemdum um að hún stýrist af pólitískum tilgangi myndu breytingar á skipan Landsdóms að þessu leyti leiða til þess að efasemdir um sjálfstæði dómenda kjörinna af Alþingi yrðu úr sögunni.

5) *Refsíákvæði um embættisbrot*: Í lögum um ráðherraábyrgð kæmi til álita að fella niður 10. gr. rábl. um brot á góðri ráðsmennsku sem hefur þótt óskýr í ljósi krafna sem gerðar eru til skýrleika refsheimilda skv. 69. gr. stjkskr. Annar valkostur er að fella niður lög um ráðherraábyrgð og bæta sérákvæði eða ákvæðum um embættisbrot ráðherra í XIV. kafla alm. hgl. nr. 19/1940 sem fjallar um brot í opinberu starfi. Einnig þarf að taka afstöðu til þess hvort rétt sé að viðhalda sérreglu um stuttan fyrningartíma embættisbrota ráðherra sem nú er að finna í 14. gr. rábl.

6.2 *Valkostir um stjórnarskrárbreytingar*

Hér að framan hefur verið fjallað um valkosti við endurskoðun reglna um ráðherraábyrgð án stjórnarskrárbreytinga. Að sjálfsögðu mætti með breytingum á 14. gr. stjórnarskrárinnar taka fyrirkomulag ráðherraábyrgðar til gagnerrar endurskoðunar. Aðalatriðið er að taka afstöðu til þeirrar grundvallarspurningar hvort þörf sé á að mæla fyrir um sérstaka lagalega ábyrgð ráðherra í stjórnarskrá, svo og hvort þingið sjálft hefur ákærvald. Verði talið að svo sé ekki, væri rökréttast að hafa engin ákvæði um efnið í stjórnarskránni. Þá mætti afnema þá umgjörð sem stjórnarskráin setur í 14. gr. um ákærvald Alþingis og tilvist Landsdóms og fella ákvæðið einfaldlega niður ásamt lagabálkunum tveimur um ráðherraábyrgð og Landsdóm frá 1963. Eðlilega þyrfti þó

⁴⁰ Eiríkur Tómasson: „Landsdómur. Á slíkur sérdómstóll með pólitísku ívafi rétt á sér eða er hann tímaskekkja?“, bls. 117.

að gera lagalegar ráðstafanir, t.d. með breytingum á ákvæðum almennra hegningarlaga til að tryggja að ekki skapist eyður í refsilögum gagnvart refsíabyrgð ráðherra á embættisbrotum. Rökrétt væri þá að vegna sérstöðu sinnar í samanburði við aðra starfsmenn ríkisins væri ráðherra þar getið sérstaklega auk afmörkunar á þeirri háttsemi sem fellur undir embættisbrot.⁴¹

Annar valkostur er að viðhalda núgildandi skipan í meginatriðum en útfæra betur reglur um refsíabyrgð ráðherra og Landsdóm í stjórnarskránni. Þar mætti þá fella inn ýmsar breytingar varðandi aðdraganda að ákvörðun um málshöfðun, þar á meðal um rannsókn máls, hlutverk stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar, svo og um refsiskilyrði og málsmeðferð fyrir Landsdómi. Þar mætti leita fyrirmynda í nýrri stjórnarskrám t.d. þeirri sænsku og finnsku sem lýst var að framan. Einnig mætti taka mið af 95. gr. frumvarps til nýrrar stjórnarskrár sem var lagt fram á Alþingi árið 2012 og byggðist á tillögum stjórnlagaráðs. Tillagan fól í sér að ákærvald Alþingis og Landsdómur yrðu aflögð en stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd Alþingis skyldi þó ákveða að hefja rannsókn á meintum embættisbrotum ráðherra og skipa saksóknara til að annast hana. Málið væri þaðan í frá úr höndum þingsins enda væri ákvörðun um útgáfu ákæru á forræði saksóknarans sem sækti málið fyrir almennum dómstólum.⁴²

7. *Kemur þingleg ábyrgð í stað lagalegrar ábyrgðar?*

Eftir er að taka afstöðu til þess álitaefnis hvort þörfin fyrir lagalega ábyrgð ráðherra hafi í raun horfið eftir að þingræðisskipan komst á í byrjun síðustu aldar. Fyrir þann tíma var saksókn gegn ráðherra eina úrræðið sem þingið hafði til að bregðast við brotum hans í embætti, eins og lýst var að framan. Sérdomstólar á borð við Landsdóm gátu því ekki aðeins dæmt ráðherra til refsingar heldur einnig fallist á kröfu þjóðþings um embættismissi, sbr. einnig 1. mgr. 11. gr. rábl. Eftir tilkomu þingræðis þurfi ekki lengur að höfða sakamálgagn gegn ráðherra, sem naut stuðnings konungs, til að koma honum úr embætti heldur

⁴¹ Í þessu sambandi má nefna að með lögum nr. 5/2013 var sérstakri tilgreiningu á alþingismönnum bætt inn í 128. gr. alm. hgl. um mútubrot sem stendur í XIV. kafli laganna um brot í opinberu starfi sbr. einnig 109. gr. alm. hgl. Í greinargerð með frumvarpinu var tekið fram að með hliðsjón af stöðu alþingismanna og stjórnskipulegu hlutverki þeirra þætti rétt að kveða sérstaklega á um að þeir beri refsíabyrgð samkvæmt ákvæðinu með sama hætti og opinberir starfsmenn sjá þskj. 130, 139. mál 2012-2013, bls. 7.

⁴² Þskj. 519, 415. mál 2012-13, bls. 17 og 221-224.

dugði viljayfirlýsing þingsins þar um.⁴³ Engin efnisleg skilyrði eru sett fyrir því hvenær Alþingi getur samþykkt vantraust á ráðherra eða ríkisstjórn. Getur þingið afturkallað umboð sitt án þess að nokkuð liggi fyrir um óæskilega stjórnarframkvæmd ráðherra eða lögbrot. Þingræðisreglan, sem var lengst af óskráð stjórnskipunarregla og fyrst fest í íslensk lög með 2. mgr. 1. gr. laga um Stjórnarráð Íslands nr. 115/2011, eykur þannig mjög þungann í því aðhaldi sem þingið veitir ráðherra í störfum þeirra. En nægir hin pólitíska ábyrgð sem fólgin er í þingræðisreglunni til að veita það aðhald sem æðstu valdhöfum framkvæmdarvaldsins er nauðsynlegt að hafa, án þess að refsíábyrgð ráðherra bæti nokkru við í því sambandi? Hér verður það dregið í efa og má þar benda á nokkur þungvæg rök.

Í fyrsta lagi má benda á að eðli þessara tvenns konar ábyrgðarreglna og ástæður þess að á þær reynir eru af mjög ólíkum toga. Þannig verður hinni lagalegu ábyrgð aðeins komið fram gagnvart einstaklingum sem hafa af ásetningi eða stórfelldu gáleysi brotið af sér í embætti og hún er því eingöngu persónuleg á meðan pólitíska ábyrgðin beinist jafnt (og reyndar enn frekar) að ríkisstjórninni sem slíkri, s.s. með vantrausti á forsætisráðherra og ráðuneyti hans fremur en einstökum ráðherrum.⁴⁴

Í öðru lagi felst gildi þingræðisreglunnar fyrst og fremst í því að tilvist hennar ein veitir ríkisstjórninni pólitískt aðhald. Missi ríkisstjórnin stuðning meirihluta þingmanna, eða hlutleysi þegar það á við, þarf ekki að bíða þess að vantrauststillaga komi fram heldur biðst forsætisráðherra lausnar fyrir sig og ráðuneyti sitt áður en á það reynir. Það sama verður sagt um einstaka ráðherra ef fyrir liggur að ráðherra hafi misst traust þingsins vegna umdeilda embættisfærslna. Af þessum ástæðum er í reynd mjög fátítt, ekki aðeins hér á landi heldur einnig á öðrum Norðurlöndum að samþykkja þurfi vantraust til að koma ríkisstjórn eða ráðherra frá völdum.⁴⁵

Í þriðja lagi og það sem mestu skiptir er að hin pólitíska ábyrgð varir aðeins meðan ráðherra er í embætti og missir marks samkvæmt eðli

⁴³ Ragnhildur Helgadóttir: „Pólitísk ábyrgð ráðherra – Samspil þingræðisreglu og þingeftirlits“, bls. 267.

⁴⁴ Ekki er þó sjaldgæft að tillaga sé gerð um vantraust á einstaka ráðherra og síðast var það gert vorið 2018 á hendur dómsmálaráðherra, sbr. þskj. 458, 344. mál 2017-2018. Alþingi hefur þó aðeins þrisvar sinnum samþykkt vantrauststillögu; fyrst á Hannes Hafstein árið 1909, þá á Björn Jónsson 1911 og loks á minnihlutastjórn Ólafs Thors 1950. Sjá nánar Ragnhildur Helgadóttir: „Þingræðisreglan í íslenskri stjórnskipun“, bls. 202-205.

⁴⁵ Á tuttugustu öld voru tillögur um vantraust sem samþykktar voru á þjóðþingum Norðurlandanna á bilinu 2-4 í hverju landi. Sjá nánar: Björg Thorarensen: „Mechanisms for Parliamentary Control of the Executive“, bls. 101.

máls eftir að hann hefur látið af embætti. Gagnrýni á embættisfærslur ráðherra getur vissulega leitt til þess að hann missi traust þingsins og að rannsókn hefjist þá mögulega á meintum brotum í embætti. Komi í ljós síðar t.d. í rannsókn máls að ráðherra hafi framið refsiverð brot er óviðunandi að æðsti maður stjórnáslunnar sé undanþeginn saksókn á meðan t.d. undirmenn hans í ráðuneyti eða pólitískir aðstoðarmenn sem eru hlutdeildarmenn í broti verða saksóttir fyrir brot í opinberu starfi, án tillits til þess hvort þeir hafa látið af starfi eða ekki. Þessi síðastgreindu rök ættu ein og sér að nægja til að svara þeirri spurningu að ekki er ásætlanlegt út frá sjónarhóli varnaðaráhrifa og nauðsynlegs aðhalds með störfum ráðherra sem og jafnræðissjónarmiða að þingleg ábyrgð komi í stað lagalegrar ábyrgðar ráðherra.

8. Lokaorð

Í þessari grein hefur verið fjallað um og lagt mat á sjónarmið um að breytinga sé þörf á reglum um ráðherraábyrgð og Landsdóm í ljósi þeirrar reynslu sem fékkst af fyrstu málshöfðun Alþingis gegn ráðherra sem lauk með dómi Landsdóms vorið 2012.

Fram til þessa hefur vilji stjórnarskrárgjafans verið að viðhalda ákvæðum í stjórnarskrá um lagalega ábyrgð ráðherra. Þrátt fyrir mikla gagnrýni sem komið hefur fram á Alþingi á þetta fyrirkomulag hefur skort pólitíska samstöðu um að endurskoða það eða afleggja. Þessi skipan er reyndar í fullu samræmi við þann hátt sem hafður er á í stjórnarskrám flestra Evrópuríkja. Auk þess liggur fyrir að núgildandi reglur og beiting þeirra í fyrsta Landsdómsmálinu uppfylla þær kröfur sem gera verður til mannréttinda og réttaröryggis.

Hér að framan hefur verið varpað fram nokkrum valkostum til að bregðast við efasemdum um ferlið. Þar hefur borið einna hæst að ákvörðun Alþingis um málshöfðun gegn ráðherra hafi vissa pólitíska ásýnd auk þess sem slík ákvörðun sé tekin án lögreglurannsóknar eins og á við um önnur sakamál. Hér hefur verið tekið undir slík sjónarmið. Í greininni er einnig dregin í efa gagnsemi þess að kjörnir dómara í Landsrétti hafi pólitíska innsýn, enda vandséð hvernig slík innsýn hafi þýðingu við mat á skyldum eða vanrækslu ráðherra í embætti sem leitt geti til refsíábyrgðar. Bent er á leiðir til að endurskoða löggjöf innan þess ramma sem settur er í stjórnarskránni. Með breytingum á ýmsum almennum lögum mætti í senn setja málefnum skýrari lagaumgjörð, draga úr tortryggni um pólitískan tilgang saksóknar gegn ráðherrum og afmá pólitískt ívaf Landsdóms. Þannig yrðu refsímál gegn ráðherra færð til samræmis við réttarþróun í sakamálaréttarfari og kröfur sem

gerðar eru til forms og efnis refsheimilda en hefðu þó áfram ákveðna sérstöðu í ljósi stöðu ráðherra sem æðstu embættismanna í stjórnkerfinu.

Með slíkum breytingum væri hægt að draga úr hættu á pólitískri misnotkun þess úrræðis að höfða mál gegn ráðherra en á sama tíma væri undirstrikað að lagaleg ábyrgð ráðherra á embættisathöfnum sínum sé bæði raunhæf og virk. Það er óneitanlega til þess fallið að skapa ráðherrunum, valdamestu embættismönnum stjórnsýslunnar, nauðsynlegt aðhald í störfum sínum.

Abstract

The article addresses legal (criminal) responsibility of ministers stipulated in the Icelandic constitution, the relationship between political and legal responsibility and whether special rules regarding prosecution of ministers for criminal conduct in office should be revised or abolished. Article 14 of the Icelandic constitution states that ministers are accountable for all executive acts and that the Althingi may impeach them on account of their official acts. Such cases are to be tried by the Court of Impeachment (*Landsdómur*).

Since the impeachment procedure was invoked by Althingi for the first time in history in 2010 against a former prime minister, there has been ongoing criticism on the procedure, particularly in the political debate. The article discusses some critical points and evaluates whether the idea behind special criminal procedures against ministers is outdated, especially in the light of the political element in the decision to prosecute. The parliamentary appointment of the majority of judges in the Court of Impeachment based on the need for political insight is also questionable. There may be concerns that conditions for a fair trial are jeopardised, even though the European Court of Human Rights has not found such flaws in cases against Iceland and Denmark related to impeachment proceedings.

The article discusses options to revise the existing legislative framework regarding criminal responsibility of ministers. Certain solutions are suggested to meet the demands of fair trial elements when assessing allegations of criminal conduct by ministers in office and to ensure that criminal proceedings are not coloured by political elements instead of being subject solely to legal consideration.

Heimildir

Alþingistíðindi.

Andri Árnason: „Ráðherraábyrgð“. *Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti 2009, bls. 239-261.

Arne Fliflet: *Grunnloven. Kommentaratutgave*. Universitetsforlaget, Oslo 2005.

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og handhafar ríkisvalds*. Bókaútgáfan Codex, Reykjavík 2015.

Björg Thorarensen: „Mechanisms for Parliamentary Control of the Executive“ í ritinu *The Nordic Constitutions. A Comparative and Contextual Study*. Ritstj. Helle Krunke og Björg Thorarensen. Hart Publishing, Oxford 2018.

Björg Thorarensen: „Svigrúm og ábyrgð/ábyrgðarleysi ráðherra við skipun dómara“. *Úlfjótur* 1. tbl. 2018, bls. 153-162.

Einar Arnórsson: *Ágrip af íslenskri stjórnlagafraði*. Fjölrítunarstofa Pjeturs G. Guðmundssonar, Reykjavík 1927.

Eiríkur Tómasson: „Íslensk lög um ráðherraábyrgð og samanburður á þeim og dönskum lögum um sama efni“. *Rannsóknir í félagsvísindum VI*: Lagadeild 2005, bls. 117-142.

Eiríkur Tómasson: „Landsdómur. Á slíkur sérdómstóll með pólitísku ívafi rétt á sér eða er hann tímaskekkja?“ *Bífröst*. Rit lagadeildar Háskólans á Bífröst. 2006, bls. 103-118.

Henrik Zahle: *Dansk forfatningsret 2. Regering, forvaltning og dom*. 3. útg. Christian Ejlers Forlag, Kaupmannahöfn 2001.

Jaakko Husa: *The Constitution of Finland. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford 2011.

Jens Peter Christensen: *Ministeransvar*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Kaupmannahöfn 1997.

Joakim Nerglius: *Svensk Statsrätt*. Studentlitteratur, Malmö 2016.

Lárus H. Bjarnason: *Íslensk stjórnlagafraði*. Prentuð sem handrit, Reykjavík 1913.

Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*. Hlaðbúð, Reykjavík 1960.

Ragnhildur Helgadóttir: „Pólitísk ábyrgð ráðherra – Samspil þingræðisreglu og þingeftirlits“. *Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti 2009, bls. 263-280.

Ragnhildur Helgadóttir: „Þingræðisreglan í íslenskri stjórnskipun“. II. hluti ritsins *Þingræði á Íslandi. Samtíð og saga*. Ritstj. Ragnhildur Helgadóttir, Helgi Skúli Kjartansson og Þorsteinn Magnússon. Forlagið, Reykjavík 2011, bls. 159-226.

Róbert R. Spánó: *Stjórnskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*. Ákvaði 1. mgr. 68. gr. og 1. mgr. 69. gr. stjórnskrárinnar og 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Bókaútgáfan Codex, Reykjavík 2012.

Sigurður Línal: „Um ráðherraábyrgð og landsdóm“. *Skírnir* 2010, 184. ár (haust), bls. 522-532.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar Íslands

Hrd. frá 25. september 2003 í máli nr. 36/2003.

Hrd. frá 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010.

Hrd. frá 19. desember 2017 í máli nr. 591/2017.

Hrd. frá 19. desember 2017 í máli nr. 592/2017.

Úrlausnir Landsdóms

Dómur Landsdóms í máli nr. 1/2011 frá 8. mars 2011.

Dómur Landsdóms í máli nr. 3/2011 frá 23. apríl 2012.

Úrskurður Landsdóms í máli nr. 2/2011 frá 22. mars 2011.

Úrskurður Landsdóms í máli nr. 3/2011 frá 10. júní 2011.

Úrskurður Landsdóms í máli nr. 3/2011 frá 3. október 2011.

Dómar Héraðsdóms

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur frá 12. nóvember 2014, nr. S-651/2014.

Úrlausnir Hæstaréttar Danmerkur

Dómur Hæstaréttar Danmerkur, ÚfR. 1995.672.

Úrskurður Hæstaréttar Danmerkur ÚfR. 1994.409.

Úrlausnir Mannréttindadómstóls Evrópu

Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli nr. 66847/12, Haarde gegn Íslandi, frá 23. nóvember 2017.

Ákvörðun Mannréttindadómstóls Evrópu í máli nr. 28972/95, Erik Ninn-Hansen gegn Danmörku, frá 18. maí 1999.

Um höfunda

Ágúst Geir Ágústsson er skrifstofustjóri í forsætisráðuneytinu.

Ásgerður Snævarr er lögfræðingur í forsætisráðuneytinu og stundakennari við lagadeildir Háskóla Íslands og Háskólans í Reykjavík.

Björg Thorarensen er prófessor við lagadeild Háskóla Íslands.

Elísabet Gísladóttir er lögfræðingur í dómsmálaráðuneytinu og stundakennari við lagadeild Háskóla Íslands.

Dr. Eiríkur Jónsson er landsréttardómari og prófessor við lagadeild Háskóla Íslands.

Flóki Ásgeirsson er lögmaður og stundakennari við lagadeild Háskóla Íslands. Hann hefur einnig sinnt stundakennslu við lagadeild Háskólans í Reykjavík.

Gerður Guðmundsdóttir er lögfræðingur hjá skattrannsóknarstjóra ríkisins.

Hafsteinn Dan Kristjánsson er stipendiary lecturer við Balliol College, Oxford háskóla, í réttarheimspeki og Evrópurétti, aðjunkt við lagadeild Háskóla Íslands og doktorsnemi í réttarheimspeki við Oxford háskóla (University College).

Heiða Björg Pálmadóttir er forstjóri Barnaverndarstofu og doktorsnemi við lagadeild Háskólans í Reykjavík. Hún hefur sinnt stundakennslu við lagadeildir Háskóla Íslands og Háskólans í Reykjavík.

Hildur Hjörvar er lögfræðingur við Mannréttindadómstól Evrópu.

Kristín Benediksdóttir er dósent við lagadeild Háskóla Íslands.

Oddur Þorri Viðarsson er ráðgjafi um upplýsingarétt almennings, lögfræðingur í forsætisráðuneytinu og stundakennari við lagadeild Háskóla Íslands.

Dr. Jur. Páll Hreinsson er dómsforseti EFTA dómstólsins og rannsóknarprófessor við lagadeild Háskóla Íslands.

Páll Þórhallsson er skrifstofustjóri í forsætisráðuneytinu.

Víðir Smári Petersen er lögmaður og aðjunkt við lagadeild Háskóla Íslands.

