

BJÖRG THORARENSEN

## ÁHRIF MEÐALHÓFSREGLU VIÐ SKÝRINGU STJÓRNARSKRÁRÁKVÆÐA

### *Efnisyfirlit*

1. Inngangur
2. Aðgreining meðalhófsreglu í stjórnsýslurétti og stjórnskipunarrétti
3. Markmið og eðli meðalhófsreglunnar og beiting hennar á vettvangi stjórnsýsluréttarins
  - 3.1 Markmið reglunnar
  - 3.2 Inntak meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins og 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993
  - 3.3 Eðli meðalhófsreglunnar og beiting á vettvangi stjórnsýsluréttarins
4. Áhrif meðalhófsreglunnar í dómafrankvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu við skýringu ákvæða Mannréttindasáttmála Evrópu
  - 4.1 Uppruni meðalhófsreglu Mannréttindasáttmála Evrópu og aðstæður þar sem henni verður beitt
  - 4.2 Samspil reglunnar við sjónarmið um svigrúm aðildarríkja til mats
5. Dómafrankvæmd varðandi áhrif meðalhófsreglunnar við skýringu mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar
  - 5.1 Þróunin fyrir stjórnarskrárbreytingar með stjksl. 97/1995
  - 5.2 Þróunin eftir stjórnarskrárbreytingarnar 1995
    - 5.2.1 Takmarkanir á atvinnufrelsi skv. 1. mgr. 75. gr. stjkskr.
    - 5.2.2 Áhrif breytinga á stjórnarskrárákvæðum með stjksl. 97/1995 þar sem bættist við skilyrði um *naudsyn* takmarkana

5.2.3 Takmarkanir á félagafrelsi skv. 1. mgr. 74. gr. stjkskr.

5.2.4 Takmarkanir á athafnafrelsi

## 6. Niðurstöður

### 1. Inngangur

AÐFERÐIR dómstóla við túlkun og skýringu stjórnarskrárinnar og sjónarmið sem þar eru lögð til grundvallar eru meðal mikilvægustu viðfangsefna stjórnskipunarréttarins. Margt hefur verið ritað og rætt um efnið á síðustu árum, einkum í tengslum við álitaefti um heimildir dómstóla til þess að hnekkja mati löggjafans á efni og nauðsyn lagasetningar og einnig um áhrif þjóðréttarskuldbindinga á skýringu stjórnarskrárákvæða. Minna hefur verið fjallað um þau sjónarmið sem hafa almenna þýðingu við skýringu stjórnarskrárinnar, svo sem áhrif meðalhófsreglu og hvernig þau birtast í dómaframkvæmd. Í því sambandi má benda á að stjórnarskráin sjálf geymir engar reglur um hvernig beri að túlka ákvæði hennar, auk þess sem dómstólar hafa í úrlausnum sínum í gegnum tíðina verið sparir á yfirlýsingar um almenn sjónarmið sem lögð eru til grundvallar við skýringu og túlkun stjórnarskrárinnar.

Á undanförmum áratug hafa sjónarmið um meðalhóf komið í auknum mæli til álita í mati dómstólanna á því hvort réttlæta megi takmarkanir sem löggjöf setur réttindum manna. Markmið þessarar greinar er að fjalla um áhrif meðalhófsreglu sem óskráðrar en almennrar reglu við skýringu stjórnarskrárákvæða einkum við endurskoðun dómstóla á því hvort lög samrýmast stjórnarskrá, rannsaka hvernig hún birtist í rökstuðningi í dómsúrlausnum og leggja mat á ástæður þess að vægi hennar hefur aukist á vettvangi stjórnskipunarréttarins á undanförmum árum.

Í upphafi verður litið til fyrirliggjandi lögfræðilegra skilgreininga á meðalhófsreglunni sem er forsenda fyrir allri frekari umfjöllun um efnið. Verður þar sérstaklega litið til meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins sem lögfest er í 12. gr. stjórnsýslulaganna nr. 37/1993 (ssl.) og er ein af grundvallarreglum stjórnsýsluréttarins. Verður litið til nokkurra úrlausna um mat dómstóla á því hvort stjórnvöld hafa gætt meðalhófsreglunnar í matskenndum ákvörðunum sínum sem takmarka stjórnarskrárvernduð mannréttindi.

Áður en lengra er haldið í könnun dómsúrlausna sem fjalla um heimildir löggjafans til að takmarka mannréttindi er mikilvægt að reifa nokkur grunnatriði varðandi aðferðir Mannréttindadómstóls Evrópu við úrlausn þess

hvort aðildarríki hafa brotið gegn réttindum sem Mannréttindasáttmáli Evrópu verndar, enda gegnir meðalhófsreglan þar veigamiklu hlutverki. Vegna lagagildis sáttmálans, sbr. lög nr. 62/1994, og ríkra tengsla hans við mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar eftir breytingarnar með stjkskr. nr. 97/1995, kann þetta að skipta máli varðandi áhrif meðalhófsreglunnar í íslenskum stjórnskipunarrétti.

Þessu næst er komið að kjarna viðfangsefnisins sem er að kanna þróun meðalhófsreglunnar á sviði stjórnskipunarréttar með því að kryfja úrlausnir íslenskra dómstóla þar sem hún hefur komið til skoðunar. Verður megináhersla lögð á umfjöllun um það hvort og með hvaða hætti dómstólar endurskoða ákvarðanir löggjafans út frá því hvort meðalhófs-hafi verið gætt við lagasetningu sem takmarkar mannréttindi. Einnig verður vikið að því hvernig dómstólar leggja meðalhófsreglu til grundvallar við beitingu laga í úrlausn einstaka ágreiningsmála þegar stjórnarskrárvernduð mannréttindi eru til umfjöllunar, án þess að reyni á endurskoðun tiltekinna stjórnvaldsákvæðana eða lagasetningar. Að því loknu verða dregnar saman ályktanir um það hvort meðalhófsreglan bindi jafnt alla handhafa ríkisvaldsins, þótt aðeins finnst skráð lagaregla í stjórnsýslulögunum um skyldu handhafa framkvæmdarvaldsins til þess að fylgja henni í ákvörðunum sínum.

### 2. Aðgreining meðalhófsreglu í stjórnsýslurétti og stjórnskipunarrétti

Í fræðiskrifum um meðalhófsregluna hefur verið vísað í sömu andrá til meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar og meðalhófsreglu stjórnskipunarréttar. Jafnframt hefur því verið lýst að á síðari áratugum hafi ríki leitast við að setja sjónarmið sem meðalhófsreglan hvílir á fram í meginreglu sem hefur almennt gildi í stjórnskipunar- eða stjórnsýslurétti.<sup>1</sup> Vekur þessi tilvísun til tveggja réttarsviða upp spurningar um hvort hér sé um að ræða tvær aðgreindar reglur sem hvíli þó á sömu sjónarmiðum og hvort gildissvið þeirra eða áhrif séu ólík eftir því hvort réttarsviðið á í hlut. Afmörkun á meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar eftir setningu stjórnsýslulaganna er almennt ekki vandkvæðum háð, enda er inntaki hennar lýst í skráðri lagareglu í 12. gr. ssl. sem kveður á um skyldu stjórnvalds að gæta meðalhófs er það tekur *þyngi-*

<sup>1</sup> Gaukur Jörundsson: „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti.“ *Afmælisrit – Gizur Bergsteinsson nítæður*, bls. 207.

andi ákvörðun. Meira álitamál er hvort og þá hvernig er hægt að setja fram ákveðna skilgreiningu á meðalhófsreglu stjórnskipunarréttar og hvort ætla má að hún sé frábrugðin skilgreiningu stjórnsýsluréttarins.

Í 1. mgr. 1. gr. ssl. er kveðið á um að lögini taki til stjórnsýslu ríkis og sveitarfélaga. Mætti álykta af þessu að fyrst gildissvið meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins í 12. gr. stjórnsýslulaganna er bundið við störf handhafa framkvæmdarvaldsins hljóti meðalhófsregla stjórnskipunarréttarins sem hvorki er skráð í stjórnarskrá né almennum lögum að miðast fyrst og fremst við störf annarra handhafa ríkisvaldsins sem kveðið er á um í 2. gr. stjékr., þ.e. lög-gjafarvaldsins og dómvaldsins. Þennan skilning má til dæmis sjá í eftirfarandi málatalibúnaði stefnanda í máli Alþýðusambands Íslands gegn íslenska ríkinu og Samtökum atvinnulífsins þar sem deilt var um löggjöf sem lagði bann við verkföllum nokkurra aðildarfélaganna innan ASÍ.<sup>2</sup>

Þá telur stefnandi að með lögum nr. 34/2001 hafi stefndi, íslenska ríkið, brot-ið gegn meðalhófsreglu í stjórnskipunarrétti þar sem gengið hafi verið miklu lengra en nauðsyn hafi borið til í því skyni að tryggja markmið stjórnvalda. Lagasetningin hafi verið of yfirgripsmikil og inngríp í samningsfrelsi aðildarfé-laga stefnanda mun víðtækara en réttlætlanlegt hafi verið með vísan til þeirrar neyðarstöðu sem íslenska ríkið hafi talið vera uppi. Engin slík vá hafi verið fyr-ir dyrum sem réttlætt hafi getað slíka íhlutun.<sup>3</sup>

Af hálfu ríkisins komu fram í málinu andstæð rök um tilvist meðalhófsreglu í stjórnskipunarrétti, þar á meðal eftirfarandi rökstuðningur:

Af hálfu stefnda er því haldið fram að *afmarkaða og skilgreinda meðalhófsreglu sé ekki að finna í stjórnarskrá*. Ekki sé hægt að byggja á reglu sem hvorki sé að finna berum orðum í stjórnarskrá né hafi að öðru leyti verið skilgreind á þeim vettvangi.

Dómurinn í máli ASÍ er um margt athyglisverður varðandi gildi meðalhófs-reglu í stjórnskipunarrétti og fær hann ítarlegri umfjöllun sáðar í grein þess-ari. Ofangreind ummæli gefa þó til kynna að meðalhófsregla í stjórnskipun-arrétti skírskoti til sjónarmiða sem löggjafanum beri að líta til er hann tak-markar réttindi manna með lagasetningu en jafnframt að tilvist slíkrar reglu kunni að vera umdeilanleg.

<sup>2</sup> Hrd. 14. nóvember 2002 (mál nr. 167/2002). Þessi ummæli koma fram í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 21. mars 2002.

<sup>3</sup> Áherslumerkingar hér og í öðrum tilvitnuðum texta úr dómum héðan í frá eru höfundar.

Önnur ólík nálgun að því hvernig skilgreina mætti meðalhófsreglu stjórnskipunarréttarins er að skoða hana út frá orðalagi þeirra mannréttinda-ákvæða stjórnarskrárinnar sem heimila takmarkanir á réttindum, einkum ákvæða sem tilgreina að sýna þurfi fram á nauðsyn takmarkana. Þegar deilt er um hvort takmarkanir á réttindum sem þessi stjórnarskrárákvæði vernda eru innan leyfilegra marka má segja að tekist sé á við stjórnskipulega meðalhófsreglu sem leiðir af orðalagi ákvæðanna án tillits til þess frá hvaða handhafa ríkisvaldsins sú skerðing stafar.

Hér í framhaldinu verður leitast við að nota hugtakið meðalhófsregla stjórnskipunarréttar, þegar ákvarðanir annarra handhafa ríkisvalds en stjórnvalda eru kannaðar út frá sjónarmiðum um meðalhóf til aðgreiningar frá reglu 12. gr. ssl.

### 3. Markmið og eðli meðalhófsreglunnar og beiting hennar á vettvangi stjórnsýsluréttarins

#### 3.1. Markmið reglunnar

Meðalhófsreglan á sér langa sögu sem ein af grundvallarreglum stjórnsýslu-réttar í ríkjum sem byggja á þeirri réttarhefð að opinberu valdi skuli setja skorður þegar teknar eru ákvarðanir sem takmarka réttindi einstaklinga. Fela þessi lagaviðhorf í sér að þegar efni stjórnvaldsákvörðunar er að einhverju leyti komið undir mati stjórnvalds er því skylt að vega og meta hagsmuni sem fara ekki saman og að fara í athöfnum sínum og ákvörðunum tiltekinn meðalveg með tilliti til þeirra andstæðu hagsmuna sem í hlut eiga og gæta hófs í meðferð valds síns. Segja má að heiti hugtaksins á nokkrum er-lendum málum (d. proportionalitetsprincippet, e. principle of proportionality) vísi einnig til þess að aðgerðir sem takmarki réttindi manna skuli vera í tilteknu hlutfalli með vísan til þess markmiðs sem þær stefna að.

Í þýskum rétti er rótgróin hefð fyrir beitingu meðalhófsreglunnar og hefur hún m.a. þróast í meðförum þýska stjórnlagadómstólsins, sem hefur slegið því föstu að reglan hafi sama gildi og fyrirmæli stjórnarskrárinnar og bindi alla handhafa ríkisvaldsins, án þess þó að hún sé skráð þar berum orðum.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Gaukur Jörundsson: „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“, bls. 208. Er meðalhófsreglan einkum leidd af mannréttindaákvæðum þýsku stjórnarskrárinnar, m.a. almennu ákvæði í 1. gr. sem kveður á um að mannréttindi stjórnarskrárinnar bindi lög-gjafann, dómstóla og handhafa framkvæmdarvaldsins. Einnig er hún leidd af 19. gr. stjórnarskrárinnar sem er almennt ákvæði um takmarkanir mannréttinda, þótt hennar sé ekki getið þar berum orðum.

Einnig má geta þess að meðalhófsregla gegnir veigamiklu hlutverki sem ein af meginreglum bandalagsréttar Evrópusambandsins og hefur verið mótuð í meðförum dómstóls EB. Á það sérstaklega við á sviðum þar sem reynt hefur á mat dómstólsins á því hvar mörk leyfilegra viðskiptahindrana liggja, skv. 28. og 30. gr. Rómarsamningsins.<sup>5</sup> Hefur EB-dómstóllinn sótt fyrirmynd sína við beitingu og mótun hennar til landsréttar aðildarríkjanna, einkum til þýsks stjórnarfarsréttar.<sup>6</sup> Í nýrri mannréttindaskrá sem samþykkt hefur verið á vettvangi Evrópusambandsins, en hefur þó ekki hlotið lagalegt gildi, er heimilum takmörkunum á mannréttindum lýst í almennu ákvæði í 1. mgr. 52. gr. Þar segir, í lauslegri íslenskri þýðingu, að með vísan til meðalhófsreglunnar megi aðeins gera takmarkanir á réttindum sem eru nauðsynlegar og eru raunverulega í þágu almannahagsmuna sem eru viðurkenndir af sambandinu eða af þörf til að vernda réttindi og frelsi annarra.<sup>7</sup>

Loks gegnir meðalhófsreglan veigamiklu hlutverki við skýringu Mannréttindadómstóls Evrópu á ákvæðum Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE), en það efni verðskuldar sérstaka umfjöllun í 4. kafla hér á eftir.

### 3.2 Inntak meðalhófsreglu stjórnisýsluréttarins og 12. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993

Fyrir gildistöku stjórnisýslulaganna nr. 37/1993 var meðalhófsreglan ekki bundin í lög með almennum hætti fremur en aðrar meginreglur stjórnisýsluréttar. Hún hefur þó um langt skeið verið lögfest á réttarsviðum þar sem stjórnvöldum eru veittar heimildir til hafa afskipti af stjórnarskrárvernduðum réttindum manna eins og persónufrelsi eða friðhelgi einkalífs og heimilis. Sem dæmi má nefna ákvæði 3. mgr. 94. gr. laga um meðferð opinberra mála nr. 19/1991 sem kveður á um að við húsleit skuli gæta þeirrar varfærni og hlífðar sem samræmist markmiði hennar og 1. mgr. 101. gr. laganna sem mælir fyrir um að við handtöku skuli þess gætt að baka hinum handtekna ekki óþægindi framfar en nauðsyn ber til. Í 176. gr. laganna er síðan kveðið á um að dæma megi manni bætur vegna þvingunaradgerða lögreglu, hafi

<sup>5</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 158 og 394.

<sup>6</sup> Yutaka Arai-Takahashi: „The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR“, bls. 192.

<sup>7</sup> Seinni málsliður 1. mgr. 52. gr. réttindaskrárinnar er svohljóðandi: „Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others“. Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ 2000/C 364/01, samþykkt á fundi ráðherraráðsins í Nice 7. desember 2000.

ekki verið *nægilegt tilefni* til slíkra adgerða eða þær *framkvæmdar á óþarflega hættulegan, særandi eða móðgandi hátt*. Í almennu ákvæði um valdbeitingu lögreglu í 14. gr. lögreglulaga nr. 90/1996 segir að aldrei megi lögreglumenn ganga lengra í beitingu valds en þörf er á hverju sinni.

Annað dæmi um svið þar sem meðalhófsregla hefur lengi verið lögfest er löggjöf um barnaverndarmálefni, þar sem sett eru skilyrði um að stjórnvöld skuli leita vægari úrræða en forsjársviptingar til verndar hagsmunum barna sem njóta forsjár foreldra eða foreldris ef slík vægari ráð geta komið að gagni. Er slíka reglu nú að finna í 2. mgr. 29. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002. Einnig má benda á 1. mgr. 80. gr. laganna um framkvæmd vistunar barns á heimili eða stofnun þar sem kveðið er á um að barnaverndarnefnd skuli reyna önnur stuðningsúrræði nema ljóst þyki að þau komi ekki að gagni. Loks má nefna að af lagareglum á vettvangi starfsmannaréttar um agaviðurlög gagnvart ríkisstarfsmönnum hefur mátt leiða ákveðna meðalhófsreglu, sem birtist t.d. í því að beita beri vægari úrræðum, s.s. áminningu áður en starfsmaður er leystur frá störfum, sbr. nú 4. mgr. 26. gr. laga um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, nr. 70/1996.

Eitt af helstu markmiðum með setningu stjórnisýslulaganna nr. 37/1993 var að tryggja sem best réttaröryggi borgaranna í skiptum við hið opinbera, jafnt ríki sem sveitarfélög.<sup>8</sup> Vegna mikilvægis meðalhófsreglunnar á sviði stjórnisýsluréttarins og venju um beitingu hennar á þeim vettvangi var eðlilegt að lögfesta hana í kafla með nokkrum öðrum meginreglum stjórnarfars, þar sem hún birtist nú í 12. gr., svohljóðandi:

Stjórnvald skal því aðeins taka spýngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði, sem að er stefnt, verður ekki náð með öðru og vægara móti. Skal þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til.

Litið hefur verið svo á að í meðalhófsreglu stjórnisýsluréttarins felist þrjú skilyrði sem öll verða að vera uppfyllt og segja má að séu stigskipt. Í fyrsta lagi er sú krafa gerð til stjórnvalds að efni ákvörðunarinnar sé til þess fallið að ná því markmiði sem að er stefnt. Í öðru lagi, að velja skuli það úrræði sem vægast er þar sem kostur er á fleiri úrræðum til að ná sama markmiði. Í þriðja lagi, að gætt sé hófs í beitingu þess úrræðis sem hefur verið valið, eða með öðrum orðum að reynt sé að beita því með sem vægasti móti.<sup>9</sup> Frá sjónarhóli stjórnisýsluréttarins er vægi meðalhófsreglunnar sérstaklega mik-

<sup>8</sup> *Alþt.* 1992, A-deild, bls. 3277.

<sup>9</sup> Páll Hreinsson: *Stjórnisýslulögin*, bls. 147.

ið þegar efni stjórnvaldsákvörðunar er að einhverju leyti komið undir frjálsu mati stjórnvalds. Jafnvel þótt enginn vafi leiki á lagaheimild stjórnvalds til þess að taka þvingjandi ákvörðun getur skortur á því að gæta meðalhófs leitt til þess að hún feli í sér efnisannmarka sem yfirleitt leiða til þess hún telst ógildanleg.<sup>10</sup>

### 3.3 Eðli meðalhófsreglunnar og beiting á vettvangi stjórnsýsluréttarins

Þegar eðli meðalhófsreglunnar er kannað kemur í ljós að það getur verið breytilegt auk þess sem vægi hennar getur verið misjafnt eftir réttarsviðum. Í því sambandi er mikilvægt að líta fyrst til þess að hún er ekki algild regla eða einfaldur mælikvarði sem gefur afdráttarlaus svör, heldur gefur hún fyrst og fremst til kynna ákveðin sjónarmið sem ber að hafa að leiðarljósi við skýringu reglna og úrlausnir í ákveðnum tilvikum.<sup>11</sup> Eins og áður er lýst hefur meðalhófsreglan verið lögfest sérstaklega á sviðum þar sem reynir á heimildir til að skerða sérstaklega mikilvæg réttindi. Gefur þetta til kynna sérstakt mikilvægi hennar við þær aðstæður.<sup>12</sup> Þótt hennar sé ekki getið í sérlögum nema í undantekningartilvikum er stjórnvald að sjálfsögðu bundið af almennum reglunni í 12. gr. ssl. en í dómsúrlausnum þar sem deilt eru um stjórnvaldsákvörðanir virðist þá jöfnum höndum vísað beint til 12. gr. ssl. eða almennt til meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins.

Þegar meðalhófsreglunni er beitt í einstöku tilviki fer fram ákveðið hagsmunamat. Í því felst í meginatriðum að stjórnvald þarf að meta hvort nauðsynlegt er að taka þvingjandi ákvörðun til þess að ná tilteknu markmiði, en í þessu felst oft að vega þarf og meta andstæða hagsmuni. Sýna verður fram á að vægið milli þeirra hagsmuna sem stefnt er að með stjórnvaldsákvörðun og þeirra hagsmuna sem skerðast að sama skapi sé eðlilegt. Því hefur verið litið svo á að séu afleiðingar stjórnvaldsákvörðunar sérstaklega alvarlegar fyrir réttindi manns eða hóps manna, verði að sýna fram á enn ríkari nauðsyn ákvörðunarinnar en ella og að þeir hagsmunir sem hún stefnir að vegi þyngra.<sup>13</sup> Er þetta mat oft afar vandasamt, einkum þegar rekast á tvöns konar grundvallarréttindi einstaklinga. Glögg dæmi um slíkar aðstæður eru þegar vegast á réttindi foreldra til að þess að ala upp og hafa forsjá barns síns

<sup>10</sup> Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin*, bls. 159.

<sup>11</sup> Gaukur Jörundsson: „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“, bls. 223.

<sup>12</sup> *Alþ.* 1992, A-deild, bls. 3295.

<sup>13</sup> Gaukur Jörundsson: „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“, bls. 222.

og réttur barnsins til þess að njóta verndar fyrir illri meðferð eða vanrækslu foreldranna.

Í dómi Hæstaréttar í *Hrd.* 1993/226 má sjá dæmi um slíkt hagsmunamat. Þótt ekki sé þar vísað berum orðum til meðalhófsreglunnar er ljóst að hún er undirliggjandi við mat á því hvort stjórnvald hafi gengið of langt í vali á úrræðum til að ná tilteknu markmiði. Í málinu var krafist ógildingar á ákvörðun Barnaverndarráðs um að svipta kynföður umgengnisrétti við dóttur sína sem verið hafði í fóstri um nokkurra ára skeið. Í dóminum sagði m.a.:

Sýnt er, að umgengni áfrýjanda við barn sitt hefur skapað mjög erfiðar aðstæður, sem ekki reyndist unnt að færa til betra horfs þrátt fyrir ítrekaðar tilraunir barnaverndaryfirvalda. Þá er leitt í ljós, að barnið sýndi ekki beinan vilja til þess að umgangast föður sinn á þann hátt, sem hann krafðist. Leiddi þetta til mikillar spennu og erfiðleika í fjölskyldulífi barnsins á heimili fósturforeldra þess. *Var því svo komið, að velja varð á milli þess, hvort ætli að vera þyngra á metum, hagsmunir barns eða föður.*

Þegar þetta er virt og hafður í huga *tilgangur með vistun barns í varanlegt fóstur*, verður að telja, að svo *veigamikil rök* hafi legið til úrskurðar stefnda barnaverndarráðs, sem var vandlega undirbúinn og studdur sérfræðilegum álitsgerðum, að hann skuli vera óraskaður.<sup>14</sup>

Í öðrum tilvikum kann matið að vera auðveldara ef hagsmunir þeir eða markmið sem ákvörðun stefnir að er augljóslega léttvægara en þeir hagsmunir sem skerðast. Það gæti t.d. átt við ef vegast á sjónarmið um skilvirka skattheimtu annars vegar til hagsbóta fyrir þjóðfélagið í heild sinni og hins vegar mikilvæg réttindi einstaklings, t.d. friðhelgi einkalífs eða heimilis sem eru skert til þess að ná því markmiði. Dæmi um slíkar aðstæður má sjá í *Hrd. frá 15. mars 2001* í máli nr. 354/2000. Var þar deilt um þá framkvæmd tollstjórans í Reykjavík að opna allar bókasendingar frá öðrum löndum í því skyni að nálgast vörureikninga svo ákveða mætti virðisaukaskatt af vörunni. Í málinu vógust á réttur stefnanda til friðhelgi einkalífs og sjónarmið um skilvirka skattheimtu eins og sjá má af eftirfarandi ummælum í dóminum:

<sup>14</sup> Mál þetta var kært til Mannréttindanefndar Evrópu á þeim grundvelli að brotið hafi verið gegn 8. gr. MSE sem verndar friðhelgi einkalífs og fjölskyldulífs. Í ákvörðun sinni frá 11. janúar 1994 taldi nefndin að umræddar takmarkanir á fjölskyldulífi föðursins væru réttlætanager skv. 2. mgr. 8. gr. MSE, þar sem sýnt væri fram á að þær væru nauðsynlegar í þágu réttinda barnsins (mál nr. 22597/93). Var málið því ekki tækt til efnislegrar meðferðar fyrir nefndinni.

Ótvírætt er, að stefndi hefur víðtæka heimild samkvæmt 1. mgr. 45. gr. tollalaga til að skoða og rannsaka hvers konar varning, sem til landsins er fluttur. Tilgangur tollmeðferðar innflutningsvara hlýtur annars vegar að vera sá að koma í veg fyrir ólögmetan innflutning og hins vegar að tryggja rétta álagningu og skil aðflutningsgjalda lögum samkvæmt. *Þessu valdi tollgæslunnar verða þó sett málefnaleg mörk, er dregin verða af ákvæðum stjórnarskrár og meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar auk annarra laga um réttarstöðu borgaranna. [...]*

Af hálfu stefnda hefur hin umdeilda tollmeðferð á bókasendingum frá öðrum löndum einkum verið réttlætt með því, að *ríka nauðsyn beri til skilvirkrar innheimtu virðisaukaskatts af innfluttum varningi, en virðisaukaskattur sé ein helsta tekjulind ríkissjóðs og varði örugg innheimta hans efnahagslega velsæld þjóðarinnar. [...]*

Af þessu er ljóst, að skattheimtusjónarmið hafa aðallega ráðið þeirri tollfrankvæmd, sem hér um ræðir. Póstsendingar til manna hér á landi frá öðrum löndum falla undir ákvæði 71. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi einkalífs og eiga viðtakendur þeirra að öðru jöfnu rétt á því, að aðrir menn fái ekki án þeirra samþykkis vitneskju um innihaldið. Afskipti af póstsendingum verða því að eiga sér skýra og ótvíræða lagastöð og ríka réttlætingu. Engu skiptir, þótt mönnum kunni að falla slík framkvæmd og hér um ræðir misvel í geð og sumum standi á sama um hana. Aðferðin sem slík er til þess fallin að þrængja að friðhelgi einkalífs og nægir það ekki eitt út af fyrir sig, að starfsmenn við tollgæslu séu bundnir þagnarskyldu. Þótt stefndi hafi rúmar heimildir að lögum til skoðunar á innfluttum varningi hefur hann ekki sýnt fram á það við þessar aðstæður, að *nauðsynlegt hafi verið að opna reglubundið og fyrirvaralaust póstsendingar að utan að viðtakendum fornspurðum til að ná því lögmeta markmiði að innheimta aðflutningsgjöld og ekki hafi verið kostur á öðrum aðferðum í því skyni. Að öllu þessu virtu þykir stefndi með þeirri tollfrankvæmd, sem áfrýjandi ber brögður á, hafa gengið í berhögg við einkalífsvernd stjórnarskrárinnar auk meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins.*

Í málum þar sem reynir á lögmeti stjórnvaldsákvörðana fyrir dómstólum svo og í kærumálum innan stjórnsýslunnar og til umboðsmanns Alþingis reynir all oft á meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga. Það fellur utan viðfangsefnis þessarar greinar að gera því viðamikla efni skil hér, nema að því leyti sem gagnlegt getur verið til að kanna áhrif meðalhófsreglunnar í stjórnskipunarrétti og benda á örfá dæmi í því sambandi.

Við mat á því hvort meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar hefur verið gætt hafa dómstólar skoðað stjórnvaldsákvörðun í ljósi þeirra þriggja þátta sem hún er talin fela í sér og lýst var að framan, þ.e. í fyrsta lagi hvort ákvörðunin er til þess fallin að ná því markmiði sem stefnt er að, í öðru lagi hvort vægasta úr-

ræðið hefur verið valið og loks í þriðja lagi hvort hóf er á beitingu þess úræðis sem valið er. Þegar litið er til vægis hvers og eins þessara þátta má halda því fram að fyrsti þátturinn komi sjaldnast sérstaklega til álita eða ráði úrslitum um hvort meðalhófsreglan telst brotin, enda getur reynst erfitt að sýna fram á að ákvörðun sé án allra tengsla við tiltekið markmið. Þyrfti væntanlega að vera augljóst misræmi milli ákvörðunarinnar og markmiðsins. Síðari þættirnir tveir, þ.e. að velja skuli vægasta úræðið og beiting þess skuli ekki vera úr hófi fram eru einatt þeir sem ráða úrslitum um það hvort skilyrði meðalhófsreglunnar eru uppfyllt. Kann þó stundum að reynast erfitt að greina á milli þessara tveggja þátta. Síðasti þátturinn, þ.e. að beiting úræðis skuli ekki vera úr hófi fram getur einkum átt við ef ákvörðun sem kann að vera réttlætunleg í fyrstu skapar tiltekið ástand sem stendur lengur en þörf krefur. Dæmigert fyrir slíkt eru aðstæður sem kunna í fyrstu að réttlæta handtöku manns, en frelsissvipting í kjölfarið stendur síðan í of langan tíma. Birtast sjónarmið um þetta t.d. glöggt í álitum umboðsmanns Alþingis frá 1. september 1999 (mál nr. 2406/1998) í *SUA 1999/121*. Í málinu hafði lögregla handtekið ökumann bifreiðar vegna ætlaðs umferðarlagabrots og við leit í bifreiðinni fannst flaska af smygluðu áfengi. Var pilturinn vistaður í fangageymslu í kjölfar skýrslutöku og látinn laus rúmum 8 klukkustundum síðar. Um þetta sagði í álitum umboðsmanns:

Hafa verður í huga að ákvörðun lögreglu um vistun handtekings manns í fangageymslu er verulega þyngjandi stjórnvaldsákvörðun. Ég minni á að slíkt úræði leiðir af einhliða ákvörðun stjórnvalds um að svipta hlutaðeigandi frelsi sínu til athafna um stuttan tíma. Enda þótt þessar ákvarðanir byggji jafnan á erfiðu mati á atvikum máls og þá einkum þeim rannsóknarhagsmunum sem fyrir liggja, verður lögregla í ljósi framangreindra sjónarmiða að gæta þess að í slíkum tilvikum sé tekið mið af þeirri lagaskyldu að láta hjá líða að *taka slíka þyngjandi ákvörðun um frelsissviptingu manns nema ljóst sé að hún sé til þess fallin að þjóna lögmetu markmiði sem að er stefnt, sbr. meginreglu 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og 1. mgr. 101. gr. laga nr. 19/1991, sbr. nú einnig 2. málslíð 2. mgr. 13. gr. lögreglulaga nr. 90/1996, sem gildi tóku 1. júlí 1997, eftir að atvik þessa máls áttu sér stað. Þá minni ég á að lögregla verður að haga þessu úræði með þeim hætti að eigi sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til.*

Síðasti þáttur meðalhófsreglu 12. gr. ssl., að hóf skuli vera í beitingu úræða, varðandi valdbeitingarheimildir lögreglunnar getur einnig komið til álita við mat á *umfangi* aðgerða sem skerða réttindi. Slíkt álitaefni kom til dæmis til skoðunar í *Hrd. 3. mat 2002* í máli nr. 178/2002. Deilt var um hvort lögregla

hafi gætt meðalhófs í aðgerðum sínum við framkvæmd húisleitar og haldlagningar á gögnum hjá fyrirtæki á grundvelli dómsúrskurðar að kröfu Samkeppnisstofnunar. Af hálfu fyrirtækisins var sérstaklega deilt á lögmæti haldlagningar lögreglu á gögnum, þ.m.t. ýmis rafræn afrit af verulegum og ótilgreindum fjölda skjala sem vistuð voru á tölvutæku formi, ýmist í miðlægum kerfum eða einstöku útstöðvum starfsmanna. Meðal þeirra gagna voru persónuleg skjöl starfsmanna sem ýmist voru vistuð sem tölvupóstur, ritvinnsluskjöl eða töflureiknisskjöl. Var því haldið fram að brotið hafi verið gegn reglum 1. mgr. 78. gr. laga um meðferð opinberra mála um framkvæmd húisleitar og mat á sönnunargildi gagna sem hald er lagt á, og auk þess hafi verið brotið gegn *lögfestum og ólögfestum reglum um meðalhóf*. Með þessari framkvæmd haldlagningar hafi verið brotið gegn friðhelgi einkalífs þeirra starfsmanna sem áttu í hlut, en þau réttindi væru vernduð af 71. gr. stjórnarskrárinnar. Um það hvort hófs hafi verið gætt í beitingu úrræðisins sagði m.a. í dómi Hæstaréttar:

Við framkvæmd rannsóknar á skrifstofum varnaraðila afritaði sóknaraðili meðal annars verulegan fjölda tölvutækra gagna án þess að athuga nánar efni þeirra þá þegar. Þótt ætla verði að sóknaraðili hafi með þessu tekið í vörslur sínar mikið af gögnum, sem geta ekki varðað rannsókn hans, verður ekki horft fram hjá því að athugun allra tölvutækra gagna á vettvangi hefði bersýnilega tekið langan tíma og truflað mjög starfsemi varnaraðila. Að þessu gættu er ekki unnt að líta svo á að aðgerðir sóknaraðila hafi farið úr hófi, enda helgaðist heimild hans til húisleitar af því að á skrifstofum varnaraðila kynni að mega finna gögn, sem vörðuðu rannsókn hans, þar á meðal í tölvutæku formi.

Í nýlegum dómi í *Hrd. 13. febrúar 2003*, í máli nr. 70/2002 má sjá nýstárlega afstöðu Hæstaréttar um samspil meðalhófsreglu og áhrif reglunnar um sjálfstjórn sveitarfélaga skv. 78. gr. stjkskr. varðandi það að hvaða marki dómstólar endurskoða íþyngjandi ákvörðun sveitarstjórnar sem byggir á frjálsum mati. Í máli þessu deildu sveitarfélagið Dalabyggð og G um forkaupsrétt sveitarfélagsins að jörðinni Sælingsdalstungu á grundvelli 30. gr. jarðalaga nr. 65/1976. G hugðist hafa fasta búsetu á jörðinni og nýta hana m.a. til skógræktar og jarðræktar en einnig halda áfram uppbyggingu sumarhúabyggðar. Ákvað sveitarfélagið að nýta sér forkaupsrétt að jörðinni skv. 32. gr. jarðalaga. Vísaði sveitarstjórnin til þess að Sælingsdalstunga lægi að landi Lauga þar sem sveitarfélagið tæki þátt í uppbyggingu ferðapjónustu í þeim tilgangi að treysta eins og unnt væri búsetu í byggðarlaginu. Land Sælingsdalstungu væri vel fallið til þjónustu við ferðamenn og hentaði meðal annars vel til skógræktar og útivistar. Þá væri ætlunin að gera hluta landsins að

fólkvangi. Ennfremur var nefnt að sveitarfélagið ætti vatnsréttindi í landi jarðarinnar og að nýting þeirra skipti mjög miklu máli við að treysta búsetu í byggðarlaginu. Loks rökstuddi sveitarstjórnin ákvörðun sína með vísan til þess markmiðs með þátttöku hennar í ferðapjónustu í Dalasýslu að gera atvinnulíf í Dalabyggð fjölbreyttara.

Í rökstuðningi Hæstaréttar var m.a. vísað til 1. gr. jarðarlaga um tilgang þeirra og lögskýringagagna um ætlun löggjafans að veita byggðarlögum utan þéttbýlis meira áhrifavald um skipulag byggðar. Var talið að markmið sveitarstjórnar með ákvörðuninni hafi verið að treysta uppbyggingu ferðapjónustu, sem hafin var, í þeim tilgangi að treysta á þann hátt búsetu í sveitarfélaginu í heild sinni auk þess sem tryggja átti vatnsból sveitarinnar. Félst rétturinn því á að hagsmunir sveitarfélagsins af eflingu ferðapjónustu væru brýnir og að málefnalegar ástæður hafi legið til grundvallar ákvörðun sveitarstjórnar um að styðja á þennan hátt við þá uppbyggingu sem þegar var fyrir hendi. Hvað varðaði ágreining aðila um að sama markmiði hafi mátt ná með samstarfi sveitarfélagsins við G, án þess að sveitarfélagið gengi inn í kaupsamninginn, segir í dómi Hæstaréttar:

Það var hins vegar mat sveitarstjórnarinnar að hún þyrfti að tryggja sér eignarhald á jörðinni til þess að ná þeim markmiðum sem að væri stefnt og þeim yrði ekki náð með öðru og vægara móti, sem ekki væri jafn íþyngjandi gagnvart stefnda. Verður að játa sveitarstjórnnum svigrúm um mat á því hvort forkaupsrétti skuli beitt, þegar fyrir liggur að stefnt er að lögmætu markmiði, sbr. og 78. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 16. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995.

Með vísan til þessa var sveitarfélagið sýknað af kröfum G. Rökstuðningur fyrir þessari niðurstöðu er athyglisverður. Svo virðist sem ákvæði 1. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar um að sveitarfélög skuli sjálf ráða málefnum sínum eftir því sem lög ákveða takmarki möguleika dómstóla á því að endurskoða hvort íþyngjandi ákvörðun er byggð á lögmætum sjónarmiðum eins og meðalhófi. Er það nokkuð óvenjuleg afstaða í ljósi þess að dómstólar hafa fram til þessa ekki hikað við að endurskoða hvort réttar málsmeðferðar hefur verið gætt við ákvörðun sem byggir á frjálsum mati. Er vægi meðalhófsreglunnar einmitt sérstaklega mikið við þær aðstæður. Hér fellst Hæstiréttur á að ákvörðun sveitarfélagsins að neyta forkaupsréttar stefni að lögmætu markmiði og sé í samræmi við tilgang jarðalaganna. Hins vegar tekur hann ekki afstöðu til þess hvort önnur úrræði hefðu komið að sama gagni, í ljósi þess að úrlausn um slíkt sé innan stjórnarskrárverndaðs svigrúms sem sveitarfélagið hefur til þess að ráða málefnum sínum. Niðurstaðan vekur óhjákvæmilega upp spurningar um hvort draga megi þá víðtæku ályktun af dómnum að

í skjóli stjórnarskrárverndaðrar sjálfstjórnar sveitarfélaga megi slaka á kröfum sem gerðar eru til þeirra um að ákvörðun hvíli á lögmætum sjónarmiðum um val vægustu úrræða, þegar teknar eru íþyngjandi ákvarðanir. Tæplega er þó hægt að draga svo afdráttarlausa ályktun á meðan ekki liggja fyrir fleiri dómur um áhrif l. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar á beitingu meðalhófsreglunnar þegar sveitarstjórnir taka íþyngjandi matskenndar ákvarðanir.<sup>15</sup>

Í þessari stuttu umfjöllun um beitingu meðalhófsreglu stjórnsýslunnar hefur einkum verið litið til mála þar sem hinar umdeildu íþyngjandi ákvarðanir hafa tengst stjórnarskrárvernduðum réttindum. Hafa þer í huga að margvísleg álitamál koma upp um hvort meðalhófs skv. 12. gr. ssl. hafi verið gætt í ákvörðunum sem takmarka réttindi manna þótt réttindin sem slík séu ekki vernduð í stjórnarskrá. Er dómur Hæstaréttar frá 13. febrúar 2003 sem síðast var rakinn einmitt dæmi um það. Er þetta jafnframt lýsandi fyrir víðtækt gildissvið meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins. Vegna þess markmiðs greinarnar að fjalla sérstaklega um meðalhófsregluna á vettvangi stjórnskipunarréttarins verður látið staðar numið hér í umfjöllun um 12. gr. ssl. og hvernig hún kemur fram í ákvörðunum stjórnsýslunnar og úrlausnum dómstóla.<sup>16</sup>

#### 4. Áhrif meðalhófsreglunnar í dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu við skýringu ákvæða Mannréttindasáttmála Evrópu

##### 4.1 Uppruni meðalhófsreglu Mannréttindasáttmála Evrópu og aðstæður þar sem henni verður beitt

Grundvallarreglan um meðalhóf (principle of proportionality) gegnir lykilhlutverki við beitingu og túlkun Mannréttindadómstóls Evrópu (MDE) á

<sup>15</sup> Hugsanlega hafði áhrif í þessu sambandi að ekki var deilt um skerðingu á stjórnarskrárvernduðum réttindum en ólíklegt er að dómstólar myndu fallast á að sveitarfélög hefðu rýmra svigrúm til mats við þær aðstæður. Eins virðist litið til þess að um ræði málefni sem sveitarstjórnir séu í betri aðstöðu en dómstólar til að meta, varðandi stefnumótun um uppbyggingu í sveitarfélaginu til framtíðar. Rökstuðningurinn minnr um sumt á þá stefnu Mannréttindadómstóls Evrópu að jata aðildarríkjum ríkt svigrúm til mats á sviðum þar sem stjórnvöld eru vegna nálægðar sinnar og þekkingar á staðhættum talin í betri aðstöðu en dómstóllinn til að meta leiðir til að stefna að tilteknum markmiðum, sbr. umfjöllun í kafla 4.2. hér á eftir. Tæplega er þó hægt að fallast á að sömu sjónarmið gildi að þessu leyti um afstöðu dómstóla gagnvart matskenndum ákvörðunum sveitarstjórna í einstaka tilviki og afstöðu Mannréttindadómstólsins gagnvart aðildarríki.

<sup>16</sup> Ítarlegri umfjöllun um meðalhófsreglu stjórnsýslulaga má sjá í samnefndri grein Páls Hreinssonar í riti þessu.

ákvæðum Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE). Beiting meðalhófsreglunnar telst til helstu einkenna á aðferðum dómstólsins til að meta hvort brotið hafi verið gegn réttindum sem samningurinn verndar en rík tengsl eru á milli reglunnar og svokallaðs svigrúms aðildarríkja til mats (margin of appreciation), sem dómstóllinn hefur viðurkennt að vissu marki og nánar verður vikið að hér á eftir.<sup>17</sup> Meðalhófsreglan er ekki nefnd berum orðum í texta sáttmálans eða viðaukum við hann en dómstóllinn hefur engu að síður talið hana til meginreglna sem fólgnar eru í Mannréttindasáttmálanum.<sup>18</sup> Með vísan til hennar byggir dómstóllinn á því annars vegar að finna verði *viðeigandi jafnvægi* milli öndverðra hagsmuna og hins vegar að takmarkanir á þeim grundvallarréttindum sem sáttmálinn verndar séu ekki úr hófi miðað við þau réttmætu markmið og hagsmuni sem þær stefna að.<sup>19</sup> Eins og sjá má af þessu birtist inntak meðalhófsreglunnar í meðförum Mannréttindadómstólsins með sambærilegum hætti og í meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar hér á landi, svo og í öðrum ríkjum þar sem reglan hefur öðlast fastan sess. Á hinn bóginn má segja að aðferðir Mannréttindadómstólsins við að nota mælistiku meðalhófsreglunnar séu ekki að öllu leyti reistar á þeim þremur þáttum, eða þrepa-skiptingu, sem birtast 12. gr. ssl. og lýst var að framan, þ.e. að sýnt sé fram á að íþyngjandi ákvörðun sé til þess fallin að ná ákveðnu markmiði, að velja beri vægasta úrræðið og loks að hófs sé gætt í beitingu þess.<sup>20</sup> Eru aðferðir Mannréttindadómstólsins við beitingu meðalhófsreglunnar ekki fastmótaðar eða staðlaðar gagnvart öllum réttindum heldur birtist hún með margvíslegum hætti eftir því hvert samhengið er hverju sinni og eftir því hvaða réttindi eru til skoðunar.

<sup>17</sup> Nánari umfjöllun um túlkunaraðferðir og skýringarsjónarmið Mannréttindadómstólsins má m.a. finna í riti Davíðs Þórs Björgvinssonar: *Þjóðaréttur og íslenskur landsréttur*, bls. 121 o.áfr. Einnig Dóra Guðmundsdóttir: „Um lögtöku Mannréttindasáttmála Evrópu og beitingu í íslenskum rétti“. *TL* 3. hefti 1994, bls. 176. o.áfr.

<sup>18</sup> Ummæli dómstólsins um að slíkt hagsmunamat sé fólgið í sáttmálanum koma t.d. skýrt fram í dómi í máli *Soering gegn Bretlandi*, frá 7. júlí 1989, þar sem segir í 49. mgr.: „...inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individuals fundamental rights.“

<sup>19</sup> Sbr. mál *Handyside gegn Breilandi*, dómur MDE frá 7. desember 1976, 49. mgr. Er dómurinn stefnumótandi varðandi beitingu 2. mgr. 10. gr. um takmarkanir á tjáningarfrelsi og samspil meðalhófsreglu og svigrúms ríkja til mats.

<sup>20</sup> Yutaka Arai-Takahashi: „The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR“, bls. 193.



Vert er að nefna sérstaklega að dómstóllinn leggur ekki einvörðungu mælistiku meðalhófs á *takmarkanir* sem gerðar eru á mannréttindum, heldur einnig þegar hann metur hvaða *ákvæðu skyldur* hvíla á aðildarríki til þess að tryggja þau réttindi sem sáttmálinn verndar. Þannig hefur dómstóllinn bent á að við ákvörðun um hvort til staðar sé athafnaskylda ríkis til þess að tryggja réttindi í ákveðnu tilviki, verði að finna eðlilegt jafnvægi milli hagsmuna samfélagsins annars vegar og hagsmuna einstaklings hins vegar af því að ríkið grípi til sérstakra aðgerða til að tryggja honum réttindi samkvæmt sáttmálanum.<sup>21</sup> Á síðari áratugum hafa skyldur aðildarríkja til að grípa til aðgerða til að tryggja réttindi einstaklinga fengið aukið vægi í dómafrákvæmd Mannréttindadómstólsins. Hafa þær einkum verið leiddar af 1. gr. MSE sem kveður á um að sanningsaðilar skuli tryggja öllum innan yfirráðsvæðis þeirra réttindi þau og frelsi sem talin eru í ákvæðum sáttmálans, en byggja einnig á einu mikilvægasta skýringarsjónarmiði dómstólsins, að markmið sáttmálans sé að stefna að raunhæfri og virkri vernd mannréttinda.<sup>22</sup> Í nokkrum ákvæðum sáttmálans er berum orðum kveðið á um skyldu aðildarríkja til athafna, t.d. 1. mgr. 2. gr. sem kveður á um að réttur hvers manns til lífs skuli verndaður með lögum. En dómstóllinn hefur auk þess talið ríkar athafnaskyldur felast í sumum ákvæðum MSE þótt þeirra sé þar ekki getið. Á það einkum við um 8. gr. MSE um vernd friðhelgis einkalífs, heimilis og fjölskyldu þar sem dómstóllinn hefur ítrekað staðfest að vanræksla eða neitun ríkis að grípa til aðgerða til að tryggja einstaklingi þessi réttindi geti falið í sér brot á ákvæðinu.<sup>23</sup>

Oftast kemur þó meðalhófsreglan til skoðunar þegar fjallað er um heimildir aðildarríkja til að takmarka mannréttindi. Ein leið til að kanna beitingu hennar í meðförum dómstólsins er að skoða hana út frá því hvort og þá hvern-

<sup>21</sup> Í dómi Mannréttindadómstólsins í máli *Rees gegn Bretlandi* frá 17. október 1996 var kært fyrir brot á friðhelgi einkalífs skv. 8. gr. MSE, þar sem bresk stjórnvöld höfðu neitað að breyta opinberri skráningu á kyni í fæðingavottorði kæranda sem gengist hafði undir kynskiptaaðgerð. Þar sagði m.a. um skyldur ríkja til að grípa til aðgerða til að vernda réttindi samkvæmt sáttmálanum: „In determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which balance is inherent in the whole of the Convention.“

<sup>22</sup> D.J.Harris, M. O'Boyle og C. Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 19.

<sup>23</sup> Björg Thorarensen: „Einkaréttaráhrif Mannréttindasáttmála Evrópu og skyldur ríkja til athafna samkvæmt sáttmálanum“, bls. 109.

ig getið er um heimilar takmarkanir í sáttmálanum sjálfum. Þannig má í stórum dráttum skipta réttindum sem sáttmálinn verndar upp í þrjá flokka.<sup>24</sup> Í fyrsta lagi þau grundvallarréttindi, þar sem sáttmálinn heimilar engar takmarkanir eða frávik, t.d. bann við pyndingum í 3. gr. en þar kemur þá ekki til álita að beita meðalhófsreglunni. Í öðru lagi má benda á ákvæði sáttmálans þar sem taldar eru með tæmandi hætti heimilar takmarkanir. Á þetta einkum við um 5. gr. MSE um vernd persónufrelsisins, þar sem lýst er í ítarlegu máli og tæmandi þeim tilvikum þar sem lög geta kveðið á um frelssviptingu. Loks eru í þriðja lagi réttindi þar sem heimildir til takmarkana eru orðaðar með rýmri hætti og aðildarríkjum þannig veitt nokkuð svigrúm til að meta hvort þeim er beitt með vísan til nauðsynjar. Mikilvægustu ákvæðin í þessum flokki eru takmörkunarákvæðin í 2. mgr. 8.–11. gr. MSE, sem fjalla um heimilar takmarkanir á friðhelgi einkalífs, trúfrelsi, skoðana- og tjáningarfrelsi og funda- og félagafrelsi. Er uppbygging takmörkunarákvæðanna í þessum fjórum greinum svipuð. Þar koma fram þrjú þætti skilyrði fyrir takmörkunum á réttindum sem 1. mgr. ákvæðanna verndar. Þannig er áskilið að mælt sé fyrir um takmarkanir í lögum, að takmarkanirnar stefni að réttmætu markmiði, en slík markmið eru talin í ákvæðunum og síðast en ekki síst að þær séu *nauðsynlegar* í lýðræðislegu þjóðfélagi. Sambærilega framsetningu varðandi heimilar takmarkanir á réttindum má einnig sjá í 3. mgr. 2. gr. 4. viðauka við MSE varðandi takmarkanir á ferðafrelsi svo og í 2. mgr. 1. gr. 7. viðauka við MSE varðandi frávik frá réttarforsreglum um brottvísun útlendinga.

Beiting dómstólsins á meðalhófsreglunni sést hvað skýrast við skoðun fyrrgreindra ákvæða í 2. mgr. 8.–11. gr. MSE þegar lagt er mat á *nauðsyn* takmarkana í lýðræðisþjóðfélagi sem ákvæðin sjálf tilgreina að verði að vera til staðar. Þótt meðalhófsreglan sé ekki orðuð sem sjálfstæð skýringarregla í ákvæðum sáttmálans, eins og áður var nefnt, má í raun segja að hún sé innifalin í orðalagi þessara takmörkunarákvæða. Einnig eru áhrif meðalhófsreglunnar sterk, þótt ekki sé getið skilyrðisins um nauðsyn í samningstextanum, þegar dómstóllinn metur hvort of langt er gengið í takmörkunum á friðhelgi eignaréttar skv. 1. gr. 1. viðauka, svo og við úrlausn þess hvort brotið er gegn banni við mismunum skv. 14. gr. MSE.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Jeremy McBride: „Proportionality and the European Convention on Human Rights“, bls. 24.

<sup>25</sup> P. van Dijk og G.J.H. van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 81.

Ljóst er að þótt gildi meðalhófsreglunnar sé mest þar sem sáttmálinn sjálfur veitir svigrúm til takmarkana, er hún einnig lögð til grundvallar þegar hinar tæmandi töldu takmarkanir á persónufrelsi skv. 5. gr. koma til álita. Er þannig ekki aðeins litið til þess að skýrar lagaheimildir skuli liggja til grundvallar frelsissviptingu, heldur einnig til þess að stjórnvöldum sé ekki veitt svigrúm til geðþóttaákvæðana. Verða ákvarðanir um skerðingu slíkra réttinda að vera reistar á sjónarmiðum um meðalhóf.<sup>26</sup> Sem áður segir birtist tilvísun Mannréttindadómstólsins til meðalhófsreglu með ýmsum hætti eftir samhenginu hverju sinni og þeim réttindum sem takmörkun beinist að. Kröfur sem dómstóllinn gerir til þess að aðildarríki sýni fram á nauðsyn takmarkana aukast í hlutfalli við mikilvægi þeirra réttinda sem skert eru. Í 2. mgr. 2. gr. MSE sem fjallar um aðstæður þar sem mannsbani hlýst af valdbeitingu, eru reyndar berum orðum gerðar ríkari kröfur til nauðsynjar í texta sáttmálans. Þannig brýtur það ekki gegn rétti manns til lífs ef valdbeiting með þessum afleiðingum stefnir að nánar tilgreindum markmiðum og er ekki meiri en *ýtrasta nauðsyn krefur*.<sup>27</sup>

Fjöldi dómsúrlausna liggur fyrir um túlkun dómstólsins á því hvenær takmarkanir réttinda skv. 8.–11. gr. MSE teljast nauðsynlegar í lýðræðisþjóðfélagi. Er álitaeftnið einkum raunhæft þegar fjallað er um takmarkanir á tjáningarfrelsi þar sem tilvísun til lýðræðislegs þjóðfélags í 2. mgr. 10. gr. hefur sérstaka þýðingu. Auk skilyrðisins um að sýna þurfi fram á að takmarkanir séu ekki úr hófi miðað við þau réttmætu markmið og hagsmunir sem þær stefna að, hefur dómstóllinn vísað til þess að með nauðsyn sé átt við ríka þjóðfélagslega þörf (pressing social need) og einnig til þess að takmarkanir skuli byggðar á viðeigandi og nægilega ríkum ástæðum (relevant and sufficient reasons).<sup>28</sup> Einnig hefur dómstóllinn lagt meðalhófsregluna til grundvallar sem eitt af lykilsjónarmiðum við mat á því hvort mismunun brjóti gegn 14. gr. MSE. Þannig getur niðurstaðan ráðist af því, hvaða hagsmunir eru í húfi, hver er tilgangur mismununar og rök fyrir henni og hve rík mismununin er. Má draga saman þrjú eftirfarandi sjónarmið sem dómstóllinn byggir á við mat á því hvort mismunun brjóti í bága við 14. gr.:<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Jeremy McBride: „Proportionality and the European Convention on Human Rights“, bls. 27. Í dómi MDE frá 24. október 1979 í máli *Winterwerp gegn Hollandi* er ítarlega rökstutt að sýna verði fram á nauðsyn þess að svipta andlega vanheila menn frelsi með vísan til e-liðar 1. mgr. 5. gr. MSE.

<sup>27</sup> Sbr. dóm MDE frá 27. september 1995 í máli *McCann o.fl. gegn Bretlandi*, 213. mgr.

<sup>28</sup> Sbr. dóm MDE frá 26. apríl 1979 í máli *Sunday Times gegn Bretlandi*, 62. mgr.

<sup>29</sup> D. Gomien, D. Harris og L. Zwaak: *Law and Practice of the European Convention on*

1. Að staðreyndir málsins leiði í ljós að farið hafi verið á mismunandi hátt með tvö sambærileg tilvik.
2. Að engin hlutlæg og eðlileg sjónarmið liggi mismununinni til grundvallar þegar tekið er mið af þeim afleiðingum sem hún hefur.
3. Að ekki sé eðlilegt samræmi milli þess markmiðs sem mismunun stefnir að og þeirra aðferða sem notaðar eru til að ná markmiðinu.

Dómstóllinn hefur byggt á sveigjanlegri viðmiðun um nauðsyn þegar um ræðir skerðingu á eignarrétti, sbr. 2. mgr. 1. gr. 1. viðauka við sáttmálann heldur en í tilvikum þar sem reynir á 2. mgr. 8.–11. gr. MSE, enda ber að hafa í huga að fyrstnefnda ákvæðið vísar ekki berum orðum til nauðsynjar þegar fjallað er um takmarkanir í þágu almannahagsmuna. Hefur dómstóllinn þá vísað með almennari hætti til þess að eðlilegt vægi þurfti að vera milli þeirra aðferða sem notaðar eru og markmiðsins sem stefnt er að og eðlilegt jafnvægi þurfi að vera milli almannahagsmuna og einstaklingshagsmuna sem skertir eru.<sup>30</sup>

#### 4.2 Samspil reglunnar við sjónarmið um svigrúm aðildarríkja til mats

Í 1. mgr. 32. gr. MSE er mælt fyrir um að lögsaga dómstólsins skuli ná til allra málefna varðandi túlkun og framkvæmd samningsins og viðauka við hann. Vert er að undirstrika að hlutverk dómstólsins er bundið við að skera úr um hvort aðildarríki hefur brotið gegn réttindum einstaklings sem samningurinn verndar, án greinarmunar eftir því hvort brotið leiðir af stjórnvaldsákvörðun, lagasetningu eða dómsúrlausn. Eins tekur dómstóllinn ekki afstöðu til þess hvort tiltekin ákvörðun eða athöfn aðildarríkis samrýmist ákvæðum laga eða stjórnarskrá viðkomandi aðildarríkis. Loks verður hlutverki dómstólsins ekki jafnað til þess að hann fari með dómvald á áfrýjunarstigi, þannig að hann endurskoði mat á staðreyndum eða beitingu sönnunar- eða réttarreglna sem niðurstaða dómstóls aðildarríkis byggist á.

Þótt fyrir mæli 1. mgr. 32. gr. séu skýr, hefur dómstóllinn byggt á því að á ákveðnum sviðum hafi aðildarríki svigrúm til mats (e. margin of appreciation). Könnun á því hvernig meðalhófsreglan kemur fram í úrlausnum Mannréttindadómstólsins er órjúfanlega samtvinnuð sjónarmiðum um þetta

*Human Rights and the European Social Charter*, bls. 350. Regla þessi var fyrst mótuð í dómi MDE frá 23. júlí 1968 í svokölluðu *Belgian Linguistics* máli.

<sup>30</sup> Sbr. dóm MDE frá 23. september 1982 í máli *Sporrong og Lönnroth gegn Svþjóð* 69. mgr.

svigrúm aðildarríkja til að meta nauðsyn á takmörkunum sem dómstóllinn endurskoðar ekki. Er hér um að ræða ákveðin mörk endurskoðunarvalds á aðgerðum aðildarríkjanna sem dómstóllinn sjálfur hefur þróað í dómaframskræmd sinni. Segja má að kenningin um svigrúm til mats sé að hluta til sprottin úr lagahefðum í innanlandsrétti aðildarríkja sáttmálans, varðandi valdmörk dómstóla til að endurskoða ákvarðanir stjórnvalda sem byggja á frjálsum mati.<sup>31</sup> Að auki hefur hún einkum verið studd tvenns konar rökum, annars vegar að dómstóllinn megi ekki ganga of langt inn á svið stofnana fullvalda ríkja og hins vegar að innanlandsstofnanir séu í betri aðstöðu til að meta nauðsyn takmarkana vegna þekkingar þeirra á aðstæðum og nálægðar við atvik máls.<sup>32</sup> En margvísleg önnur atriði geta haft áhrif á það hvort og að hvaða marki dómstóllinn játar aðildarríkjum svigrúm til mats og þá að sama skapi hvort athafnir aðildarríkis eru skoðaðar í ljósi meðalhófsreglunnar. Margt hefur verið ritað um kenninguna um svigrúm ríkja til mats og hvernig hún birtist í dómaframskræmd Mannréttindadómstólsins. Jafnframt hefur verið gagnrýnt að ekki sé hægt að draga afdráttarlausar ályktanir af framskræmdinni þar sem dómstóllinn sé ekki ávallt samkvæmur sér er hann játar ríkjum svigrúm til mats og erfitt sé að leiða af henni skýrar reglur.<sup>33</sup> Hér gefst ekki færi á að reifa nema mjög stuttlega nokkur meginþætti í framskræmd Mannréttindadómstólsins varðandi svigrúm aðildarríkja til mats. Hafa ýmsar kenningar komið fram um það hvernig megi greina aðstæður þar sem dómstóllinn fellst á slíkt svigrúm, í hversu miklum mæli og um áhrif þess á vægi meðalhófsreglunnar.

Við greiningu á dómum Mannréttindadómstólsins hefur verið bent á þrenns konar dæmigerðar aðstæður þar sem kenningin um svigrúm til mats kemur til skoðunar. Í fyrsta lagi kemur hún ávallt til álita þegar vega þarf og meta andstæða hagsmuni, t.d. þegar takmarka þarf réttindi einstaklinga í þágu almannahagsmuna eða vegna réttinda annarra, sbr. takmörkunarákvæði 2. mgr. 8.–11. gr. MSE. Augljóslega eru hér náin tengsl við þær aðstæður þar sem meðalhófsreglan hefur áhrif. Í öðru lagi er litið til svigrúms

<sup>31</sup> Kenningin um „margin of appreciation“ hjá Mannréttindadómstólnum er einkum talin sækja fyrirmynd til hugtaksins „marge d'appréciation“ sem þróast hefur í meðförum franska stjórnfræðistólsins Conseil d'Etat. Sbr. Alastair Mowbray: *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, bls. 449.

<sup>32</sup> Dóra Guðmundsdóttir: „Um lögtöku Mannréttindasáttmála Evrópu og beitingu í íslenskum rétti.“ *TL* 3. hefti 1994, bls. 171.

<sup>33</sup> Alastair Mowbray: *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, bls. 450–53.

aðildarríkja til mats þar sem skýra þarf opin hugtök í samningstextanum sem dómstóllinn hefur ekki lagt fastmótaða merkingu í, t.d. hugtakið *almennt neyðarástand sem ógnar tilveru þjóðarinnar* í 1. mgr. 15. gr. um skerðingu réttinda á hættutímum, hugtakið *almannahagsmunir* í 1. gr. 1. viðauka um vernd eignarréttinda og hugtakið *siðgæði* sem réttmæt markmið takmarkana í 2. mgr. 8.–11. gr. Loks er í þriðja lagi litið til svigrúms ríkja til mats þegar dómstóllinn metur hversu ríkar athafnaskyldur má leiða af sáttmálanum til þess að ríki grípi til aðgerða til þess að tryggja réttindi.<sup>34</sup>

Þegar kannað er vægi svigrúms ríkja til mats eftir aðstæðum hverju sinni hefur verið bent á fjóra þætti sem þar eru áhrifavaldar, en hafa ber í huga að þessir þættir eru að sumu leyti samfléttaðir.<sup>35</sup> Í fyrsta lagi hefur dómstóllinn játað aðildarríkjum aukið svigrúm til mats á sviðum þar sem ekki liggja fyrir samræmdar evrópskar reglur eða viðmið um takmarkanir réttinda sem líta megi á sem eins konar samnefnara fyrir aðildarríki að sáttmálanum. Með öðrum orðum; ef um ræðir svið þar sem reglur aðildarríkjanna eru ósamræmdar eru meiri líkur á að dómstóllinn fallist á svigrúm aðildarríkja til mats. Dæmigerð tilvik þar sem fallist er á rýmra svigrúm af þessari ástæðu, er þegar reynir á hugtakið *siðgæði* sem telst til réttmætra markmiða með takmörkun réttinda í 2. mgr. 8.–11. gr. MSE. Í stefnumótandi dómi um þetta atriði, í máli *Handyside gegn Bretlandi*, var til umfjöllunar bann við dreifingu rits sem talið var ósiðlegt vegna umfjöllunar um ýmis kynferðisleg málefni en því var borið við að bannið hafi verið lagt á í þágu siðgæðis skv. 2. mgr. 10. gr. MSE. Vísaði dómstóllinn til þess að ekki væru til staðar í aðildarríkjunum samræmd siðgæðisviðhorf sem unnt væri að byggja á og viðurkenndi áhrif þessa þáttar á svigrúm ríkja til mats.<sup>36</sup> Þó er ljóst af síðari dómum dómstólsins varðandi takmarkanir á tjáningarfrelsi að aðildarríki geta ekki firrt

<sup>34</sup> Jeroen Schokkenbroek: „The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Convention of Human Rights“, *Human Rights Law Journal*, Vol. 19 No.1 1998, bls. 32.

<sup>35</sup> P. van Dijk og G.J.H. van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 87.

<sup>36</sup> Dómur MDE frá 7. desember 1976, 48. mgr. Sambærileg viðhorf koma fram í dómi frá 24. maí 1988 í máli *Müller gegn Sviss* varðandi listsýningar með klámfengu efni. Í samræmi við þetta hefur dómstóllinn fallist á að skyldur til að tryggja réttindi samkvæmt 8. gr. MSE verði ekki lagðar á aðildarríki í sama mæli á sviðum þar sem ekki gilda samevrópsk viðhorf en flókin síðferðisleg, lagaleg, tæknileg eða félagsleg álitaefni vegast á. Í þessu sambandi má benda á álitaefni um réttindi kynskiptinga samkvæmt 8. gr. sem voru m.a. til umfjöllunar dómi MDE í máli *X, Y og Z gegn Bretlandi* frá 22. apríl 1997.

sig ábyrgð fyrir Mannréttindadómstólnum með vísan til þess að um ræði takmarkanir í þágu siðgæðis.<sup>37</sup>

Í öðru lagi lítur dómstóllinn til eðlis réttindanna sem takmörkuð eru. Hefur dómstóllinn t.d. almennt játað aðildarríkjum rýmra svigrúm til mats þegar um ræðir takmarkanir á eignaréttindum sem vernduð eru af 1. gr. 1. viðauka heldur en þegar um ræðir takmarkanir á tjáningarfrelsi skv. 10. gr. svo dæmi sé tekið. Í úrlausnum sínum hefur dómstóllinn margoft vísað til mikilvægis tjáningarfrelsis sem undirstöðuréttinda í lýðræðisþjóðfélagi, einkum í stjórnmálaumræðu eða opinberri umræðu um samfélagslega hagsmuni. Eftir því sem tjáning hefur meira gildi fyrir frjálsa samfélagslega umræðu, þeim mun þrengra verður svigrúm aðildarríkja til mats. Verða þá gerðar meiri kröfur þeirra um að sýnt sé fram á nauðsyn takmarkana, þ.e. að meðalhófs hafi verið gætt.<sup>38</sup>

Í þriðja lagi eru sum takmörkunarmarkmið sem fram koma í Mannréttindasáttmálanum talin fela í sér rýmra svigrúm til mats en önnur. Í þessu sambandi má einkum benda á hugtakið *þjóðaröryggi* í 2. mgr. 8. gr., svo og 2. mgr. 10. og 11. gr. Virðist dómstóllinn fallast á að þegar réttindi eru skert í þágu þjóðaröryggis, hafi aðildarríki meira svigrúm til mats svo og ef stjórnvöld þurfa að grípa til sérstakra aðgerða vegna neyðarástands, sbr. 15. gr.<sup>39</sup>

Í fjórða lagi hefur dómstóllinn játað aðildarríkjum ríkt svigrúm til mats þegar takmörkun leiðir af almennri stefnumörkun stjórnvalda á vettvangi efnahagsmála, velferðarmála eða umhverfis- og skipulagsmála, sem geta einkanlega haft í för með sér almennar takmarkanir á eignaréttindum manna skv. 1. gr. 1. viðauka við MSE. Er þessi afstaða reist á þeim rökum að vegna nálægðar stjórnvalda aðildarríkja við atvik máls og sérþekkingar á þörfum þjóðfélagsins, séu þau betur til þess fallin en alþjóðlegur dómstóll til þess að meta aðgerðir í þágu almennings.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Sbr. dóm MDE frá 29. október 1992 í máli *Open Door and Dublin Well Woman gegn Írlandi* þar sem dómstóllinn taldi að takmarkanir á dreifingu upplýsinga um fóstureyðingar brytu gegn 10. gr. MSE.

<sup>38</sup> Jeremy McBride: „Proportionality and the European Convention on Human Rights“, bls. 30. Skýr. ummæli dómstólsins um mikilvægi stjórnmálaumræðu og um umræðu um samfélagslega hagsmuni í lýðræðisþjóðfélagi má sjá í fjölda úrlausna hans, t.d. í málum *Lingens gegn Austurríki* frá 8. júlí 1986, *Oberschlich gegn Austurríki* frá 23. maí 1991 og *Þorgeirs Þorgeirsonar gegn Íslandi* frá 25. júní 1992.

<sup>39</sup> Sbr. dóm MDE frá 26. mars 1987 í máli *Leander gegn Svíþjóð*, sem fjallaði um takmarkanir á réttindum skv. 8. gr. í þágu þjóðaröryggis.

<sup>40</sup> Sbr. t.d. dóm MDE frá 21. febrúar 1986 í máli *James o.fl. gegn Bretlandi* varðandi breytingar á leigulöggjöf í Bretlandi sem takmörkuðu réttindi fasteignaeigenda.

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur verið gagnrýndur fyrir að víkja sér undan því að skera úr um hvort brot hafi átt sér stað með því að vísa til svigrúms ríkja til frjáls mats á sama tíma og ekki liggi fyrir skýrar línur um það hvenær slíkt svigrúm sé til staðar. Þannig dragi hin óljósu viðmið á þessu sviði verulega úr vægi meðalhófsreglunnar þar sem ófyrirsjáanlegt sé hvort hún ráði í raun úrslitum í mati dómstólsins á því hvort takmarkanir á réttindum séu réttlætanlegar. Á hinn bóginn hefur því einnig verið haldið fram að kenningin um svigrúm ríkja til mats hafi vegið nokkuð upp á móti áhrifum framsækinnar túlkunar dómstólsins á ákvæðum Mannréttindasáttmálsins og stuðlað að sátt aðildarríkja um mun víðtækara efnisinntak sáttmálsins en það sem sjá mátti fyrir við samþykkt hans árið 1950.<sup>41</sup>

### 5. Dómafrankvæmd varðandi áhrif meðalhófsreglunnar við skýringu mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar

Í ljósi þess sem nú hefur verið rakið varðandi almennt gildi meðalhófsreglunnar á vettvangi stjórnsýsluréttarins og í framkvæmd Mannréttindadómstólsins er fróðlegt að kanna hvort og þá hvernig hún birtist í úrlausnum íslenskra dómstóla er þeir fjalla um takmarkanir á stjórnarskrárvernduðum mannréttindum. Áður hefur því verið lýst að þegar deilt er um stjórnvaldsákvæðanir sem takmarka stjórnarskrárvernduð mannréttindi, hafa dómstólar vísað til meðalhófsreglu 12. gr. ssl. og eftir atvikum sérákvæða í lögum sem krefjast þess að sýnt sé fram á nauðsyn þyngjandi ákvörðunar. Eftir er að kanna hvernig dómstólar bregðast við þegar ekki er við skráðar lagareglur að styðjast í þessum efnum, en meta þarf engu að síður hvort takmarkanir á stjórnarskrárvernduðum mannréttindum teljist réttlætanlegar. Slíkar spurningar hljóta að vakna þegar dómstólar fá það verkefni að kanna hvort lög samrýmast stjórnarskrá efnislega út frá mannréttindaákvæðum hennar, en þá vegast á þeir hagsmunir sem lög stefna að því að vernda og þau réttindi einstaklinga sem lögin kunna að takmarka. Einnig ber að hafa í huga að dómstólar þurfa iðulega að meta andstæða hagsmuni við beitingu laga þar sem vegast á stjórnarskrárvernduð réttindi einstaklinga í deilumálum en hvorki reynir á endurskoðun stjórnvaldsákvörðunar né löggjafar. Gott dæmi um slíkt eru meidyrðamál, þar sem vegast á tjáningarfrelsið og réttur til að njóta friðhelgi einkalífs.

<sup>41</sup> P. van Dijk og G.J.H. van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 95.

Við þessar aðstæður hafa dómstólar ekki annað að styðjast við en ákvæði stjórnarskrárinnar sjálfrar og þau skilyrði takmarkana sem þar greinir. Hér vaknar því spurning um hvort og að hvaða marki stjórnarskrárákvæðin veita leiðbeiningu um mörk leyfilegra takmarkana. Í því sambandi er fróðlegt að bera saman texta og framsetningu stjórnarskrárákvæðanna fyrir og eftir þær umfangsmiklu breytingar sem gerðar voru á þeim með stjksl. 97/1995 og kanna hvort áherslumunur er á því hvort og hvernig dómstólar beita meðalhófsreglunni.

Því hefur verið haldið fram að gagnger endurskoðun á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar árið 1995 kunnir að leiða til fleiri dóma þar sem lög eru talin brjóta í bága við stjórnarskrána og til niðurstaðna sem eru ólíkar því sem áður gerðist án þess að afstaða dómstóla til hlutverks síns varðandi endurskoðun laga hafi í raun breyst.<sup>42</sup> Því má einnig slá föstu að álitaeftir komi nú oftast til úrlausnar fyrir dómstólunum m.a. í ljósi þess að ýmis ný réttindi komu inn í stjórnarskrána 1995.<sup>43</sup> Þessi þróun var í raun hafin fyrir stjórnarskrárbreytingarnar 1995, einkum vegna aukinna áhrifa frá Mannréttindasáttmála Evrópu, bæði fyrir og eftir lögfestingu hans með lögum nr. 62/1994. Hæstiréttur hafði slegið föstu í nokkrum dómum sínum að skýra bæri íslensk lög þar á meðal stjórnarskrána, á þann veg, sem væri í bestu samræmi við sáttmálann. Þannig hafði 2. gr. stjórnarskrárinnar til dæmis orðið grundvöllur að breyttri skýringu á ákvæðum réttarfaralaga um sjálfstæða og óvilhalla dómstóla í ljósi 6. gr. Mannréttindasáttmálans.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Ragnhildur Helgadóttir: „Afstaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga – þróun síðustu ára“, *Úlfjótur* 1. tbl. 2002, bls. 98.

<sup>43</sup> Frá gildistöku stjksl. 97/1995 virðist Hæstiréttur sjö sinnum hafa komist að þeirri niðurstöðu að lagaákvæði séu að efni til ósamrýmanleg mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar. Þetta eru: *Hrd.* 1998/2233 (*skaðabótalög* og 65. gr.), *Hrd.* 1998/4976 (veidileyfamál, lagaákvæði talið andstætt 75. og 65. gr.), *Hrd.* 18. des. 2000, nr. 419/2000 (lagaákvæði um takmarkanir á sóknaraðild föður að barnsfaðernismáli talin andstæð 70. gr.), *Hrd.* 19. des. 2000, nr. 125/2000 (örrykjamál, lagasetning talin andstæð 1. mgr. 76. gr. og 65. gr.), *Hrd.* 14. nóv. 2002, nr. 167/2002 (lagasetning til að stöðva verkfall að hluta talin fara í bága við 74. gr.) *Hrd.* 28. maí 2003, nr. 499/2002 (bann við afturvirkni skattalaga skv. 2. mgr. 77. gr.), *Hrd.* 16. okt. 2003, (*seinna öryrkjamál*, 72. gr.).

<sup>44</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *Þjóðaréttur og íslenskur landsréttur*, bls. 71. Glögg dæmi þessa má einkum sjá í *Hrd.* 1995/1444 (fulltrúadómur), *Hrd.* 1990/92 (hæfi dómara í refsímáli sem áður hafði kveðið upp gæsluvarðhaldsúrskurð í málinu) og *Hrd.* 1990/2 (hæfi dómara sem einnig var sýslumaður til að dæma í refsímáli).

### 5.1 Þróunin fyrir stjórnarskrárbreytingar með stjksl. 97/1995

Mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar í stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 voru fáorð og höfðu allt frá fyrstu stjórnarskrá Íslands frá árinu 1874 aðeins tekið lítils háttar breytingum með stjksl. nr. 12/1915 og stjórnarskránni nr. 9/1920.<sup>45</sup> Framsetning eða efnisleg uppbygging mannréttindaákvæðanna var ekki samræmd á neinn ákveðinn hátt, í þeim var lýst yfir ákveðnum réttindum en fátt var rætt um heimilar takmarkanir þeirra. Væru takmarkanir nefndar í ákvæðunum skírskotuðu þær gjarnan til þröngt afmarkaðra aðstæðna og tóku sumar hverjar mið af reynslunni frá tímum einveldisstjórnarfarar eða þvingunaraðgerðum lögreglu. Sem dæmi má nefna að í 66. gr. stjkskr. var lýst yfir friðhelgi heimilisins og lagt bann við húsleit, kyrrsetningu bréfa og annarra bréfa nema eftir dómsúrskurði eða sérstakri lagaheimild. Annarra takmörkunarástæðna var ekki getið. Enn minni upplýsingar veitti stjórnarskráin um ástæður sem gætu heimilað takmarkanir á prentfrelsinu, þótt hún gerði vissulega ráð fyrir þeim. Í 72. gr. var mælt fyrir um rétt manns til þess að láta í ljós hugsanir sínar á prenti, en þó yrði hann að ábyrgjast þær fyrir dómi. Ástæður fyrir slíkri ábyrgð voru þó ekki tilgreindar nánar. Þá var lagt afdráttarlaust bann við ritskoðun og öðrum fyrirfram talmunum fyrir prentfrelsi í síðari málslið ákvæðisins. Í 67. gr. var mælt fyrir um friðhelgi eignarréttarins, en einu takmarkanirnar sem fjallað var um í ákvæðinu voru alvarlegasta skerðing þessa réttar, eignarnám. Á hinn bóginn var í engu getið hvort heimilt væri og þá að uppfylltum hvaða skilyrðum að leggja almennar takmarkanir við nýtingu eigna. Þar sem eignarréttarákvæðið tók engum breytingum með stjksl. 97/1995, skortir enn á að stjórnarskráin veiti samkvæmt orðanna hljóðan, slíkar undanþágur frá friðhelgi eignarréttarins. Birtist því hvergi afstaða stjórnarskrárgjafans til þess hvar mörkin liggja á milli eignarnáms og annarra eignarskerðinga, t.d. vegna skattheimtu, skipulagssjónarmiða, náttúruverndar o.s.frv. Þó hefur alltaf hefur verið gengið út frá því að eignarrétti væru takmörk sett sem löggjafanum væri heimilt að ákveða.<sup>46</sup>

Aðeins í tveimur ákvæðum stjórnarskrárinnar frá þessum tíma var berum orðum gerð krafa um að tilgreind þörf þyrfti að liggja takmörkun mannréttinda til grundvallar. Í þágildandi 67. gr. var mælt fyrir um að eignarnám gæti ekki farið fram nema *almenningsþörf krefði* og eins mátti engin bönd leggja á atvinnufrelsið skv. þágildandi 69. gr. nema *almenningsheill krefði*. Bæði

<sup>45</sup> *Alþt.* 1994–5, A-deild, bls. 2074.

<sup>46</sup> Gaukur Jörundsson: *Um eignarnám*, bls. 400.

Þessi ákvæði beindust að löggjafanum, enda áskildu þau að takmarkanir yrðu aðeins gerðar með lagaboði. Þrátt fyrir að stjórnarskráin sjálf heimilaði samkvæmt orðanna hljóðan aðeins takmarkanir annarra réttinda að litlu leyti, fer fjarri því að dómstólar hafi gagnályktað af ákvæðunum með þeim hætti að aðrar takmarkanir kæmu ekki til álitá.

Af þessu er ljóst að rökstuðningur dómstóla fyrir því hvort lög færu efnislega í bága við stjórnarskrá var ekki byggður á fastmótuðum reglum eða sjónarmiðum um hvaða markmið gætu réttlætt takmarkanir á réttindum né heldur hversu langt löggjafinn mætti ganga í takmörkunum til að ná slíkum markmiðum. Í þessu sambandi má benda á dóma, þar sem reyndi á prentfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar fyrir 1995, til að kanna hvernig dómstólar rökstuddu takmarkanir á tjáningarfrelsi með vísan til ákvæðisins sjálfs.

Í hinum stefnumarkandi dómi Hæstaréttar í *Hrd. 1943/237* í svokölluðu Hrafnkötlumáli, sem lagði grunninn að þeirri stjórnskipunarvenju að dómstólar eigi úrskurðarvald um það hvort almenn lög samrýmast ákvæðum stjórnarskrár, var tekist á um takmarkanir á prentfrelsi samkvæmt þágildandi 67. gr. stjkskr. Í refsímáli var ákært fyrir brot á 2. gr. laga nr. 127/1941 sem veitti íslenska ríkinu einkarétt til þess að gefa út íslensk rit sem samin voru fyrir 1400. Þó gat ráðuneyti sem færi með kennslumál veitt öðrum leyfi til slíkrar útgáfu og mátti binda leyfið því skilyrði að fylgt yrði samræmdri stafsetningu fornri. Ákærðu í málinu sem höfðu gefið út fornrit án þess að sækja um slíkt leyfi báru því við að ákvæðið færi í bága við prentfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar. Í niðurstöðu meirihluta Hæstaréttar var fallist á að takmarkanir mætti gera á prentfrelsinu í þágu höfundarréttar annarra, en engin slík rök lögju að baki banni við útgáfu fornrita. Voru hinar umdeildu takmarkanir því einvörðungu skoðaðar út frá því tilgreinda banni ákvæðisins að ritskoðun og aðrar tálmanir fyrir prentfrelsi mætti aldrei í lög leiða. Var niðurstaða meirihlutans um það svohljóðandi:

Með því að áskilja ríkinu einkarétt til birtingar ritanna og banna á þann hátt öðrum birtingu þeirra, nema að fengnu leyfi stjórnvalds hefur verið lögð fyrirfarandi tálmun á útgáfu ritanna sem óheimil verður að teljast.

Því má með réttu halda fram að takmarkanir þessar hafi tæplega verið „fyrirfarandi“ í þeim skilningi sem prentfrelsisákvæðinu var upprunalega beint gegn, enda var í málinu verið að koma fram eftirfarandi refsíábyrgð. Kom sá skilningur einnig skýrt fram í sératkvæði við dóminn. Rökstuðningur meirihlutans fyrir því að takmörkunin standist ekki prentfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar byggir ekki á könnun þess hvert markmið takmarkananna var né

heldur hvort lög nr. 127/1941 gengju of langt til að ná því markmiði. Sjónarmið um meðalhóf við takmarkanir mannréttinda skjóta því hvergi upp kollinum í þessum fyrsta íslenska dómi þar sem tekist var á um hvort takmarkanir á tjáningarfrelsi samrýmdu stjórnarskrá og afleiðingar þess að svo var ekki.<sup>47</sup>

Fleiri dóma sem fjölluðu um það hvort löggjöf samrýmdu prentfrelsisákvæðinu mætti nefna í þessu sambandi til að kanna rökstuðning takmarkana og hvort þar hafi verið stuðst við sjónarmið um meðalhóf. Í *Hrd. 1987/748* og *Hrd. 1987/757* var um að ræða refsímál vegna brota á 2. gr. útvarpslaga nr. 19/1971 þar sem kveðið var á um einkarétt ríkisútvarpsins á útvarpsrekstri. Var rökstuðningur Hæstaréttar í báðum málum stuttur:

Eigi verður talið að það sé andstætt 72. gr. stjórnarskrárinnar að takmarka rétt manna til útvarpsrekstrar með þeim hætti sem gert hefur verið í útvarpslögum.

Af þessu er reyndar tæplega hægt að greina á milli þess með vissu hvort dómurinn taldi prentfrelsið í þágildandi 72. gr. stjkskr. takmarkað við tjáningu í prentuðu máli þannig að útvarpssendingar féllu ekki þar undir eða hvort 72. gr. tæki til þeirra en takmarkanirnar væru réttlætanagerar. Að minnsta kosti eru engar röksemdir í dóminum um að fallast beri á nauðsyn slíkra takmarkana vegna nánar tilgreindra atriða eða í þágu ákveðinna markmiða.

Sem áður segir var skilyrðið um að sýnt væri fram á þörf takmarkana aðeins áskilið í tveimur mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar fyrir gildistöku stjkskr. 97/1995. Það voru 67. gr. sem mælti fyrir um það skilyrði eignarnáms að *almenningsþörf krefði* og 69. gr. sem mælti fyrir um að engin bönd mætti leggja á atvinnufrelsi manna nema *almenningsheill krefði*. Auk þessara skilyrða áskildu bæði ákvæðin að mæla þyrfti fyrir um takmarkanir í lögum. Ríkuleg dómafrákvæmd og fræðaskrif liggja fyrir um beitingu og túlkun þessara stjórnarskrárákvæða varðandi álitafnið um hvort takmarkanir á þessum réttindum uppfylltu lagaáskilnaðarkröfur ákvæðanna. Verða ekki rakin nánar hér þau margvíslegu álitafni sem þar hafa skapast, einkum varðandi framsal lagasetningarvalds til framkvæmdarvalds, sem tvinnast einnig saman við álitafni um 40. og 77. gr. stjkskr. um óheimilt framsal skatt-

<sup>47</sup> Í sératkvæði í málinu voru takmarkanirnar hins vegar skoðaðar út frá þeim tilgangi laga nr. 127/1941 að vernda þjóðleg verðmæti. Vísað var til þess að stjórnarskrárákvæðið veitti heimild til þess að menn ábyrgðust fyrir dómi efni rita sinna og fæli þannig almenna löggjafanum að setja lög um ábyrgð á prentuðu máli eins og hann hefði gert í þessu tilviki.

lagningarvalds við skoðun á 67. gr. (nú 1. mgr. 72. gr.).<sup>48</sup> Einnig var á því byggt að almennar takmarkanir eignarréttinda, t.d. skattlagning, yrði að setja eftir almennum efnislegum mælikvarða og hvíla á ákveðnum jafnræðissjónarmiðum þannig að skattþegnum yrði ekki mismunað óeðlilega.<sup>49</sup> Hér verður sjónum hinsvegar beint að skilyrðinu um að *almenningsþörf* eða *almenningsheill þurfi* að *kreffast* takmarkana, en það hlýtur þá að fela í sér athugun á því hvort þær séu í eðlilegu samræmi við það markmið að vera í þágu almenningsheilla.

Það var skoðun fræðimanna lengst framan af síðustu öld að löggjafinn ætti fullnaðarákvörðun um það hvort almenningsþörf væri fyrir hendi þegar um ræddi takmarkanir á eignarréttindum og atvinnufrelsi og við því mati yrði ekki haggð af dómstólunum, enda væri skilyrðið þess eðlis að dómstólar yrðu ekki taldir færari en löggjafinn til að meta það.<sup>50</sup> Var það einkum reist á sjónarmiðum um að slíkt mat væri í svo nánnum tengslum við verkefni og pólitískt hlutverk löggjafans, enda kæmu til álita við slíkt mat sjónarmið sem dómstólar veigruðu sér við að beita eða taka sér úrskurðarvald um.<sup>51</sup> Þó var ekki talið útilokað að dómstólar gætu komist að þeirri niðurstöðu að ákvörðun löggjafans um eignarnám væri augljóslega ekki í þágu almannaþarfar og færi því gegn stjórnarskrá.<sup>52</sup> Í tveimur dómum sem gengu með löngu millibili, *Hrd. 1937/332* og *Hrd. 1964/960*, birtist glögg með nær samhljóða orðalagi afstaða dómstóla í málum þar sem deilt var um hvort takmarkanir á atvinnufrelsi færu gegn stjórnarskránni. Í síðari dómnum var um að ræða refsímál þar sem maður var ákærður fyrir að hafa stundað leigubifreiðaaakstur andstætt ákvæðum laga nr. 25/1955, án þess að hafa atvinnuleyfi eða afgreiðslu á bifreiðastöð. Var krafa hans um sýknu á því byggð, að *almenningsþörf krefðist þess ekki* að lög mæltu fyrir um takmörkun á fjölda leigubifreiða, og væri því brotið gegn atvinnufrelsisákvæðinu í 69. gr. stjkskr. Um þetta atriði var Hæstiréttur stutturður:

Löggjafinn hefur metið ráðstafanir þær um takmarkanir á leigubifreiðum, sem í máli þessu greinir, til almenningsheilla, og verður eigi haggð við því mati.

<sup>48</sup> Af nýlegum skrifum um efnið má t.d. vísa til umfjöllunar Sigurðar Línalds: *Um lög og lögfræði*, bls. 120–130 og Páls Hreinssonar: „Lagaáskilnaðarregla atvinnufrelsisákvæðis stjórnarskrárinnar“, *Lindæla* bls. 399 o.áfr.

<sup>49</sup> Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 557.

<sup>50</sup> Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 463.

<sup>51</sup> Gaukur Jörundsson: *Um eignarnám*, bls. 37.

<sup>52</sup> Poul Andersen: *Dansk Statsforfatningsret*, bls. 755.

Í dómi Hæstaréttar í *Hrd. 1993/1217* kveður við nokkuð annan tón varðandi heimildir dómstóla til að meta hvaða sjónarmið liggja til grundvallar laga-setningu sem takmarkar atvinnuréttindi í þágu almannaheilla. Í þessu máli var einnig deilt um takmarkanir á frelsi til að aka leigubifreiðum. Í 1. mgr. 9. gr. laga um leigubifreiðar nr. 77/1989 voru sett skilyrði um aldurshámark leigubifreiðastjóra til fólksflutninga. Hélt stefnandi því fram, að brotin hafi verið á sér stjórnskipuleg jafnræðisregla með því að svipta hann atvinnuleyfi vegna aldurs og vísaði til 67. gr. og 69. gr. stjkskr. um vernd eignarréttar og atvinnufrelsis. Dómurinn er einkum stefnumótandi að því leyti að þar var í fyrsta skipti fjallað nokkuð ítarlega um jafnræðisreglu stjórnskipunarréttarins sem þá var óskráð og jafnframt rökstuddar ástæður sem réttlætt gætu greinarmun á milli manna án þess að um ólögmeða mismunun væri að ræða. Dómurinn er þó ekki síður merkilegur fyrir þá sök að dómstólar, sem fram til þessa höfðu vísað til þess að löggjafinn *hefði metið ráðstafanir til almenningsheilla og yrði ekki haggð við því mati*, fóru nú ítarlega ofan í þau sjónarmið sem lágu löggjöfinni til grundvallar, einkum út frá óskráðum jafnræðissjónarmiðum. Um það sagði í dómnum:

Lög hafa í um 40 ár takmarkað rétt manna til að hafa atvinnu af akstri fólksbifreiða í Reykjavík og á nokkrum öðrum stöðum á landinu. Takmörkunin hefur verið framkvæmd með útgáfu atvinnuleyfa, sem umsjónarnefndir fólksbifreiða annast nú. Löggjafinn hefur talið það þjóðhagslega nauðsyn að veita á þennan hátt hópi manna réttindi framfar öðrum. Atvinnuleyfin hafa jafnan verið bundin nokkrum skilyrðum. Ágreiningurinn í máli þessu varðar það, hvort ný skilyrði, sem sett voru með lögum nr. 77/1989 um leigubifreiðar, megi taka til eldri leyfa, sem á sínum tíma voru ekki bundin þessum skilyrðum. Heldur áfrýjandi því fram, að brotin hafi verið á sér stjórnskipuleg jafnræðisregla með því að svipta sig atvinnuleyfi vegna aldurs. Vísar hann um það efni til 67. gr. og 69. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944.

Fallast ber á það með héraðsdómara, að önnur sjónarmið gildi um skipulag aksturs leigubifreiða til fólksflutninga en annarra bifreiða í atvinnuskyni. Jafnframt verður að fallast á, að þeir, sem fá leyfi til aksturs fólksbifreiða á svæðum, þar sem í gildi er takmörkun á fjölda þeirra, hljóti við það sérréttindi, sem menn utan þeirra svæða njóta ekki. Verður atvinnuréttindum þessara aðila innan og utan svæðanna því ekki jafnað saman. Öryggis- og þjónustusjónarmið liggja því að baki, að þessi atvinnuréttindi eru bundin aldurskilyrðum. Samkvæmt þessu ber að staðfesta það mat héraðsdómara, að til grundvallar ákvæði 1. mgr. 9. gr. laga nr. 77/1989 um aldurshámark bifreiðastjóra leigubifreiða til fólksflutninga liggja almenn og hlutlæg sjónarmið og að gætt hafi verið jafnræðis við setningu laganna, þar sem þau ná til allra, sem

*eins eru settir. Brjóta lögin því ekki gegn jafnræðisreglu íslensks stjórnskipunarrettar.*

Af þessu er ljóst að fyrir breytingarnar með stj. 97/1995 höfðu dómstólar breytt fyrri framkvæmd sinni varðandi heimildir til þess að skoða mat lögjafans varðandi takmarkanir á atvinnufrelsi í þágu almannaheilla. Þótt ekki væri hróflað við mati lögjafans á því hvort takmörkun sem slík væri í þágu almannaheilla, könnuðu dómstólar hvort hún hvíldi á lögmetum sjónarmiðum eins og óskráðri jafnræðisreglu svo sem glögg má ráða af dóminum.<sup>53</sup>

Ári fyrir hafði reyndar gengið annar hæstaréttardómur í *Hrd.* 1992/1962 þar sem deilt var um gildi bráðabirgðalaga sem afnámu launahækkanir til félaga í tilteknum stéttarfélögum með afturvirkum hætti. Var krafa stefnanda m.a. á því reist að brotið væri gegn eignarrétti samkvæmt þágildandi 67. gr. stjórnarskrárinnar og jafnræðisreglu þar sem félagsmenn viðkomandi félaga þurftu að þola skerðingu á þegar áunnum réttindum sem menn í öðrum stéttarfélögum þurftu ekki að þola. Féllst Hæstiréttur á að lögjafinn yrði að *haga almennri lagasetningu í samræmi við þá jafnræðisreglu, sem víða væri byggt á í stjórnarskrá Íslands*, meðal annars í ákvæðum hennar um álögur á þegnanna og skerðingu réttinda þeirra, ef til þess þarf að koma. Þegar ríkjandi aðstæður við setningu bráðabirgðalaganna væru metnar í heild, þótti hafa á það hafa skort að þessi regla hafi verið virt og urðu þau því ekki skuldbindandi gagnvart stefnanda í málinu.

Í sératkvæði tveggja dómara sem töldu að sýkna bæri ríkið koma fram atvinnuhyggisverð sjónarmið, þar sem mælistika meðalhófsreglunnar er lögð á ákvörðun lögjafans í nánu sambandi við jafnræðisregluna. Þess er þar jafnframt getið að rök þau sem komi fram til skýringar bráðabirgðalögunum hafi verið *stjórnsmálalegs eðlis og verði aðeins að takmörkuðu leyti metin af dómstólunum*. Í sératkvæðinu er fallist á að jafnræðisregla geti leitt til þess að lögum verði ekki beitt þó þau séu sett með lögformlegum hætti. Hins vegar séu ekki fordæmi svo mörg að af þeim verði ráðið um reglur þar að lútandi í einstökum atriðum og verði að styðjast í því sambandi við almenn sjónarmið sem dómstólar hafi lagt til grundvallar við skýringar á ákvæðum stjórnarskrárinnar, þar á meðal 67. gr. hennar. Einnig er vísað til ákvæða alþjóðlegra samninga um bann við mismunum, 14. gr. MSE og 1. mgr. 2. gr. samnings

<sup>53</sup> Mál þetta var kært til Mannréttindanefndar Evrópu og taldi kærandi íslenska ríkið hafa brotið gegn 1. gr. 1. viðauka MSE um vernd eignarréttarins og 14. gr. MSE um bann við mismunum. Nefndin taldi málið ekki tækt til efnismeðferðar í ákvörðun sinni frá 17. janúar 1996. (Mál nr. 23285/94 Magnús Gunnar Guðmundsson gegn Íslandi)

Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi frá 1966. Segir síðan:

*Telja verður á þessum grunni, að það jafnrétti, sem verndað er að íslenskum lögum, verði afmarkað með hliðsjón af því, hvaða hagsmunir eru í húfi, hver er tilgangur mismununar og rök fyrir henni og hve rík mismununin er.*

Í sératkvæðinu er fallist á að um mismunum hafi verið að ræða gagnvart stefnanda. Jafnframt er ítarlega fjallað um þann tilgang mismununarinnar að koma í veg fyrir yfirvofandi sjálfvirkar víxlhækkanir launa og verðlags og treysta þau efnahagslegu markmið sem ríkisstjórnin og aðilar vinnumarkaðarins höfðu komið sér saman um. Tekið er fram að ekki sé unnt að hnekkja lögunum á grundvelli þess að ónóg rök hafi komið fram varðandi setningu þeirra. Er síðan lagt mat á hvort of langt hafi verið gengið með lagasetningunni með eftirfarandi rökstuðningi:

Eftir stendur að meta, hvort til svo harkalegra ráða hafi verið gripið, að ólög-mætt sé gagnvart áfrýjanda. Ber þá fyrst að hafa í huga, að afskipti af launum og efnahag einstaklinga með lagasetningu eru algeng. Bráðabirgðalögin snertu hóp manna og settu jafnframt almennar reglur, sem ekki voru háðar mati í framkvæmd. Af áfrýjanda var tekin 4,5% launahækkun. Meiri hluti dómenda telur, að hún hefði átt að njóta hennar nokkru lengur en hún gerði, en launahækkun eftir lögum nr. 89/1990 leiði síðar til þess, að þessi sérstaka hækkun hafi ekki áhrif. *Höfum við komist að þeirri niðurstöðu eftir atvikum öllum, að kauplækkunin hafi ekki verið svo mikil, miðað við það markmið, sem að var stefnt, og þær greiðslur, sem á móti komu, að um ólögmetna mismunum hafi verið að ræða.*

Af þessum rökstuðningi má sjá að við mat á því hvort mismunum sem lögin fólu í sér væri ólögmet, var lagt til grundvallar hvort meðalhófs hafi verið gætt þegar tekið var tillit til markmiðs með aðgerðunum miðað við þær afleiðingar sem þær höfðu. Minnir þessi nálgun óneitanlega á þær aðferðir sem eru viðteknar hjá Mannréttindadómstól Evrópu við túlkun 14. gr. MSE þegar hann fjallar um bann við mismunum og raktar voru í kafla 4.1. að framan.

## 5.2 Þróunin eftir stjórnarskrárbreytingarnar 1995

Með stj. 97/1995 var mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar breytt í verulegum atriðum. Ljóst er með hliðsjón af hinum breyttu og nýju ákvæðum og ummælum í athugasemdum með frumvarpinu að stefnt var að því að tengja efni og framsetningu stjórnarskrárákvæðanna við helstu alþjóðlegu



mannréttindasamninga sem Ísland var aðili að.<sup>54</sup> Var í því sambandi einkum stuðst við Mannréttindasáttmála Evrópu, sem þegar hafði verið lögfestur með lögum nr. 62/1994 og Alþjóðasamning Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi.<sup>55</sup>

Liggur nú beinast við að kanna hvort meðalhófsreglan hafi komið inn í stjórnarskrá með breytingum 1995 þannig að hún standi þar skýrum stöfum og dómstólarnir hafi fastari grundvöll að byggja á er þeir meta hvort löggjöf samrýmist stjórnarskrá. Þeirri spurningu verður að svara neitandi. Þó er mikilvægt að benda á að almenna jafnræðisreglan var nú í fyrsta skipti skráð í stjórnarskrána í 65. gr. og því var ljóst að dómstólar höfðu skýrari grundvöll að byggja á en áður við mat sitt á því hvort löggjafinn gætti lögmætra sjónarmiða eins og jafnræðis við lagasetningu. Kemur einnig skýrt fram í athugasemdum með frumvarpi sem varð að stj. 97/1995 að löggjafanum beri alltaf að hafa jafnræðisregluna að leiðarljósi í tengslum við lagasetningu en auk þess sé hún mikilvæg við skýringu laga, þar á meðal annarra stjórnarskrárbundinna mannréttindaákvæða.<sup>56</sup> Á heildina litið má segja að þrátt fyrir hliðsjón sem höfð var af Mannréttindasáttmála Evrópu hafi áhrif frá sáttmálanum til breytinga á ákvæðum sem voru fyrir í stjórnarskrá verið misjafnlega mikil eftir því hvaða réttindi áttu í hlut. Sérstaklega er vert að benda á að hvorki eignarréttarákvæðið sem færðist í 1. mgr. 72. gr. né atvinnufrelsisákvæðið sem færðist í 1. mgr. 75. gr. tóku efnislegum breytingum.<sup>57</sup>

### 5.2.1. Takmarkanir á atvinnufrelsi skv. 1. mgr. 75. gr. stj. 97/1995

Rétt er að víkja nánar að atvinnufrelsisákvæðinu í 1. mgr. 75. gr. í ljósi athyglisverðra dóma sem gengið hafa á síðustu árum varðandi takmarkanir á því og áhrifa meðalhófsreglu í því sambandi. Þótt ekki hafi verið stefnt að

<sup>54</sup> Björg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi í stjórnarskrá og alþjóðasamningum“, *TL*. 2. hefti 2001, bls. 85.

<sup>55</sup> *Alþt.* 1994–1995, A-deild, bls. 2081.

<sup>56</sup> *Alþt.* 1994–1995, A-deild, bls. 2085.

<sup>57</sup> Í athugasemdum sem fylgdu 1. mgr. 10. gr. frumvarpsins sem varð að stj. 97/1995 var tekið fram að engar efnislegar breytingar væru lagðar til á ákvæðinu um vernd eignarréttarins. Á það ákvæði hefði að líkindum reynt í ríkara mæli í dómaframkvæmd en nokkur önnur mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar og mætti beita dómsúrlausnum sem gengið hefðu um regluna við skýringu á 1. mgr. 10. gr. frumvarpsins, sbr. *Alþt.* 1994–1995, A-deild, bls. 2102. Varðandi atvinnufrelsið sagði í skýringum við 1. mgr. 13. gr. frumvarpsins að því væri í meginráttum ætlað að vera efnislega það sama og eftir eldri reglunni ef tekið væri mið af hljóðan hennar.

efnislegum breytingum með hinni nýju 1. mgr. 75. gr. var nýjum upphafsorðum bætt í ákvæðið, að öllum sé frjálst að stunda þá atvinnu sem þeir kjósa. Í síðari málsl. 1. mgr. 75. gr. segir síðan: „*Þessu frelsi má þó setja skorður með lögum enda krefjist almannahagsmunir þess*“ en í eldra ákvæðinu stóð: „*Engin bönd má leggja á atvinnufrelsi manna nema almenningsheill krefji, enda þarf lagaboð til.*“ Virðist orðalagsmunur á ákvæðunum vera lítill og blasir ekki við að leggja sérstaka merkingu í hann. Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpinu eru þó athyglisverð ummæli varðandi skýringu þessa nýja orðalags sem vert er að skoða nánar, en þar segir:

Með þessu orðalagi er reynt að draga mun betur fram en áður að skorður við atvinnufrelsi, sem þurfi að ákveða með lögum, eigi að heyra til undantekninga og verði að helgast af nauðsyn vegna almannahagsmuna. Með því að breyta orðalagi á þennan hátt frá núgildandi reglu er ætlunin að leggja öllu ríkari áherslu á að löggjafinn verði að meta sérstaklega hvort almannahagsmunir krefjist í raun að meginreglunni um atvinnufrelsi verði vikið til hliðar á afmörkuðu sviði með lagasetningu.<sup>58</sup>

Af þessum ummælum mætti draga þá ályktun að stjórnarskrárgjafinn hafi lagt ríkari skyldur á herðar löggjafanum til að meta hvort skorður á atvinnufrelsi helgast af nauðsyn vegna almannahagsmuna, enda er lögð áhersla á að almannahagsmunir verði að krefjast þess í raun. Má þannig ætla að þótt vernd atvinnufrelsis í stjórnarskrá virðist við fyrstu sýn vera sú sama og áður, gefi þessi ummæli til kynna skýrari heimild fyrir dómstóla til að endurskoða hvort lögmæt sjónarmið, eins og meðalhóf, liggi lagasetningu til grundvallar. Gefa dómur sem gengið hafa um tálkun atvinnufrelsisákvæðis stjórnarskrárinnar í 1. mgr. 75. gr. eftir gildistöku stj. 97/1995 tvímælaust tilefni til þess að draga slíka ályktun.

Í þessu sambandi er mikilvægt að benda á tvo hæstaréttardóma í málum um fiskveiðistjórnunarkerfið, *Hrd.* 1998/4976 (hér eftir kallað veiðuleyfamál) og *Hrd.* 2000/1534 (hér eftir kallað Vatneyrarmál) þar sem sjá má mjög skýr dæmi um áhrif meðalhófsreglu við skýringu 1. mgr. 75. gr. og 65. gr. stj. 97/1995. Í báðum tilvikum var um að ræða ágreining um mikilvægt og umdeilt pólitískt málefni, takmarkanir sem lög um stjórn fiskveiða nr. 38/1990 setja atvinnufrelsi manna. Augljóslega voru ástæður að baki hinni umdeildu löggjöf stjórnmalalegs eðlis og yrðu því aðeins metnar af dómstólunum að takmörkuðu leyti miðað við hefðbundnar kenningar um hlutverk dómstóla þegar tak-

<sup>58</sup> *Alþt.* 1994–1995, A-deild, bls. 2108–2109.

markanir á atvinnufrelsi eru annars vegar. Þeim mun athyglisverðara er að rannsaka með hvaða hætti mælistiku meðalhófsreglunnar er brugðin á þessa umdeildu og stórpólitisku löggjöf. Báðir dómarnir vöktu mikla þjóðfélagslega og lögfræðilega umræðu, einkum um takmörk á endurskoðunarvaldi dómstóla gagnvart pólitískum ákvörðunum löggjafans.

Í veiðileyfamálinu í *Hrd. 1998/4976* krafðist stefnandi ógildingar á ákvörðun sjávarútvegsráðuneytisins um að synja honum um leyfi til veiða í atvinnuskyni og um aflaheimildir í tilgreindum fisktegundum í fiskveiðilandhelgi Íslands. Synjun ráðuneytisins var byggð á því að samkvæmt lögum nr. 38/1990 um stjórn fiskveiða væru leyfi til veiða í atvinnuskyni bundin við fiskiskip og yrðu ekki veitt einstaklingum eða lögpersónum. Í 5. gr. laganna væru tilgreind skilyrði fyrir veitingu leyfis til veiða í atvinnuskyni og væru þau óundanhæg. Veiðar væru því aðeins heimilar fiskiskipum sem hefðu veiðileyfi í atvinnuskyni í fiskveiðilandhelgi Íslands. Þar sem heildaraffli hefði verið ákveðinn fyrir tilgreindar fisktegundir, sbr. 3. gr. laga nr. 38/1990, giltu ákvæði 7. gr. þeirra um úthlutun aflaheimilda úr þeim. Stefnandi reisti kröfu sína á því að regla 5. gr. laga nr. 38/1990 sem sjávarútvegsráðuneytið bæri fyrir sig að væri óundanhæg bryti í bága við 65. og 75. gr. stjórnarskrárinnar um jafnræði og atvinnufrelsi. Hann bar ekki á það brögður að sjávarútvegsráðuneytið hefði farið að lögum. Hins vegar taldi hann lagaákvæðin sem synjun ráðuneytisins byggði á vera andstæð þessum ákvæðum stjórnarskrárinnar.

Í dómi héraðsdóms Reykjavíkur frá 10. febrúar 1998 var ítarlega lýst tilgangi og markmiði laga nr. 38/1990. Ótvírætt var talið að lög þessi, sem og eldri lög og reglugerðir um sama efni allt til setningar laga nr. 81/1976 um veiðar í fiskveiðilandhelgi Íslands, væru reist á lögmætum sjónarmiðum á grundvelli almennt viðurkenndra vísindakenninga á sviði fiskiverndar og hagstjórnar. Um mat löggjafans varðandi *naudsyn* þessara takmarkana var ekki fjallað sérstaklega en bent á að almannahagsmunir lægju þeim til grundvallar, eða eins og sagði í héraðsdómi:

*Eigi verður haggð því mati almenna löggjafans, að skilyrði 5. gr. laga nr. 38/1990 fyrir veitingu veiðileyfa, sem synjun sjávarútvegsráðuneytisins var reist á, stuðli að því markmiði að samræma afkastagetu fiskiskipafloðans af-rakstursgetu fiskstofnanna og að almannahagsmunir krefjist þess, að atvinnufrelsi séu skorður settar að þessu leyti. Skilyrðin taka jafnt til allra, sem eins er ástatt um. Samkvæmt þessu er ekki fallist á, að efni 5. gr. laganna, að því leyti sem hér er ræðir, brjóti í bága við 75. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, sbr. 13. gr. laga nr. 97/1995, um atvinnufrelsi.*

Að þessari niðurstöðu fenginni kemur ekki til álita, að efni 5. gr. laga nr. 38/1990 brjóti í bága við jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 3. gr. laga nr. 97/1995.

Hér má sjá kunnugleg sjónarmið sem áður hefur verið lýst um að dómstólar haggi ekki mati löggjafans á því hvað teljist í þágu almannaheilla. Í dómi Hæstaréttar kvað hins vegar við breyttan tón. Vissulega var þar fallist á að takmarkanir sem lög nr. 38/1990 settu atvinnufrelsinu væru í þágu almannaheilla með eftirfarandi orðum:

*Af forsögu núgildandi fiskveiðistjórnunarлага er ljóst, að löggjafinn hefur talið, að almannaheill ræki til takmörkunar veiðanna. Ekki eru efni til þess, að því mati verði haggð af dómstólum. Þær skorður, sem atvinnufrelsi á sviði fiskveiða við strendur Íslands eru þannig reistar með lögum, verða á hinn bóginn að samrýmast grundvallarreglum stjórnarskrárinnar. Dómstólar eiga úrskurðarvald um það, hvort löggjafinn hafi að því leyti gætt réttra sjónarmiða.*

Í þessum orðum staðfestir Hæstiréttur í sömu andrá að hann endurskoði ekki mat löggjafans á því hvort takmarkanir eru í þágu almannaheilla en á hinn bóginn að hann meti hvort þær samrýmast grundvallarreglum stjórnarskrárinnar. Er álitaefnið því skoðað út frá jafnræðisreglu og sjónarmiðum um meðalhóf. Um það segir í dóminum.

Eins og áður getur taldi löggjafinn brýnt að grípa til sérstakra úrræða á árinu 1983 vegna þverrandi fiskistofna við Ísland. Var skipting hámarksaflla þá felld í þann farveg, sem hún hefur síðan verið í, að úthlutun veiðiheimilda yrði bundin við skip. Er óhjákvæmilegt að líta svo á, að þessi tilhögun feli í sér mismunun milli þeirra, sem leiða rétt sinn til veiðiheimilda til eignarhalds á skipum á tilteknum tíma, og hinna, sem hafa ekki átt og eiga þess ekki kost að komast í slíka aðstöðu. Þótt tímabundnar aðgerðir af þessu tagi til varnar hrúni fiskistofna kunni að hafa verið réttlætanager, en um það er ekki dæmt í málinu, verður ekki séð, að rökbundin nauðsyn hntgi til þess að lögbinda um okomna tíð þá mismunun, sem leiðir af reglu 5. gr. laga nr. 38/1990 um úthlutun veiðiheimilda. Stefndi hefur ekki sýnt fram á, að aðrar leiðir séu ekki færar til að ná því lögmæta markmiði að vernda fiskistofna við Ísland. Með þessu lagaákvæði er lögð fyrirfarandi tálmun við því, að drjúgur hluti landsmanna geti, að öðrum skilyrðum uppfylltum, notið sama atvinnuréttar í sjávarútvegi eða sambærilegrar hlutdeildar í þeirri sameign, sem nytjastofnar á Íslandsmiðum eru, og þeir tiltölulega fáu einstaklingar eða lögaðilar, sem höfðu yfir að ráða skipum við veiðar í upphafi umræddra takmarkana á fiskveiðum.

Þegar allt er virt verður ekki fallist á, að til frambúðar sé heimilt að gera þann greinarimun á mönnum, sem hér hefur verið lýst. Hið umdeilda ákvæði 5.

gr. laga nr. 38/1990 er því að þessu leyti í andstöðu við jafnræðisreglu 1. mgr. 65. gr. stjórnarskrárinnar og þau sjónarmið um jafnræði, sem gæta þarf við takmörkun á atvinnufrelsi samkvæmt 1. mgr. 75. gr. hennar.

Með hliðsjón af framansögðu verður ekki talið, að sjávarútvegsráðuneytinu hafi verið rétt að hafna umsókn áfrýjanda um almennt og sérstakt veiðileyfi á þeim forsendum, sem lagðar voru til grundvallar í bréfi þess 10. desember 1996. Verður synjun ráðuneytisins því felld úr gildi.

Í þessum dómi sést augljóslega sú afstaða Hæstaréttar að ekki hafi verið *öðlilegt samræmi* á milli þess markmiðs sem mismunun fiskveiðistjórnunarlaganna fól í sér, að takmarka ágang í fiskistofnana í þágu almannaheilla og þeirra leiða sem farnar voru til að ná markmiðinu, þótt þær kunni að hafa verið réttlætanagerlegar um skemmri tíma. Jafnframt er á það bent að ekki verði séð að rökbundin nauðsyn hnígi til þess að lögbinda slíka mismunun um ókomna tíð og að aðrar leiðir séu ekki færar. Hér birtist meðalhófsreglan mjög skýrt, en ekki sem sjálfstæð regla varðandi mat á því hvort gengið sé of langt við skerðingu á atvinnufrelsinu, heldur sem þáttur í beitingu 65. gr. stjkskr. við mat á því hvort mismunun telst ólögmaet. Minnir þessi nálgun um margt á þá afstöðu sem birtist í fyrrnefndu sératkvæði við dóm Hæstaréttar í *Hrd. 1992/1962* varðandi þá mismunun sem setning bráðabirgðalaga leiddi af sér varðandi launahækkningar til stéttarfélagsmanna.

Í kjölfar dómsins í veiðileyfamálinu voru gerðar breytingar á lögnum um stjórn fiskveiða með lögum nr. 1/1999. Voru m.a. afnumdar reglur sem stað-  
ið höfðu í lögnum frá 1983 varðandi takmörkun á stærð fiskiskipaflotans. Í því fólst að úrelding skips sem fyrir er í flotanum var ekki lengur forsenda þess að nýtt skip fengi veiðileyfi. Þess í stað voru sett almenn skilyrði um veitingu veiðileyfa til allra skipa.

Í Vatneyrarmálinu í *Hrd. 2000/1534* grandskoðuðu íslenskir dómstólar á ný hvort ákvæði laga um stjórn fiskveiða samrýmdust ákvæðum stjórnarskrárinnar um atvinnufrelsi og jafnræði. Nú var sjónum beint að 3. gr., sem veitir sjávarútvegsráðherra heimild til að ákveða með reglugerð þann heildarafla sem veiða má úr þeim nytjastofnum við Ísland sem nauðsynlegt er talið að takmarka veiðar á, og einkum var tekist á um 7. gr. laganna sem takmarkar veiðar ákveðinna fisktegunda og kveður á um úthlutun aflaheimilda. Samkvæmt 2. mgr. 7. gr. skal veiðiheimildum í þeim tegundum, þar sem heildarafla er takmarkaður úthlutað til einstakra skipa. Er hverju skipi úthlutað tiltekinni hlutdeild, svokallaðri aflahlutdeild af leyfðum heildarafla tegundarinnar, sem helst óbreytt milli ára. Ágreiningurinn í málinu laut að þröngum skilyrðum laganna fyrir því að fá slíka aflahlutdeild í stofnum sem

bundnir voru ákveðnum heildarafla. Fela ákvæði þeirra í sér að til að fá ótímabundna heimild til veiða úr þeim stofnum þarf maður að vera kominn að aflahlutdeild annaðhvort fyrir upphaflega úthlutun eða síðar tilkomið framsal, sem skapar rétt til aflamarks á hverju fiskveiðiári til samræmis við leyfðan heildarafla. Höfðað var refsímál þar sem skipstjóri og útgerðarmaður voru ákærðir fyrir brot gegn lögum nr. 57/1996 um umgengni um nytjastofna sjávar, lögum nr. 38/1990 um stjórn fiskveiða og lögum nr. 79/1997 um veiðar í fiskveiðilandhelgi Íslands með því að sigla skipinu Vatneyri til botnvörpuveiða án nokkurra aflaheimilda. Varnir ákærðu voru reistar á því að ákvæði 3. gr. og 7. gr. laga nr. 38/1990 færu í bága við ákvæði 65. gr. og 75. gr. stjkskr. vegna þeirra takmarkana sem lögin settu atvinnufrelsi manna og þeirra mismununar sem fólgin væri í 2. mgr. 7. gr. laganna varðandi úthlutun aflahlutdeildar.

Í rökstuðningi sínum vísar Hæstiréttur m.a. til 1. gr. laga nr. 38/1990 sem kveður á um að nytjastofnar á Íslandsmiðum séu sameign íslensku þjóðarinnar, en jafnframt til þess markmiðs laganna að stuðla að vernd og hagkvæmri nýtingu þeirra og tryggja með því trausta atvinnu og byggð í landinu. Einnig er þar tekið fram að réttindi þau sem felast í úthlutuninni ráðist af lögnum eins og þau eru á hverjum tíma. Síðan er vikið að markmiði mismununar og þeim afleiðingum sem hún hafði, og segir þar m.a.:

Þegar lög nr. 38/1990 eru virt í heild verður að leggja til grundvallar að við setningu þeirra hafi löggjafinn metið það svo, að skipan fiskveiðistjórnar eftir þeim væri fallin til að þjóna áðurnefndum markmiðum 1. gr. þeirra. *Þetta mat er á valdi löggjafans, þótt dómstólar leysi úr því hvort lögin, sem reist eru á því mati, samrýmist grundvallarreglum stjórnarskrárinnar.* Þegar litið er til þeirra hagsmuna af atvinnu og fjárfestingum, sem bundnir hafa verið sjávarútvegi, og til reynslu og þekkingar því samfara, verður að telja að það hafi verið samrýmanlegt jafnræðisrökum að deila takmörkuðum heildarafla milli skipa, sem þá stunduðu viðkomandi veiðar, *þótt löggjafinn hafi átt úr fleiri kostum að velja.* Verður ekki fallist á að þau sjónarmið, sem réðu ákvörðun aflahlutdeildar við gildistöku laga nr. 38/1990, hafi verið ómálefnaleg og þannig leitt til mismununar í andstöðu við grunnreglu stjórnarskrárinnar um jafnræði, sbr. einnig dóm Hæstaréttar 15. janúar 1998, bls. 137 í dómasafni. [...]

Sú skipan, sem leiðir af ákvæðum laga nr. 38/1990, veitir enn í dag afmörkuðum fjölda manna og félaga ótímabundinn rétt til veiða úr stofnum, sem eru bundnir heildaraflatakmörkunum. Þennan rétt hafa þeir fengið með úthlutun aflaheimilda á grundvelli veiðireynslu eða fyrir framsal þeirra. Með því að aflaheimildirnar eru að meginstefnu framseljanlegar gefst handhöfum þeirra jafnframt kostur á því að ráðstafa þeim til annarra. Hefur sú orðið raunin í ríki

mæli. Þótt gerðar hafi verið ýmsar breytingar á lögnum, sem áhrif hafa haft á úthlutun aflaheimilda, er grunnur fiskveiðistjórnar enn sá sami og í öndverðu. *Í því hlýtur að felast að löggjafinn meti þessa skipan svo, að upphaflegu rökinn að baki henni eigi enn við.* Sú tilhögun að aflaheimildir séu varanlegar og framseljanlegar styðst að auki við þau rök að með þessu sé mönnum gert kleift að gera áætlanir um starfsemi sína til lengri tíma og auka eða minnka aflaheimildir sínar í einstökum tegundum eftir því, sem hentar hverju sinni. Eru lögin að þessu leyti reist á því mati, að sú hagkvæmni, sem leiði af varanleika aflahlutdeildar og heimildum til framsals hennar og aflamarks, leiði til arðbærrar nýtingar fiskstofna fyrir þjóðarbúið í samræmi við markmið 1. gr. laganna. Til þess verður og að líta að samkvæmt 3. málslíð 1. gr. laganna myndar úthlutun veiðiheimilda ekki eignarrétti eða óafturkallanlegt forræði einstakra manna yfir þeim, eins og áður segir. Aflaheimildir eru þannig aðeins varanlegar í þeim skilningi að þær verða hvorki felldar niður né þeim breytt nema með lögum. *Í skjóli valdheimilda sinna getur Alþingi því kveðið nánar á um réttinn til fiskveiða, bundið hann skilyrðum eða innheimt fyrir hann frekara fégjald en nú er gert vegna breyttra sjónarmiða um ráðstöfun þeirrar sameignar íslensku þjóðarinnar, sem nytjastofnar á Íslandsmiðum eru.*

Að öllu þessu virtu er mat löggjafans reist á málefnalegum forsendum. Eru ekki efni til þess, að því mati verði haggð af dómstólum. Verður þannig að leggja til grundvallar að úthlutun aflaheimilda eftir 7. gr. laga nr. 38/1990 fullnægi jafnræðisreglu 1. mgr. 65. gr. stjórnarskrárinnar og þeim sjónarmiðum um jafnræði, sem gæta þarf við takmörkun atvinnufrelsis samkvæmt 1. mgr. 75. gr. hennar. Ákvæðið er því stjórnskipulega gilt.

Dómurinn staðfestir það sem reyndar hafði glögglega birst í veiðileyfamálinu að mat löggjafans á því hvað teljast vera aðgerðir í þágu almannaheilla sætir ekki endurskoðun dómstóla. Á hinn bóginn leysa dómstólar úr því hvort lögin sem stefna að því marki samrýmist grundvallarreglum stjórnarskrárinnar og hvort þau eru reist á málefnalegum forsendum. Er óhætt að álykta í ljósi þessara tveggja dóma að meðalhöfsreglan sé orðin sýnilegur áhrifapáttur við skýringu á jafnræðisreglunni í 65. gr. stjkskr. Ekki er þó hægt að álykta með algildum hætti um samspil þessara tveggja reglna, en augljóslega er rökstuðningur varðandi skilyrði um meðalhóf í veiðileyfamálinu afdráttarlausar tvinnuðar saman við jafnræðisregluna í 65. gr. stjkskr.

Niðurstöður dómanna tveggja urðu á gagnstæðan veg. Segja má að síðari dómurinn lýsi ákveðinni afstöðubreytingu frá því sem fram hafði komið í veiðileyfamálinu um að löggjafinn hefði um ókomna tíð lög bundið þá-mis-munun sem leiddi af 5. gr. laganna og ekki væri sýnt fram á rök bundna nauðsyn hennar. Þótt ekki hafi verið fjallað um veiðileyfi sem slík í Vatneyrarmál-

inu, heldur úthlutun aflahlutdeildar skv. 7. gr. laga nr. 38/1990, var í raun um að ræða takmarkanir sem byggðu á mjög svipuðum sjónarmiðum og áttu við um 5. gr. laganna áður en henni var breytt. Það sem virðist ráða úrslitum í síðara málinu var að löggjafinn hefði valkosti um leiðir til að ná markmiði 1. gr. nr. 38/1990. Svo lengi sem leiðin sem valin var, væri reist á málefnalegum forsendum, samrýmdu sjónarmiðum um jafnræði og gengi ekki of langt í skerðingu réttinda miðað við það markmið sem stefnt væri að væri það ekki hlutverk dómstóla að hafna henni. Hér virðist því komið að þeim mörkum sem dómstólar hafa eðlilega veigrað sér við að yfirstíga, að taka pólitískar ákvarðanir, enda sé þar komið inn á ótvírætt pólitískt hlutverk löggjafans þar sem fallist er á að hann hafi svigrúm til mats. Um margt minnir þessi rökstuðningur á þá afstöðu Mannréttindadómstólsins að játa aðildarríkjum svigrúm til mats á sviðum þar sem deilt er um aðgerðir stjórnvalda á vettvangi efnahagsmála eða við að framfylgja annarri pólitískri stefnumótun þar sem einkum reynir á almennar takmarkanir á eignarrétti skv. 2. mgr. 1. gr. 1. viðauka MSE og lýst var í kafla 4.2. að framan.

Ekki er algilt í nýrri dómum Hæstaréttar að takmarkanir á atvinnufrelsi séu skoðaðar í ljósi meðalhöfsreglunnar. Í *Hrd. 20. febrúar 2003*, máli nr. 542/2002, var deilt um bann sem lögreglusamþykkt Reykjavíkur lagði við sýningum næturklúbba á svokölluðum einkadansi. Þótt viðurkennt væri að sýningar á nektardansi í atvinnuskyni væru þáttur í rekstri næturklúbba varð það niðurstaða Hæstaréttar að leyfi til að reka næturklúbb gæti ekki falið í sér heimild til að láta einkadans fara fram í lokuðu rými eða leyfa för sýnenda meðal áhorfenda. Þessir þættir í rekstrinum voru því ekki taldir til atvinnustarfsemi sem nyti verndar 75. gr. Í öðrum ummælum í dómnum má reyndar sjá að takmarkanir á þessari atvinnustarfsemi eru réttlættar með vísan til allsherjarreglu, en ekki er vikið sérstaklega að nauðsyn þessa úrræðis til að ná því markmiði. Í málinu var ekki um að ræða jafn þjóðfélagslega mikilvæga hagsmuni og fjallað var um í fiskveiðistjórnunardómnum tveimur og kann það að hafa áhrif á að rökstuðningur fyrir takmörkunum var ekki jafn ítarlegur að þessu leyti.

#### 5.2.2 Áhrif breytinga á stjórnarskrárákvæðum með stjksl. 97/1995 þar sem bættist við skilyrði um nauðsyn takmarkana

Vert er að skoða nánar þau mannréttindaákvæði þar sem skilyrði um nauðsyn var bætt inn í texta stjórnarskrárinnar með stjksl. 97/1995. Hvað varðar nánari skilgreiningar á inntaki réttinda sem áður voru vernduð í stjórnarskránni og tilgreiningu á takmörkunum urðu áhrifin tvímælalauast mest á 71.

gr. um vernd á friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu og 73. gr. um skoðana- og tjáningarfrelsið. Þessi ákvæði sækja nú greinilega nokkra fyrirmynd til 8. og 10. gr. MSE þótt þau beri enn merki eldri ákvæðanna t.d. varðandi þvingunaraðgerðir lögreglu í 2. mgr. 71. gr. og bann við ritskoðun í 2. mgr. 73. gr. Það sem mestu skiptir varðandi rannsókn á tilvist meðalhófsreglunnar í þessum greinum eru ný takmörkunarákvæði sem komu inn í 3. mgr. þeirra beggja.

Samkvæmt 3. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar má með sérstakri lagaheimild takmarka friðhelgi einkalífs, heimilis eða fjölskyldu ef *bryna nauðsyn* ber til vegna réttinda annarra. Ekki liggja fyrir úrlausnir dómstóla um það hvort *löggjafinn* hefur gengið of langt til skerðingar þessum réttindum út frá sjónarmiðum um meðalhóf samkvæmt 3. mgr. ákvæðisins. Hins vegar er alengt að reyni á *meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins* í tengslum við takmarkanir á friðhelgi einkalífs skv. 71. gr. vegna matskenndra ákvarðana stjórnvalda. Eru tveir nýlegir dómar sem raktir voru að framan, *Hrd 15. mars. 2001* um skoðun póstsendinga og *Hrd. 3. maí 2002* um haldlagningu gagna hjá fyrirtæki, skýr dæmi um hvernig meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins er beitt í samspili við 3. mgr. 71. gr. varðandi kröfu um *nauðsyn* aðgerða sem takmarka friðhelgi einkalífs. Í dómunum er þó ekki nefnt berum orðum að 3. mgr. 71. gr. feli í sér sérstaka meðalhófsreglu, en látið sitja við almenna tilvísun til reglunnar í stjórnsýslurétti.

Ákvæði 73. gr. stjórnarskrárinnar um skoðana- og tjáningarfrelsið sættu gagngerri endurskoðun í stjksl. 97/1995. Var 11. gr. stjórnarskrárfrumvarpsins sem síðar varð að 73. gr. stjkskr. jafnframt eitt umdeildasta ákvæðið við meðferð þess á Alþingi. Lutu deilurnar einna helst að hinu nýja ákvæði í 3. mgr. þar sem taldar eru ástæður sem heimila takmarkanir á tjáningarfrelsinu. Samkvæmt ákvæðinu 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. Þegar frumvarpið var lagt fram var þar hvorki vísað til nauðsynjar né lýðræðishefða og á því byggt að slíkra varnagla þyrfi ekki að geta sérstaklega. Það fælist í grunneinkennum stjórnarskrárinnar að byggja á lýðræðislegum gildum auk þess sem *ákveðin meðalhófsregla* væri ávallt lögð til grundvallar við mat dómstólanna á því hvort löggjafinn hefði gengið of langt í takmörkunum á tjáningarfrelsi í hlutfalli við þá hagsmuni sem þær ættu að vernda.<sup>59</sup> Þótti þeim sem helst deildu á hið nýja

<sup>59</sup> *Alþt.* 1995, B-deild bls. 139–140.

ákvæði að verið væri að rýmka heimildir til að takmarka tjáningarfrelsið, enda væri í eldra ákvæðinu hvergi getið sérstakra heimilda til þess. Með því að bæta við í niðurlagi 3. mgr. 73. gr. kröfu um *nauðsyn takmarkana og samræmi við lýðræðishefðir* náðist endanlega sátt um hið nýja tjáningarfrelsisákvæði og var meðal annars vísað til þess að orðlagið yrði þá í betra samræmi við sambærileg ákvæði í alþjóðlegum mannréttindasamningum.

Alloft þurfa dómstólar að skera úr um það hvort beiting lagaheimildar í afmörkuðu tilviki, t.d. refsíákvæðis til verndar æru og mannorði gengur of langt til skerðingar á tjáningarfrelsi einstaklings. Ræðst þá niðurstaðan af hagsmunamati dómstóla, þ.e. hvort þar vega þyngra réttindi þeirra sem ærumeiðingar beinast gegn eða réttindi manna til að tjá sig. Í framkvæmd dómstólanna eftir gildistöku stjksl. 97/1995 má merkja ákveðna þróun í þá átt að þeir rökstyðji takmarkanir á tjáningarfrelsi ítarlegar og þá einkum um það hvort uppfyllt er skilyrði 3. mgr. 73. gr. stjkskr. um *nauðsyn* til skerðingar í ákveðnu tilviki með tilliti til þeirra hagsmuna sem vegast á. Það þýðir þá að sjálfsgöðu að meðalhófsreglan hefur öðlast ríkan sess við skýringu á 3. mgr. 73. gr. og dómstólar eru með skýrari hætti en áður bundnir af henni.<sup>60</sup>

Eins hafa dómstólar lýst afdráttarlaust þeirri afstöðu að til grundvallar takmörkun tjáningarfrelsis á vettvangi samfélagslegrar umræðu verði að liggja ríkari nauðsyn en ella og má hér finna skýra samsvörun við framkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu, enda er vægi tjáningarfrelsis í lýðræðisþjóðfélagi hér sérstaklega mikið. Sem dæmi um svið þar sem greina má breytta stefnu íslenskra dómstóla að þessu leyti má nefna umræðu um opinberar stofnanir og gagnrýni sem kann að koma fram á starfsemi þeirra og starfsmenn. Í refsímáli gegn Þorgeiri Þorgeirssyni í *Hrd. 1987/1280*, þar sem hann var sakfelldur fyrir harðorð blaðaskrif um lögregluna vóg ekki þungt sú meginmálsvörn hans að hann vildi með skrifum sínum vekja athygli á mikilvægu samfélagslegu málefni, upplýsa almenning um líkamstjón sem hlotist hafi af lögregluofbeldi og kalla eftir aðgerðum yfirvalda. Taldi dómurinn að aðdróttun Þorgeirs að þessum afmarkaða hópi opinberra starfsmanna yrði ekki réttlætt, án þess þó að reynt yrði að meta sannleiksgildi hennar. Það sem réði

<sup>60</sup> Í nokkrum nýlegum dómum þar sem fjallað er um skerðingu tjáningarfrelsis í þágu friðhelgi einkalífs annarra má sjá ítarlegan rökstuðning um það hvernig hagsmunir vegast á við mat á því hvort takmörkun er nauðsynleg. Sbr. t.d. *Hrd. 1999/857* (um refsíabyrgð ritara ævisögu geðlæknis þar sem birtar voru persónuupplýsingar um sjúkling), *Hrd. 21. mars 2002*, mál nr. 306/2001 (takmörkun á rétti verjanda í sakamáli til þess að tjá sig opinberlega um atriði sem tengdust einkalífi brotþola) og *Hrd. 24. apríl 2002*, mál nr. 461/2001 (Refsing vegna smánandi ummæla á opinberum vettvangi í garð Afríkubúa).

hins vegar úrslitum í kærumáli Þorgeirs hjá Mannréttindadómstól Evrópu var að takmörkunin var *ekki talin hæfa því réttmæta markmiði* sem stefnt var að og væri því *ekki nauðsynleg í lýðræðisþjóðfélagi*, einkum út frá þeim sjónarmiðum að um ræddi málefni sem varðaði almennung miklu og sakfellingin hefði verið til þess fallin að draga úr opinni umræðu á því sviði.<sup>61</sup> Ummæli í nokkrum dómum frá síðari árum sýna svo ekki verður um villst að Hæstiréttur fellst á rýmra tjáningarfrelsi á vettvangi umræðu um opinberar stofnir, sem fara með málefni sem snerta almannahagsmuni, jafnvel þótt orðfæri í því sambandi kunni að vera hvasst. Þarf því að sýna fram á sérstaklega ríka nauðsyn til réttlætningar takmörkunum. Í dæmaskyni má nefna *Hrd. 1997/3618* þar sem fjallað var um hvassa gagnrýni á störf Fangelsismálastofnunar og forstjóra hennar vegna aðbúnaðar fanga svo og *Hrd. 1998/1376* um harða ádeilu á störf Húsnæðisstofnunar m.a. um spillingu starfsmanna hennar.

Fágætt er að dómsmál um takmarkanir á tjáningarfrelsi lúti eingöngu að því hvort löggjöf sem slík eða lagaákvæði sem takmarkar tjáningarfrelsi samrýmist stjórnarskrá, sbr. þó dóminn í Hrafnkötumálinu *Hrd. 1943/237* sem áður var lýst. Einnig má finna athyglisvert dæmi um það hvernig dómstólar leggja meðalhófsreglu til grundvallar mati sínu á því hvort löggjafinn hefur gengið of langt með lagasetningu sem takmarkar tjáningarfrelsið. Í 1. mgr. 20. gr. áfengislaga nr. 75/1998 er kveðið á um að hvers konar auglýsingar á áfengi og einstökum áfengistegundum séu bannaðar. Í 2. mgr. 20. gr. er síðan nánar skilgreint hvað átt er við með auglýsingu.<sup>62</sup> Í *Hrd. 1999/781* kom til úrlausnar dómstóla refsímál gegn framkvæmdastjóra Ölgerðarinnar Egils Skallagrímssonar ehf. sem var ákærður fyrir að hafa birt auglýsingar um sterkan bjór á flettiskilti, í útvarpi og Morgunblaðinu og þar með brotið gegn 20. gr. áfengislaga. Í málsvörn ákærða var því borið við að auglýsingabann þetta bryti gegn 73. gr. stjórnarskrárinnar. Taldi Hæstiréttur vafalaust að auglýsingar almennt nytu verndar tjáningarfrelsisákvæða stjórnarskrárinnar, 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu og 19. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi. Því þyrfti að kanna hvort þær takmarkanir sem

<sup>61</sup> Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu frá 25. júní 1992 í máli Þorgeirs Þorgeirsonar gegn Íslandi. 67.–69. mgr.

<sup>62</sup> Álitæfni um bann við auglýsingum á tobaki og áfengi höfðu áður komið til úrlausnar dómstóla sbr. *Hrd. 1987/26* og *Hrd. 1987/394*. Sýknað var í báðum þessum refsímálum þar sem ekki var talið að um „auglýsingar“ væri að ræða, en skilgreiningar þess efnis skorti í þágildandi áfengislög nr. 82/1969 og þágildandi lög um tobaksvarnir nr. 74/1984.

auglýsingabannið setti tjáningarfrelsinu væru innan þeirra marka sem 3. mgr. 73. gr. setur. Í dómi sínum vísaði Hæstiréttur fyrst til þess að skorður þessar væru settar með lögum eins og 3. mgr. 73. gr. áskilur, og mætti reyndar rekja bann við áfengisauglýsingum allt aftur til ársins 1928. Þessu næst er í dómnum litið til tilgangs með banni á áfengisauglýsingum, m.a. til þess markmiðs laganna sem fram kemur í 1. gr. þeirra að vinna gegn misnotkun áfengis. Segir jafnframt í dómnum að alkunna sé að ofneyslu áfengis fylgi vandamál af ýmsum toga sem meðal annars varði allsherjarreglu, siðgæði og heilsu manna og hafi í för með sér mikla byrði fyrir þjóðfélagið í heild. Loks víkur Hæstiréttur að þriðja skilyrðinu sem þurfi að vera uppfyllt fyrir skerðingu á tjáningarfrelsinu, auk lagaheimildar og réttmæts markmiðs, en það er *nauðsyn takmarkana*. Segir um þetta í dómnum:

Pau rök, sem þannig búa að baki 20. gr. áfengislaga, eiga sér efnislega stoð í 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar og 2. mgr. 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. *Löggjafinn hefur metið auglýsingabann áfengis nauðsynlegt og trekað það mat eftir að núgildandi tjáningarfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar var sett*. Svo sem fyrr segir falla auglýsingar þær, sem ákært er fyrir í máli þessu, undir skilgreiningu 20. gr. áfengislaga og verður að telja þær þannig fram settar að þær feli í sér hvatningu til kaupa á áfengi. Er ekki á það fallist að beiting laga-greinarinnar gagnvart slíkum auglýsingum feli í sér brot gegn ofangreindum ákvæðum stjórnarskrár og mannréttindasáttmála Evrópu.

Í þessum dómi fellst Hæstiréttur á að löggjafinn hafi ekki gengið of langt í setningu laga til takmörkunar á tjáningarfrelsinu og takmarkanirnar eru þannig taldar hæfa því markmiði sem stefnt er að. Með öðrum orðum, meðalhófsregla er hér lögð til grundvallar við endurskoðun dómstóla á því hvort nauðsyn er til staðar. Þótt vísað sé til *beitingar* lagagreinarinnar er hér raunverulega lagt mat á hvort afdráttarlaust bann laganna við áfengisauglýsingum og sú takmörkun sem í því felst gagnvart tjáningarfrelsinu samrýmist meðalhófsreglu.<sup>63</sup>

<sup>63</sup> Enn er þó ósvarað álitæfnum sem vaknað hafa í tilefni af forúrskurði Evrópudómstólsins frá 8. mars 2001 (mál Gourmet International Products AB, nr. C-405/98) varðandi auglýsingabann á áfengi í senskri löggjöf og dómi Markaðsdómstóls Svíþjóðar frá 5. febrúar 2003 sem byggði á þeim forúrskurði. Auglýsingabannið var hér skoðað út frá banni 28. gr. Rómarsáttmálans við magntakmörkunum á vöruinnflutningi og heimilum undanþágum frá því skv. 30. gr. sáttmálans. Í forúrskurði EB-dómstólsins var því lýst að þessi ákvæði Rómarsáttmálans útilokuðu ekki bann við áfengisauglýsingum nema sýnt væri fram á að hægt væri að ná því markmiði með aðgerðum sem hefðu minni áhrif á frjálsa vöruflutninga innan sambandsins. Fól dómstóllinn sænskum dómstólum því að meta aug-

5.2.3 *Takmarkanir á félagafrelsi skv. 1. mgr. 74. gr. stjkskr.*

Eitt skýrasta dæmið um áhrif meðalhófsreglu við mat dómstóla á því hvort löggjöf samrýmist stjórnarskrá má sjá í *Hrd. 14. nóvember 2002* í máli Alþýðusambands Íslands gegn íslenska ríkinu og Samtökum atvinnulífsins (mál nr. 167/2002). Þar var deilt um lög um kjaramál fiskimanna o.fl. nr. 34/2001. Lögin voru sett til þess að stöðva verkföll sjómanna innan aðildarfélaga Alþýðusambands Íslands sem höfðu staðið í 44 daga þegar lögin tóku gildi þann 16. maí 2001. Í 1. gr. laganna var lagt bann við verkföllum og verkbönum nánar tilgreindra félaga. Í 2. gr. laganna var mælt fyrir um stofnun gerðardóms hefðu aðilar ekki náð samkomulagi fyrir 1. júní 2001. Skyldi Hæstiréttur tilnefna þrjá menn í gerðardóminn sem var falið að ákveða tilgreind atriði um kjaramál fiskimanna í félögum sem talin voru í 1. gr. Í lögskýringargögnum kom fram að markmið laganna væri að grípa til aðgerða á grundvelli almannahagsmuna vegna skaða sem vinnustöðvunin hefði valdið fyrir atvinnulíf landsmanna, nýtingu auðlinda sjávar, útflutningshagsmuni og fleiri þætti. Var m.a. vísað til alvarlegra áhrifa fyrir einstaklinga sem störfuðu við fiskvinnslu og fyrirtæki og sveitarfélög sem byggðu afkomu sína á sjávarútvegi. Einnig væru skýr merki um áhrif vinnustöðvunarinnar á efnahagslífið og ef ekkert yrði að gert myndi hún valda óbætanlegu tjóni fyrir þjóðarþúið í heild.<sup>64</sup>

ASÍ höfðaði málið á þeim grundvelli að lögin fælu í sér ólögmet afskipti af starfsemi stéttarféлага sem nyti sérstakrar verndar 74. gr. stjkskr. og 11. gr. MSE, en í síðarnefnda ákvæðinu væri m.a. mælt fyrir um rétt manna til að stofna og ganga í stéttarfélag til verndar hagsmunum sínum. Var á því byggt að skýra bæri 74. gr. stjórnarskrárinnar í ljósi 11. gr. MSE enda kæmi fram í greinargerð með frumvarpi til stjksl. 97/1995 að stjórnarskrárgjafinn hafði slíkt í huga. Þar sem mikilvægasta hlutverk stéttarfélaganna væri að standa að gerð kjarasamninga væri sá réttur tvímælalaust verndaður af þessum ákvæðum. Jafnframt var vísað til þess að samkvæmt 2. mgr. 11. gr. MSE væru réttindi, sem 1. mgr. ákvæðisins verndaði, ekki háð öðrum takmörkunum en þeim sem lög mæltu fyrir um og nauðsyn bæri til í lýðræðislegu þjóð-

lýsingabannið út frá meðalhófsreglu Evrópuréttarins. Niðurstaða sænskra dómstóla var að afdráttarlaust auglýsingabann sænskra áfengisлага færi í bága við meðalhófsreglu Evrópuréttarins, enda væru ýmsar aðrar leiðir færar en auglýsingabann, til að draga úr áfengisneyslu. Ekki er ólíklegt að sambærileg álitaeftni um bann við áfengisauglýsingum komi til kasta íslenskra dómstóla og EFTA-dómstólsins með vísan til 11. gr. laga um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993 út frá sjónarmiðum um meðalhófsreglu Evrópuréttarins.

<sup>64</sup> *Alþt.* 2000–2001, A-deild, bls. 5258.

félagi vegna þjóðaröryggis eða almannaheilla, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða réttindum og frelsi. Engin slík vá hafi verið fyrir dyrum sem réttlætti svo víðtæka íhlutum í stjórnarskrárvarin réttindi. Þá taldi stefnandi að hin umdeildu lög brytu gegn meðalhófsreglu í stjórnskipunarrétti þar sem gengið hafi verið miklu lengra en nauðsyn bar til í því skyni að tryggja markmið stjórnvalda. Í málinu voru einnig rakin af hálfu stefnanda sjónarmið varðandi 2. mgr. 75. gr. stjkskr. um rétt manna til að semja um starfskjör sín og vísað til alþjóðlegra skuldbindinga um samningsfrelsi, sbr. ákvæði Félagsmálasáttmála Evrópu, samnings um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi og samþykka Alþjóðavinnnumálastofnunarinnar nr. 87 og 98.

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur, sem Hæstiréttur staðfesti, var fallist á að með tilliti til viðtekinna skýringar á 11. gr. MSE yrði að túlka 1. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinnar svo að ákvæðið verndaði frelsi stéttarféлага til að standa vörð um og tryggja hagsmuni félagsmanna sinna. Samningsfrelsi félaganna væri leið að slíku marki og nyti því sérstakrar verndar. Líta yrði svo á að verkfallsrétturinn væri í þeim skilningi hluti af samningsfrelsi þeirra þegar litið væri til þess að hann væri lögbundin leið til að knýja gagnaðila til að ganga til samninga. Í hinu nýja ákvæði 2. mgr. 75. gr. stjkskr. hafi samningsfrelsið auk þess verið fest í sessi. Á hinn bóginn vísaði dómurinn til þess að með hliðsjón af 2. mgr. 11. gr. MSE, 2. mgr. 75. gr. stjkskr. og þeim alþjóðasamningum um félagsleg réttindi sem líta mætti til við skýringu á 74. og 75. gr. stjórnarskrárinnar, yrði 1. mgr. 74. gr. hennar ekki talin fela í sér skilyrðislausu vernd verkfallsréttar stéttarféлага. Þó yrði að líta svo á að samningsfrelsi verkafélaga og verkfallsrétt mætti aðeins skerða með lögum og því aðeins að uppfylltum sambærilegum skilyrðum og fram koma í 2. mgr. 11. gr. MSE. Eftir skoðun á lögskýringargögnum varðandi markmið takmarkananna segir í dóminum:

Rök fyrir setningu laganna voru fyrst og fremst efnahagslegs eðlis. Með vísan til þess að verkfallsvopninu er meðal annars ætlað að hafa slík áhrif til þess að það bítu verður að fara varlega í að stöðva verkföll með lögum með því að tengja efnahagsleg rök við almannahagsmuni. Að mati dómsins er þó ekki hægt að útiloka að efnahagsleg áhrif verkfalla og verkanna geti verið svo alvarleg að ríkir almannahagsmunir geti réttlætt tímabundið bann við þeim.

Fyrir liggur að þegar lög nr. 34/2001 voru sett höfðu verkföll og verkbönum lamað fiskveiðar í 6 vikur. Haldnir höfðu verið yfir 70 sáttafundir hjá ríkissáttasemjara með deiluaðilum og óumdeilt er að engin lausn virtist í sjónmáli í deilunni. Enda þótt verkfalli flestra aðildarfélaga stefnanda hafi verið aflýst

15. maí voru samningaviðræður deiluaðila enn í hörðum hnút og nokkur sjómannafélög enn í verkfalli. Þá hafði verkbanni útvegsmanna ekki verið aflýst.

Í framangreindum lögskýringargögnum er að finna haldgóð efnahagsleg rök fyrir því mati löggjafans á aðstæðum í þjóðfélaginu að ríkir almannahagsmunir hafi verið að því að banna tímabundið þau verkföll og verkbönn sem orsök uðu vinnustöðvun á þeim tíma sem löggin tóku gildi. Með vísan til framangreinds þykir ekki rétt að hnekkja því mati.

Er síðan kannað ítarlega í dómnum hvort ráðstafanir sem takmörkuðu réttindi hafi gengið lengra en þörf krafði með því að í lögnum var kveðið á um þvingaða gerðardómsmeðferð næðust samningar ekki fyrir tilgreint tíma- mark. Fjallað er um skipan gerðardómsins og svigrúm sem hann hafði til að ákveða gildistíma ákvarðana sinna. Þótti það svigrúm óheppilega mikið en var þó ekki talið fela í sér óhæfilega skerðingu á réttindum stefnanda, enda hafi gerðardómurinn farið hóflega með þetta vald sitt. Eftir að hafa lagt mat á þessar ráðstafanir segir:

Með vísan til framangreinds telur dómurinn að ekki séu fram komin nægjanlega veigamikil rök til að líta svo á að löggjafinn hafi með umræddri lagasetningu gengið lengra í þá átt að skerða frelsi deiluaðila til að ná kjarasamningum en nauðsynlegt var til að ná fram þeim yfirlýstu markmiðum sínum að tryggja almannaheill.

Loks er mikilvægt að geta þess að dómurinn féllst ekki á að almannaheill hafi krafist þess að hin umdeilda lagasetning tæki til þriggja aðildarfélaga á svæðum þar sem vinnustöðvun var ekki í gangi þegar löggin tóku gildi. Með vísan til 1. mgr. 74. gr. stjkskr. yrði ekki hjá því komist að líta svo á að þessum félögum innan ASÍ væri þrátt fyrir 1., 2. og 3. gr. laga nr. 34/2001 heimilt að efna til verkfalls. Þá réði ákvörðun gerðardómsins ekki kjörum fiskimanna í þessum þremur félögum.

Dómurinn er athyglisverður fyrir ýmsar sakir. Sérstaka þýðingu hefur hinn ítarlegi rökstuðningur um áhrif meðalhófsreglunnar í stjórnskipunar- rétti, en með honum er í raun hafnað þeim málsástæðum ríkisins að þar sem enga afmarkaða og skilgreinda meðalhófsreglu sé að finna í stjórnarskránni sé ekki hægt að byggja á henni. Í dómnum er ítarlega kannað markmið löggjafarinnar sem var í þágu almannaheilla, metið hvort það úrræði sem valið var hæfði því markmiði og loks hvort hóf var í beitingu þess. Einnig er staðfest að ekki hafi borið nauðsyn til að banna verkföll félaga þar sem vinnustöðvun var ekki í gangi. Að því leyti voru löggin talin andstæð 1. mgr. 74. gr. stjkskr. Það er einnig athyglisvert við rökstuðning dómsins að í 74. gr. stjkskr.

er ekki almennt takmörkunarákvæði sambærilegt 2. mgr. 11. gr. MSE, að öðru leyti en því sem snýr að rétti manna til að standa utan félaga, sbr. 2. mgr. 74. gr. Þrátt fyrir það er fallist á að setja megi félagafrelsinu takmarkanir, en þær verði þá að uppfylla skilyrði 2. mgr. 11. gr. MSE, þ.e. vera lög- mæltar, stefna að einhverju þeirra markmiða sem þar er getið og vera nauðsynlegar í lýðræðisþjóðfélagi. Félagafrelsisákvæðið í 1. mgr. 74. gr. tók litlum breytingum með stjksl. 97/1995. Fyrir þann tíma var gengið út frá því sem vísu að mannréttindi væru takmörkunum háð þótt þeirra væri ekki getið í stjórnarskránni. Þar sem dómurinn tengir 2. mgr. 11. gr. MSE afdráttar- laust við 74. gr. stjkskr., með vísan til lögskýringargagna með stjksl. 97/1995, verður að draga þá ályktun að sömu skorður séu settar takmörkunum á félagafrelsi skv. 1. mgr. 74. gr. stjkskr. og 1. mgr. 11. gr. MSE.

#### 5.2.4 Takmarkanir á athafnafrelsi

Athafnafrelsi er ekki meðal þeirra réttinda sem talin eru í mannréttindakafli stjórnarskrárinnar, enda gildir það sjálfsagða grundvallareinkenni lýðræðis- ríkja að einstaklingar hafi frelsi til athafna án þess að veita þurfi þann rétt sérstaklega í lögum eða stjórnarskrá. Mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar vernda sérgreinda og mikilvæga þætti í athafnafrelsi manna en kveða jafnframt á um takmarkanir sem heimilt er að setja því. Lögmætisreglan byggir á þeirri grunnforsendu að einvörðungu hinir lýðræðislega kjörnu fulltrúar þjóðarinnar á Alþingi öðlist með kjöri sínu vald til þess að setja þessum réttindum borgaranna skorður með lögum, innan þess ramma sem stjórnarskráin setur.<sup>65</sup> Sömu rök gilda um svigrúm löggjafans til þess að takmarka athafnafrelsi manna í víðasta samhengi, eins og þegar um tilgreind stjórnarskrárvarin réttindi er að ræða. Þannig geta dómstólar metið hvort löggjöfin samrýmist jafnræðisreglu 65. gr. stjkskr., svo og hvort löggjafinn hefur gætt lögmætra sjónarmiða eins og meðalhófs þegar tekið er tillit til þeirra markmiða sem takmörkun á athafnafrelsi stefnir að. Var þetta staðfest í dómi Hæstaréttar í *Hrd. 1999/1916* þar sem til umfjöllunar voru takmarkanir sem lög nr. 92/1956 um bann við hnefaleikum setja athafnafrelsi manna. Samkvæmt 1. gr. laganna er bönnuð öll keppni eða sýning á hnefaleik svo og kennsla í hnefaleik. Í 2. gr. laganna er lagt bann við sölu og notkun hnefaleiksglófa og annarra tækja, sem ætluð eru til þjálfunar hnefaleika. Í athuga- semdum sem fylgdu lagafrumvarpinu sagði m.a. að stórslys og dauðsföll hafi

<sup>65</sup> Páll Hreinsson: „Lagaáskilnaðarregla atvinnufrelsisákvæðis stjórnarskrárinnar“, *Líndæla*, bls. 402.



orðið hér á landi af áverkum sem hlotist hafa af hendi manna sem vanist hafa hnefaleikum, og bann við hnefaleikum væri í rauninni ekki nema skyld og sjálfsgöð tilraun til slysavarna.<sup>66</sup> Í málinu voru fjórir menn ákærðir fyrir að hafa brotið gegn þessum ákvæðum laganna með því að hafa kennt hnefaleika og með því að hafa staðið fyrir sýningu á hnefaleikum. Byggði vörn þeirra fyrst og fremst á tilvísun til 65. gr. stjkskr. um að allir skuli vera jafnir fyrir lögum. Hér á landi væru stundaðar margvíslegar íþróttir, þar sem alvarleg slys ættu sér stað, án þess að vera bannaðar og engin gögn væru til stuðnings því að stórslys og dauðsföll leiddi af hnefaleikum umfram aðrar íþróttir. Auk þess væri ekki lagt bann í lögum við ýmsum bardagaíþróttum sem stundaðar væru hér á landi. Þau rök sem lágu að baki lagasetningunni árið 1956, sem tækju bæði til hnefaleika atvinnumanna og áhugamanna, væru ekki lengur til staðar.

Kom nú til kasta dómstólanna að endurskoða mat löggjafans á því hvort takmarkanir væru í raun nauðsynlegar miðað við það markmið sem að var stefnt. Í málinu voru af hálfu ákæruvaldsins lögð fram ýmis gögn um heilsufarstjón af völdum hnefaleika og leitað álits lækna í því sambandi. Að þeim gögnum virtum staðfesti Hæstaréttur sakfellingu héraðsdóms yfir fjórmenn-ingunum með eftirfarandi rökstuðningi:

Réttilega er á það bent í héraðsdómi að unnt sé að takmarka athafnafrelsi borgaranna og gera þeim að sæta ákveðnum almennum skilyrðum fyrir athöfnum sínum. Slíkar kvaðir skuli ákvarðaðar með lögum og hafa samfélagslegan tilgang, svo sem að vera til verndar heilsu eða siðgæði og samrýmast lýðræðislegum hefðum samfélagsins. *Til þessara takmarkana þurfa því að liggja málefnaleg sjónarmið, en auk þess ber við setningu þeirra að virða jafnræði og stilla þeim í hóf að teknu tilliti til markmiðsins með þeim.*

Af greinargerð með lögum nr. 92/1956 og umræðum á Alþingi má ráða að hnefaleikar hafi verið bannaðir til verndar heilsu og til þess að stemma stigu við líkamsáverkum af völdum manna sem vanist hefðu hnefaleikum. Lögin taka til allra Íslendinga jafnt. Fullyrðingar um að hættueiginleikar annarra bardagaíþróttá séu þeir hinir sömu eða meiri eru ekki einar saman rök gegn því að löggjafarvaldið banni hnefaleika, enda sé gætt málefnalegra sjónarmiða.

Í dómi Hæstaréttar er reyndar fallist á að ákæruvaldið hefði ekki sýnt fram á að *eins brýn heilsuverndarsjónarmið* lægju til banns við áhugamannahnefaleikum og við gildistöku laganna frá 1956 eða banns við atvinnuhnefaleikum. Íslenskir lækna hafi þó bent á að hætta gæti stafað frá áhugamanna-

<sup>66</sup> *Alþt.* 1956, A-deild, bls. 207.

hnefaleikum þótt gætt væri ströngustu reglna. Aðrar bardagaíþróttir sem ákærðu hafi vísað til væru nýjar íþróttir hér á landi. Yrði því ekkert fullyrt um viðhorf löggjafans til þeirra.

Af dómnum má sjá að meðalhófsreglan er þar enn til skoðunar í samspili við jafnræðisregluna, en ekki er talið brjóta gegn jafnræðisreglunni að aðrar bardagaíþróttir séu ekki bannaðar með sama hætti og hnefaleikar. Dómurinn tilgreinir að nauðsyn takmarkana sé kannski ekki alveg eins brýn og við setningu laganna en það ráði þó ekki úrslitum. Hugsanlega gefur dómurinn tilefni til að álykta að dómstólar geri minni kröfur til nauðsynjar sem réttlæti takmörkun réttinda, ef ekki er um að ræða grundvallarréttindi sem vernduð eru sérstaklega í stjórnarskránni. Að minnsta kosti er ljóst að í kjölfar dómsins endurskoðaði löggjafinn afstöðu sína að nokkru leyti varðandi nauðsyn almenns hnefaleikabanns og heimilaði keppni, sýningu og kennslu áhugamannahnefaleika með lögum nr. 9/2002.<sup>67</sup>

## 6. Niðurstöður

Í grein þessari hefur verið greint frá þróun íslenskrar réttarframkvæmdar varðandi tilvist og áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða um mannréttindi og helstu áhrifaþáttum í því sambandi. Af dómsúrlausnum sem lýst hefur verið má draga þá ályktun að til er meðalhófsregla íslensks stjórnskipunarréttar sem dómstólar beita þegar þeir leggja mat á ákvarðanir löggjafans sem takmarka mannréttindi og þegar þeir leysa úr ágreiningsmálum þar sem vegast á andstæðir stjórnarskrárverndaðir hagsmunir. Í þessum lokaorðum verður leitast við að draga saman helstu grunnatriði sem slík ályktun byggir á.

Vægi reglunnar á vettvangi stjórnskipunarréttarins hefur vaxið umtalsvert á undanförunum árum. Hún hefur ráðið úrslitum við úrlausn dómstóla um hvort lög samrýmist stjórnarskrá, jafnvel á sviðum þar sem dómstólar töldu áður að ekki yrði haggð við mati löggjafans. Aldrei hefur þó verið vísað berum orðum til „meðalhófsreglu stjórnskipunarréttarins“ í rökstuðningi hæstaréttardóma þótt aðilar máls hafi haldið henni fram í málatilbúnaði. Beinar

<sup>67</sup> Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi til þeirra laga er skýrt tekið fram að gera verði greinarmun á áhugamannahnefaleikum og atvinnumannahnefaleikum þar sem reglur og öryggiskröfur greinanna séu mjög ólíkar. Standi bann laga nr. 92/1956 gagnavart atvinnumannahnefaleikum þannig óbreytt, sbr. *Alþt.* A, 2001–2002, bls. 681.

tilvitnanir dómstóla til meðalhófsreglu sem leggja beri til grundvallar við takmarkanir á stjórnarskrárvernduðum mannréttindum er enn sem komið er aðeins að finna í umfjöllun um ákvarðanir stjórnvalda og meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins. Rökstuðningur fyrir dómsniðurstöðum varðandi löggjöf sem takmarkar mannréttindi þar sem fjallað er um um *nauðsyn takmarkana að teknu tilliti til markmiðs löggjafar*, tekur þó af öll tvímæli um tilvist meðalhófsreglu í stjórnskipunarrétti. Í stað þess að dómstólar vísi til hennar berum orðum, er á því byggt að löggjöf verði að samrýmast *grundvallarreglum stjórnarskrárinnar* eins og m.a. má sjá í dómi Hæstaréttar í veiðileyfamálinu í *Hrd. 1998/4976* eða byggi á *málefnalegum forsendum* eins og sjá má í Vatneyrarmálinu í *Hrd. 2000/1534*.

Ástæður þess að hlutverk meðalhófsreglunnar hefur farið vaxandi á vettvangi stjórnskipunarréttarins eru margþættar. Þær verða að nokkru leyti raktar til breytinga sem gerðar voru á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar með stjksl. 97/1995. Aukin áhrif reglunnar mátti þó greina í dómsúrlausnum fyrir þann tíma og þá sérstaklega í samspili við óskráða jafnræðisreglu íslensks stjórnskipunarréttar. Þar má benda á *Hrd. 1992/1962*, varðandi gildi bráðabirgðalaga sem afnámu launahækkanir, einkum í sératkvæði með þeim dómi sem lýst var í kafla 5.1 að framan. Í *Hrd. 1993/1217*, sem fjallaði um lögbundnar aldurstakmarkanir leigubifreiðastjóra, má greina ákveðið fráhrif frá fyrri framkvæmd dómstólanna varðandi atvinnufrelsisákvæði stjórnarskrárinnar um að ekki yrði haggð við því mati löggjafans að ráðstafanir væru til almannaheilla. Þótt ekki væri þar hróflað við mati löggjafans að takmörkun væri í þágu almannaheilla var slegið föstu að *slíkt mat yrði að byggja á óskráðri jafnræðisreglu* íslensks stjórnskipunarréttar.

Stjórnarskrárbreytingarnar 1995 urðu tvímælalaust til þess að auka enn frekar sýnileg áhrif meðalhófsreglunnar. Má þar í fyrsta lagi benda á að eftir að jafnræðisreglan var skráð skýrum stöfum í 65. gr. stjkskr. hefur beiting hennar við mat á því hvort mismunur er ólögmet sýnilega þróast mjög út frá sjónarmiðum um það hvort meðalhófs er gætt, þótt það komi ekki alltaf til umfjöllunar varðandi það stjórnarskrárákvæði. Oftar en ekki skoða dómstólar þó löggjöf sem felur í sér mismunur á tilteknu sviði út frá sjónarmiðum um meðalhóf. Í dómnum tveimur um takmarkanir fiskveiðistjórnarlaga á atvinnufrelsi, þ.e. í veiðileyfamálinu í *Hrd. 1998/4976* og Vatneyrarmálinu í *Hrd. 2000/1534*, er meðalhófsreglan afdráttarlaust tvinnuð saman við jafnræðisregluna í 65. gr. sem lykilatriði við úrlausn þess hvort mismunur telst ólögmet. Af þessari þróun varðandi atvinnufrelsið má draga þá ályktun að dómstólar hafi í raun fært sig lengra í þá átt að endurskoða ákvarðanir lög-

gjafans en áður var viðurkennt. Beiting íslenskra dómstóla á meðalhófsreglunni sem einum grunnþætti jafnræðisreglunnar minnir um margt á túlkun Mannréttindadómstóls Evrópu á 14. gr. MSE um bann við mismunur. Þannig er það skilyrði að afleiðingar mismununar séu ekki óeðlilega miklar miðað við það markmið sem stefnt er að með lagasetningu.

Í öðru lagi má benda á ummælin í athugasemdum með frumvarpinu til stjksl. 97/1995 varðandi 1. mgr. 75. gr. sem lýst var í kafla 5.2.1. að framan. Gefa þau til kynna áherslu stjórnarskrárgjafans á að löggjafanum beri að meta hvort almannahagsmunir *kreffist þess í raun* að meginreglu um atvinnufrelsi sé vikið til hliðar. Kann þetta að skýra að hluta til aukna tilhneigingu dómstóla til þess að rökstyðja takmarkanir á atvinnufrelsi útfra sjónarmiðum um meðalhóf, einkum ef um ræðir málefni stjórnmalalegs eðlis, sem dómstólar meta aðeins að takmörkuðu leyti. Af því er ljóst að telji dómstólar að mat löggjafans sé reist á málefnalegum forsendum og að sú leið sem valin er til að ná tilteknu markmiði gangi ekki of langt með tilliti til meðalhófsreglu meta þeir ekki hvort aðrar leiðir geti komið til álita. Er þannig fallist á ákveðið svigrúm löggjafans til mats sem leiðir af því meginhlutverki hans að taka ákvarðanir stjórnmalalegs eðlis. Varði takmarkanir sem löggjafinn setur atvinnufrelsinu ekki mikilvæg þjóðhagsleg álitæfni, virðast dómstólar telja minni þörf á að rökstyðja ítarlega nauðsyn þeirra út frá sjónarmiðum um meðalhóf, sbr. *Hrd. 20. febrúar 2003* í svokölluðu einkadansmáli.

Í þriðja lagi varð meðalhófsreglan sýnilegri í stjórnarskránni með breytingunum frá 1995 í 71. gr. um friðhelgi einkalífsins og 73. gr. um skoðana- og tjáningarfrelsi. Voru skilyrði fyrir takmörkunum á þessum réttindum þá skilgreind skýrar en áður bæði hvað varðar heimil markmið og *nauðsyn*. Hvað tjáningarfrelsið varðar er nú einnig vísað til lýðræðishefða. Má segja að krafa um meðalhóf sé að vissu leyti fólgin í þeim orðum að takmarkanir skuli vera nauðsynlegar eins og áður er rakið. Ótvíráð áhrif meðalhófsreglunnar má sjá í dómi Hæstaréttar í *Hrd. 1999/781*. Þar féllust dómstólar á það mat löggjafans að bann við áfengisauglýsingum teldist nauðynlegt til að ná réttmætum markmiðum sem talin eru í 3. mgr. 73. gr. stjkskr. Má þar einnig sjá fyrsta tilvikið í dómaframkvæmd Hæstaréttar þar sem meðalhófsreglunni er beitt sem *sjálfstæðri reglu* við mat á því hvort löggjöf samrýmist stjórnarskrá; en ekki aðeins sem einum þætti í jafnræðisreglu 65. gr. stjkskr.

Í fjórða lagi má benda á áhrif þess yfirlýsta markmiðs breytinganna í stjksl. 97/1995 að færa efni og framsetningu stjórnarskrárákvæðanna til samræmis við ákvæði Mannréttindasáttmála Evrópu. Hófst sú þróun reyndar í upphafi tíunda áratugarins að skýra ákvæði almennra laga og stjórnar-

skrár til samræmis við hann með ýmsum óvæntum niðurstöðum. Því hefur verið lýst að meðalhófsreglan gegni lykilhutverki við beitingu og túlkun Mannréttindadómstóls Evrópu á ákvæðum sáttmálans. Í ljósi þessara augljósu tengsla sáttmálans við stjórnarskrá, einkum 71. og 73. gr. hennar er ekki óeðlilegt að íslenskir dómstólar líti í ríkari mæli en áður til ákvæða Mannréttindasáttmálans og aðferða Mannréttindadómstólsins. Glöggt dæmi af þessum toga sem staðfestir áhrif meðalhófsreglunnar sem sjálfstæðrar reglu við skýringu stjórnarskrárákvæða, er *Hrd. 14. nóvember 2002* varðandi heimildir löggjafans til takmörkunar á verkfallsrétti. Dómurinn sýnir að dómstólar gera ekki kröfu um að stjórnarskráin setji skilyrði um nauðsyn takmarkana til þess að meðalhófsreglan ráði úrslitum. Þótt ákvæði 1. mgr. 74. gr. stjkskr. um félagafrelsi tæki ekki efnislegum breytingum með stjkskl. 97/1995 var í dóminum litið til þess markmiðs laganna að færa vernd stjórnarskrárinnar á mannréttindum til samræmis við Mannréttindasáttmála Evrópu og aðrar alþjóðaskuldbindingar um mannréttindi. Með það í huga var bæði inntak ákvæðisins og skilyrði takmarkana skýrt í ljósi 11. gr. MSE og sjónarmið um meðalhóf sem Mannréttindadómstóllinn styðst við er hann metur hvort takmarkanir teljist nauðsynlegar.

Í fimmta lagi má álykta af *Hrd. 1999/1916* um bann við hnefaleikum að það er ekki skilyrði þess að dómstólar kanni hvort lagasetning hvíli á sjónarmiðum um meðalhóf að um ræði takmarkanir á stjórnarskrárvernduðum réttindum. Hins vegar gefur dómurinn tilefni til að ætla að ekki séu jafn strangar kröfur gerðar til að sýnt sé fram á „brýna nauðsyn“ takmarkana þegar ekki er um grundvallarréttindi að ræða. Er það í samræmi við sjónarmið sem eru einkennandi fyrir áhrif meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins svo og túlkun Mannréttindadómstóls Evrópu.

Þær ályktanir sem nú hafa verið raktar varðandi tilvist meðalhófsreglu stjórnskipunarréttarins eru dregnar af þeim margvíslegu dómsúrlausnum þar sem hún hefur birst í ýmsum myndum á undanförunum áratug. Hafa dómstólar slegið því föstu að löggjafinn er ekki stöður en stjórnvöld bundinn af þeirri grundvallarreglu að takmarkanir á mannréttindum verða því aðeins réttlættar að undangengnu-ákvæðnu-hagsmunamati og þær gangi ekki lengra en nauðsyn ber til með hliðsjón af því markmiði sem stefnt er að. Þrátt fyrir alla þá dóma, þar sem meðalhófsreglan hefur nú þegar gegnt veigamiklu hlutverki við skýringu stjórnarskrárákvæða, er tæplega hægt að segja að hún sé enn sem komið er vel afmörkuð eða skilgreind í meðförum dómstóla, þar sem hún hefur oftast komið til álita í nánu samhengi við jafnræðisreglu 65. gr. stjkskr. Er því ennþá of snemma að greina nákvæmlega eða slá föstu hvernig

dómstólar beita meðalhófsreglu er þeir leggja mat á hvort löggjöf samrýmist stjórnarskrá. Það er hins vegar ekki of snemma að spá fyrir um að nánari afmörkun meðalhófsreglunnar verði í framtíðinni eitt af mikilvægustu verkefnum dómstólanna er þeir beita úrskurðarvaldi sínu um það hvort löggjafinn gæti réttra sjónarmiða við lagasetningu sem takmarkar mannréttindi.®

### Heimildir

*Alpt.* 1956, A-deild.

*Alpt.* 1992, A-deild.

*Alpt.* 1994-1995, A-deild.

*Alpt.* 1995, B deild.

*Alpt.* 2000-2001, A-deild.

*Alpt.* 2001-2002, A-deild.

Poul Andersen: *Dansk Statsforfatningsret*. Gyldendal, Kaupmannahöfn 1954.

Yutaka Arai-Takahashi: „The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR.“ *Intersentia*. Antwerpen, Oxford og New York 2002.

Björg Thorarensen: „Einkaréttaráhrif Mannréttindasáttmála Evrópu og skyldur ríkja til afhafna samkvæmt sáttmálanum.“ *Afmælisrit – Gaukur Jörundsson sextugur 24. september 1994*, bls. 83-119. Bókaútgáfa Orators, Reykjavík 1994.

Björg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi í stjórnarskrá og alþjóðasamningum.“ *Tímarit lögfræðinga* 2. hefti 2001, bls. 75-106.

Davíð Þór Björgvinsson: *Þjóðaréttur og íslenskur landsréttur*. Fjölrit til afnota í námskeiðinu Lögskýringar, Reykjavík 2003.

P. van Dijk og G.J.H. van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Third edition. Kluwer Law International. Haag 1998.

Dóra Guðmundsdóttir: „Um lögtöku Mannréttindasáttmála Evrópu og beitingu í íslenskum rétti.“ *Tímarit lögfræðinga* 3. hefti 1994, bls. 154-190.

Gaukur Jörundsson: *Um eignarnám*. Bókaútgáfa Menningarsjóðs, Reykjavík 1969.

Gaukur Jörundsson: „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti.“ *Afmælisrit – Gízar Bergsteinsson nítíuðgur*, bls. 207-225. Reykjavík 1992.

Donna Gomien, David Harris, Leo Zaak: *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*. Council of Europe 1996.

Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, 2. útgáfa. Reykjavík 1999.

D.J.Harris, M. O'Boyle og C. Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*. Butterworths. London, Edinborg, Dublin 1995.

Jeremy McBride: „Proportionality and the European Convention on Human Rights.“ *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford – Portland Oregon 1999. bls. 23-35.

Alastair Mowbray: *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*. Butterworths. London, Edinborg, Dublin 2001.

- Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin*. Skýringarrit. Reykjavík 1994.  
 Páll Hreinsson: „Lagaáskilnaðarregla atvinnufrelsisákvæðis stjórnarskrárinnar“, *Lindæla – Sigurður Lindal sjötugur*, 2. júlí 2001, bls. 399–422. Reykjavík 2001.  
 Páll Hreinsson: „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga.“ *Lögberg. Rit lagastofnunar Háskóla Íslands* 2003.  
 Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*. Reykjavík 1960.  
 Ragnhildur Helgadóttir: „Afstaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga – þróun síðustu ára.“ *Úlfjótur* 1. tbl. 2002, bls. 97–110.  
 Jeroen Schokkenbroek: „The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Convention on Human Rights.“ *Human Rights Law Journal*, Vol. 19 No.1 1998.  
 Sigurður Lindal: *Um lög og lögfræði. Grundvöllur laga – réttarheimildir*. Reykjavík 2002.  
 Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagsvæðið*. Reykjavík 2000.

*Hæstaréttardómar:*

- Hrd.* 1937/332  
*Hrd.* 1943/237  
*Hrd.* 1964/960  
*Hrd.* 1987/26  
*Hrd.* 1987/394  
*Hrd.* 1987/748  
*Hrd.* 1987/757  
*Hrd.* 1990/2  
*Hrd.* 1990/92  
*Hrd.* 1992/1962  
*Hrd.* 1993/226  
*Hrd.* 1993/1217  
*Hrd.* 1995/1444  
*Hrd.* 1997/2707  
*Hrd.* 1997/3618  
*Hrd.* 1998/1376  
*Hrd.* 1998/2233  
*Hrd.* 1998/4976  
*Hrd.* 1999/781  
*Hrd.* 1999/857  
*Hrd.* 1999/1916  
*Hrd.* 2000/1534  
 Dómur frá 18. desember 2000, mál nr. 419/2000  
 Dómur frá 19. desember 2000, mál nr. 125/2000  
 Dómur frá 15. mars 2001, mál nr. 354/2000  
 Dómur frá 21. mars 2002, mál nr. 306/2001  
 Dómur frá 24. apríl 2002, mál nr. 461/2001  
 Dómur frá 3. maí 2002, mál nr. 178/2002  
 Dómur frá 14. nóvember 2002, mál nr. 167/2002

- Dómur frá 13. febrúar 2003, mál nr. 70/2002*  
*Dómur frá 20. febrúar 2003, mál nr. 542/2002*  
*Dómur frá 28. maí 2003, mál nr. 499/2002*  
*Dómur frá 16. október 2003, mál nr. 549/2002*

*Álit umboðsmanns Alþingis:*

SUA 1999/121.

*Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu:*

- Belgian Linguistics málið*, dómur frá 23. júlí 1968.  
*Handyside gegn Bretlandi*, dómur frá 7. desember 1976.  
*Sunday Times gegn Bretlandi*, dómur frá 26. apríl 1979.  
*Winterwerp gegn Hollandi*, dómur frá 24. október 1979.  
*Sporrong og Lönnroth gegn Svíþjóð*, dómur frá 23. september 1982.  
*Rasmussen gegn Danmörku*, dómur frá 28. nóvember 1984.  
*James o.fl. gegn Bretlandi*, dómur frá 21. febrúar 1986.  
*Lingens gegn Austurríki*, dómur frá 8. júlí 1986.  
*Leander gegn Svíþjóð*, dómur frá 26. mars 1987.  
*Müller gegn Sviss*, dómur frá 24. maí 1988.  
*Soering gegn Bretlandi*, dómur frá 7. júlí 1989.  
*Oberschlick gegn Austurríki(1)*, dómur frá 23. maí 1991.  
*Porgeir Porgeirson gegn Íslandi*, dómur frá 25. júní 1992.  
*Open Door and Dublin Well Woman gegn Írlandi*, dómur frá 29. október 1992.  
*McCann o.fl. gegn Bretlandi*, dómur frá 27. september 1995.  
*Rees gegn Bretlandi*, dómur frá 17. október 1996.  
*X, Y og Z gegn Bretlandi*, dómur frá 22. apríl 1997.

*Ákvarðanir Mannréttindanefndar Evrópu:*

- Ákvörðun frá 11. janúar 1994. Mál nr. 22597/93.  
 Ákvörðun frá 17. janúar 1996. Mál nr. 23285/94.

*Úrlausnir Evrópudómstólsins:*

- Forúrskurður frá 8. mars 2001 í máli sænska neytendaumboðsmannsins og Gourmet International Products AB. Mál C-405/98.

# LÖGBERG

RIT LAGASTOFNUNAR  
HÁSKÓLA ÍSLANDS

RITSTJÓRAR

STEFÁN MÁR STEFÁNSSON

VIÐAR MÁR MATTHÍASSON

HÁSKÓLAÚTGÁFAN

---

REYKJAVÍK 2003