

Stjórnarskrárhyggja og stjórnarskrárígildi alþjóðlegra mannréttindasáttmála



Hafsteinn Þór Hauksson,
lögfræðingur hjá umboðsmanni Alþingis

Efnisyfirlit

1 Inngangur

1 hluti: Stjórnarskrárhyggja

2 Hvað er stjórnarskrárhyggja?

3 Upphaf stjórnarskrárhyggju

4 Stjórnarskrárhyggja og réttarríkið

5 Nánar um einkenni og markmið stjórnarskrárhyggju

- 5.1 Æðsta réttarheimild stjórnskipunarinnar
- 5.2 Takmörkun og greining ríkisvaldsins
 - 5.2.1 Kenningar Montesquieus
 - 5.2.2 Ólíkar útfærslur kenningarinnar
 - 5.2.3 Greining valdsins í íslenskri stjórnskipun
- 5.3 Stjórnarskrárbundin mannréttindavernd

6 Stjórnarskrárhyggja og hlutverk dómstóla

- 6.1 Almenn
- 6.2 Endurskoðunarvald dómstóla á stjórnskipulegu gildi laga
- 6.3 Uppruni endurskoðunarvalds dómstóla
- 6.4 Takmörk endurskoðunarvalds dómstóla
- 6.5 Áhrif stjórnskipunarlaga nr. 97/1995
- 6.6 Breytilegar og óbreytilegar skýringar
- 6.7 Samantekt

II. hluti: Stjórnarskrárigildi alþjóðlegra mannréttindasáttmála

7. Um hugtakið stjórnarskrárigildi
8. Dómafrankvæmd
9. Skrif íslenskra fræðimanna
10. Innleiðing Mannréttindasáttmála Evrópu í íslenskan rétt
 - 10.1 Greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 62/1994
 - 10.2 Greinargerð með frumvarpi sem varð að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995
11. Norænn réttur
 - 11.1 Danmörk
 - 11.2 Noregur
 - 11.3 Svíþjóð
 - 11.4 Samantekt
12. Rökin fyrir stjórnarskrárigildi
 - 12.1 Líkindareglan
 - 12.2 Þjóðréttaraðild einstaklinga
 - 12.3 Eðli mannréttindaákvæða
 - 12.4 Ákvæði í mannréttindasáttmálunum sjálfum
 - 12.5 Greinargerð með frumvarpi sem varð að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995
13. Stjórnarskrárigildi í ljósi stjórnarskrárhyggju
 - 13.1 Stjórnarskrárgjafinn
 - 13.2 Fyrirsjáanleiki og stöðugleiki
 - 13.2.1 Fyrirsjáanleiki laga
 - 13.2.2 Hvernig tryggja má fyrirsjáanleika
 - 13.2.3 Stöðugleiki stjórnskipunarlaga
 - 13.2.4 Breytingar á stjórnarskrárigildi
 - 13.3 Eðli laga sem röksemd fyrir réttarheimildarlegri stöðu

III. hluti: Samantekt**14. Samantekt****Heimildaskrá****1. Inngangur**

Grein þessi er reist á samnefndri lokaritgerð minni til embættisprófs í lögfræði við Háskóla Íslands. Efni ritgerðarinnar birtist hér lítið breytt en á stöku stað hef ég þó tekið tillit til ábendinga sem mér bárust við opinbera kynningu á efni hennar í málstofu í stjórnskipunarrétti sem fram fór í Lögbergi hinn 4. febrúar 2004. Þá hef ég einnig stýtt efnið töluvert til þess að gera birtingu í *Ulf-ljóti* mögulega.

Íslensk stjórnarskrá hefur frá árinu 1874 verið hornsteinn stjórnskipunar okkar Íslendinga. Þrjár stjórnarskrár hafa tekið gildi síðan Kristján IX. Danakonungur kom hingað til lands með *stjórnarskrá um hin sérstaklega málefni Íslands*, og er nú í gildi *stjórnarskrá lýðveldisins Íslands* nr. 33 frá 17. júní 1944. Undanfarin ár hafa átt sér stað umræður og skoðanaskipti meðal íslenskra fræðimanna um stjórnarskrána og innbyrðis stöðu réttarheimildanna. Slíkar réttarheimspeki-legar umræður eru að sjálfsögðu af hinu góða. Þær bera vott um grösku í íslenski lögfræði og aukinn áhuga á nánari rökum fyrir grundvallareinkennum stjórnskipunar okkar. Þessi umræða hefur reyndar verið mjög fjórleg síðan ég samdi ritgerðina og þegar þessi orð eru rituð starfar sérstök stjórnarskrárnefnd sem hefur það verkefni með höndum að endurskoða stjórnarskrána og gera tillögur til breytinga.¹ Þegar hugað er að breytingum á stjórnarskránni er að mínu mati sérlega mikilvægt að hafa í huga þær röksemdir og sjónarmið sem búa að baki því fyrirkomulagi að reisa stjórnskipunina á sérstakri stjórnarskrá. Um þessar hugmyndir fjallar þessi grein meðal annars.

Á 19. og 20. öld settu sífellt fleiri ríki sér stjórnarskrá í skriflegu formi. Nú er svo komið að flest ríki álfu okkar, og reyndar heimsins alls, geyma grundvallarreglur stjórnskipunar ríkisins í sérstakri skriflegri stjórnarskrá. Frá þessu eru þó mikilvægar undantekningar og nægir í því sambandi að nefna Bretland.² En þótt fjölmörg ríki hafi valið sér þessa leið er ekki þar með sagt að hún sé sú eina rétta. Hvers vegna höfum við stjórnarskrá sem hefur æðra gildi (l. *lex superior*) en önnur lög? Hver er tilgangur stjórnarskrárinnar og hvernig verður þeim tilgangi best náð? Til þess að svara slíkum spurningum þarf að skoða rökin (lögfræðileg og siðferðileg) á bak við þau einkenni stjórnskipunar sem hér hefur verið lýst.

Í fyrsta hluta þessarar greinar verður fjallað um þá hugarstefnu sem býr almennt að baki stjórnarskrám og nefnd hefur verið stjórnarskrárhyggja (e. *constitutionalism*). Megineinkenni stjórnarskrárhyggjunnar verða skoðuð, þau rök sem liggja að baki og sögulegir drættir verða raktir í nokkrum orðum. Þá verður

1 Stjórnarskrárnefndin var skipuð af forsætisráðherra í ársbyrjun 2005 og hefur opnað heimasíðu á vefsíðunni www.stjornarskra.is. Raunar er gróskurík umræða um hlutverk og gildi stjórnarskráa síður en svo bundin við Ísland um þessar mundir. Nú um stundir er unnið að gildistöku stjórnarskrár fyrir Evrópusambandið en samning hennar og staðfestingarferli hefur auðvitað verið lögfræðingum verugt um fjöllumarefni.

2 Bresk stjórnskipun er ekki reist á ritaðri stjórnarskrá. Eins og síðar verður rakið eiga þó fjölmargir þættir stjórnarskrárhyggju sögu sína að rekja til Bretlands. Skrif þarlandra fræðimanna höfðu rík áhrif á samningu fyrstu stjórnarskrána og fyrirmyndir voru sóttar til breskrar stjórnskipunar þegar kom að því að greina valdið í ólíka þætti. Síðast en ekki síst eru söguleg tengsl fyrstu stjórnarskrána við haráttu breska bínzins ežen einveldi konungs.

um leið í stuttu máli vikið að íslenskri stjórnskipun og athugað hvort íslenska stjórnarskráin sé reist á stjórnarskrárhyggju.³

Í öðrum hluta greinarinnar verður fjallað um þá stöðu sem alþjóðlegir mannréttindasáttmálar hafa í íslenskum rétti. Á síðustu árum (og áratugum) hafa miklar breytingar átt sér stað á sviði lögfesta mannréttinda. Gildir þetta í innanlandsrétti, þar sem ýmsum mannréttindaákvæðum hefur verið veitt lagagildi, en ekki síður á sviði þjóðaréttar þar sem sífellt fleiri mannréttindasáttmálar hafa öðlast gildi. Um leið hafa sífellt fleiri réttindi verið tekin í hóp mannréttindaákvæða. Hefur þessi aukna áhersla á alþjóðlega vernd mannréttinda leitt til umræðna íslenskra fræðimanna um svokallað *stjórnarskrárigildi* alþjóðlegra mannréttindasáttmála. Þegar litid er nánar á þær röksemdir sem búa að baki stjórnarskrám vakna upp margvíslegar spurningar um hvort og að hvaða marki rétt sé að veita alþjóðlegum mannréttindasáttmálum slíka stöðu. Í þessum hluta greinarinnar verður hugmyndin um stjórnarskrárigildi og sú réttarfræðingur sem grundvallast á þeirri hugmynd skoðuð í ljósi stjórnarskrárhyggju og þannig leitað svara við slíkum spurningum.

Í þriðja hluta verður svo að finna stutta samantekt á efni greinarinnar og lokaorð hennar.

I. hluti Stjórnarskrárhyggja

2. Hvað er stjórnarskrárhyggja?

Forsenda stjórnarskrárhyggju er tilvist einhvers konar ríkisvalds. Í *Ritgerð um ríkisvald* lýsti enski heimspekingurinn John Locke hvernig borgaralegt samfélag og ríkisvald myndaðist fyrir tilstuðlan fólksins sjálfs. Í ríki náttúrunnar, áður en nokkuð ríkisvald myndaðist, var maðurinn frjálst en bar þó réttindi og skyldur í samræmi við náttúrulegt. Eftir að hafa farið vandlega yfir náttúruleg réttindi manna og frelsi þeirra í ríki náttúrunnar segir svo Locke í IX. kafla:

Sé maðurinn jafn frjálst í ríki náttúrunnar og ég hef sagt, og sé hann þar hinn æðsti herra yfir sjálfum sér og eignum sínum, jafn hátt þeim hæsta og einskis undirsáti, því skyldi

- 3 Umfjöllun um einstök atriði íslensku stjórnarskrárinnar getur að sjálfsgöðu ekki verið ítarleg enda efni í sér ritgerðir. Tilgangur samanburðarins hér er einungis sá að ganga úr skugga um að finna megi grunnþingarmíðum stjórnarskrárhyggjunnar stað í íslensku stjórnarskránni.
- 4 Menn eru því ekki frjálstir til þess að gera hvað sem er í ríki náttúrunnar eftir kenningu John Lockes. Menn mega sem dæmi ekki „tortíma sjálfum sér né nokkurri skepnu sem hann hefur í sinni vörslu nema hann þjóni með því einhverjum göfugri tilgangi en varðveislunni hennar [...] [E]nginn skyldi svipta annan lífi né spilla þeim hlutum sem líf manns veltur á, frelsi hans, heilsu, limum eða eignum utan það sé til að koma fram réttlæti á brotamanni“, sbr. John Locke: *Ritgerð um ríkisvald* (Hjá íslenska háskólanáttálagi. Reykjavík 1993), bls. 47-48.

hann þá vilja sjá af frelsi sínu? Hvi skyldi hann vilja sjá af ríki sínu og selja það undir yfirráð annarra? Svarið liggur í augum uppi.⁵

Svarið liggur vissulega í augum uppi. Menn gangast undir ríkisvald til þess að treysta réttindi sín, tryggja þau. Í ríki náttúrunnar njóta menn kannski réttinda, en þau eru með öllu ótryggt gegn þeim sem virða þau að vettugi. Tilgangur ríkisvaldsins er, samkvæmt kenningu Lockes, að bæta úr þessu. Koma þarf á fót stofnunum sem tryggja réttindi og eignir allra þegna.

Því fer fjarri að menn hafi verið sammála um tilgang ríkisvaldsins og myndun þess. Sumir heimspekingar sáu fyrir sér einhvers konar samfélagssáttmála sem grundvöll ríkisvaldsins.⁶ Aðrir röktu ekki vald ríkisins til þegnanna sjálfra, heldur Guðs. Enn í dag vilja margir fá ríkisvaldinu önnur og ólík verkefni en þau sem Locke taldi því rétt að inna af hendi.⁷ Hvað sem því líður eru flestir sammála um nauðsyn ríkisvalds í einhverri mynd. Hafni menn á annað borð stjórnsýslis hljóta þeir að sjá fyrir sér einhvers konar ríkisvald og nauðsynlegar stofnanir þess. Við tekur spurningin um það hvernig ríkisvaldinu er svo best fyrir komið. Stjórnarskrárhyggja felur í sér svar, eða hluta af svari, við þeirri spurningunni.

Ýmsar leiðir hafa verið farnar við það að skilgreina stjórnarskrárhyggju.⁸ Eins og við er að búast í hugvísindum er nokkur blæbrigðamunur þegar kemur að slíkum skilgreiningum fræðimanna. Mönnum virðist þó koma saman um meginhugsunina sem að baki liggur. Samkvæmt stjórnarskrárhyggju eru handhafar ríkisvaldsins bundnir af grundvallarlögum sem finna má í sérstakri ritaðri stjórnarskrá sem geymir ákvæði um stjórnskipunina og valdmörk einstakra greina ríkisvaldsins. Samkvæmt stjórnarskrárhyggju er þessum grundvallarlögum ætlað að sporna gegn misbeitingu valdsins og eftir atvikum að tryggja þegnunum ákveðin grundvallarréttindi. Stjórnarskrárhyggja tengist því hugmyndum, svo sem þeim sem John Locke setti fram, um að ríkisvald sé réttlætun-

5 John Locke: *Ritgerð um ríkisvald*, bls. 154.

6 Þótt flokka megi kenningu John Lockes sem kenningu um nokkurs konar samfélagssáttmála var hún harla ólík mörgum öðrum slíkum kenningum. Fræg er kenning Jean-Jacques Rousseaus sem birtist í ritinu *Samfélagssáttmálanum* (fr. *Le contrat social*) sem út kom árið 1762. Segja má að Rousseau hafi vefengt hinn skarpa greinarmun sem gerður hafði verið á einstaklingi og ríki og þar með ráðist að rötum einstaklingshyggjunnar. Sjá til dæmis um þetta Gunnar Skirbekk og Nils Gilja: *Heimspekinga* (Háskólaútgáfan 1999), bls. 386-391.

7 Ástæða þess að hér er í upphafi notast við kenningu John Lockes er tvíþætt. Í fyrsta lagi er umfjöllun hans um ríki náttúrunnar heppileg upphafsstaða í umræðum um besta fyrirkomulag ríkisvalds. Þannig byrjar lesandinn á því að mynda sér samfélag án nokkurs ríkisvalds og tekur í kjölfarið afstöðu til þess hvort nokkurt ríkisvald sé réttlætunlegt eða skynsamlegt yfir höfuð og ef svo er, hvernig því sé best fyrir komið. Í öðru lagi er heppilegt að nota kenningu John Lockes til þess að útskýra tilgang og markmið stjórnarskrárhyggju í ljósi sögulegra tengsla hans við upphaf kenningarinnar. Eins og síðar mun koma fram átti hann sinn þátt í atburðum þeim er leiddu til fyrstu stjórnarskráanna í Frakklandi og Bandaríkjunum.

8 Gunnar Helgi Kristinsson skilgreinir stjórnarskrárhyggju á eftirfarandi hátt: „Stjórnarskrárhyggjan (*constitutionalism*) telur í sér þá hugsun að setja beri ákveðnar grundvallarreglur sem raunverulega takmarki beitingu eða misbeitingu ríkisvaldsins.“ Sjá: Gunnar Helgi Kristinsson: *Þróun íslensku stjórnarskrárinnar* (Félagsvísindastofnun Háskóla Íslands, 1994), bls. 5.

legt með vísan til hagsmuna þegnanna sjálfra. Alræði ríkisins og rétti þess án tillits til réttinda þegnanna er þannig hafnað.

Þar sem stjórnarskrárhyggjan gerir ráð fyrir því að stjórnvöld, þar á meðal löggjafinn, séu sjálf bundin af lögum er ljóst að hún er skyld kenningum um réttarríkið (e. the Rule of Law).⁹ Takmörkun á beitingu geðþóttavalds af hálfu ríkisins hefur jafnan verið talið nauðsynlegt skilyrði þess að um réttarríki sé að ræða. Eigi stjórnarskrá að kveða á um valdmörk ólíkra greina ríkisvaldsins og sporna þannig við misnotkun valds er ljóst að umfjöllun um stjórnarskrárhyggju er einnig samofin umræðum um þriggreiningu ríkisvaldsins, kenningu sem oft er rakin til franska stjórnspekingins Montesquieu.

Í grein um stjórnarskrárhyggju er því nauðsynlegt að koma víða við. Í fyrsta lagi þarf að gera stjórnarskrárhyggju sem kenningu nokkur skil, það er greina frá megindráttum kenningarinnar eins og hún birtist í framkvæmd, ritum fræðimanna og helstu boðbera hennar. Skoða þarf rökinn fyrir því fyrirkomulagi sem fylgjendur kenningarinnar aðhyllast. Taka þarf afstöðu til þess hvert hlutverk dómstóla skuli vera til þess að markmiðum stjórnarskrárhyggju verði náð og svo mætti áfram telja. En áður en slík umræða fer fram er mikilvægt að átta sig á því úr hvaða jarðvegi stjórnarskrárhyggjan er sprottin, það er við hvaða aðstæður hún kom fram. Enda er slík athugun til þess fallin að skerpa skilning á því að hvaða markmiðum var stefnt með kenningunni.

3. Upphaf stjórnarskrárhyggju

Umræður um einhvers konar takmörkun á misbeitingu ríkisvalds má rekja til miðalda og eflaust að einhverju leyti aftur til grárrar fomeskju.¹⁰ En sé athyglinni beint að þeim atburðum sem leiddu til fyrstu stjórnarskrána í þeirri mynd sem fyrrgreind skilgreining á stjórnarskrárhyggju vísar til (og áður er rakin) leiðir slík athugun okkur raunar ekki langt aftur í tímann, þótt eflaust megi alltaf rekja hugarstefnur og sögulegar orsakir lengra. Venjan er að rekja upphaf stjórnarskrárhyggju til Bandaríkjanna og Frakklands við lok 18. aldar.

Gunnar Helgi Kristinsson segir tvær hugmyndir vera grundvöllinn að stjórnarskrám nútímans. Annars vegar hugmyndina um fullveldi þjóðarinnar sjálfar og hins vegar hugmyndina um takmörkun valdsins.¹¹

⁹ Nánar verður farið í þau tengsl síðar í ritgerðinni.

¹⁰ Hugmyndir um takmarkanir á valdi stjórnvalda má í það minnsta rekja aftur til Forn-Grikkja. Á miðöldum komu slíkar hugmyndir einnig fram. Frægasta birtingarform þeirra hugmynda var líklega *Magna Carta* sem Jóhann landlausi þurfti að undirrita árið 1215. Þar afsalaði konungur sér meðal annars einhliða rétti til þess að leggja á skatta. Skömmu eftir að Jóhann landlausi undirritaði *Magna Carta*, eða árin 1262-1264, gerðu íslenskir bændur samning við Noregskonung. Í *Gamla sáttmála* er að finna áhugaverð uppsagnarákvæði er tryggðu uppreisnarrétt Íslendinga gegn konungi. Þykja ákvæðin sverja sig í ætt skyldra ákvæða í frelsisbréfum aðals og konunga á 13. öld, svo sem *Magna Carta*. Sjá umfjöllun um *Gamla sáttmála* í *Sögu Íslands III - Samin að tilhlutan þjóðhátíðarnefndar 1974*, ritstjóri Sigurður Lindal (Hið íslenska bókmenntafélag, Sögufélagið, Reykjavík 1978), bls. 34-40.

¹¹ Gunnar Helgi Kristinsson: *Þróun íslensku stjórnarskrárinnar*, bls. 7.

Um sama leyti og nútímaríkið leit dagsins ljós í Evrópu undir lok miðalda fóru umræður um fullveldishugtakið að spretta fram.¹² Ríkisvaldið og stofnanir þess jukust að áhrifum og valdið safnaðist á hendur einvaldsins. „Umræðan um það hvers fullveldið væri með réttu, stjórnandans eða þjóðarinnar, hlaut að fylgja í kjölfarið.“¹³ Á Englandi náðist töluverður árangur í þeirri viðleitni að hemja völd konungsins og var staðfesting ýmissa réttindaskráa, sem takmörkuðu alræðisvald hans, liður í því. Þannig tryggði bænaskjalið frá 1628 (e. the Petition of Rights) enskum almenningi ýmis réttindi, svo sem bann við skattlagningu án samþykkis þingsins og handtökum að geðþótta. Frekari kröfur um framkvæmd opinberra þvingunarræða voru gerðar með lögum frá 1679 (e. the Habeas Corpus Act). Síðast en ekki síst tryggði réttindaskráin (e. the Bill of Rights) frá 1689 áhrif þingsins með því að krefjast atbeina þess við skerðingu ýmissa réttinda.¹⁴ Þessi sterka staða þingsins (e. the House of Commons), sem hafði orðið til strax á miðöldum, takmarkaði þannig völd konungsins verulega í nafni almennings. Raunar fór það svo í „dýrðilegu byltingunni“ árið 1688 að kónginum var steypt af stóli.¹⁵ Að vísu tók annar konungur við, Vilhjálmur þriðji, en hann þurfti að undirrita fleiri réttindayfirlýsingar sem takmörkuðu völd hans enn frekar.

Íbúar nýlendnanna í Ameríku þekktu því vel umræður um takmörkun ríkisvalds og fullveldi þjóðarinnar þegar þeir hófu að setja fram kröfur sínar á hendur stjórnvöldum á Englandi og loks lýsa yfir sjálfstæði.¹⁶

Framan af var ensku nýlendunum í Norður-Ameríku stjórnað beint af Englandskonungi í gegnum ráð og ríkisstjóra sem skipaðir voru af honum en ekki þinginu, sem þó var orðið mjög valdamikið heima fyrir eins og áður er vikið að. Staða nýlendnanna í enskri stjórnskipun var því ekki alveg skýr. Heyrðu nýlendurnar undir breska þingið eða einungis undir konung? Í þeim efnum sem þingið hafði úrslitavald og var í raun áhrifameira en konungur má segja að það hafi farið með vald yfir nýlendunum. Þingið hafði þannig til dæmis sett lög um verslun og viðskipti nýlendnanna. Um alvarlegan árekstur varð þó ekki að ræða fyrr en þingið ákvað að beita skattlagningarvaldi sínu á nýlendurnar. Nýlendurnar höfðu enga fulltrúa á þinginu og því spruttu upp háværar gagnrýnisráddir þegar þingið greip til þessa ráðs í kjölfar sjö ára stríðsins með sykurlögnum svokölluðu (e. the Revenue Act) árið 1764 og frekari lögum árið 1765

¹² Gunnar Helgi Kristinsson segir C. Tilly telja nútímaríkið hafa einkennst af fjórum þáttum: Vel skilgreindu og samfelldu landsvæði, mikilli miðstýringu, skýrum greinarmun á ríkisvaldi og annarri starfsemi í þjóðfélaginu og að lokum einokun á þvingunartækjum samfélagsins, svo sem her og lögreglu. Þannig hafi miðstýring og stofnanavæðing aukist með nútímaríkinu. Sjá Gunnar Helgi Kristinsson: *Þróun íslensku stjórnarskrárinnar*, bls. 11.

¹³ S. r., bls. 11.

¹⁴ Gaukur Jörundsson: „Saga stjórnskipulegrar eignaverndar“, *Úlfljótur* (1. tbl., XXIII. árg. 1970), bls. 32.

¹⁵ *American Constitutional History – Selections from the Encyclopedia of the American Constitution*, Edited by Leonard W. Levy, Kenneth L. Karst and Dennis J. Mahoney (Macmillan Publishing Company, New York 1989), bls. 5.

¹⁶ *American Constitutional History*, bls. 5-6.

(e. the Stamp Act). Íbúar nýlendnanna töldu verulegan mun vera á því að þurfa að hlýta lögum frá breska þinginu og því að lúta skattlagningarvaldi þess. Olli þetta, eins og áður segir, mikilli óánægjuöldu undir vígorðunum „engin skattheimta án áhrifa“ (e. no taxation without representation).¹⁷ Sífellt fleiri fylltust efasemdum um réttmæti þeirrar stöðu sem nýlendurnar höfðu innan breskrar stjórnskipunar og fræg eru meðal annars mótmælin árið 1773 í *teboðinu í Boston* (e. Boston Tea Party). Deilurnar leiddu svo til fyrsta þings nýlendnanna (e. the First Continental Congress) árið 1774. Þar var samþykkt yfirlýsing þess efnis að íbúar nýlendnanna ættu rétt til lífs, frelsis og eigna, og enginn valdhafi hefði heimild til þess að ráðstafa þessum réttindum án samþykkis þeirra.¹⁸ Í kjölfarið sigldi svo sjálfstæðisyfirlýsingin frá 4. júlí 1776.¹⁹

Boðað var til annars þings nýlendnanna og fór það fram í Filadelfíu þann 15. maí 1775 og var svo haldið áfram á fleiri stöðum á næstu árum.²⁰ Þegar þarna var komið við sögu voru átökin orðin mjög hörð milli þeirra er börðust fyrir sjálfstæði nýlendnanna og Breta og var þingið sett örskömmu eftir orustur við Lexington og Concord í apríl 1775. Nýlenduþingið í Filadelfíu setti verslunarþönn á breskan varning og hvatti þær nýlendur sem aðild áttu að þinginu til þess að setja sér stjórnarskrá. Fyrsta ríkið til þess að verða við áskoruninni var Virgíníuríki en stjórnarskrá þess hófst á réttindaskrá (e. Bill of Rights).²¹ Var stjórnarskráin, sem síðar varð fyrirmynd sambærilegra skráa í öðrum ríkjum, undir miklum áhrifum frá kenningum enska heimspekingsins John Lockes, en vitnað var til skrifna hans fyrir í greininni. En þótt ákvæðin væru reist á gömlum náttúruerettarhugmyndum var það nýmæli að þeim væri komið fyrir í sérstökum stjórnarskrám, lögum er höfðu æðra gildi en hinn almenni löggjafi setti. Þannig voru löggjafanum sett takmörk, umfram það sem þekktist í enskri stjórnskipun þar sem völd þingsins voru ekki takmörkuð með þessum hætti, enda höfðu réttindaskjölin ensku flest verið til þess fallin að styrkja völd þingsins gagnvart konungi.²²

Næstu ár gerðust hlutirnir hratt í bandarísku ríkjunum. Innan nýlendnanna spruttu fljótlega upp deilur um það hversu sterku ríkisvaldi ætti að koma upp í hinum sjálfstæðu bandaríkjum og hversu miðstýrt það ætti að vera. Árið 1781 tóku gildi sambandslög (e. Articles of Confederation). Mörgum þóttu lögin ekki fullnægjandi og óx þeim ásmegin sem vildu sterkt ríkisvald sem færi með fullveldi gagnvart öllum ríkjunum. Sérstaklega þóttu sambandslögin sýna veikleika

17 S. r., bls. 1-16.

18 S. r., bls. 12. Sjá líka Gauk Jörundsson: „Saga stjórnskipulegrar eignaverndar“, bls. 50-51.

19 Yfirlýsingin hefst með þessum orðum: „Vér álitum það augljós og óvæfengjanleg sannindi, að allir menn séu fæddir jafnir, að þeir hafi af skapara sínum þegið í vöggugjöf viss óglatanleg réttindi, þeirra á meðal rétt til lífs, frelsis og leitar að lífshamingju, og að menn myndi þjóðfélög til þess að tryggja þessi réttindi.“ Ólafur Jóhannesson þýddi, sjá: *Mannréttindi. Samið og saga V*, bls. 150. Sbr. einnig Gaukur Jörundsson: „Saga stjórnskipulegrar eignaverndar“, bls. 51.

20 *American Constitutional History*, bls. 13.

21 Gaukur Jörundsson: „Saga stjórnskipulegrar eignaverndar“, bls. 51.

22 S. r., bls. 52.

sína í uppreisn Daniel Shays (e. Sheys's Rebellion).²³ Árið 1787 var því efnt til stjórnarskrárþings sem tók formlega til starfa 25. maí og stóð yfir í nærri fjóra mánuði. Í ályktun þingsins kom fram að stofna ætti til landsstjórnar er færi með löggjafar-, framkvæmda- og dómvald yfir hinum einstöku ríkjum.²⁴ Bandaríska stjórnarskráin var svo samþykkt sama ár. Gunnar Helgi segir um bandarísku stjórnarskrána:

Höfundar bandarísku stjórnarskrárinnar höfnuðu því að sú tegund stjórnskipunar sem þróast hefði í Englandi væri fullnægjandi, enda töldu þeir enska þingið hafa beitt Norður-Amerikumenn harðstjórn og óréttlæti. Til að hindra misbeitingu ríkisvaldsins og tryggja réttindi þegnanna þyrfti ritaða stjórnarskrá, sem væri æðri öðrum lögum og erfiðara að breyta. Með bandarísku stjórnarskránni frá 1787 var þessum hugmyndum hrint í framkvæmd [...]²⁵

Í Frakklandi átti stjórnarskrárhyggjan einnig rót sína að rekja til réttarheimspeki sem birtist meðal annars í ritum John Locke og Montesquieu og var innblásin af ensku stjórnarfari. Einveldi af Guðs náð hafði ríkt um aldir í Frakklandi en undir lok 17. aldar fór að halla undan fæti og ríkið rambaði á barmi gjaldþrots. Skattheimta varð sífellt meira þjakandi. Óánægja með stjórn einvaldsins fór því vaxandi á 18. öld og náði hámarki í frönsku byltingunni 1789.²⁶

Líkt og í Bretlandi höfðu gríðarleg fjárlát í *Sjö ára stríðinu* sett ríkisfjármál Frakklands í mikinn ólestur. Nær 98% þjóðarinnar tilheyrðu hinni svokölluðu þriðju stétt og fór hún afar illa út úr slæmu gengi efnahagsmála og ekki bætti uppskerubrestur 1788 og vetrarhórkurnar 1788-1789 úr skák.²⁷ Stéttaþing hafði ekki komið saman í Frakklandi síðan árið 1614 en nú var það boðað að nýju til að koma saman í maí 1789. Á þinginu var ákveðið að gefa út réttindayfirlýsingu. Þann 26. ágúst var franska mannréttindayfirlýsingin samþykkt, en hún varð síðar tekin upp sem formáli í stjórnarskrána sem samþykkt var 1791.²⁸ Þótt stjórnarskráin, sem samþykkt var á stjórnlagasýningu (samin á árunum 1789-1791) gilti raunar ekki nema í eitt ár í Frakklandi, hafði hún engu að síður áhrif

23 Uppreisnin er kennd við Daniel Shays, fyrrum foringja úr frelsisstríðinu. Hann leiddi hóp vopnaðra bænda til árásar á vopnabúr ríkisstjórnarinnar, sem staðsett var í Springfield, og hertók dómshús í sýslunni þar sem réttáð var yfir fólk sem ekki gat greitt skuldir sínar á krepputímum ársins 1786. Þótt tækist að yfirbuga Shays og lið hans þótti atvikið bera vott um getuleysi stjórnsvalda til þess að verja borgarana fyrir vopnuðum uppreisnum. Enda hafði ríkisstjórnin samkvæmt lögum ekki rétt til þess að krefjast skatta af einstökum ríkjum Bandaríkjanna, og var því heldur máttlítil. Sjá nánar: Bardes, Shelley & Schmidt: *American Government and Politics Today: The Essentials*, 2000-2001 Edition (Thomson Learning, 2000), bls. 38-39.

24 „[T]hat a national Government ought to be established consisting of a supreme Legislative, Executive and Judiciary.“ Sjá nánar: *American Constitutional History*, bls. 29.

25 Gunnar Helgi Kristinsson: *Þróun íslensku stjórnarskrárinnar*, bls. 15.

26 Gaukur Jörundsson: „Saga stjórnskipulegrar eignaverndar“, bls. 53.

27 *Hemsbyggðin - saga mannkans frá öndverðu til nútíðar*, Sigurður Ragnarsson þýddi (Mál og menning, Reykjavík 1995), bls. 260. Raunar hefur slæmt árferði í Frakklandi á þessum tíma að hluta til verið rakið til Móðuharöndanna, sem stóðu yfir á Íslandi árið 1783-1785.

28 Gaukur Jörundsson: „Saga stjórnskipulegrar eignaverndar“, bls. 54-56.

langt út fyrir Frakkland. Með henni var hið konunglega einveldi af guðs náð afnumið og ríkisvaldinu þrískipt. Auk þess var kveðið á um ýmis réttindi þegnanna, svo sem atvinnufrelsi og friðhelgi eignarréttar.

Eftir að Loðvík XVI. hafði svarið eið að stjórnarskránni var stjórnlagáþinginu slitið. En byltingunni var ekki lokið. Við tóku nær linnulausar styrjaldir við nágrannaþjóðirnar og gengið á vígstöðvunum var ekki gott. Upp spruttu kenningar um samsæri konungs og óvinanna og þann 10. ágúst 1792 gerði múgurinn áhlaup á konungshöllina og vék konungi frá um sinn. Um haustið var svo efnt til nýs þjóðþings. Þar var konungdæmið afnumið og lýðveldi stofnað. Ári síðar var ný stjórnarskrá samþykkt þar sem kosningaréttur var rýmkaður sem og ákvæði sett um þjóðaratkvæðagreiðslur.²⁹ Þó að byltingin ætti eftir að „éta bömin sín“ og leiða til ógnarstjórnar, höfðu Frakkar með setningu stjórnarskrár sinnar gefið nágrannaþjóðunum mikilvæga fyrirmynd.

Árið 1831 settu Belgar sér stjórnarskrá sem sótti fyrirmynd sína til þeirrar frönsku. Belgíska stjórnarskráin átti svo sjálf eftir að verða áhrifarík og raunar var hún helsta fyrirmyndin að dönsku stjórnarskránni, sem samín var á grundvallarlagáþinginu sem fram fór í Kristjánborgarhöll, og samþykkt árið 1849. Eins og kunnugt er var svo stjórnarskráin um hin sérstöku málefni Íslands frá árinu 1874 samín eftir danski forskrift, enda ennþá konungssamband milli ríkja og æðsta stjórn framkvæmdarvalds og dómvalds í höndum Dana.³⁰ Með þessum hætti má rekja uppruna íslensku stjórnarskrárinnar til þeirrar frönsku, í gegnum dönsku og belgísku stjórnarskrámar.³¹

4. Stjórnarskrárhyggja og réttarríkið

Réttarríki er hugtak sem notað hefur verið yfir ríki og réttarkerfi þar sem ríkisvaldinu er beitt í samræmi við réttarreglur.³² Meðal lögfræðinga hefur mikil umræða farið fram um nákvæma skilgreiningu réttarríkisins (e. the Rule of Law), það er hvaða skilyrði lög þurfi að uppfylla til þess að um réttarríki sé að ræða. Þessari grein er ekki ætlað að gera ítarlega grein fyrir þeirri umræðu. Engu að síður er mikilvægt að líta í fljótu bragði á þau einkenni sem helst hafa verið nefnd til sögunnar í þessu sambandi af fræðimönnum, svo að unnt sé að athuga hvað stjórnarskrárhyggjan hefur fram að færa í þeim efnunum.

John Finnis setur fram skilgreiningu á réttarríkinu í bók sinni *Natural Law and Natural Rights*.³³ Þar segir hann einkenni réttarríkisins þessi:³⁴

- i) Lögin eru ekki afturvirk.
- ii) Lögin eru ekki með neinum öðrum hætti þannig að ekki sé hægt að fylgja þeim.
- iii) Lögin eru birt.
- iv) Lögin eru skýr.
- v) Lög eru í samræmi við önnur lög.
- vi) Lögin eru nægilega stöðug til þess að borgarar geti fylgt þeim.
- vii) Lögin eru almenn.
- viii) Þeir sem hafa umboð hins opinbera til þess að setja, framfylgja og beita lögum, bera ábyrgð á eigin starfi í samræmi við lög og fylgja lögum eftir formi og efni.

Joseph Raz er sammála Finnis í öllum meginatriðum. Hann segir að öll lög skuli vera framvirk, aðgengileg og skýr. Leitast eigi við að hafa lögin stöðug. Setning laga eigi að fara fram eftir aðgengilegum, stöðugum og skýrum reglum og sjálfstæði dómstólanna skuli tryggð.³⁵ Skrif flestra íslenskra fræðimanna um réttarríkið eru mjög í takt við það sem þeir John Finnis og Joseph Raz hafa sett fram.³⁶

Í stjórnarskrám má gjarnan finna ákvæði sem mæla fyrir um reglur sem uppfylla eiga þau skilyrði sem hér hafa verið rakin. Sem dæmi þess má nefna 27. gr. íslensku stjórnarskrárinnar sem kveður á um að lög skuli birt og 2. mgr. 77. gr. stjórnarskrárinnar sem felur í sér bann við afturvirkni skattalaga.³⁷ Hér verða slík ákvæði þó ekki gerð að sérstöku umtalsefni, enda hljóta þau að vera breytileg að efni eftir stjórnarskrám. Hér verður hins vegar hugað að því hvað stjórnarskrárhyggjan sem slík, burt séð frá ákvæðum einstakra stjórnarskráa, hefur fram að færa í umræðu um réttarríkið. Það fyrirkomulag að stjórnvöld séu bundin af

²⁹ John Finnis: *Natural Law and Natural Rights* (Clarendon Press, Oxford 2001).

³⁰ John Finnis: *Natural Law and Natural Rights*, bls. 270-271.

³¹ Joseph Raz: „The Rule of Law and Its Virtues“, *The Authority of Law – Essays on Law and Morality* (1979), bls. 210 og bls. 214-215.

³² Garðar Gíslason segir hugmyndina um réttarríkið fela það í sér að „ríkisvaldið sé bundið af fyrirframgerðum og ákveðnum reglum, sem geri mönnum kleift að sjá fyrir með nokkuð öruggri vissu hvernig yfirvöldin muni nota þvingunarvaldið og undir hvaða kringumstæðum, og þá geti menn skipulagt líf sitt með hjálp slíkrar vitneskju“. Grundvallarhugmyndina má að mati Garðars orða með þeim hætti að réttarríki sé þegar rétturinn ríkir, en ekki mennirnir. En til þess að svo geti verið þurfa lögin að vera svo úr garði gerð að þau séu til þess fallin að stjórna gerðum fólks. Sjá *Eru lög nauðsynleg? – og fleiri greinar úr réttarheimspeki* (Bókauitgáfa Orators, Reykjavík 1991), bls. 142. Skúli Magnússon segir um þetta: „Með hugmyndinni um réttarríki eru einmitt sett fram nauðsynleg skilyrði þess að lögin nái þeim frumtilgangi sínum að hafa áhrif á hattssemi fólks. Réttarríkið er þannig fyrst og fremst hugmynd um hvaða tæknilegu skilyrðum lög þurfi að fullnægja án tillits til nánara efnis þeirra. Lög, sem ekki eru framkvæmanleg, skiljanleg, birt, framvirk og almenn, svo nokkur af atriðum réttarríkisins séu nefnd, eru einfaldlega þess eðlis að eftir þeim er ekki hægt að fara. Þegar af þessari ástæðu missa þau marks.“ Sjá, Skúli Magnússon: *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar – fimm ritgerðir í almennum lögfræði og réttarheimspeki*, (Háskólaútgáfan, Reykjavík 2003), bls. 17.

³³ Nefna mætti fleiri ákvæði til sögunnar, svo sem 65. og 69. gr. stjórnarskrárinnar.

²⁹ *Heimshyggðin*, bls. 266-267.

³⁰ Alþingi fór með löggefarvald á tilteknum sviðum samkvæmt stjórnarskránni en konungur hafði þó neitunarvald.

³¹ Sjá til dæmis Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur – önnur útgáfa* (Háskólaútgáfan, Reykjavík 1999), bls. 449. Sjá einnig sögulegt yfirlit í greinargerð með frumvarpi er varð að lögum nr. 97/1995, sbr. *Alþingistíðindi* 1994-1995 A, þskj. 389, bls. 2073-2076.

³² Í *Íslenskri orðabók* er orðið útskýrt sem „ríki sem fer eftir réttarreglum við beitingu ríkisvalds“. Sbr. *Íslensk orðabók* – þriðja útgáfa, aukin og endurbætt, ritstjóri Mörður Arnason (Edda, Reykjavík 2009), bls. 1187.

ritaðri stjórnarskrá sem geymir grundvallarreglur um uppbyggingu stjórnskipunarinnar, valdmörk einstakra greina ríkisvaldsins og er ætlað að sporna gegn misbeitingu valdsins, hlýtur að vera til þess fallið að auka réttaröryggi. En hvernig?

Í fyrsta lagi eru stjórnvöld bundin af grundvallarlögum samkvæmt stjórnarskrárhyggju. Það að stjórnvöld séu sjálf bundin af lögnum er grundvallaratriði í réttarríkinu. Raunar má segja að væri hugtakið *réttarríki* skilgreint þröngt, væri þetta kjarni þeirrar skilgreiningar.

Grundvallarhugmyndin, sem felst í orðinu, ríki réttarins, er sú, að fólk eigi að hlýða réttinum og láta hann stjórna gerðum sínum í samfélaginu. En réttarríki er oft notað í þrengri merkingu en þetta, þeirri, að ríkisvaldið skuli bundið lögum og háð lögum.³⁸

Væri slík skilgreining á réttarríkinu látin nægja, má segja að réttarríkið væri orðið hluti af stjórnarskrárhyggjunni, aðeins einn þáttur hennar. Víðari skilningur hefur þó jafnan verið lagður í réttarríkishugtakið, eins og fram kom hér að framan.

Í öðru lagi eykur stjórnarskráin *fyrirsjáanleika* laganna. Richard S. Kay orðar þetta með þessum hætti:

Gildi stjórnarskrárhyggjunnar [...] liggur ekki einungis í takmörkun á valdi ríkisins, heldur í því að þessi takmörkun sé framkvæmd með fyrirfram ákveðnum reglum.³⁹

Kay tekur áhugavert dæmi máli sínu til stuðnings. Hann biður lesandann um að ímynda sér tvo skipreika einstaklinga á eyðieyju, þá Calibian og Prospero. Calibian er kraftmikill, hvatvís, ofbeldishneigður og eigingjarn. Prospero er hins vegar aldraður og veikburða og má þola sífelldan yfiringang af hálfu Calibians. Prospero lifir í stöðugum ótta, allar hans aðgerðir eru háðar truflunum og allar hans eignir háðar eyðileggingu. Ímyndum okkur hins vegar, segir Kay, að Calibian sé búinn þeim verðleikum að standa við gefin loforð. Hugsum okkur að Calibian sé fánægur til þess að lofa því að hann muni ekki angra Prospero á tilteknum stað á eyjunni, eða tilteknum tíma. Hann gæti jafnvel lofað því að beita ekki vissum fantabrögðum. Slík loforð myndu bæta líf Prosperos umtalsvert, jafnvel þótt að Calibian sé að öðru leyti sami hrottinn og fyrr. Slík loforð yrðu einnig dýrmatari, að mati Kays, heldur en loforð Calibians um að taka hagsmunum Prosperos til umhugsunar áður en hann ræðst til atlögu, jafnvel þótt slíkt kæmi endrum og eins í veg fyrir árás. Prospero myndi jafnvel velja fyrri kostinn þótt hann vissi að árásir yrðu nokkuð tíðari við það val. En hvers vegna? Í fyrsta tilfelli hefur Prospero öðlast möguleika, þótt takmarkaður sé, til þess að lifa í samræmi við áætlanir sínar.⁴⁰

38 Garðar Gíslason: *Eru lög nauðsynleg?*, bls. 143.

39 Richard S. Kay: „American Constitutionalism“, *Constitutionalism – Philosophical Foundations* – Edited by Larry Alexander (Cambridge University Press, 1998), bls. 23.

40 S. r. bls. 73

Hér skal tekið undir með Richard S. Kay um það að stjórnarskrárhyggjan eykur fyrirsjáanleika laganna við beitingu ríkisvalds með því að kveða á um grundvallarreglur sem önnur lög þurfa að fylgja. Með því að skorda ríkisvaldið af, sníða því stakk, er borgurunum gert betur kleift að gera áætlanir um líf sitt, þótt einstaka lagareglur kunni að falla mörgum þeirra þvert um geð. Þannig er komið í veg fyrir illþolanlegt öryggisleysi.⁴¹

Í þriðja lagi stuðlar stjórnarskrárhyggjan að *stöðugleika* laganna. Grundvallarlög sem finna má í stjórnarskrám hefðu lítið gildi umfram önnur lög, væri setningaráttur þeirra ekki með einhverjum hætti annar en almennra laga. Þannig er jafnan erfiðara að breyta ákvæðum stjórnarskráa en almennum lögum. Stangist almenn lög á við ákvæði stjórnarskrárinnar víkja þau fyrrnefndu í stað þess að breyta stjórnarskrárákvæðunum sem þau stangast á við.⁴²

Þar sem setningarháttur stjórnarskrárákvæða og almennra lagaákvæða er annar, er hér á landi gerður greinarmunur á hinum almenna löggjafa annars vegar og stjórnarskrárgjafanum hins vegar. Misjafnt er eftir löndum hversu ólíkar aðferðir eru hafðar við hvora lagasetninguna fyrir sig og hve flókið ferli stjórnarskrárbreyting er. Ekki verður betur séð en að víðast séu breytingar á stjórnarskrárákvæðum (eða setning nýrra ákvæða) nokkuð erfiðari í framkvæmd en hér á landi.⁴³

Hin sérstaka meðferð, sem breytingar á grundvallarlögum stjórnarskrárinnar eru látnar sæta, er til þess fallin að auka á *stöðugleika* laganna. Eins og að framan er rakið hefur slíkur stöðugleiki verulegt gildi og er hluti þeirra skilyrða sem gerð eru til þess að um réttarríki sé talið að ræða þótt eflaust megi deila um hve langt eigi að ganga í þessum efnum. Þannig segir Ólafur Jóhannesson til dæmis:

Stjórnarskráin getur staðið af sér hin tíðu veðrabrigði stjórnmálanna og stundaráttök þjóðfélagsaflanna. Stjórnarskrána má því með réttu kalla kjölfestu þjóðfélagsins. Hið er annað mál að engin stjórnarskrá, hversu vönduð sem er og hversu tryggilega, sem um hana er búið, getur staðist til lengdar ef hún er orðin algerlega andstæð ríkjandi hugarstefnum og þjóðfélagsskoðunum. Séu slík straumhvörf virt að vettugi, og stjórnarskránni haldið óbreyttri, bíða hennar sömu örlög og nátttróllsins í þjóðsögunni, hana dagar uppi og hún verður að steini, dauðum bókstaf sem enginn hirðir um [...] þeir varnarmúrar sem reistir eru um stjórnarskrána mega því ekki verða til þess að stöðva eðlilega framvindu þjóðlífsins.⁴⁴

Hugmyndin um stjórnarskrárhyggju er því náskyld hugmyndum fræðimanna um réttarríkið. Nokkur af megininkennum réttarríkisins, fyrirsjáanleiki

41 S. r., bls. 22-23. Sjá einnig um þetta: Garðar Gíslason: *Eru lög nauðsynleg?*, bls. 146-147.

42 Sæðar í ritgerðinni verða reifaðar ólíkar hugmyndir fræðimanna hver fara eigi með þetta eftirlitsvald, það er að segja hver eigi að skera úr um hvort almenn lög standist stjórnarskrárákvæði.

43 Fjallað er um breytingar á íslensku stjórnarskránni í 79. gr. stjkskr. nr. 33/1944, sbr. stjkskl. nr. 56/1991. Slíkar breytingar krefjast staðfestingar í þjóðaratkvæðagreiðslum í Danmörku og í Frakklandi. Þá er í ýmsum ríkjum krafist aukins meirihluta á þingi fyrir stjórnarskrárbreytingu. Efnaldur meirihluti nægir þannig ekki í Noregi (þar þarf einnig að samþykkja breytinguna tvisvar líkt og hér á landi), Bandaríkjunum og Þýskalandi til þess að breyting teljist samþykkt.

44 Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands – önnur tilgáfa* (Íöunn, Revkjavík 1978), bls. 91.

og stöðugleiki laganna og skylda stjórnvalda (þar á meðal löggjafans) til þess að fylgja lögum eru innbyggð í stjórnarskrárhyggju. Sé form og uppbygging stjórnskipunar ríkisins í anda stjórnarskrárhyggju er því mikilvægt skref stigið í átt að réttarríkinu, þótt fleira þurfi að koma til.

5. Nánar um einkenni og markmið stjórnarskrárhyggju

5.1 Æðsta réttarheimild stjórnskipunarinnar

Eins og áður segir gerir stjórnarskrárhyggja ráð fyrir því að stjórnarskráin geymi grundvallarlög ríkisins sem hafi æðri réttarheimildarlega stöðu en önnur lög ríkisins (l. *lex superior*).⁴⁵ Aðrar réttarheimildir, svo sem almenn lög, réttarvenja og fordæmi víkja því fyrir ákvæðum stjórnarskrárinnar séu þau í andstöðu við ákvæði hennar og gildir einu hvort hin réttlægri lög séu nýrri eða sértækari í efni sínu en stjórnarskrárákvæðið (l. *lex posterior / lex specialis*).⁴⁶ Sérstæða stjórnarskrárákvæða gagnvart öðrum settum lögum er undirstrikuð með vandaðri setningarháetti eins og fyrr gerir.

En það er ekki einungis texti stjórnarskrárákvæðanna sem hér skiptir máli. Túlkun stjórnarskrárinnar er einnig mikilvæg svo og aðrar þær reglur sem njóta stöðu grundvallarlaga, svo sem stjórnskipunarvenju og fordæmi á sviði stjórnskipunarréttar. Michael J. Perry gerir þannig greinarmun á fyrirmælum stjórnarskrárinnar og stjórnskipunarinnar, þar sem fyrnefnda heitið vísar til skjalsins eða textans sem við köllum stjórnarskrá en hið síðarnefnda til þeirra „norma“ eða viðmiða sem koma í ljós við túlkun textans og viðurkennd eru sem stjórnskipunarlæg.⁴⁷ Hér verður ekki farið nánar í hið mikilvæga úrlausnarefni lögfræðinnar sem túlkun laga er. Mikilvægt er hins vegar að hafa í huga að venjubundin túlkun á ákvæðum stjórnarskrárinnar og þar með á því hvað talið er felast í ákvæðum hennar, nýtur stjórnskipunarlegrar verndar.⁴⁸

Þótt ofangreind meginregla um æðra gildi stjórnarskrárákvæða gagnvart öðrum réttarheimildum sé í íslenskum rétti hafin yfir nokkurn vafa er rétt að geta þess að á því kunna að finnast einstaka undantekningar, í það minnsta takmarkatilvik. Ekki verður betur séð en að í einstökum tilvikum hafi stjórnskipunarvenja haft slík áhrif á skýringu stjórnarskrárákvæða að nær væri að tala

um að venjan víki texta ákvæðisins. Sigurður Líndal nefnir meðal annars *Hrd.* 1985, bls. 1544 (*kjarnfóðurgjald*) til marks um slíka stjórnskipunarvenju.⁴⁹ Sigurður Líndal metur dóminn svo að í honum sé 40. gr. stjórnarskrárinnar skýrd þröngri skýringu í ljósi stjórnskipunarvenjunnar sem dómurinn vísar til.⁵⁰ Þegar stjórnarskráin krefst lagasetningar um ákveðin mál er það jafnan túlkað svo að löggjafinn þurfi að gripa til lagasetningar, aðgerðir framkvæmdarvalds-hafans séu ekki nægar.⁵¹ Hér veldur hins vegar stjórnskipunarvenja því að ekki er með öllu tekið fyrir framsal skattlagningarvalds til ráðherra. Þó skal það tekið fram að við endurskoðun á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar árið 1995 var endanlega tekið fyrir framsal skattlagningarvalds til framkvæmdarvaldsins með nýju ákvæði í 77. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 15. gr. l. nr. 97/1995.

Sigurður Líndal nefnir annað áhugavert dæmi um stjórnskipunarvenju sem segja má að sé í nokkurri andstöðu við stjórnarskrárákvæði. Þannig mun Alþingi um langa tíð hafa talið þingsályktun næga heimild til greiðslu fjár úr ríkissjóði þrátt fyrir 41. gr. stjórnarskrárinnar sem segir: „Ekkert gjald má greiða af hendi, nema heimild sé til þess í fjárlögum eða fjárukalögum.“⁵²

Þótt tína megi til einstök dæmi í þessa átt er meginregla íslenskrar stjórnskipunar alveg skýr. Grundvallarlög stjórnarskrárinnar eru æðsta réttarheimild íslensks réttar og er slík réttarheimildarleg staða stjórnarskrárinnar algert grundvallaratriði stjórnarskrárhyggjunnar. Ákvæði stjórnarskrárinnar ganga þannig framur öðrum réttarheimildum, þar með talið venjum á sviði stjórnskipunarréttar.⁵³ Fullyrða má að þessi skilningur á stöðu stjórnarskrárinnar sé svo óumdeildur að óþarfi sé að rekja efnið í lengra máli. Það er svo sjálfstætt úrlausnarefni hverjum er falið það hlutverk að meta hvort aðrar réttarheimildir séu í andstöðu við stjórnarskrána. Um það verður rætt síðar í þessari grein.

5.2 Takmörkun og greining ríkisvaldsins

Sé litið til þeirrar skilgreiningar sem sett var fram hér að ofan er ljóst að megin-einkenni stjórnarskrárhyggjunnar er að handhafar ríkisvaldsins, þar á meðal löggjafinn, þurfa sjálfir að lúta lögum. Með stjórnarskrárhyggju er reynt að takmarka valdið og koma í veg fyrir misbeitingu þess með skráðum reglum

45 Joseph Raz telur þetta eitt af sjö einkennum stjórnarskrár: „Fourth, it constitutes a superior law. This means that ordinary law which conflicts with the constitution is invalid or inapplicable. (The Constitution is superior law.)“ Sjá, Joseph Raz: „On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries“, *Constitutionalism*, bls. 153.

46 Sjá til dæmis: Sigurður Líndal: *Um lög of lögfræði – grundvöllur laga – réttarheimildir* (Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík 2002), bls. 85–86 og Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 33.

47 Michael J. Perry: „What Is „the Constitution“? (and Other Fundamental Questions)“, *Constitutionalism*, bls. 99–100. Í þessu tilfelli er íslensk tunga betur til þess fallin að lýsa þessum mun heldur en ensk, enda gripur Perry til þess ráðs að tala um „the Constitution 1“ og „the Constitution 2“.

48 Sem dæmi um áhugaverð skrif um túlkun laga, sjá: Skúli Magnússon: *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar*, einkum bls. 127–139 og 171–183 og áður nefnda grein Michael J. Perrys.

49 Sigurður Líndal: *Um lög of lögfræði*, bls. 162. Í málinu var deilt um lögmati innflutningsgjalds af erlendu kjarnfóðri. Alagninguna, sem skyldi vera allt að 200% af innkaupsverði, var heimild að endurgreiða að hluta og skyldi landbúnaðarráðherra ákveða endurgreiðslu að fengnum tillögum framleiðsluráðs. Í 40. gr. stjórnarskrárinnar segir meðal annars: „Engan skatt má á leggja né breyta né af taka nema með lögum.“ Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að um skatt í skilningi 40. gr. stjórnarskrárinnar væri að ræða en sagði hins vegar: „Það hefur lengi tíðkapt í íslenskri löggröf, að ríkisstjórn eða ráðherra væri veitt heimild til þess að ákveða, hvort innheimta skuli tiltekna skatta. Verður að telja, að nú sé svo komið, að þessi langa og athugasemdalausa venja löggafans hafi helgað slíka skattheimtu innan vissra marka.“

50 Sigurður Líndal: *Um lög of lögfræði*, 163. bls.

51 Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 296.

52 Sigurður Líndal: *Um lög of lögfræði*, 163. bls.

53 Eftir sem áður þarf að túlka ákvæði stjórnarskrárinnar. Ekki verður talið að reynslan hafi sýnt að komist verði hjá því að túlka þurfi stjórnarskrána með því einu að hafa ákvæði hennar sem ítar-
best.

sem hafa stöðu aðri laga. Til þess að koma frekar í veg fyrir misbeitingu þarf að skipta valdum með einhverjum hætti.⁵⁴

Fullbröta má að áhrifaríkasta kenningin um takmörkun ríkisvalds til þess að koma í veg fyrir misbeitingu ríkisvalds, og um leið eitt meginsteið í rituðum stjórnskrárum, sé kenningin um þrjúgreiningu ríkisvaldsins. Kenningin um þrjúgreiningu valdsins er gjarnan eignuð franska heimspekingnum Montesquieu.⁵⁵ Þrjár meginastæður eru fyrir því að hér verður farið sérstaklega í kenningu Montesquieus. Í fyrsta lagi hafði kenning hans, eins og þegar hefur komið fram og nánari grein verður gerð fyrir á eftir, mikil áhrif við gerð fyrstu stjórnskrárdraganna, sérstaklega í Frakklandi.⁵⁶ Söguleg tengsl kenningar hans við upphaf stjórnskrárhyggju eru því sterk og koma áhrif hans fram í flestum stjórnskrár lýðræðisríkja. Í öðru lagi er kenning hans vel til þess fallin að útskýra áhrif valddreifingar. Kenning hans er síður en svo óhagganleg og án nokkurs sveigjanleika. Ýmsar útfærslur má hugsa sér á hugmyndum hans, og ólík afbrigði hafa svo sannarlega birst í stjórnskipun þeirra ríkja sem byggja á kenningunni. Í þriðja lagi eru íslenskir fræðimenn sammála um að rekja megi valddreifingu þá er birtist í íslensku stjórnskránni til kenninga Montesquieus.⁵⁷ Til þess að átta sig á hugmyndalegum bakgrunni íslensku stjórnskrárinnar er því mikilvægt að kunna nokkur skil á þeim hugmyndum sem Montesquieu setti fram.

5.2.1 Kenningar Montesquieus

Frægasta verk Montesquieus er ritið *Andi laganna* (fr. *De l'esprit des lois*) sem kom út árið 1748.⁵⁸ Þar gerir hann greinarmun á þrenns konar stjórnarformi: Konungdæmi, lýðveldi og alræði.⁵⁹ Eftir að hafa lýst einkennum hvers stjórnarfars fyrir sig getur Montesquieu þess að stjórnkerfi einstakra ríkja geti verið blönduð og borið einkenni fleirri en einnar gerðar stjórnarfars. Montesquieu telur mögulegt að beita kenningu sinni um þrjúgreiningu ríkisvalds í báðum fyrri stjórnarformunum en í alræðisskipulagi sé slík aðgreining óhugsandi.⁶⁰ Sjötti kafli XL bók *Anda laganna* ber yfirskriftina „Um stjórnskipun Englands“ og þar setur Montesquieu kenningu sína um þrjúgreiningu ríkisvaldsins fram.

Montesquieu segir allt ríkisvald reist á þrenns konar valdi, löggjafarvaldi, framkvæmdarvaldi og dómvaldi. Ásamt því að stíga mikilvægt skref með skilgreiningu sinni á framkvæmdarvaldi, sem er mjög í takt við nútímalega merkingu þess orðs, slitir Montesquieu dómvaldið úr tengslum við aðra þætti ríkisvaldsins. Dómstóllinn skal vera sjálfstæður og dæma einungis eftir lögnum.

54 Fyrir í ritgerðinni var fjallað nokkuð um söguleg tengsl stjórnskrárhyggju við baráttu gegn einveldisfyrirkomulaginu.

55 Charles Louis de Secondat, Baron de Montesquieu (f. 1689, d.1755).

56 Þó er mikilvægt að hafa í huga að Montesquieu var sjálfur undir sterkum áhrifum annarra stjórnspekinga, einkum enskra svo sem John Locke og Bolingbroke.

57 Sjá til dæmis: Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 25-26.

58 Hér verður stuðst við enska þýðingu bókunnar: Montesquieu: *The Spirit of the Laws* í þýðingu Thomas Nugents (Hafner Press, New York 1949).

59 Lýðveldi greinir hann svo í tvo flokka, annars vegar „aristókrati“ og hins vegar lýðræði.

60 Síð bók tvö í *Anda laganna* en hún fiallar um lövin í líósi eðlis ríkisvaldsins.

Montesquieu sér ekki fyrir sér löglærða sérfræðinga í dómarasetunum, heldur almenning í forni kvíddóms og hefur Aþenu sér að fyrirmynd.⁶¹ Kvíddómurinn tekur bæði afstöðu til staðreynda málsins og heimfærir þrætuna undir lögin, enda eiga lögin að vera nægilega skýr og nákvæm til þess að hægt sé að kveða almenna borgara til tímabundinnar setu í dómstólum.⁶² Montesquieu ætlar dómstólunum þannig hlutlaust, nánast vélrænt, hlutverk í stjórnskipun ríkisins.⁶³

Með þessu móti verður hið ógnvekjandi dómvald [...] ósýnilegt líkt og áður. Fólk verður ekki sífellt með dómarana fyrir augunum; það óttast dómvaldið, en ekki handhafa þess.⁶⁴

Montesquieu taldi mikilvægt að hver grein ríkisvalds tæki ekki að sér störf, að neinu verulegu leyti, sem fælu í sér aðgerð sem heyrði undir annan þátt ríkisvaldsins. Þegar framkvæmdarvald og löggjafarvald rynnu saman í sama aðila eða sama yfirvaldi væri úti um frelsið.⁶⁵ Þannig mættu handhafar framkvæmdarvalds til dæmis ekki vera valdir af handhöfum löggjafarvalds. Slíkt fyrirkomulag væri andstætt frelsinu.⁶⁶

Ýmsir hafa þó orðið til þess að benda á skrif Montesquieus sem gefa til kynna að hann hafi ekki krafist fullkomins aðskilnaðar og sjálfstæðis á milli hinna þriggja þátta ríkisvaldsins. Hann hafi þvert á móti séð fyrir sér einskonar tengingu milli ólíkra greina ríkisvaldsins. Tengingarnar feli hins vegar ekki í sér samruna valds, heldur myndi þær aðhald og jafnvægi (e. checks and balances). Aðhaldið og jafnvægið sem Montesquieu sá fyrir sér var þó ólíkt því sem Bandaríkjamenn áttu eftir að setja á fót þar sem dómstólar öðluðust veigamikil hlutverk. Fullyrða má að samkvæmt kenningu Montesquieus áttu dómstólarnir ekki að sinna aðhaldshlutverki eða mynda jafnvægi við hina þætti ríkisvaldsins með sama hætti og þeir eru látnir gera í bandarískri stjórnskipun til dæmis. Hins vegar sá hann fyrir sér aðhald og jafnvægi milli framkvæmdarvalds og löggjafarvalds. Framkvæmdarvaldið átti að hafa neitunarvald gagnvart löggjafanum og sá um að kalla saman þingfundi. Á móti átti löggjafarvaldið að fara með rannsóknarvald gagnvart framkvæmdarvaldinu til þess að athuga hvort lögum væri

61 Montesquieu: *The Spirit of the Laws*, bls. 153.

62 M. J. C. Vile: *Constitutionalism and the Separation of Powers*, bls. 89.

63 S. r., bls. 89.

64 Montesquieu: *The Spirit of the Laws*, bls. 153. Ástæðuna fyrir því að dómstóllinn þyrfti að vera svo sjálfstæður og ósýnilegur, ef svo má segja, en ekki hinar greinar ríkisvaldsins sagði Montesquieu vera þann eðlismun sem væri á þessum stofnunum. Dómstólar væru að skera úr um einkamál löks. Löggjafinn setti hins vegar reglur í samræmi við almannaþing og framkvæmdarvaldið kæmi svo almannaþingunum í framkvæmd.

65 M. J. C. Vile: *Constitutionalism and the Separation of Powers*, bls. 90. Með þessu útilokaði Montesquieu ekki þátttöku framkvæmdarvalds hafa í einhvers konar löggjöf, til dæmis neitunarvald löngsins gagnvart lagasetningu þingsins á Englandi. En nálgunin var þó önnur en hjá flestum öðrum fræðimönnum. Kóngurinn var ekki hluti af löggjafarvaldinu, heldur átti takmarkaðan og mekvæðan rétt til hlutunar í málum löggjafans.

66 Montesquieu: *The Spirit of the Laws*, bls. 156.

hrint í framkvæmd. Síðast en ekki síst hafði löggjafarvaldið ákærurétt gagnvart handhafa framkvæmdarvaldsins, þar sem lægri deild þingsins ákærði en sú efri dæmdi.⁶⁷

Þótt ólíkir þættir ríkisvaldsins væru þannig notaðir til þess að halda hverjum öðrum í skefjum varð að forðast pattstöðu. Lítið gagn væri í greiningu valdsins ef hún leiddi til þess að hver þáttur ynni gegn hinum og úr yrði algert aðgerðarleysi ríkisins. Montesquieu hafði þó ekki áhyggjur af þessu, enda blasti við að löggjafinn væri fremstur meðal jafningja. Um leið byggi löggjafinn hins vegar við tvenns konar aðhald. Annars vegar frá framkvæmdarvaldinu og hins vegar væri löggjafanum sjálfum skipt í tvær deildir (lávarðadeild og neðri deild skipuðum fulltrúum fólksins) sem hvor um sig veitti hinn aðhald. Þetta stjórnskipulag væri til þess fallið að tryggja frelsið. Segja má að kenning Montesquieus taki þannig ekki afstöðu til *efnis* laganna, heldur fyrst og fremst *uppbyggingu* þeirra. Fyrirkomulagið á að koma í veg fyrir að lögin séu misnotuð og tryggja frelsið. Það er svo sjálfstætt úrlausnarefni hvort ekki megi hugsa sér óréttlát og frelsis-skerðandi lög sem sett eru með þeim hætti er Montesquieu sá fyrir sér.

5.2.2. Ólíkar útfærslur kenningarinnar

Hér að framan var vikið að tengslum stjórnarskrárhvæggju og kenningarinnar um greiningu valdsins. En þótt frægust sé framsetning Montesquieus á kenningunni í *Anda laganna* þá fer því fjarri að hún sé sú eina sem megi hugsa sér. Reyndar er það svo að kenningunni er óvída fylgt út í æsar. Vestraenar stjórnarskrár reisa þannig stjórnskipunina á ólíkum útfærslum kenningarinnar um greiningu ríkisvalds.

Eins og þegar hefur verið nefnt er áherslumunur á skrifum Montesquieus og höfundum bandarísku stjórnarskrárinnar þegar kemur að hlutverki hinna ólíku þátta ríkisvaldsins við að veita aðhald og stuðla að jafnvægi (e. checks and balances). Í bandarísku stjórnskipuninni, eins og áður hefur verið dregið á, reis dómvaldið upp sem lykilaðili þegar kom að aðhaldi og jafnvægi. Þessi áherslumunur á bandarísku leiðinni og þeirri leið er Montesquieu bодаði kom fljótt í ljós eftir lögfestingu bandarísku stjórnarskrárinnar, þótt dómstólar þar í landi hafi svo styrkt sig enn frekar í sessi síðan og ákveðið sér nokkuð meira vald en beinlínis verður lesið úr ákvæðum bandarísku stjórnarskrárinnar. Í þessu efni er gjarnan vísað til niðurstöðu Hæstaréttar Bandaríkjanna í máli *Marbury V. Madison* sem nánar verður fjallað um síðar í greininni. Höfundar bandarísku stjórnarskrárinnar voru hins vegar sammála Montesquieu og Jocke um að í lýðveldi hljóti löggjafinn að hafa undirtökin í glímu hinna þriggja þátta ríkisvaldsins. Og lausnin var sú sama, það er að skipta löggjafanum í tvær deildir,

⁶⁷ Montesquieu ætlaði þannig ekki hinum almennu dómstólum (eða kviðdómum) það hlutverk að dæma handhafa framkvæmdarvalds. Hann taldi að almenningur (sem situr í dómstólum) hlyti að verða undir áhrifum frá svo valdamiklum ákæranda. Montesquieu: *The Spirit of the Laws*, bls. 159.

sem kosnar eru með ólíkum hætti. Bandaríkjamenn fóru þó aðra leið við skiptingu þingsins en Bretar og Montesquieu í *Anda laganna*.

Kenningin um þrískiptingu ríkisvaldsins kom eins og ferskur andblær eftir hina miklu samþjöppun valds sem átti sér stað á einveldistímanum í Evrópu.⁶⁸ Hún fór sigurför um hinn vestræna heim og hafði áhrif í samræmi við það á stjórnskipun mjög margra ríkja, þótt mislangt væri gengið í framkvæmd hennar. Ísland er þar engin undantekning. Við skulum því víkja stuttlega að því með hvaða hætti kenningin birtist í íslenski stjórnskipun, þótt þar hljóti að verða stiklað á stóru.

5.2.3 Greining valdsins í íslenski stjórnskipun

Eins og áður segir er sú þriggreining valds sem íslensk stjórnskipun er reist á rakin til skrifna Montesquieus sem rakin voru hér að framan.

Í 2. gr. stjórnarskrárinnar segir:

Alþingi og forseti Íslands fara saman með löggjafarvaldið. Forseti og önnur stjórnarvöld samkvæmt stjórnarskrá þessari og öðrum landslögum fara með framkvæmdarvaldið. Dómendur fara með dómvaldið.

Hér er augljóslega byggt á þriggreiningu valdsins í löggjafarvald, dómvald og framkvæmdarvald. En þótt fræðimenn séu sammála um að hér sé um að ræða meginreglu íslensks stjórnskipunartréttar⁶⁹ eru undantekningarnar frá reglunni nokkrar og mikilvægar.⁷⁰

Í fyrsta lagi segir berum orðum í 2. gr. stjórnarskrárinnar að forseti Íslands fari bæði með framkvæmdarvald og löggjafarvald. Þannig getur forsetinn látið leggja fyrir Alþingi frumvörp til laga og annarra samþykka (25. gr. stj.skr.), lagafrumvarp öðlast gildi við undirritun forseta því til staðfestingar (19. og 26. gr.) og þegar brýna nauðsyn ber til getur forsetinn gefið út bráðabirgðalög þegar Alþingi er ekki að störfum (28. gr. stj.skr.). Um hlutdeild forsetans í framkvæmdarvaldinu má nefna að hann veitir þau embætti sem lög mæla fyrir um (20. gr.), gerir samninga við önnur ríki (21. gr.), stefnir saman og setur Alþingi (22.–25. gr.), skipar ráðherra og veitir þeim lausn (15. gr.). Þessi upptalning gæti gefið þá mynd af íslenski stjórnskipun að hér á landi rynni löggjafarvald hrein-

⁶⁸ Sjá um þetta til dæmis Gunnar Helga Kristinsson: *Þróun íslensku stjórnarskrárinnar*, bls. 14.

⁶⁹ Sjá til dæmis: Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 92–94 og Jón Steinar Gunnlaugsson: *Um forðæmi og valdmörk dómstóla* (Háskólinn í Reykjavík, Lagadeild, 2003), bls. 19.

⁷⁰ Ólafur Jóhannesson segir á einum stað: „Valdgreiningarkenningin er eins og hver önnur kennisetning. Hún er grundvallarregla, sem fylgja ber í meginatriðum, en hana verður jafnframt að laga eftir staðhættum og aðstæðum á hverjum tíma. Greinileg verkaskipting milli löggjafaraðila og framkvæmdarvalds er að visu mikils virði. En sundurgreining ríkisvaldsins er ekkert markmið í sjálfu sér. Einstakir þættir ríkisvaldsins eru ekki andstæður, heldur greinar á sama meiti. Kenningin um þriggreiningu ríkisvaldsins varð til við talsvert aðrar þjóðfélagsaðstæður en nú eru. Í nútímaþjóðfélagi sýnist æskilegt eða jafnvel óhjákvæmilegt, að þjóðþing og ríkisstjórn vinni saman með margvíslegum hætti. Kennisetning, þótt góð sé, á ekki að standa í vegi fyrir slíki samvinnu.“ Sbr. „Alþingi og framkvæmdarvaldið“, *Tímarit lögfræðinga* (IV. Ár. 1. hefti, 1954), bls. 26–27.

lega saman við framkvæmdarvald. Svo er þó að sjálfsgöðu ekki. Þrjú ákvæði stjórnarskrárinnar eru til þess fallin að veikja vald forsetans verulega. Í 1. mgr. 13. gr. stjkskr. segir að forsetinn láti ráðherra framkvæma vald sitt og í 11. gr. kemur fram að forsetinn sé ábyrgðarlaus á stjórnarathöfnum (í 14. gr. kemur fram að ráðherrarnir bera ábyrgð á stjórnarframkvæmdum). Í 19. gr. stjórnarskrárinnar kemur svo fram að undirskrift forseta undir lögjafarmál eða stjórnarerindi veiti þeim gildi, er ráðherra ritar undir þau með honum. Ofangreind ákvæði gera það að verkum að ekki verður sagt að lögjafarvald eða framkvæmdarvald renni saman í embætti forseta Íslands í raun og sannleika. Eftir stendur að útgáfa bráðabirðalaga er auðvitað lagasetning af hálfu framkvæmdarvaldsins og í andstöðu við þriggreiningu valdsins. Þá verður því ekki neitað að ákvörðun forseta Íslands árið 2004 að synja lögum frá Alþingi nr. 48/2004 staðfestingar varpaði nokkuð nýju ljósi á embættið. Raunveruleg staða forseta Íslands í stjórnskipuninni er óumþrætanlega önnur en hingað til hefur verið talið ef beiting synjunarvalds skv. 26. gr. stjórnarskrárinnar verður mjög virkt úrræði í höndum hans.

Mikilvægari undantekningar á þriggreiningunni heldur en embætti forseta Íslands má þó finna í íslenskum rétti. Hér er sérstaklega átt við þingræðisregluna svokölluðu. Þingræðisreglan á upptök sín í Englandi þar sem sú venja myndadist á átjándu öld að neðri deild þingsins réð því hvaða ríkisstjórn færi með völd hverju sinni.⁷¹ Þingræði hefur verið skilgreint með þeim hætti að „þeir einir geti setið í ríkisstjórn sem meirihluti þjóðþingsins vill styðja eða að minnsta kosti þola í embætti“.⁷² Hvergi er þessi regla orðuð með berum hætti í íslensku stjórnarskránni. Orðalag 1. gr. stjórnarskrárinnar um að Ísland sé „lýðveldi með þingbundinni stjórn“ hefur þó verið talið veita vísbendingu um regluna, þó hún sé að öðru leyti venjuhelguð stjórnskipunarregla á Íslandi.⁷³

Í þriðja lagi er íslenska lögjafanum ekki skipt í tvær deildir eins og Montesquieu og Locke gera ráð fyrir í ritum sínum. Samkvæmt *stjórnarskránni um hin sérstöku málefni Íslands* frá árinu 1874 starfaði Alþingi í tveimur deildum. Í efri deild sátu konungskjörnir þingmenn en í þeirri neðri landskjörnir, sbr. 15. gr. stjórnarskrárinnar 1874. Árið 1915 féll konungsskipun þingmanna niður⁷⁴ og allir þingmenn urðu landskjörnir. Þingmenn kusu svo einn þriðja þingmanna úr sínum hópi til setu í efri deild sem starfaði með sama hætti og sú neðri.⁷⁵ Ekki verður séð að slík deildaskipting hafi verið til þess fallin að mynda raunverulegt innra aðhald.⁷⁶ Árið 1991 var skrefið svo stigið til fulls og deildaskipting Alþingis

afnumin með öllu.⁷⁷ Síðan þá hefur Alþingi starfað sameinað í einni málstofu. Íslensk stjórnskipun gengur því ekki út frá innra aðhaldi lögjafans, sem er mikilvægt einkenni á þriggreiningarkenningunni eins og hún er sett fram í ritum Montesquieu og Locke og bandarísku stjórnarskránni.

Fjórða og síðasta undantekning íslenskrar stjórnskipunar á þriggreiningu ríkisvaldsins, sem hér verður nefnd til sögunnar, er venjuhelgað framsal lögjafarvalds til handhafa framkvæmdarvaldsins. Um langa tíð hefur það verið algengt í íslenskum rétti að í lögum sé að finna heimild til handa framkvæmdarvaldinu til að setja reglur sem útfæra nánar efni laganna.⁷⁸ Greina má þessar reglur framkvæmdarvaldsins í ólíka hópa allt eftir því hvort um er að ræða fyrir-mæli frá æðra stjórnáslustugi til lægra, eða hvort um er að ræða lagaframkvæmdareglugerðir eða lagasetningarreglugerðir.⁷⁹ Í bók sinni *Um lög og lögfræði fjallar* Sigurður Lindal um skilyrði þess að slíkar reglur framkvæmdarvaldsins teljist gildar og reifar dóma sem fjalla um það hve langt má ganga í framsali laga-setningarvalds til handhafa framkvæmdarvalds.⁸⁰ Ekki verður farið nánar í það úrlausnarefni hér, heldur látið nægja að benda á að í íslenskum rétti er gengið mun lengra í þessum efnum en gert er ráð fyrir í hinni klassísku framsetningu á þriggreiningu ríkisvaldsins eins og hún birtist í ritum Montesquieu og Locke.⁸¹

Þrátt fyrir ofangreind frávik frá þriggreiningarkenningunni í sinni ströngustu mynd er ljóst að íslensk stjórnskipun er reist á grundvallarlugmyndinni um þriggreiningu ríkisvaldsins, eins og hún birtist upphaflega í ritum Montesquieu og John Locke.

⁷⁷ Lög nr. 56/1991.

⁷⁸ Raunar væri hægt að tina fleiri atriði til sem undantekningar frá strangri þriggreiningu valdsins. En slík nákvæm úttekt væri utan við efnissvið þessarar ritgerðar. Hér er einungis markmiðið að sýna að þótt undantekningar megi nefna á þriggreiningarkenningunum eins og þær birtust í skrifum Montesquieus og J. Lockes, er íslensk stjórnskipun reist á þeim grunnlugmyndum sem þar koma fram.

⁷⁹ Sigurður Lindal: *Um lög og lögfræði*, bls. 120-121.

⁸⁰ S. r., bls. 120-144.

⁸¹ Hæstiréttur Íslands hefur í nokkrum dómum vísað til reglunnar um þriggreiningu ríkisvaldsins, bæði beint og óbeint. Á regluna getur reynt með ólíkum hætti eins og sjá má af skoðun nokkurra dóma. Fyrsti dómurinn sem vísaði til 2. gr. stjórnarskrárinnar var *Hrd. 1927, bls. 477*. Þar staðfesti Hæstiréttur að fúgetaréttur væri liður í dómvaldinu skv. 2. gr. og væri því bær samkvæmt 56. gr. stjórnarskrárinnar (nú 60. gr. stjórnarskrárinnar) til þess að skera úr um hvort atvinnumálaráðherra hefði farið út fyrir embættistakmörk sín. Í *Hrd. 1994, bls. 748* var talið að 26. gr. 1. nr. 48/1988 stangaðist á við 2. gr. stjórnarskrárinnar. Í greininni kom fram að sá tími sem fangi væri hafður í einangrun teldist ekki til refsitímans. Í 26. gr. kom einnig fram að forstöðumaður fangelsis mætti beita agavíðurlögum, þar á meðal einangrun, fyrir brot á reglum fangelsisins. Í niðurstöðu Hæstaréttar segir: „Samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar fara dómendur með dómvaldið. Í því hlutverki felst meðal annars að ákvarða mönnum refsivist vegna ólögmætrar hegðunar, og eru ekki aðrir handhafar ríkisvaldsins bærir til þess.“ Í *Hrd. 1990, bls. 2*, komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að hið aldagamla fyrirkomulag að sýslumenn og þájarfúgetar færu með lögreglustjórn og jafnframt dómvald, bryti í bága við þriggreiningu ríkisvaldsins. Aður hafði Hæstiréttur tvicegis komist að gagnstæðri niðurstöðu í sama deiluefni, nánar tiltekið í *Hrd. 1985, bls. 1290* og *Hrd. 1987, bls. 356*. Nánar verður fjallað um þessa dóma síðar í ritgerðinni. Ítarlegri umfjöllun um tilvísanir Hæstaréttar til 2. gr. stjórnarskrárinnar má finna í grein Þórs Vilhjálmsssonar og Ragnhildar Helga-dóttur, „Hæstiréttur og stjórnarskráin“, *Úlfljótur* (1. töl., 51. árg., mars 1998).

⁷¹ Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 94-95.

⁷² S. r., bls. 95.

⁷³ Sjá um þetta: Sigurður Lindal, *Um lög og lögfræði*, bls. 162. Bjarni Benediktsson fjallaði einnig um þingræði á Íslandi eins og áður er getið. Sjá: Bjarni Benediktsson: „Þingræði á Íslandi“, *Tímarit lögfræðinga*.

⁷⁴ Sbr. stjórnskipunarlag nr. 12/1915.

⁷⁵ Raunar starfaði Alþingi í einni málstofu við afgreiðslu ákveðinna mála.

⁷⁶ Sjá Gunnar C. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 196. Eins og fyrr er rakið gengu Montesquieu og Locke út frá því að hinar tvær deildir lögjafans væru skipaðar með sitthvorum hættinum. Sú er líka raunin í Bandaríkjunum.

5.3 Stjórnarskrárbundin mannréttindavernd

Í þessari grein hefur þegar verið fjallað um með hvaða hætti fyrirkomulag stjórnarskrárhyggjunnar er til þess fallið að takmarka misnotkun ríkisvaldsins. Segja má að með þrískiptingu ríkisvaldsins og þeim einkennum réttarríkisins sem felast í stjórnarskrárhyggjunni sé hún til þess fallin að standa vörð um réttindi borgaranna. Með öðrum orðum; hin *formlega* uppbygging ríkisvaldsins, sem stjórnarskrárhyggjan kveður á um, er til þess fallin að standa vörð um mikilvæg réttindi borgaranna. Þessu til áréttingar var gert grein fyrir áhrifum kenningarinnar um þrískiptingu valdsins sem einu af meginstefum stjórnarskrárhyggju og tengsla stjórnarskrárhyggju við réttarríkið. En stjórnarskrárhyggjunni hefur einnig frá upphafi fylgt krafan um *efnislega* mannréttindavernd stjórnarskrárákvæða.⁸² Eins og rakið var í sögulegum inngangi voru kröfur um skjalfestingu frelsisréttinda borgaranna hafðar uppi bæði í Frakklandi og Bandaríkjunum um það leyti sem fyrstu stjórnarskrárnar voru samdar og samþykktar. Það skal þó tekið fram að formælendur stjórnarskrárhyggjunnar og höfundar fyrstu stjórnarskrárna voru ekki á eitt sáttir um að slík efnisleg réttindi ættu heima í hinum nýju stjórnarskrám. Sumir þeirra héldu því reyndar fram að slík lögfesting frelsisréttinda væri örökrétt og hættuleg frelsinu! Við munum nú víkja nokkrum orðum að gagnstæðum sjónarmiðum í þessu efni. Því næst lítum við stuttlega á upphaf og þróun mannréttindaverndar í íslensku stjórnarskránni.⁸³

Fyrstu tíu viðaukar við bandarísku stjórnarskrána eru mannréttindaákvæði sem samþykkt voru í einu lagi árið 1791 og nefnast saman *réttindaskráin* (e. the Bill of Rights). Raunar voru viðaukarnir, sem lagðir voru til, fleiri í upphafi og tveir þeirra hlutu ekki samþykki fyrst um sinn. Þeir tíu sem stóðu eftir og samþykktir voru kveða á um margvísleg réttindi. Má þar nefna trúfrelsi og bann við stofnun þjóðkirkju, málfrelsi og prentfrelsi, réttinn til þess að eiga vopn, friðhelgi einkalífs og ýmis réttindi sakaðs manns. Talið er að loforð þeirra, er heitast börðust fyrir stjórnarskránni, um að réttindaskráin yrði lögð fram til samþykkis, hafi verið forsenda þess að sátt náðist um stjórnarskrána.⁸⁴ Eins og áður segir

voru þó ekki allir á einu máli um ágæti þess að slíkum *efnisréttindum* væri fyrir komið í stjórnarskránni. Meðal þeirra var Alexander Hamilton sjálfur.⁸⁵

Sem kunnugt er fór þó svo í Bandaríkjunum að fylgjendur mannréttindaákvæðanna fengu sínu framgengt. Mikill pólitískur þrýstingur myndaðist um að réttindaskráin yrði lögfest. Segir sagan að James Madison, félagi Hamilton, hafi lofað því að leggja fram stjórnarskrárfrumvarp þessa efnis til þess að auka sigurlikur sínar í þingkosningum. Hann stóð við loforðið og *réttindaskráin*, eða *Bill of Rights*, var lögð fyrir þingið.⁸⁶ Af tólf ákvæðum frumvarpsins voru tíu samþykkt þann 25. september 1789, og urðu með því hluti af bandarísku stjórnarskránni.⁸⁷

Sérstakur mannréttindakafli hefur fylgt íslensku stjórnarskránum frá upphafi. Í VII. kafla *stjórnarskrárinnar um hin sérstöku málefni Íslands* mátti finna mannréttindaákvæði samhljóða þeim sem finna mátti í dönsku grundvallarlögum frá árinu 1849.⁸⁸ Eins og fyrr segir má rekja uppbyggingu íslensku stjórnarskrárinnar til þeirrar frönsku, í gegnum Danmörku og Belgíu. Í frönsku réttindayfirlýsinguinni, sem hafði orðið til í hræringum frönsku byltingarinnar árið 1789, var kveðið á um rétt manna til frelsis og jafnræðis fyrir lögnum, réttindi sakaðs manns, skoðanafrelsi, tjáningarfrelsi og friðhelgi eignarréttar.

Árið 1995 var íslenska stjórnarskráin svo endurskoðuð með tilliti til mannréttindaákvæðanna og þeim fjölgað verulega með lögum nr. 97/1995. Nánar verður vikið að þeirri breytingu síðar í greininni.

⁸⁵ Alexander Hamilton (f. 1757, d. 1804) var einn af helstu baráttumönnum fyrir því að stjórnarskráin hlýti samþykki. Rök hans voru þrenns konar. Í fyrsta lagi taldi hann sérstaka réttindaskrá óþarfa, þegar væri að finna ákvæði í fyrirbyggjandi stjórnarskrárdrögum sem tryggðu réttindi borgaranna nægilega. Í öðru lagi taldi hann lögfestingu réttindaskrárinnar örökrétt. Slíkar réttindaskrár væru í upphafi hugsaðar sem skilmálar milli þegna og konungs þar sem réttindum væri haldið eftir til handa þegnum. Með setningu stjórnarskrárinnar gæfi fólk hins vegar ekki upp réttindi sín heldur treysti þau og þyrfti því ekki að gera neinn sáttmála um að halda eftir réttindum. Í þriðja lagi taldi Hamilton frelsinu stafa hættu af lögfestingu réttindaskrárinnar. Bann við tilteknum aðgerðum ríkisvaldsins á ákveðnum sviðum gæti verið notað, með eins konar gagnályktun, sem grundvöllur að valdi sem ekki væri til. Þannig gæti til dæmis bann við *skerðingu* prentfrelsis af hálfu ríkisins verið talið af einhverjum gefa í skyn heimil þess til þess að stjórna fjölmöldum að öðru leyti, væri það hægt án þess að *skerða* prentfrelsið. Ekki ætti að banna misnotkun valds sem hefði yfir höfuð ekki verið veitt. Sjá, Hamilton: *The Federalist Papers* (A Mentor Book, New York 1999), 84. bréf, bls. 478-481.

⁸⁶ Brian L. Porto: *The Craft of Legal Reasoning* (Harcourt Brace College Publishers, 1998), bls. 65.

⁸⁷ Þess skal getið að upphaflega var gildissvið réttindaskrárinnar bundið við aðgerðir á vegum alríkisstjórnarinnar í Bandaríkjunum. Síðan árið 1925 hefur Hæstiréttur Bandaríkjanna hins vegar í nokkrum skrefum notað viðauka stjórnarskrárinnar til þess að vikka gildissvið réttindaskrárinnar. Nær nú gildissvið flestra þeirra þannig til aðgerða á vegum einstakra ríkja Bandaríkjanna. J. W. Peltason: *Corwin & Peltason's Understanding the Constitution*, bls. 136.

⁸⁸ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 449. Í VI. kafla var, líkt og nú, fjallað sérstaklega um málefni kirkjunnar.

⁸² Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 448-450. Þegar hefur verið fjallað stuttlega um söguleg tengsl stjórnarskrárhyggju við ýmsar réttindaskrár sem fjölluðu meðal annars um efnisleg grundvallarréttindi, svo sem *Magna Carta* frá árinu 1215.

⁸³ Slík umfjöllun er ekki einasta til þess fallin að varpa ljósi á stjórnarskrárhyggju og uppruna mannréttindakafla íslensku stjórnarskrárinnar, heldur nauðsynleg með hliðsjón að síðari efnistöðum ritgerðarinnar í kaflanum um stjórnarskrárgildi.

⁸⁴ J. W. Peltason: *Corwin & Peltason's Understanding the Constitution*, bls. 47.

6. Stjórnarskrárhyggja og hlutverk dómstóla

6.1 Almenn

Eftir að hafa litið til meginþátta stjórnarskrárhyggjunnar, stöðu og hlutverks stjórnarskrárinnar, stendur veigamikil úrlausnarefni eftir óleyst: Hver hefur, eða á að hafa, úrskurðarvald um það hvort stjórnarskránni sé réttilega framfylgt, ef um það spretta þrætur? Er það hlutverk dómstólanna að endurskoða mat lög-gjafans á því hvort almenn lög standi stjórnarskrárkvæði? Ef svo er, hversu hart skal gengið fram í þeirri endurskoðun?

Hér er um afar veigamikil úrlausnarefni að tefla, enda er það svo að þegar fjallað er um stjórnarskrárhyggju líður yfirleitt ekki á löngu þar til fræðimenn eru komnir á bólkaf í vangaveltum um heimildir og hlutverk dómstóla. Við munum hins vegar fara hratt yfir sögu og láta nægja að líta til helstu niðurstaða fræðimanna í þessum efnunum með sérstaka áherslu á íslenskan rétt. Til þess að gera fulla og ítarlega grein fyrir viðfangsefninu þyrfti miklu meira rúm en þessi grein getur veitt. Þar að auki hefur efninu verið gerð þó nokkur skil af íslenskum fræðimönnum.⁸⁹

6.2 Endurskoðunarvald dómstóla á stjórnskipulegu gildi laga

Á Íslandi er almennt viðurkennt að dómstólar fari með endurskoðunarvald á gildi almennra laga gagnvart stjórnarskránni, þótt á lögjafanum hvíli að sjálf-sögðu skylda að gæta að því að lög séu ekki sett sem brjóta í bága við stjórnarskrána. Þótt hvergi sé minnst á slíkt vald dómstólanna í stjórnarskránni sjálfri má fullyrða að hér sé um stjórnskipunarvenju að ræða og um þetta ríki sátt á meðal íslenskra fræðimanna.⁹⁰ Dómsúrlausnir bera þessu endurskoðunarvaldi glöggvitni og hafa íslenskir dómstólar í fjölmörgum tilfellum metið hvort lög stangist á við ákvæði stjórnarskrárinnar. Árið 1943 komst Hæstiréttur Íslands í fyrsta sinn að þeirri niðurstöðu að almenn lög væru að efni sínu í andstöðu við stjórnarskrána. Þetta var í *Hrd* 1943, bls. 237 (*Hrafnkötuldómur*).

Í málinu var deilt um gildi 2. gr. 1. nr. 127/1941 en samkvæmt greininni hafði íslenska ríkið einkarétt til útgáfu íslenskra rita sem samin voru fyrir árið 1400. Aðrir gátu ekki gefið ritin út án sérstaks leyfis. Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að hið umdeilda ákvæði stæðist ekki prentfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar (sem þá var í 67. gr. stjórnarskrárinnar).

89 Í umfjöllun minni um endurskoðunarvald dómstóla stýðst ég mjög við athugasir og skrif Ragnhildar Helgadóttur um efnið.

90 Sigurður Lindal, *Um lög og lögfræði*, bls. 86. Sigurður bendir jafnframt á að sem stjórnskipunarvenja sé endurskoðunarvald dómstóla varið af 1. mgr. 79. gr. stjórnarskrárinnar. Gunnar G. Schram segir að þetta hlutverk dómstóla sé „eitt gleggsta og besta dæmið um gildi réttarvenju“.

Árið 1950 komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu, í svokölluðu *silungakvíslarmáli*, að lög væru ekki sett með stjórnskipulega réttum hætti.⁹¹ Almenn lög geta þannig bæði verið andstæð stjórnarskrárkvæðum vegna setningarháttar síns og vegna efnis síns. Lagafrumvarp, sem í *efni* sínu er í fullu samræmi við ákvæði stjórnarskrárinnar, getur þannig engu að síður verið metið andstætt stjórnarskránni vegna setningarháttar. Til dæmis má nefna lagafrumvarp sem hlýtur einungis tvær umræður, en 44. gr. stjórnarskrárinnar krefst þess að lagafrumvörp séu rædd við þrjár umræður á Alþingi. Á hinn bóginn geta almenn lög, sem hlotið hafa rétta *formlega* meðferð, stangast efnislega á við ákvæði stjórnarskrárinnar. Þannig myndu refsilög sem kvæðu á um dauðarefsingu við glæp teljast ógild þótt sett væru af réttum aðila með réttum hætti, enda í trássi við 2. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar. Hafa íslenskir fræðimenn stundum fjallað í sittthvoru lagi um endurskoðunarvald dómstóla eftir því hvort lögin eru í efni sínu andstæð ákvæðum stjórnarskrárinnar eða eftir setningarhátti sínum.⁹² Hér verður slík aðgreining ekki gerð, enda má fullyrða að íslenskir dómstólar hafa samskonar úrskurðarheimild í báðum tilfellunum.⁹³ Sýna tvær framangreindar dómsúrlausnir Hæstaréttar að dómurinn telur sig hafa vald til þess að fjalla um bæði þessi atriði og frá því að dómarnir féllu hafa fjölmargir aðrir dómar fallið á sama veg, eins og nánar verður vikið að síðar.

6.3 Uppruni endurskoðunarvalds dómstóla

Eins og áður er rakið er hvergi minnst á endurskoðunarvald íslenskra dómstóla á stjórnskipunarlegu gildi laga í stjórnarskránni og þaðan af síður eru rökin að bakí slíku valdi reifuð.⁹⁴ Raunar er slíkt endurskoðunarvald ekki í höndum almennra dómstóla í mörgum Evrópuríkjum, þó að Noregur, Svíþjóð og Danmörk skeri sig þar úr ásamt Íslendingum.⁹⁵ Í grein sinni um úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga rekur Ragnhildur Helgadóttir upphaf endurskoðunarvalds íslenskra dómstóla til Noregs og þaðan til Bandaríkjanna. Hér sé því á ferðinni bandarísk hugmynd sem borist hafi austur um haf til Norðurlanda.

Sá dómur í Bandaríkjunum, sem upphaf endurskoðunarvaldsins er gjarnan rakið til, er *Marbury v. Madison*, frá árinu 1803.⁹⁶ Þá komst Hæstiréttur Bandaríkj-

91 *Hrd*, 1950, bls. 175. Í málinu var höfðað refsímál á hendur bónda einum sem talinn var hafa brotið laxveiðilög, með því að leggja net í kvísl með ákveðnum hætti. Í ljós kom hins vegar að við meðferð lagafrumvarpsins höfðu þau mistök verið gerð þegar efri deild þingsins breytti orðalagi lagatextans, að það gleymdist að fella út gamla orðalagið þegar frumvarpið barst neðri deild.

92 Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands*, bls. 402-418.

93 S. r., bls. 418.

94 Í stjórnarskránni segir þó í 60. grein: „Dómsendur skera úr öllum ágreiningi um embættistakmörk yfirvalda [...]“

95 Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“, *Afmælisrit - Þór Vilhjálmsson sjötugur*, 9. júní 2000 (Bókautgáfa Orators, Reykjavík 2000), bls. 487.

96 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

anna í fyrsta skipti að þeirri niðurstöðu að alríkislög væru andstæð bandarísku stjórnarskránni. Í dómnum rekur Hæstiréttur Bandaríkjanna röksemdir sínar fyrir endurskoðunarvaldi dómstóla og hefur dómurinn æ síðan verið helsta heimild fræðimanna um þau sjónarmið og rök sem liggja því til grundvallar.

Forsaga málsins, sem tekið var fyrir í *Marbury v. Madison*, var sú að John Adams beið ósigur í forsetakosningum fyrir Jefferson. Síðustu daga sína í embætti notaði Adams til þess að skipa menn í ýmsar dómarastöður. Meðal þeirra, sem Adams hafði hugsað sér að skipa í dómaraembætti, var Marbury. Adams náði þó ekki að senda Marbury skipunarbréfið áður en hann þurfti að yfirgefa skrifstofur sínar og rýma fyrir Jefferson. Sá síðarnefndi neitaði svo að senda skipunarbréfið. Í *Marbury v. Madison* var krafa um að bréfið yrði sent studd lagaákvæðum sem Hæstiréttur Bandaríkjanna taldi brjóta í bága við stjórnarskrána. Hæstiréttur gæti ekki gefið Jefferson slík fyrirmæli og beitti þannig endurskoðunarvaldi í fyrsta sinn. Í dómnum eru þau rök færð fyrir niðurstöðunni sem lúta að grundvallaratriðum stjórnarskrárhjuggjunnar. Stjórnarskrárgjafinn útteildi og takmarkaði vald einstakra handhafa ríkisvaldsins með ákvæðum í stjórnarskránni. Ef löggjafinn væri hins vegar ekki bundinn af þeirri takmörkun, væru ákvæðin tilgangslaus og marklaus. Sama mætti segja um ákvæði er krefðust þess að stjórnarskrárbreytingar yrðu gerðar með ákvæðnum og flóknari hætti en aðrar lagabreytingar. Slíkar reglur hlýtu að fela það í sér að almenn lög, sem fælu í sér slíkar breytingar, væru ógild. Að lokum var bent á að dómstólar hefðu það hlutverk að leysa úr réttarágreiningu á grundvelli laga. Í því fælist að skera úr um hvor af tveimur lagareglum, sem ekki væru samrýmanlegar, gildi í málinu. Ef ákvæði stjórnarskrárinnar væru raunverulega æðstu lög ríkisins, hlýtu dómstólar að beita þeim þegar kæmi til árekssturs við almenn lög.⁹⁷

Ýmsir fræðimenn hafa orðið til þess að benda á að forsendurnar, sem gefnar eru fyrir niðurstöðunni í *Marbury v. Madison*, þurfi ekki nauðsynlega að leiða til þeirrar niðurstöðu að hinir almennu dómstólar hljóti að fara með endurskoðunarvald á stjórnskipulegu gildi laga. Þannig segir til dæmis Ronald Dworkin að þrátt fyrir að löggjafanum séu settar skordur í stjórnarskránni sé það ekki rök-bundin nauðsyn að fá dómstólum endurskoðunarvaldið í hendur.

Því hægt hefði verið að túlka stjórnarskrána svo að þar væru settar fram leiðbeiningar-reglur fyrir þingjö, forsetann og embættismenn hins opinbera sem þessir aðilar hefðu lagalega og siðferðislega skyldu til þess að fylgja, en væru eigin dómarafráttir í þeim efnum.⁹⁸

Dworkin tekur það svo reyndar fram að það fyrirkomulag að dómstólar fari með endurskoðunarvaldið samræmist betur kenningu sinni um lögin sem heilindi (e. law as integrity). Hann bætir því svo við að jafnvel þeir sem kunni að vera ósáttir við slíkt fyrirkomulag hljóti að viðurkenna að það sé nú venjuhellað. Við taki spurningin um það hvernig umgangast eigi endurskoðunarvaldið.⁹⁹

Við þetta má bæta að þótt fallist sé á að mikilvægt einkenni stjórnarskrárhjuggjunnar sé að stjórnarskránni sé fylgt eftir og ákvæðum hennar um takmörkun valds sé framfylgt, má hugsa sér að aðrar stofnanir en hinir almennu dómstólar taki að sér endurskoðun á stjórnskipulegu gildi laga. Enda hafa ýmsar útfærslur lítið dagsins ljós, svo sem sérstakir stjórnlagadómstólar eða stjórnskipunarnefndir.¹⁰⁰

Eins og Ragnhildur Helgadóttir bendir á eru röksemdir þær, sem reifaðar eru í *Marbury v. Madison*, mjög í takt við það sem helstu formælendur bandarísku stjórnarskrárinnar höfðu lagt áherslu á.¹⁰¹ Þegar í greininni hefur verið vikið að þeim áherslumun sem var á þriggri greiningu ríkisvaldsins í skrifum Montesquieu og þeirri þriggri greiningu sem varð í Bandaríkjunum varðandi hlutverk og stöðu dómstóla. Í *The Federalist*, bréfi númer 78, er bent á að þótt stjórnarskráin taki hvergi fram að dómstólum skuli fengið úrskurðarvald um hvort lög standist stjórnarskrá, sé ekki rétt að draga þá ályktun að þeir hafi ekki slíkt úrskurðarvald. Ekki sé heldur neitt ákvæði stjórnarskrárinnar sem veiti löggjafanum slíkt vald. Sé á annað borð ætlast til þess að stjórnarskránni sé framfylgt sé rökréttara að álykta svo að dómstólar eigi að dæma eftir ákvæðum hennar en ekki ákvæðum sem stangast á við stjórnarskrána. Örokrétt sé að álykta svo að löggjafanum hafi verið falið sjálfðæmi um hvort eigin lagasetning væri í samræmi við stjórnarskrána.¹⁰²

⁹⁷ Í dómnum segir meðal annars svo: „If both the law and the Constitution apply to a particular case [...] the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. [...] The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts on the part of the people, to limit the power in its own nature.”

⁹⁸ „It does not follow as a matter of iron logic that the Supreme Court should have the power to decide when these limits have been transgressed. For the Constitution might have been interpreted as laying down direction to Congress, the president, and state officials that these officers had a legal as well as a moral duty to follow, but making them their own judges.” Ronald Dworkin: *Law's Empire* (Hart Publishing, Oxford 1998), bls. 355.

⁹⁹ Ronald Dworkin: *Law's Empire*, bls. 356-357.

¹⁰⁰ Sem dæmi um þetta má nefna að í Þýskalandi er endurskoðunarvaldið í höndum sérstaks stjórnlagadómstóls og í Frakklandi er það í höndum Stjórnlagaráðsins (fr. Conseil Constitutionnel).

¹⁰¹ Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“, bls. 489-490.

¹⁰² Madison: *The Federalist*, 51. bréf, bls. 492.

Þessi niðurstaða [...] gefur ekki með nokkrum hætti í skyn að dómvaldið sé æðra löggjafarvaldinu. Heldur það eitt að vald fólksins er æðra báðum; og þar sem vilji löggjafans, í formi laga, er í andstöðu við vilja fólksins, í formi stjórnarskrárinna, eiga dómstólar að fylgja hinum síðarnefnda frekar en hinum fyrrnefnda.¹⁰³

Í áðurnefndri grein rekur Ragnhildur Helgadóttir svo hvernig rökin í *Marbury v. Madison* bárust austur til Noregs. Þetta sé greinilegt af rökstuðningi norskra fræðimanna fyrir endurskoðunarvaldinu upp úr miðri 19. öld.¹⁰⁴

Hugmyndalegur grundvöllur úrskurðarvalds dómstóla er þannig sá sami í Bandaríkjunum og í Danmörku, Íslandi og Noregi. Undir miðja 20. öld skildi [sic] hins vegar leiðir að því er snerti áherslur.¹⁰⁵

Sú áherslubreyting sem Ragnhildur vísar til felst í því að í stað þess að vitna til svipaðra raka og áður eru rakin úr *Marbury v. Madison* og *The Federalist*, vitna norrænir fræðimenn nú einfaldlega til stjórnskipunarvenju endurskoðunarvaldinu til stuðnings.¹⁰⁶ Er þetta mjög í takt við skrif íslenskra fræðimanna.

Þótt almennir dómstólar á Íslandi, í Danmörku, Noregi og Svíþjóð eigi það sammerkt að geta úrskurðað um stjórnskipulegt gildi laga skal þess getið að mjög misjafnt er hversu oft valdinu hefur verið beitt. Í Danmörku komst Hæstiréttur Dana ekki að þeirri niðurstöðu að almenn lög stönguðust á við stjórnarskrána fyrr en í svokölluðu *Tvind-máli* árið 1999¹⁰⁷, eða 56 árum eftir að *Hrafnkötuldómurinn* féll á Íslandi. Hæstiréttur Dana hafði þó strax árið 1921 tekið fram að hann hefði endurskoðunarvaldið með höndum.¹⁰⁸ Álitaefnum og umræðu um endurskoðunarvald dómstóla á stjórnskipulegu gildi laga er því ekki lokið þótt komist sé að þeirri niðurstöðu að slíkt vald sé venjuhelguð stjórnskipunaregla. Við tekur spurningin um það hversu langt skuli ganga við slíka endurskoðun, hve mikið svigrúm löggjafanum er sjálfum veitt til þess að meta þær kröfur sem settar eru í stjórnarskránni.

6.4 Takmörk endurskoðunarvalds dómstóla

Hér að ofan hefur það verið fullyrt að viðtæk sátt ríki á meðal íslenskra fræðimanna um að dómstólar hafi vald til þess að meta stjórnskipulegt gildi almennra laga. Öllu minni sátt hefur hins vegar verið um það hvernig umgangast eigi endurskoðunarvaldið.¹⁰⁹

Ýmsar kenningar hafa verið lagðar fram um það innan hvaða ramma dómstólar skuli halda sig í mati sínu á stjórnskipulegu gildi laga. Ein er sú að dómstólar skuli ekki víkja lagaákvæði til hliðar nema það verði talið *bersýnlega ósamrýmanlegt* stjórnarskránni. Uppruna þessarar kenningar, sem nefnd hefur verið „clear case theory“, má rekja til Bandaríkjanna.¹¹⁰ Ekki hefur kenningin verið með öllu áhrifalaus á Norðurlöndum og bendir Ólafur Jóhannesson á danskan hæstaréttardóm frá árinu 1921 sem virðist fylgja henni.¹¹¹ Þótt benda megi á slík einstök ummæli Hæstaréttar Íslands verður ekki sagt að kenningunni sé fylgt í íslenskum rétti.¹¹² Enda má spyrja sig hvers vegna dómstólar ættu að dæma eftir lögum sem þeir teldu á annað borð ganga gegn stjórnarskránni. Ólafur Jóhannesson segir um þetta:

Það virðist ekki ástæða til að gera greinarmun á milli bersýnilegs ósamræmis og annars ósamræmis við stjórnarskrána. Þar sem ósamræmi á annað borð er milli stjórnarskrár og laga, eiga lögín að víkja. Er hætt við að lítið verði úr rétti dómstólanna þar sem byggt er á „clear case theory“, eingöngu. En þar sem tveir skýringarkostir eru fyrir hendi, og hvorn þeirra sem er má styðja jafngildum rökum, ber að sjálfsgöðu að velja þann, sem samrýmanlegur er stjórnarskránni [...]¹¹³

Flestir taka sjálfsgötu undir með Ólafi Jóhannessyni í því að ríki raunverulegur vafi á því hvort lög séu andstæð stjórnarskránni, hljóti dómstólar að beita endurskoðunarvaldi sínu af varúð.

103 S. r., 51. bréf, bls. 493.

104 Ragnhildur nefnir meðal annars fræðimennina Aschehoug, Bredo Morgenstjerne. Sá fyrrnefndi gaf út bók um ríkisrétt árið 1885 en sá síðarnefndi árið 1900. Sjá Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“, bls. 490-491.

105 Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“, bls. 496.

106 S. r. bls. 496-497. Ragnhildur bendir á að stjórnskipunarvenja, eins og hún er skilgreind í norrænni réttarheimildarfræði, sé varla til í Bandaríkjunum og því hafi rökstuðningurinn vart geta þróast með sama hætti þar í landi og á Norðurlöndum.

107 *Tvind-dómurinn* féll í Hæstarétti Danmerkur þann 19. febrúar 1999, í máli nr. 295/1998. Í málinu var löggjafinn talinn hafa farið inn á svið dómvaldsins. Sett höfðu verið lög þess efnis að tilteknir einkaskólar fengju ekki opinbert fé þar sem menntamálaráðherra taldi skólana ekki uppfylla þau skilyrði sem sett voru fyrir slíkum fjárveitingum. Lögín voru talin í ósamræmi við 3. gr. dónsku stjórnarskrárinna, er kveður á um þriggriungu ríkisvaldsins.

108 Sjá nánar, Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“, bls. 499.

109 Ummæli Davíðs Oddssonar, forsætisráðherra og lögfræðings, sýna glöggð að ekki eru allir á einu máli um að dómstólar hafi haldið sig innan þeirra marka sem þeir telja að hljóti að séu til staðar. „Og þótt ég sé þannig samþykkuð því, að úrskurðarvaldið sé fyrir hendi, er miklu umdeilanlegra, hversu langt þær vandmeðförunu heimildir ná og hvernig þeim er beitt. Þar hafa menn farið alvarlega út af sporinu á síðustu misserum að mínu mati, af ástæðum sem mér eru ókunnar.“ Sjá Davíð Oddsson: „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla“, *Timarit lögfræðinga* (52. árgangur, 1. hefti, febrúar 2002), bls. 8. Ummæli forsætisráðherra áréttu það hversu mikilvægt úrlausnarefni er hér á ferðinni. Réttarheimspekileg umræða um takmörk og beitingu endurskoðunarvaldsins er ekki einvörðungu áhugaverð og gagnleg fyrir lögfræðinga, heldur hefur niðurstaða þeirrar umræðu mikla pólitíska þýðingu.

110 Sjá: Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands*, bls. 416 og Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“, bls. 497.

111 Þannig segir í dómnum: „Efter alt hvad der foreligger, kan det ikke med den Sikkerhed, som maatte kræves for at Domstolene skulde kunne tilsidesætte Bestemmelserne i en på grundlovsmæssig Maade vedtaget Lov som grundlovstridige, statueres at Appellanten ikke vil få fuld Erstatning.“ Sjá Ólaf Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands*, bls. 416.

112 Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands*, bls. 416-417.

113 S. r., bls. 416-417.

Ragnhildur Helgadóttir telur að hafi íslenskir dómstólar á annað borð fylgt kenningunni um að bersýnilegt ósamræmi þurfi að vera milli hinna almennu laga og stjórnarskrárinnar til þess að hinum fyrrnefndu verði víkið til hliðar, megi spyrja hvort þetta hafi ekki breyst á undanförunum árum. Nefnir hún *Hrd.* 1998, bls. 4076 (*kvótadómur*) í því sambandi.¹¹⁴ Að öðru leyti telur hún að þetta þurfi að rannsaka nánar í íslenskum rétti.¹¹⁵

Önnur atriði geta skipt máli þegar metið er svigrúm löggjafans til þess að meta kröfur stjórnarskrárinnar. Sum ákvæði stjórnarskrárinnar eru til dæmis matskenndari en önnur, svo sem áskilnaður 63. gr. um gott siðferði og allsherjarreglu, á meðan önnur eru skýr og veita lítið rúm til túlkunar eða mats, svo sem 44. gr. um að lagafrumvarp skuli sæta þremur umræðum á Alþingi.¹¹⁶ Þannig hlýtur svigrúm löggjafans að teljast meira í matskenndum ákvæðum heldur en þeim sem eru ótvíræð. Annað dæmi um slíkt ákvæði er að finna í 1. mgr. 75. gr. stjórnarskrárinnar, er fjallar um atvinnufrelsi. Þar er sú krafa gerð til skerðinga á atvinnufrelsi að þær séu gerðar með lögum og að almenningsheill krefjist. Um hið seinna skilyrði segir Gunnar G. Schram:

En þar er þess að gæta að Hæstiréttur hefur talið að löggjafinn ætti sjálfur fullnaðarmat um það hvort því skilyrði sé fullnægt, sbr. *Hrd.* 1937, bls. 332, *Hrd.* 1964, bls. 960 og *Hrd.* 1988, bls. 1532. Á meðan sú regla gildir er fremur lítið hald í ákvæði þessu gagnvart löggjafanum.¹¹⁷

Meðal dómanna sem þarna eru nefndir er *Hrd.* 1964, bls. 960, en þar segir: „Almenni löggjafinn hefur metið ráðstafanir um takmarkanir þær á leigubifreiðum, sem í máli þessu greinir, til almenningsheilla, og verður ekki haggð við því mati.“

En þótt dómaframkvæmd sýni að löggjafinn hafi nokkuð frjálst mat við þær aðstæður sem hér er lýst má þó merkja tilhneigingu á síðustu árum hjá Hæstarétti til þess að taka skilyrði svo sem almenningsheill til sjálfstæðrar skoðunar. Í *Hrd.* 2000, bls. 1534 (*Vatneyrarmál*) segir:

Ríkir og augljósir almannahagsmunir eru bundnir við verndun og hagkvæma nýtingu fiskstofna á Íslandsmiðum. Hefur íslenska ríkið og skuldbundið sig að þjóðarétti til þess að tryggja skynsamlega nýtingu þessarar auðlindar samkvæmt 61. gr. og 62. gr.

114 Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“, bls. 501.

115 Ragnhildur hnykkir svo á þessari niðurstöðu sinni í annarri grein: „Aftaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga - þróun síðustu ára.“, *Úlfljótur* (55. árgangur, 1. hefti, 2002), sjá bls. 107-108.

116 Sjá Ólaf Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 406. Ólafur bendir þó á eftirfarandi orð Bjarna Benediktssonar í *Stjórnlagafraði II*: „Annars verður yfirleitt að ætla, að hvor deild og sameinað þing eigi fullnaðarúrskurðarvald um, hvort frumv. hafi fengið forml. rétta afgreiðslu innan hennar eða þess. Og virðist eðlilegast, þegar lítið er til þingsins sem sjálfstæðs handhafa löggj.v., að dómstólarnir séu bundnir við formlega meðferð þess á málum, svo fremi talið verði, að þingið á annað borð hafi haft þau til meðferðar.“ Sjá: Bjarni Benediktsson: *Ágrip af íslenski stjórnlagafraði II - (Handrit)* (Fjölritunarstofa Daniels Halldórssonar, Reykjavík 1940), bls. 46.

117 Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur*, bls. 609.

hafréttarsáttmála Sameinuðu þjóðanna [...] Ráðstafanir til að koma í veg fyrir ofveiði með aflatakörkunum eru nauðsynlegur þáttur í verndun og skynsamlegri nýtingu fiskstofna. Krefjast almannahagsmunir þess að frelsi manna til að stunda fiskveiðar í atvinnuskyni séu settar skörður af þessum sökum. Stendur ákvæði 75. gr. stjórnarskrárinnar ekki í vegi því að með lögum sé mælt fyrir um takmarkanir á leyfilegum heildar-afli úr einstökum nytjastofnum eftir því, sem nauðsyn ber til [...]

Af þessu má ráða að dómstólar séu reiðubúnir að meta sjálfstætt matskennd ákvæði stjórnarskrárinnar, svo sem um almannaheill, þótt slíkt ákvæði hljóti ávallt að veita löggjafanum meira svigrúm en hin, sem eru ótvíræð og tæknilegri, eins og áður segir.¹¹⁸

Þriðja sjónarmiðið, sem hér verður víkið að í stuttu máli, er að endurskoðunarvald dómstóla hljóti að taka mið af eðli réttindanna sem um er fjallað hverju sinni. Þegar fjallað var um bandarísku réttindaskrána (e. the Bill of Rights) var rakið neðanmáls hvernig fjórtándi viðauki stjórnarskrárinnar var nýttur af Hæstarétti Bandaríkjanna til þess að auka gildissvið ýmissa ákvæða réttindaskrárinnar þannig að þau næðu til laga einstakra ríkja innan Bandaríkjanna. Brian L. Porto bendir á að þótt Hæstiréttur Bandaríkjanna hafi eftir síðari heimsstyrjöld ekki hikað við að víkja lögum einstakra ríkja sem hann telur andstæð réttindaskránni til hliðar sé svigrúm ríkanna mismikið eftir því hvaða réttindi eigi í hlut. Svigrúm einstakra ríkja sé meira í fjárhagslegum réttindum heldur en frelsisréttindum.¹¹⁹

Þessi tvöfalda mælikvarði, reistur á þeirri hugmynd að frelsisréttindi séu mikilvægari réttindi, mótar niðurstöður Hæstaréttar enn þann dag í dag.¹²⁰

Tjóningarfrelsi, fundarfrelsi og trúfrelsi fengu þannig sérstaka æðri stöðu meðal mannréttinda réttindaskrárinnar (e. preferred position) vegna sérstaks mikilvægis þessara réttinda fyrir lýðræðisfyrirkomulagið.¹²¹ Rétt eins og gerst hafði í tilfelli úrskurðarvaldsins, barst hugmyndin um misstranga vernd dóm-

118 Ragnhildur Helgadóttir bendir þó á að ekki er þetta einhlítt og visar til dóms Hæstaréttar í máli nr. 295/2000 (*opunartími L.A. Cafés*). Þar segir að lagaákvæði sem fól sveitarstjórn ákvörðun um opunartíma feli í sér „almenna skerðingu á atvinnufrelsi, sem löggjafinn hefur metið nauðsynlega með tilliti til almannaheilla“. En þrátt fyrir þetta telur Ragnhildur líklegt að einhver breyting sé að verða í þessum efnum og ekki sé lengur gerður eins skarpur greinarmunur á hlutverki löggjafans og dómstólanna að því er snertir þessi skilyrði og áður var. Sjá, Ragnhildur Helgadóttir: „Aftaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga - þróun síðustu ára“, bls. 101-102.

119 Porto notar reyndar orðin *cultural rights*, eða menningarréttindi, en ekki frelsisréttindi. Ég þýði hins vegar með orðinu *frelsisréttindum* sem mér þykir eiga betur við samhengisins vegna. Enda gæti þýðingin *menningarréttindi* valdið ruglingi við sama hugtak sem gjarnan er notað í samhengi við félagsleg, menningarleg og efnahagsleg réttindi. Sjá: Brian L. Porto: *The Craft of Legal Reasoning*, bls. 65-66.

120 „This double standard, predicated on the notion that the cultural freedoms are preferred freedoms, still shapes Supreme Court jurisprudence today.“ Brian L. Porto: *The Craft of Legal Reasoning*, bls. 66.

121 Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“, bls. 503.

stólanna eftir eðli réttindanna til Norðurlanda. Ragnhildur Helgadóttir rekur í grein sinni hvernig norskir fræðimenn tóku hugmyndina upp og hvernig hún birtist í norski réttarfræðingum.¹²²

Hæstiréttur Íslands hefur út af fyrir sig aldrei lýst ein réttindi mikilvægari en önnur, eftir því hvort um er að ræða fjárhagsleg eða ófjárhagsleg réttindi.¹²³ Séu dómur Hæstaréttar skoðaðir má þó fullyrða að löggjafanum hefur í gegnum tíðina gjarnan verið veitt töluvert svigrúm þegar kemur að fjárhagslegum réttindum og dómurinn farið varlega við endurskoðun við slíkar aðstæður. Ragnhildur Helgadóttir bendir sem dæmi um þetta á *Hrd.* 1951, bls. 268 og *Hrd.* 1987, bls. 1008. Síðan segir hún:¹²⁴

Þess verður þó að gæta, að þrátt fyrir þau sjónarmið, sem hér hefur verið vikið að, hafa dómstólar alloft talið gjaldtöku eða skattlagningu andstæða ákvæðum stjórnarskránnar.¹²⁵

Þegar litið er til dóma Hæstaréttar kemur í ljós að ýmis sjónarmið koma til álita þegar dómurinn metur hvort gengið hafi verið of langt í skerðingu fjárhagslegra réttinda. Sem dæmi um fróðlega dóma má nefna *Hrd.* 1987, bls. 1008, *Hrd.* 1992, bls. 1962 (*BHMR*), *Hrd.* 1986, bls. 714 (*hlumindaskattur*), *Hrd.* 1998, bls. 4076 (*kvótadómur*) og *Hrd.* 2000, bls. 1534 (*Vatneyri*). Hér er ekki rúm til þess að reifa hvern þessara dóma vandlega. En í dómunum má sjá að við niðurstöðu er litið til venju og athugasemdalestrar framkvæmdar, alþjóðlegra skuldbindinga, réttis löggjafans til þess að standa vörð um efnahagsleg markmið sín og síðast en ekki síst er mjög litið til jafnræðisreglunnar, það er að skerðingar á efnahagslegum réttindum gangi jafnt yfir alla í sambærilegri stöðu. Í *Hrd.* 1992, bls. 1962 (*BHMR*) tekur Hæstiréttur Íslands saman nokkur sjónarmið í þessum efnunum með skýrum hætti:

Dómstólar eiga úrskurðarvald um það, hvort almenn lög samrýmast ákvæðum stjórnarskrár og hvort þau hafi orðið til á stjórnskipulegan hátt [...] Löggjafinn hafði til þess ríkan rétt að standa vörð um þau efnahagslegu markmið, sem ríkisstjórnin og aðilar vinnumarkaðarins höfðu komið sér saman um [...] Hins vegar verður að hafa almennri lagasetningu í samræmi við þá jafnræðisreglu, sem hér á við og víða er byggt á í stjórnarskrá Íslands, meðal annars í ákvæðum hennar um álögur á þegnana og skerðingu réttinda þeirra, ef til þess þarf að koma.

6.5 Áhrif stjórnskipunar laga nr. 97/1995

Við endurskoðun á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar árið 1995 var almenn jafnræðisregla lögfest í 65. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 3. gr. stjksl.

122 Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“, bls. 504-505.

123 S. r., bls. 507 og áfram.

124 Ragnhildur bendir einnig á *Hrd.* 1995, bls. 2417 og *Hrd.* 1991, bls. 1690. S. r., bls. 508-509.

125 Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“ bls. 508.

nr. 97/1995. Um leið var skerpt á félagslegum réttindum með setningu nýrrar greinar í 76. gr. stjórnarskrárinnar.¹²⁶ Samkvæmt 1. málsgrein skal öllum, sem þess þurfa, tryggður í lögum réttur til aðstoðar vegna sjúkleika, örorku, elli, atvinnuleysis, örþingdæmis og sambærilegra atvika. Í 2. mgr. segir að öllum skuli tryggður í lögum réttur til almennrar menntunar og fræðslu við sitt hæfi. Í 3. mgr. segir svo að börnum skuli tryggð í lögum sú vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst. Ákvæðið í 76. gr. er í hópi þeirra mannréttinda sem flokkuð eru sem *jákvæð réttindi*, eða *önnur kynslóð mannréttinda*.¹²⁷ Með nokkurri einföldun má segja að sú flokkun ráðist af því að 76. grein krefst aðgerða og fjárútláta af hálfu ríkisvaldsins.¹²⁸ En hver skal meta til hvers konar aðgerða og fjárútláta af hálfu ríkisvaldsins. Þá hafa þóst merkja áherslumun í svari Hæstaréttar við þessari spurningu í kjölfar hins breytta mannréttindakafla. Dómurinn hafi í kjölfar lögfestingar þessara ákvæða gengið lengra í endurskoðun sinni, tekið að sér mat sem áður var talið heyrja undir löggjafann. Rétt er að hafa í huga að 76. gr. stjórnarskrárinnar kveður ekki á um skilyrði *skerðingar* á fjárhagslegum réttindum eins og flestir þeir dómur fjölluðu um sem hér voru nefndir fram, heldur er henni ætlað að tryggja sérstaka fjárhagslega *vilnun*. Hafa margir talið að hér hljóti svigrúm löggjafans að vera mikið, enda sé í raun um pólitískt málefni að ræða. Áður var vitnað neðanmáls til Davíðs Oddssonar um gagnrýni hans á Hæstarétt Íslands. Skrif hans sýna glögggt að niðurstöður um takmörk endurskoðunarvalds dómstóla hafa rík pólitísk áhrif, ekki síður en lögfærðileg.¹²⁹

126 Sbr. stjksl. 97/1995, 14. gr.

127 Ýmsir hafa reyndar gagnrýnt þessa flokkun mannréttinda. Sjá til dæmis: Allan Rosas and Martin Scheinin: „Categories and Beneficiaries of Human Rights“, *An Introduction to the International Protection of Human Rights - A Textbook*, Second, revised edition, Edited By Raija Hanski and Markku Suksi (Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Turku/Åbo, 2000), bls. 49-51.

128 Nánari umfjöllun um muninn á „jákvæðum“ og „neikvæðum“ réttindum má meðal annars finna í ritinu *Stjórnskipunarrétti* eftir Gunnar G. Schram. Þar segir meðal annars: „Því hefur verið haldið fram að efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi, sem m.a. birtast í 75. og 76. gr. stjórnarskrárinnar, verði ekki jafnaðráttarlaust virk fyrir einstakling með því einu að ríkisvaldið haldi að sér höndum. Þannig hafa þessi réttindi gjarnan verið kölluð „jákvæð réttindi“ enda er gengið út frá því að ríki gripi til ákvæðinna aðgerða til þess að tryggja þau þegnum sínum.“ Sjá, Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 451.

129 Davíð er einn þeirra sem telur Hæstarétt Íslands hafa gengið lengra en áður í endurskoðun sinni og of langt. Davíð byrjar á því að hnykkja á hinni sérstöku stöðu löggjafans sem þess arms ríkisvaldsins sem almenningur geti milliðalaust náð til. Hann segir meðal annars: „Til kjósendaanna sækir löggjafarþingið umboð sitt, og þeim stendur það skil gjörða sinna á minnst fjögurra ára fresti. Af þeim sökum er þessari stofnun ekki aðeins falin meðferð löggjafavaldsins, heldur er henni einnig tryggð margvisleg áhrif önnur á alla framkvæmdastjórn ríkisins, bæði með þingræðisvenjuni og fjárfjórvaldinu. Aðrir handhafar ríkisvalds sækja ekki umboð sitt til þjóðarinnar með viðlíka hætti, og af því hljóta starfsskilyrði þeirra og afstaða til löggjafans að mótast.“ Með því að ákvarða innihald svokallaðra jákvæðra réttinda séu dómstólar í raun að taka sér fjárfjórvaldið í hendur og ráðstafa fjármunum almennings, sem sé pólitísk aðgerð. „Um leið og þeir stiga það óheilla – og ég segi óheimila – spor, sökkva þeir sér á augabragði á bólaþak í skyldingar stjórnmálanna. Stjórnálmennirnir taka sér á hinn bóginn vopn dómanna í hendur og skylmast með lögum og allt ætla um koll að keyra [...]“ Sjá: Davíð Oddsson: „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla“, bls. 9-10.

Sá dómur sem olli því að menn þóttust greina áherslumun í mati dómstóla á því hversu langt endurskoðunarvaldið næði þegar um *ákvæð* réttindi væri að ræða var dómur Hæstaréttar í svokölluðu *Öryrkjamáli*, Hrd. 2000, bls. 4480.¹³⁰ Í málinu var talið að í ákvæði 76. greinar fælist réttur til ákveðinna lágmarksréttinda sem löggjafinn hefði svigrúm til þess að ákvarða nánar. Hins vegar yrðu dómstólar að meta hvort mat löggjafans samrýmdist grundvallarreglum stjórnarskrárinnar. Dómurinn komst svo að þeirri niðurstöðu að reikniregla sú sem stuðst var við samrýmdist ekki grundvallarréttindum þeim sem birtust í 76. og 65. grein eins og ákvæðin væru skýrð í ljósi alþjóðlegra mannréttinda-sáttmála. Tveir dómendur komust í séráliti að þeirri niðurstöðu að það væri hlutverk löggjafans að kveða á um umfang þeirrar aðstoðar sem fælist í 76. gr. stjórnarskrárinnar. Af orðalagi greinarinnar yrði ekki séð að löggjafanum væri óheimilt að beita þeirri reiknireglu sem notast væri við.

Hér skal tekið undir það að sé fjárstjórnarvaldið á annað borð á höndum Alþingis, hlýtur svo einnig að vera um útfærslu svokallaðra félagslegra réttinda. Á hitt skal þó bent að af greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 97/1995 og fól í sér breytingar á mannréttindakafli stjórnarskrárinnar, verður ekki betur séð en að ætlunin hafi verið að skerpa nokkuð á vernd þessara réttinda. Í greinargerðinni segir að markmið stjórnarskrárbreytingarinnar séu meðal annars þau að efla verndina og að líta eigi til þjóðréttarlegra skuldbindinga landsins.¹³¹ Einhverjar áherslubreytingar í dómum Hæstaréttar á beitingu mannréttindaákvæða ættu því ekki að koma mjög á óvart.

6.6 Breytilegar og óbreytilegar skýringar

Ekki verður sagt skilið við umfjöllun um endurskoðunarvald dómstóla á stjórnskipulegu gildi laga án þess að fara örfáum orðum um *breytilegar* og *óbreytilegar* skýringar á ákvæðum stjórnarskrárinnar.¹³² Davíð Þór Björgvinsson skilgreinir óbreytilegar og breytilegar skýringar með þessum hætti:

Í fyrra tilfellinu er átt við að við skýringu stjórnarskrárákvæða eigi að leggja til grundvallar þau viðhorf sem voru ráðandi á þeim tíma sem hún var sett. Í þeirra huga [sem aðhyllast slíka skýringu] getur stjórnarskráin ekki þýtt eitt í dag og annað á morgun. Dómstólar eigi ekki að hafa svigrúm til þess að breyta inntaki ákvæða stjórnarskrár með því að skýra ákvæði hennar upp á nýtt, vegna breyttra þjóðfélagsáttá. Í síðari kenningunni felst að dómstólar eigi að hafa svigrúm til að haga og breyta skýringum á ákvæðum stjórnarskrár, eftir því sem breyttar aðstæður og nýir þjóðfélagsþættir gefa tilfni til.¹³³

Fjöldmörg sjónarmið blandast inn í þá deilu sem Davíð Þór lýsir hér og ýmislegt skilur þá að innanborðs sem aðhyllast hvora kenninguna fyrir sig. Hér er ekki rúm til þess að gera grein fyrir öllum þeim sjónarmiðum. En með mikilli einföldun má taka undir með Davíð Þór og segja að þeir sem aðhyllast óbreytilegar skýringar telji að „stjórnarskráin geti ekki þýtt eitt í dag og annað á morgun“ á meðan þeir sem aðhyllast breytilegar skýringar vilja beita túlkun til þess að aðlaga stjórnarskrána að breyttum viðhorfum í þjóðfélaginu.¹³⁴

Íslenskir fræðimenn hafa ekki verið á einu máli um hvernig túlka eigi stjórnarskrána og hvorri kenningunni skuli fylgt.¹³⁵

En hvað hefur stjórnarskrárhyggja að segja um þetta mikilvæga álitafni? Þegar hefur verið fjallað um markmið og einkenni stjórnarskrárhyggju. Í þeirri umfjöllun var rætt nokkuð um gildi *fyrirsjáanleika* og *stöðugleika* laganna. Það liggur því beinast við að álykta sem svo að óbreytilegar skýringar á stjórnarskránni séu í betra samræmi við markmið stjórnarskrárhyggju.¹³⁶ En er það ekki stjórnarskránni sjálfri fyrir verstu ef hún staðnar í sibreytilegu þjóðfélagi, dagar uppi og missir tengslin við veruleikann? Í þessu sambandi ber að hafa nokkur atriði í huga.

Kenningin um óbreytanlega skýringu krefst þess síður en svo að ákvæði stjórnarskrárinnar nái einungis til þeirra atriða sem stjórnarskrárgjafinn sá fyrir þegar hann setti regluna.¹³⁷ Reyndar mætti hugsa sér að reglu sé beitt um atvik sem ekki hefði getað hugsast þegar reglan var sett. Tökum 73. grein íslensku stjórnarskrárinnar sem dæmi og ímyndum okkur að ákvæðið hafi verið sett fyrir tilkomu ljósvakamiðla og tölvu.¹³⁸ Dómstóll sem telur tjáningarfrelsið engu að

130 Í málinu reyndi meðal annars á skýringu hinnar nýju reglu í 76. gr. stjórnarskrárinnar um félagslega aðstoð. Deilt var um hvort þær reiknireglur sem notast var við við útreikning örorkulífeyris staðust stjórnarskrána (þar á meðal jafnræðisreglu 65. gr.). Við útreikning var lítið til tekna maka sem ekki var lífeyrisþegi með því að telja helming samanlagðra tekna beggja hjóna til tekna örorkulífeyrisþegans. Hér reyndi í fyrsta sinn á ákvæði 76. gr. stjórnarskrárinnar og raunar hafði heldur aldrei reynt á fyrirrennara ákvæðisins, það er eldra ákvæði 70. greinar.

131 *Alþingisástandi 1994-1995 A*, þskj. 389, bls. 2073 og bls. 2080-2081.

132 Feikimikið hefur verið skrifað af erlendum fræðimönnum, einkum bandarískum, um það hvernig túlka eigi ákvæði stjórnarskrár. Þá hefur efinið einnig hlotið nokkra umfjöllun meðal íslenskra fræðimanna. Sjá til dæmis: Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar* (umsjón með fjölritun og dreifing: Háskólaútgáfan, Reykjavík 1996), bls. 141-151, Gauk Jörundsson: *Um eignarnám* (Menningarssjóður, Reykjavík 1969), bls. 41-46 og Ólaf Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 415-416. Sjá einnig um þetta: Jónas Þór Guðmundsson: *Framsæknar lögskýringar. Lögskýringar í íslenskum rétti, hjá Evrópuáráttum og Mannréttindaáráttum Evrópu*. Kandidatsritgerð (Háskóli Íslands, vorið 1995).

133 Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 141.

134 Í bandarískri umræðu leggja þannig formælendur breytilegra skýringa gjarnan áherslu á að stjórnarskráin sé „lifandi“ (e. living document) og þurfi að geta aðlagast. Stundum nota menn heitið *framsæknar* skýringar yfir það sem hér hefur verið fjallað um sem breytilegar skýringar. Skúli Magnússon gerir framsæknar skýringar að umtalfni í umfjöllun sinni um kenningar Ronald Dworkins. Þar talar Skúli um framsækna lögskýringu sem „skýringu sem gengur gegn almennt viðurkenndum aðferðum við skýringu ákvæðisins“. Sjá Skúla Magnússon: „Hín laga-lega aðferð og réttarheimildirnar“ í samnefndu riti, bls. 88-89.

135 Davíð Þór Björgvinsson rekur skoðanir nokkurra þeirra. Sjá: *Lögskýringar*, bls. 142-145.

136 Í Bandaríkjunum eru kenningar um að rétt sé að beyta óbreytilegum skýringum reyndar gjarnan kenndar við upphafsmenn stjórnarskrárinnar (e. the founding fathers), sbr. Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 141.

137 Reyndar er ólíklegt að löggjafinn sjálfur telji sig sjá fyrir öll hugsanleg atvik sem lagareglan nær yfir.

138 Rezan var sett með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995.

síður ná til þess þegar menn nýta sér slíka miðla til tjáningar er ekki að beita breytilegri skýringu á stjórnarskránni við það eitt. Stjórnarskrárgjafinn setti *reglu* þess efnis að hver maður ætti rétt til þess að láta í ljós hugsanir sínar, og skerðingar á því frelsi yrðu að vera lögum samkvæmt og uppfylla ákveðin skilyrði. Gildi ákvæðisins er með engu móti takmarkað við ákveðið birtingarform, hvorki í texta þess né verður slíkt ályktað með hliðsjón af tilgangi þess. Ýmis slík skýringarsjónarmið leiða til þess að ef til vill er óbreytileg skýring stjórnarskrárinnar ekki ætíð jafn rigbundin við ástandið í þjóðfélaginu á tímum lagasetningarinnar og virst gæti við fyrstu sýn.

Þá má ekki gleyma því að til þess að koma í veg fyrir að stjórnarskrár staðni og missi samband sitt við þann veruleika sem þeim er ætlað að hafa áhrif á, kveða þær jafnan sjálfar á um hvernig þeim verði breytt. Svo er að sjálfsögðu í tilfelli íslensku stjórnarskrárinnar og birtist reglan í 79. grein hennar. Raunar er það svo, eins og áður er rakið, að íslensku stjórnarskránni er auðveldara að breyta en flestum öðrum stjórnarskrám í Evrópu og Ameríku. Telji menn ákvæði stjórnarskrárinnar því með einhverjum hætti á skjön við þjóðfélagið, liggur beinast við að breyta henni með þeim hætti sem hún sjálf kveður á um, í stað þess að fela dómstólum það hlutverk að breyta henni með *túlkun* sinni á ákvæðum stjórnarskrárinnar.

Þótt hér sé tekið undir með því sjónarmiði að óbreytilegar skýringar séu í betra samræmi við röksemdirnar að baki stjórnarskrám, hafa áhugaverðar röksemdir verið settar fram fyrir gagnstæðri niðurstöðu. Umfjöllun um þá rökræðu er hins vegar efnis í sjálfstæða ritgerð.¹³⁹

6.7 Samantekt

Til þess að stjórnarskrárhyggjan nái markmiðum sínum blasir við að ákvæðum stjórnarskrárinnar þarf að framfylgja. Í stjórnarskrám er jafnan að finna ákvæði er dreifa valdi og takmarka vald einstakra handhafa ríkisvaldsins, þar á meðal löggjafans. Til þess að slík ákvæði hafi raunverulegt gildi þarf þeim að vera beitt. Þetta þýðir þó ekki nauðsynlega að endurskoðunarvaldið, það er valdið til þess að dæma um hvort löggjafinn hafi haldið sig innan þeirra marka sem sett eru í stjórnarskránni, þurfi að vera hjá almennum dómstólum.

Á Íslandi er það þó óumdeilt að endurskoðunarvaldið liggur hjá almennum dómstólum. Hæstiréttur Íslands á lokaorðið um það hvort almenn löggjöf teljist í samræmi við kröfur stjórnarskrárinnar. Á þessum síðum hefur verið gerð örstutt grein fyrir helstu spurningum sem vakna í ljósi þessa valds dómstólanna. Þær spurningar fjalla um það hvernig dómstólarnir eigi, og megi, beita endurskoðunarvaldinu.

139 Meðal þeirra rita sem litið var til við samningu þessa stutta údráttar má nefna: Antonin Scalia: *A Matter of Interpretation - Federal Courts and the Law* (Princeton University Press, New Jersey 1997), Richard S. Kay: „American Constitutionalism“, Joseph Raz: „On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries“, Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar* og Ronald Dworkin: *Law's Empire*. Dworkin gerir margvíslegar athugasemdir við sjónarmið sem sett hafa verið til stuðnings óbreytilegum skýringum. Sjá einukum 10. kafla bókarinnar *Law's Empire*.

Íslenskir dómstólar veita hinum almenna löggjafa töluvert svigrúm þegar kemur að mati á þeim skilyrðum sem stjórnarskráin setur. Hér að framan hef ég reynt að gera stutta grein fyrir því við hvaða aðstæður svigrúm löggjafans er líklegt til þess að vera mikið eða lítið.

Með tilkomu nýrra ákvæða í mannréttindakafla stjórnarskrárinnar og auknum alþjóðlegum skuldbindingum Íslands á sviði mannréttinda, þar á meðal svokallaðra jákvæðra réttinda, verður því ekki neitað að merkja má áherslubreytingu í dómum Hæstaréttar.¹⁴⁰ Svo virðist sem gengið sé lengra í endurskoðuninni og mat, sem áður var falið löggjafanum, sé tekið til sjálfstæðrar skoðunar af Hæstarétti.

Þegar hafa verið reifuð þau rök sem liggja að baki endurskoðunarvaldinu og birtust í dómi Hæstaréttar Bandaríkjanna, *Marbury v. Madison*. Rökkin eru meðal annars þau að taki dómstólar ekki ákvæði stjórnarskrárinnar fram yfir almenna löggjöf, þegar um ósamræmi er að ræða, séu þeir í raun að leggja blessun sína yfir stjórnarskrárbreytingu með almennum lögum. Með sama hætti hljóta dómstólar að verða að gæta sín á því að ganga ekki svo langt í endurskoðunarvaldi sínu og fyllingu á skilyrðum stjórnarskrárinnar að þeir séu í raun sjálfir farnir að breyta þeim stjórnskipunarreglum sem í gildi eru og raska þeirri valddreifingu sem stjórnarskráin er reist á.

II. hluti Stjórnarskrárígildi alþjóðlegra mannréttindasáttmála

7. Um hugtakið stjórnarskrárígildi

Segja má að heitið *stjórnarskrárígildi* sé gegnsætt eins og mörg vel heppnuð íslensk heiti. Með notkun orðsins í lögræðilegri umræðu er verið að vísa til réttarheimildar sem hefur sömu eða svipaða stöðu og stjórnarskráin gagnvart öðrum réttarheimildum, án þess þó að teljast formlega til stjórnarskrárinnar eða grundvallarlaga. Heimildin er þannig *ígildi* stjórnarskrár, þó að hana sé ekki að finna í texta stjórnarskrárinnar eða með túlkun á henni. Samkvæmt þessu vika

140 Ragnhildur Helgadóttir bendir á að fara verði „varlega í mat á því hvort dómstólar hafi að einhverju leyti breytt um stefnu og jafnvel seilst inn á svið löggjafans. Það þarf að muna eftir stjórnarskrárbreytingunum. Þótt ekkert annað hefði breyst hefðu breytingarnar 1995 einar og sér verið grundvöllur verulegra breytinga í dómaframkvæmd, þ. á m. mun fleiri dóma þar sem lög eru talin andstæð stjórnarskrá en áður.“ Engu að síður merkir Ragnhildur breytingu á vinnubrögðum við túlkun stjórnarskrárinnar. Í niðurstöðum hennar segir: „Að því er túlkun stjórnarskrárinnar varðar eru helstu breytingar þær að tekið er tillit til nokkuð annarra gagna og sjónarmiða en áður og þær hafa mikið á alþjóðasamningum. Loks virðist vera óljóst hve mikið þurfi til að lög teljist andstæð stjórnarskránni.“ Ragnhildur Helgadóttir: „Afstaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga - þróun síðustu ára“, bls. 108-109.

aðrar réttarheimildir en grundvallarlög fyrir stjórnarskrárigildi. Brjóti til dæmis almenn lög eða réttarvenja í bága við stjórnarskrárigildið ber dómurum að dæma eftir því síðarnefnda.

En er einhver réttarheimild í íslenskum rétti ígildi stjórnarskrár? Ljóst er að í íslensku stjórnarskránni er hvergi minnst á tilvist slíkrar réttarheimildar. Á undanförunum árum hafa hins vegar nokkrir dómur Hæstaréttar orðið til þess að ýmsir fræðimenn hafa þóst merkja slíka réttarlega stöðu heimilda sem annars hefðu átt að teljast til almennra laga, eða jafnvel standa utan við hefðbundna upptalningu réttarheimilda landsréttar.

Þeir dómur Hæstaréttar, sem helst hafa hrundið af stað slíkri umræðu meðal íslenskra fræðimanna, verða reifaðir hér á eftir. Eins og sjá má af þeirri umfjöllun hefur visun Hæstaréttar í Mannréttindasáttmála Evrópu, meðal annars áður en sáttmálinn var lögtekinn með lögum nr. 62/1994, helst orðið til þess að kveikja hugmyndir um tilvist stjórnarskrárigildis í íslenskum rétti. Þannig segir Sigurður Línadal, prófessor, að skoða megi Mannréttindasáttmála Evrópu sem stjórnarskrárigildi í ljósi tengsla hans við óskrýðar meginreglur til fyllingar ákvæðum stjórnarskrárinnar.¹⁴¹ Eiríkur Tómasson segir að sáttmálinn hafi að öðru jöfnu verið talinn réthærra heimild en sett lög.¹⁴² Davíð Þór lét svipuð orð falla árið 1996 og sagði: „[Þ]rátt fyrir hina formlugu stöðu sáttmálans er ástæða til að ætla að tilhneigingin muni verða til að gera ákvæðum hans hærra undir höfði en öðrum hlíðsettum lagareglum.“¹⁴³

Samkvæmt hefðbundnu sjónarmiði í íslenskum rétti um samband þjóðaréttar og landsréttar er íslenskur réttur grundvallaður á svokallaðri *tveðliskemningu* þjóðaréttar. Samkvæmt kenningunni eru þjóðaréttur og landsréttur tvö aðskilin réttarkerfi sem hvort um sig hafa sín einkenni. Þjóðaréttur gildi aðeins á milli ríkja (og annarra hugsanlegra aðila þjóðaréttar) og verði ekki sjálfkrafa hluti landsréttar.¹⁴⁴ Samkvæmt þessu ætti alþjóðlegur mannréttindasáttmáli, svo sem Mannréttindasáttmáli Evrópu, ekki að ganga framar almennum lögum þótt fullgiltur væri sem gildandi þjóðaréttur.

Í upphafi þessa hluta greinarinnar verður litið til þeirra dóma sem helst hafa þótt gefa tilefni til vangaveltna um breytta stöðu alþjóðlegra mannréttindasátt-

mála og tilvist stjórnarskrárigildis að íslenskum rétti. Þetta eru *Hrd.* 1990, bls. 2 (*aðskilnaður umboðs- og dómsvalds í héraði*) og *Hrd.* 1992, bls. 174 (*dómtúlkur*). Eftir reifun dómaanna mun ég fjalla almennt um sjónarmið á Norðurlöndum um réttarheimildarlega stöðu alþjóðlegra mannréttindasáttmála, bæði í þeim tilfellum sem þeir hafa verið lögfestir með almennum lögum og einnig þegar slík lögfesting hefur ekki átt sér stað. Þá verða tekin saman þau rök sem helst eru færð fyrir því að slíkir sáttmálar, eða að minnsta kosti einhverjir ákvæðnir sáttmálar, séu ígildi stjórnarskrár. Að lokum verður hugmyndin um stjórnarskrárigildi svo skoðuð í ljósi stjórnarskrárhyggju.

8. Dómafrankvæmd

Í dómi Hæstaréttar árið 1990, bls. 2 (*aðskilnaður umboðs- og dómsvalds í héraði*) komst Hæstiréttur Íslands að þeirri niðurstöðu að hið aldagamla íslenska fyrirkomulag, að sami embættismaður færi með umboðs- og dómstörf í héraði staðist ekki lög. Í málinu hafði maður verið dæmdur í tveggja mánaða fangelsi í sakadómi Árnessýslu fyrir brot gegn 248. gr. almennra hegningalaga. Maðurinn krafðist svo ógildingar fyrri dóms í Hæstarétti meðal annars vegna þess að dómarafulltrúinn, sem kvað upp dóminn, hefði einnig verið fulltrúi lögreglustjóra sem stjórnaði rannsókn. Slíkt fyrirkomulag bryti í bága við 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Í dómi Hæstaréttar segir að þetta fyrirkomulag hafi lengi tíðkast hér á landi, þótt svo hafi ekki verið um langt skeið í Reykjavík. Hæstiréttur nefnir *Hrd.* 1985, bls. 1290 og *Hrd.* 1987, bls. 356 til sögunnar þar sem sama álitamáli var uppi. Í þeim dómum var niðurstaða Hæstaréttar sú að fyrrneft fyrirkomulag staðist lög.¹⁴⁵ Í þeim síðarnefnda var og sérstaklega tekið fram að ákvæði 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sem vitnað hafði verið til, hefði ekki lagagildi hér á landi og breytti ekki þeirri lögbundnu skipan að sami maður færi með umboðsvald og dómstörf. Eftir að hafa vísað til þessara fordæma segir dómurinn að sögulegar og landfræðilegar aðstæður hafi leitt til þessa fyrirkomulags sem annars samrýmist illa viðhorfum í ríkjum, „sem um annað byggja á svipuðum réttarhugmyndum og Ísland“. Dómurinn rekur undirbúningsgögn við fullgildingu Mannréttindasáttmála Evrópu árið 1951 sem hann telur staðfesta að íslenska ríkisstjórnin hafi ekki talið að umrætt fyrirkomulag bryti í bága við sátt-

141 Sigurður Línadal: *Um lög og lögfræði*, bls. 85. Skoðun Sigurðar virðist vera sú að Mannréttindasáttmáli Evrópu hafi að geyma ákvæði sem telja verði í samræmi við almennar grundvallarreglur íslensks réttar. Af þeim sökum njóti réttindi hans sérstöðu umfram réttindi sem kveðið er á um í ýmsum öðrum alþjóðlegum mannréttindasáttmálum.

142 Sjá Eiríkur Tómasson: „Dómstólar og almenningsálitnið“, *Afnælisrit - Davíð Oddsson fimmtugur*, 17. janúar 1998 (Bókafélagið, Reykjavík 1998), bls. 211.

143 Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*. (Umsjón með fjölrutun og dreifingu: Háskólaútgáfan, Reykjavík 1996), bls. 166.

144 Davíð Þór Björgvinsson: *Þjóðaréttur og íslenskur landsréttur* - (Leseftni til afnota í námskeiðinu: Lögskýringar), bls. 23. Gunnar G. Schram segir í *Ágrip af þjóðarétti* (Úlfjótur, Reykjavík 1986): „Meginreglan hér er sú, að þjóðaréttur er ekki hluti landsréttar, nema þjóðaréttarákvæði hafi verið sérstaklega í lög leidd eða ákvæðin hafi unnið sér þegnrétt þar sökum réttarvenju. Það er því ljóst, að ef saman lýstur ákvæði landslaga og þjóðaréttarreglu, ber dómstólum að dæma samkvæmt lagaákvæðinu og stjórnvöldum og þegnum landsins að breyta samkvæmt því, en ekki þjóðaréttarreglunni.“ Sbr. bls. 14.

145 Í *Hrd.* 1985, bls. 1290 segir: „Samkvæmt íslenskri dómstólaskipan er dómvald í héraði utan Reykjavíkur í höndum bæjarfógeta og sýslumanna, sem hafa jafnframt lögreglustjórni á hendi. Þykir héraðsdómur eigi verða ómerkjur af þeim sökum, að fulltrúi bæjarfógetans á Akureyri fór með mál þetta.“ Í *Hrd.* 1987, bls. 356 segir: „Ákvæði 2. greinar stjórnarskrár lýðveldisins og samþæfleg ákvæði 2. greinar stjórnarskrár konungsríkisins Íslands, nr. 9 frá 18. maí 1920, og 1. greinar stjórnarskrár um hin sérstaklega málefni Íslands frá 5. janúar 1874, hafa ekki verið talin standa í vegi þeirri skipan, sem lög mæla fyrir um, að sýslumenn og bæjarfógetar, sem hafa á hendi lögreglustjórni, fari jafnframt með dómvald í héraði þó að undantekningar séu frá því gerðar [...] Er og beinlínis ráð fyrir því gert í 61. grein stjórnarskrárinnar frá 1944, sbr. áður 57. grein stjórnarskrárinnar frá 1920 og 44. grein stjórnarskrárinnar frá 1874, að dómendur geti haft umboðsstörf á hendi. Ákvæðum 6. greinar Evrópusamnings um verndun mannréttinda og mannfrelsis, sbr. auglýsingu 11 frá 9. febrúar 1954 hefur ekki verið teitt lagagildi hér á landi. Breyta þau ekki þeirri lögbundnu skipan sem að framan var greind.“

málann. Um leið bendir dómurinn á að þeir menn sem sakfelldir voru í fyrri málnum tveimur hafi sent kæru til Mannréttindanefndar Evrópu. Í öðru málinu hafi nefndin komist að þeirri niðurstöðu að hinn íslenski dómstóll hafi ekki verið óhlutdrægur dómstóll í skilningi 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Í kjölfarið hafi svo ríkisstjórnin gert sátt við málsoðila. Síðan segir í dómnum:

Í málinu er á þetta að líta: / Í stjórnarskrá lýðveldisins er byggt á þeirri meginreglu, að ríkisvaldið sé þrjúþætt og að sérstakir dómarmen fara með dómvaldið. / Þær sögulegu og landfræðilegu aðstæður, sem bjuggu því að baki, að sömu menn fara utan Reykjavíkur ostsinnis bæði með stjórnarsýslu og dómstórf, hafa nú minni þýðingu en fyrir, meðal annars vegna greiðari samgangna en áður var. / Alþingi hefur sett lög um aðskilnað dómvalds og umboðsvalds í héraði, sem taka eiga gildi 1. júlí 1992. / Ísland hefur að þjóðarétti skuldbundið sig til að virða Mannréttindasáttmála Evrópu. / Mannréttindanefnd Evrópu hefur einróma ályktað, að málsmeðferðin í máli Jóns Kristinnssonar, sem fyrir er lýst, hafi ekki verið í samræmi við 6. gr. 1. mgr. mannréttindasáttmálans. / Ríkisstjórn Íslands hefur, eftir að fyrrgreindu máli var skotið til Mannréttindadómstóls Evrópu, gert sátt við Jón Kristinnsson, svo og annan mann sem kært hefur svipað málefni með þeim hætti sem lýst hefur verið. / Í 36. gr. 7. tl. laga nr. 85/1936 um meðferð einkamála í héraði segir meðal annars, að dómari skuli víkja úr dómarsæti, ef hætta er á því, „að hann fái ekki litið óhlutdrægt á málavöxtu“. Þessu ákvæði ber einnig að beita um opinber mál samkvæmt 2. mgr. 15. gr. laga nr. 74/1974 um meðferð opinberra mála. / Í máli þessu er ekkert fram komið, sem bendir til þess, að dómarafulltrúinn, sem kvað upp héraðsdóminn, hafi litið hlutdrægt á málavöxtu. Hins vegar verður að fallast á það með Mannréttindanefnd Evrópu, að almennt verði ekki talin næg trygging fyrir óhlutdrægni í dómstörfum, þegar sami maður vinnur bæði að þeim og lögreglustjórn. / Með tilliti til þess, sem rakið hefur verið, ber nú að skýra fyrrgreind lagaákvæði þannig, að sýslumanninum í Árnassýslu og fulltrúa hans, sem kvað upp héraðsdóminn, hafi borið að víkja sæti í máli þessu. Ber því að fella hinn áfrýjaða dóm úr gildi og alla meðferð málsins fyrir sakadómi Árnassýslu og vísa því heim í hérað til nýrrar dómmeðferðar og dómálagningar.

Rétt er að áréttu að þegar dómur Hæstaréttar Íslands féll í málinu hafði Mannréttindasáttmáli Evrópu ekki verið lögfestur hér á landi. Það var ekki gert fyrir en með lögum nr. 62/1994. Þegar dómurinn féll hafði sáttmálinn því aðeins verið fullgiltur af Íslands hálfu sem skuldbindandi þjóðaréttur.

Í *Hrd.* 1992, bls. 174 (*dómtúlkur*), naut ákærði aðstoðar dómtúlskils við meðferð málsins. Í 1. mgr. 139. gr. þágildandi laga um meðferð opinberra mála nr. 74/1974 var talið upp hvað teldist til sakarkostnaðar í opinberum málum. Í 3. tl. málsgreinarinnar koma fram ýmsir kostnaðarliðir sem teljast eiga til sakarkostnaðar. Þar koma eftirtaldir kostnaðarliðir fram: „Þóknun fyrir aðstoð vegna málsins, svo sem skjalþýðingar, dómtúlkun, afnot muna annarra manna o. s. frv.“ Í dómi Hæstaréttar í málinu segir hins vegar:

Við meðferð máls þessa fyrir dómi hefur ákærði notið aðstoðar dómtúlskils, þar sem hann er ekki mæltur á íslenska tungu, sbr. 1. mgr. 40. gr. laga nr. 85/1936 um meðferð einka-

mála í héraði¹⁴⁶ og 2. mgr. 19. gr. laga nr. 74/1974 um meðferð opinberra mála¹⁴⁷, sem skýra ber með hliðsjón af e-lið 3. mgr. 6. gr. Evrópusamnings um verndun mannréttinda og mannfrelsis, sbr. auglýsingu nr. 11/1954. Er rétt, að kostnaður vegna þessa í héraði og fyrir Hæstarétti verði greiddur úr ríkissjóði.

Í dómnum eru almenn landslög, sem kveða á um að þóknun vegna dómtúlskils teljist til sakarkostnaðar, „skýrð“ svo að þóknun vegna dómtúlskils teljist ekki til sakarkostnaðar. Það sem veldur þessari „skýringu“ er (þá) ólögfestur mannréttindasáttmáli á sviði þjóðaréttar, Mannréttindasáttmáli Evrópu.¹⁴⁸

9. Skrif íslenskra fræðimanna

Óhætt er að segja að *Hrd.* 1990, bls. 2 og *Hrd.* 1992, bls. 174 hafi hrundið af stað fjórlegri umræðu meðal íslenskra fræðimanna um stöðu Mannréttindasáttmála Evrópu innan íslensks réttar, og einnig um stöðu svokallaðrar tvíeðliskenningar í íslenskum rétti.¹⁴⁹

Ragnar Aðalsteinsson bendir á að þau atriði sem Hæstiréttur Íslands segir að líta beri til í *Hrd.* 1990, bls. 2 séu, þegar dómur fellur, flest óbreytt frá forðæmunum í dómum *Hrd.* 1985, bls. 1290 og *Hrd.* 1987, bls. 356. Þannig sé stjórnarskráin óbreytt, samgöngur og landfræðilegar aðstæður eins, og ný lög um aðskilnað umboðsvalds og dómvalds hafi enn ekki tekið gildi við dómuppkvaðningu. Einu atriðin sem hafi breyst líti að stöðu Mannréttindasáttmála Evrópu og túlkun hans.

[V]erður aðeins ein ályktun dregin og hún er sú, að ákvæði alþjóðlegra mannréttindasamninga, sem Ísland hefur fullgilt, séu nú hluti landsréttar og ákvæði landslaga, sem eru ósamþýðanleg mannréttindaákvæðum slíkra samninga, verði að víkja. Íslenskum dómstólum sé því skylt að beita reglum slíkra samninga sem gildandi landsréttur varri og veita þeim forgang, þegar þær rekast á við ósamþýðanleg ákvæði landsréttar.¹⁵⁰

Ragnar telur þannig dóm Hæstaréttar fela það í sér að í tilfelli alþjóðlegra mannréttindasáttmála gildi tvíeðliskenning þjóðaréttar ekki lengur hér á landi,

146 Í greininni segir meðal annars: „Þingmálið er íslenska. Skjölum á erlendu máli skal fylgja þýðing löggilts skjalapýðanda, ef hans er kostur. Ef aðili, eða vitni, er ekki nægilega fær í íslensku, skal aðili hafa með sér og á sinn kostnað löggiltan dómtúlk til aðstoðar dómara, ef unnt er. Sbr. *Stjórnartíðindi* 1936, nr. 85, bls. 227.“

147 Málsgreinin hljóðar svo: „Að öðru leyti gilda ákvæði III. Kafla laga um meðferð einkamála í héraði um opinber mál, eftir því sem við getur átt.“ Sbr. *Stjórnartíðindi* 1974, nr. 74, bls. 336.

148 Fleiri mál komu til kasta Hæstaréttar sem voruðu svipað sakarefni og *Hrd.* 1990, bls. 2 áður en lög nr. 62/1994 voru sett. Sbr. *Hrd.* 1990, bls. 14, 35, 92, 103, 107, 125, 153, 232, 266, 807, 1022, 1025, 1055, 1151 og 1219. Sjá einnig *Hrd.* 1993, bls. 355 og *Hrd.* 1992, bls. 247.

149 Davíð Þór Björgvinsson gefur í riti sínu *Þjóðarétti og íslenskum landsrétti* greinargott yfirlit yfir þá hæstaréttardóma sem helst hafa orðið tilefni vangaveltna um stöðu tvíeðliskenningarinnar. Nánar verður vitnað til þeirra skrif Davíðs Þórs seinna í ritgerðinni.

150 Ragnar Aðalsteinsson: „Alþjóðlegir mannréttindasáttmálar og íslenskur landsréttur“, *Timarit Lögfræðinga* (40. árgangur, 1. hefti, 1990), bls. 22.

heldur eineðliskeningin og slíkir sáttmálar sem Ísland fullgildi verði þannig sjálfkrafa hluti landsréttar. Ekki verður heldur betur séð af skrifum Ragnars en að hinn ólögfesti alþjóðlegi mannréttindasáttmáli fái stöðu stjórnarskrárigildis. Ragnar tekur það þó ekki skýrt fram í niðurstöðu sinni hvort hann telji slíka sáttmála aðeins víkja ósamrýmanlegum eldri lögum til hliðar, eða hvort slíkir sáttmálar hafi forgang fram yfir yngri almenn lög. Þó verður að telja í ljósi rökstuðnings Ragnars fyrir niðurstöðu sinni, að hann telji löggjafanum óheimilt að setja lög sem ganga í berhög við sáttmálana.¹⁵¹

Jón Steinar Gunnlaugsson segir Ragnar Aðalsteinsson hafa nokkuð til síns máls í fræðilegri greiningu sinni á dómi Hæstaréttar.¹⁵² Hins vegar telur Jón Steinar að ályktanir þær sem Ragnar dregur af dómnum og sú framtíðarsýn sem hann dregur upp í ljósi hans muni ekki verða raunin. Aðeðan er sú að Jón Steinar telur niðurstöðu Hæstaréttar ekki reista á hlutlægri beitingu réttarheimilda. Niðurstaðan hafi verið pólitísk en ekki lögfræðileg.¹⁵³ Í bók sinni *Um fordæmi og valdmörk dómstóla* tekur Jón Steinar Gunnlaugsson svo *Hrd. 1990, bls. 2*, til sérstakrar umfjöllunar. Þar hnykkir hann á fyrri skrifum sínum með því að ganga á röð þeirra atriða sem Hæstiréttur segir að líta beri til í málinu og leitast við að sýna fram á að ekkert þeirra sé fullnægjandi réttarheimild fyrir niðurstöðunni. Þegar kemur að þeim atriðum er snúa að Mannréttindasáttmála Evrópu segir Jón Steinar að fyrir hafi legið áratugum saman að Ísland væri skuldbundið að þjóðarétti til að virða Mannréttindasáttmála Evrópu, án þess að það hefði verið talið standa hinn íslensku skipan fyrir þrifum. Sáttmálanum hafi hins vegar ekki verið veitt lagagildi á Íslandi fyrr en með lögum nr. 62/1994. Ályktun Mannréttindanefndar Evrópu í máli Jóns Kristinssonar geti ekki talist réttarheimild og þaðan af síður breytt gildum íslenskum lagaákvæðum. Það sama megi segja um sáttargerðina sem ríkisstjórn Íslands hafði gert við Jón Kristinsson. Um túlkun dómsins á 7. tl. 36. gr. laga nr. 85/1936 um meðferð einkamála í héraði og 2. mgr. 15. gr. laga nr. 74/1974 um meðferð opinberra mála í ljósi túlkunar Mannréttindanefndar Evrópu á kröfu um óhlutdrægni í dómstörfum, segir Jón Steinar meðal annars:

Hér er fyrst tekið upp hið almenna ákvæði íslenskra laga um vanhæfi dómara. Svo er fallist á það með Mannréttindanefnd Evrópu að almennt verði ekki talin næg trygging

fyrir óhlutdrægni í dómstörfum þegar sami maður vinnu að þeim og lögreglustjórn. Augljós rök eru fyrir þessari ályktun. Þetta var hins vegar ekkert nýtt á Íslandi.¹⁵⁴

Síðar segir hann:

[V]erður að teljast hæpið í meira lagi að Hæstiréttur geti talist hafa heimild til að víkja frá þeirri lagaframkvæmd sem gilt hafði á Íslandi áratugum saman á þeim grundvelli sem lagður er í forsendum dómsins.¹⁵⁵

Dóra Guðmundsdóttir sér stöðu Mannréttindasáttmála Evrópu og beitingu hans í íslenskum rétti í öðru ljósi en þeir Ragnar og Jón Steinar. Hún tekur þó í sama streng og aðrir íslenskir fræðimenn og kemst að þeirri niðurstöðu að rök þau sem Hæstiréttur færði fyrir niðurstöðu sinni í *Hrd. 1990, bls. 2* séu ekki hefðbundin rök við lögskýringu. Dóra telur hins vegar nauðsynlegt að laga fræðilega umræðu og skilning á lögum og réttarframkvæmd að lagalegum raunveruleika „fremur en að reyna að þvinga nýjan raunveruleika inn í fastmótað hugtakakerfi liðins tíma“. Við skoðum sjónarmið Dóru betur síðar í greininni. Hér, í tengslum við reifun á *Hrd. 1990, bls. 2*, látum við nægja að líta til þessara ummæla hennar:

Það er þannig óhjákvæmilegt, miðað við fordæmi Hæstaréttar þar sem höfð er hliðsjón af ákvæðum mannréttindasáttmálans, og sérstaklega nú, eftir lögtöku sáttmálans, að það sé á verksviði dómstóla að skera úr um hvort lög eða réttarframkvæmd stangast á við meginreglur þær sem settar eru fram í ákvæðum mannréttindasáttmálans, sbr. lög nr. 62/1994, þannig að niðurstaða í einstöku máli fari ekki gegn þeim skuldbindingum sem ríkið hefur tekið á sig með aðild að sáttmálanum.¹⁵⁶

Dóra telur þannig hinn lagalega raunveruleika vera þann, að Hæstiréttur hafi það hlutverk að tryggja að niðurstaða dómsmála brjóti ekki gegn ákvæðum alþjóðlegra mannréttindaskuldbindinga. Í lok greinar sinnar segir hún svo:

Er þá jafnframt mikilvægt að slakað sé á þeirri vildarréttaráherslu sem setur löggjafanum litlar skorður um efni lagaákvæða. Kemur þar til kasta dómstólanna að hafa eftirlit með að ekki sé gengið gegn stjórnarskrárvernduðum grundvallarréttindum þegnanna og/ eða þeim réttindum sem ríkið hefur undirgengist að þjóðarétti að tryggja þegnum sínum.¹⁵⁷

Samkvæmt þessu er löggjafanum óheimilt að setja lög sem ganga í berhög við þjóðréttarlegar skuldbindingar á sviði mannréttinda. Alþjóðlegir mannréttindasáttmálar standa þannig undir nafni sem ígildi stjórnarskrár.

151 Lítið verður nánar á rök Ragnars og annarra síðar í þessari ritgerð.

152 Jón Steinar Gunnlaugsson: „Kenningar og raunveruleiki“, *Tímarit Lögfræðinga* (41. árgangur, 4. hefti, 1991), bls. 242.

153 Jón Steinar bendir á að þótt ný löggjöf hefði legið fyrir, sem taka átti gildi árið 1992, hafi litlar líkur verið á að Mannréttindadómstóllinn felldi niður málið. „Stafar það af því að mannréttindabrot eru lítið betri, þó að sá sem réttindin brýtur hafi lofað að hætta því eftir rúm tvö ár.“ Meira hafi þurft að koma til svo að MDE lét málið niður falla. Til þess hafi þurft niðurstöðu líkt og þá sem Hæstiréttur komst að í *Hrd. 1990, bls. 2*. Jón bendir joks á að einn af dómurum hafi átt sæti í Mannréttindadómstólnum og því hafi upplýsingar átt greiða leið milli dómstólanna tveggja. Með *Hrd. 1990, bls. 2* hafi Hæstiréttur þannig komið íslenska ríkinu hjá afellisdómi í MDE en um leið „kasta[ð] út þeim aðferðum, sem hafa verið taldar gilda á Íslandi um meðferð réttarheimilda“. Sjá, s. r. bls. 243.

154 Jón Steinar Gunnlaugsson: *Um fordæmi og valdmörk dómstóla*, bls. 112-113.

155 S. r., bls. 113.

156 Dóra Guðmundsdóttir: „Um lögtöku Mannréttindasáttmála Evrópu og beitingu í íslenskum rétti“, *Tímarit Lögfræðinga* (44. árgangur, 3. hefti, 1994), bls. 166.

157 S. r., bls. 189.

Páll Hreinsson, Davíð Þór Björgvinsson og Þór Vilhjálmsson eru allir sammála um að í *Hrd.* 1990, bls. 2 hafi Hæstiréttur vikið frá fyrri fordæmum og farið óhefðbundnar leiðir við lögskýringu. Þeir láta hins vegar vera að draga afdrifaríkar ályktanir um stöðu Mannréttindasáttmála Evrópu að íslenskum rétti í ljósi dómsins í skrifum sínum.¹⁵⁸

Hrd. 1992, bls. 174 (*dómtúlkur*) varð einnig til þess að fjallað var um stöðu alþjóðlegra mannréttindasáttmála í innlendum rétti. Þó má velja því upp hvort dómurinn hafi fengið verðskuldaða athygli íslenskra fræðimanna í ljósi þess hve röttækum lögskýringum er beitt í honum.

Í riti Gunnars G. Schram, *Stjórnskipunarrétti*, er gerð grein fyrir niðurstöðu málsins í *Hrd.* 1990, bls. 2. Svo segir:

Af þessum dómi verður ekki annað ráðið en að umrætt ákvæði MSE hafi vikið til hlíðar ákvæði í almennum lögum og er það fágætt ef ekki einsdæmi í ljósi þess að MSE hafði ekki verið lögtekinn hér á landi á þessum tíma.¹⁵⁹

Eins og fram kemur í reifun dómsins hér að ofan sagðist Hæstiréttur vera að „skýra“ hin íslensku lög þegar hann komst að niðurstöðu sinni. Dóra Guðmundsdóttir segir um þetta:

Í síðari dómum Hæstaréttar, sem nefndir eru hér að framan, er einnig yfirleitt til þess vísað að *skýra* verði ákvæði íslenskra laga til samræmis við ákvæði mannréttindasáttmálans – og rúmast sú áhersla innan hinna hefðbundnu sjónarmiða um beitingu landsréttar í samræmi við þjóðréttarlegar skuldbindingar. Hins vegar er ljóst að í úrlausnum sínum hefur Hæstiréttur gengið lengra en að skýra lagareglur til samræmis við ákvæði sáttmálans, og þannig gengið lengra en almennt var viðurkennt, sbr. t.d. *Hrd.* 1992 174 og *Hrd.* 1993 147.¹⁶⁰

Hér skal tekið undir hin tilvitnuðu orð. Sú útskýring Hæstaréttar í *dómtúlkun* málinu að niðurstaðan ráðist af „skýringu“ íslensku ákvæðanna hlýtur að teljast ósamrýmanleg hefðbundnum sjónarmiðum um lögskýringar. Nær væri að segja að hin erlenda ólögfesta þjóðréttarregla hefði í þessu tilfelli vikið hinu íslenska lagaákvæði.

10. Innleiðing Mannréttindasáttmála Evrópu í íslenskan rétt

Eins og áður var greint frá var Mannréttindasáttmáli Evrópu lögfestur í heild sinni í íslenskan rétt með lögum nr. 62/1994. Samkvæmt 1. gr. laganna fá ákvæði mannréttindasáttmálans lagagildi en úrlausnir stofnana Evrópuráðsins eru hins vegar ekki bindandi að íslenskum rétti, sbr. 2. gr. laganna.¹⁶¹

Í áliti nefndar sem skipuð var af Þorsteini Pálssyni dómsmálaráðherra þann 8. júlí 1992 til þess að meta kosti og galla þess að lögfesta samninginn má finna fróðlegar vangaveltur um stöðu hans gagnvart íslenskum rétti.¹⁶² Í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 62/1994, má finna þau sjónarmið sem helst komu til álita um líkleg áhrif lagasetningarinnar og samband sáttmálans við stjórnarskrá lýðveldisins.

Þá verður einnig litið til greinargerðar með frumvarpi sem varð að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995, sem breyttu mannréttindakafla stjórnarskrárinnar. Þar er Mannréttindasáttmáli Evrópu gerður að umtalsefni og rætt um áhrif hans á skýringu stjórnarskrárinnar.

10.1 Greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 62/1994

Í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 62/1994¹⁶³ kemur fram að þótt viðurkennt sé að á Íslandi gildi svokölluð tvíeðliskenning um samband landsréttar og alþjóðaréttar hafi ekki komið til sérstakrar athugunar að festa Mannréttindasáttmála Evrópu í landslög þegar Ísland fullgilti sáttmálann árið 1953. Var slíkt óalgengt á þeim tíma auk þess sem landslög voru talin í fullu samræmi við ákvæði sáttmálans og því frekari trygging fyrir réttindunum öþörf.¹⁶⁴ En þótt ekki hafi verið ráðist í lögfestingu sáttmálans fyrr en tæpum 40 árum seinna og þrátt fyrir gildi tvíeðliskenningarinnar, rataði sáttmálinn í úrlausnir dómstóla og hafði áhrif á lagasetningu hér á landi.¹⁶⁵ Hvergi hafði sáttmálinn líklega meira vægi við dómúrlausnir en í dómunum sem voru reifaðir hér að framan og fólu þeir í sér nokkra breytingu á beitingu dómstóla á

161 Í greinargerð segir meðal annars: „[Ú]rlausnir þessara stofnana hafa ekki bindandi áhrif að íslenskum landsrétti. Þær geta þannig til dæmis ekki haggad gildi íslenskrar löggjafar eða dómúrlausnar.“ Sbr. *Alþingistíðindi* 1993-1994 A, þskj. 105, bls. 805.

162 Nefndin var skipuð í kjölfar dóms er féll þann 25. júní 1992 á hendur íslenska ríkinu fyrir Mannréttindadómstóli Evrópu, þar sem niðurstaðan var sú að íslenska ríkið hefði brotið gegn þjóðréttarlegum skyldum sínum samkvæmt sáttmálanum.

163 Hér eftir stundum nefnd lögfestingarlögin.

164 Bjarni Benediktsson, dómsmálaráðherra sagði um þetta: „Um þau réttindi, sem hér eru talin, er það í stuttu máli að segja að í öllu því sem nokkru máli skiptir, þá eru þau réttindi nú þegar beinlínis veitt borgurinum berum orðum í íslenskri löggjöf, að nokkru leyti í sjálfri stjórnarskránni, eða þá að það eru slík grundvallaréttindi að þau eru talin felast í meginreglum íslenskra laga, jafnvel þó að það sé ekki berum orðum fram tekið. Þess vegna má segja að 1. kafli þessa samnings sé hér á landi engin nýjung því þar eru talin upp þau réttindi sem borgaramir þegar hafa notið og talin eru sjálfsgöður þáttur í verndun íslenskra borgara gegn ofurvaldi ríkisins eða ásælni af annarra hálfu.“ Sjá: *Alþingistíðindi* 1951 C-D, bls. 239-240.

165 *Alþingistíðindi* 1993-1994 A, þskj. 105, bls. 792.

158 Sbr.: Páll Hreinsson: „Sérstakt hæfi dómara“, *Tímarit lögfræðinga* (40. árgangur, 4. hefti, 1990), Þór Vilhjálmsson: „Staða Hæstaréttar í stjórnskipuninni“, *Tímarit lögfræðinga* (45. árgangur, 1. hefti, 1995), Davíð Þór Björgvinsson: *Þjóðaréttur og íslenskur landsréttur*. Í riti Davíðs Þórs er gerð nánari grein fyrir skrifum þessara fræðimanna.

159 Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur*, bls. 524.

160 Dóra Guðmundsdóttir: „Um lögtöku Mannréttindasáttmála Evrópu og beitingu í íslenskum rétti“, *Tímarit lögfræðinga*, 44. árg. 3. hefti, bls. 161. Dóra vísar þarna einnig til *Hrd.* 1993, bls. 147. Þar var dráttur á rekstri máls hjá ríkissaksóknara talinn í andstöðu við 1. mgr. 138. gr. laga nr. 74/1974 um meðferð opinberra mála, sbr. 1. mgr. 133. gr. laga nr. 19/1991 og vera í andstöðu við ákvæði 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.

honum.¹⁶⁶ Í ljósi *Hrd.* 1990, bls. 2 og *Hrd.* 1992, bls. 174 (*dómtúlkur*) segir í greinargerð með frumvarpinu að lögfestingarlögnum:

Þannig er ljóst að Hæstiréttur hefur ekki aðeins tekið upp ákvæðnari stefnu um að skýra landsrétt til samræmis við þjóðréttarskuldbindingar ríkisins samkvæmt mannréttindaáttmálanum, jafnvel þótt með því sé horfið frá langvarandi dómvenju um skýringu á settum lagareglum, heldur hefur verið gengið lengra og talið fært að víkja í raun til hliðar settri lagareglu sem samrýmist ekki ákvæðum sáttmálans. Með þessu hafa verið gefin fordæmi um rúmar heimildir dómstóla til að laga landsrétt að þjóðréttarskuldbindingum ríkisins samkvæmt mannréttindaáttmálanum. Fordæmin ganga stundum mun lengra en fræðikenningar um slíka samræmingarskýringu ráðgera almennt. Í þessu ljósi hefur þeirri skoðun verið hreyft hvort dómafrákvæmdin hafi í reynd byggt á því í þessum tilvikum að mannréttindaáttmálinn væri orðinn hluti af landsrétti. Um það skal ekki fjöllyrt hér frekar, en vissulega bera sumir þessara dóma vott um tilhneigingu til að færa að minnsta kosti ákvæði sáttmálans með óþeimur hætti inn í landsrétt með rúmri beitingu samræmingarskýringar á lögum.¹⁶⁷

Í greinargerðinni eru færðar fram níu röksemdir fyrir því hvers vegna lagt er til að samningurinn sé lögfestur.¹⁶⁸ Ein þeirra er sú að mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar séu fremur fáorð og komin til ára sinna. Og þótt ekki sé lagt til að mannréttindaáttmálanum sé veitt staða stjórnskipunarlaganna sé líklegt að lögfestingin hafi áhrif á túlkun mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar sem yrðu þá túlkud rúmri túlkun til samræmis við ákvæði samningsins.¹⁶⁹ Eins og nánar verður rætt síðar í greininni gekkst mannréttindaáttmálanum stjórnarskrárinnar undir umfangsmiklar breytingar árið eftir lögfestingu mannréttindaáttmálans. Að lokum er því álitaefni velt upp hvort lögfesting sáttmálans sé í einhverju brotleg við ákvæði stjórnarskrárinnar, hvort í lögfestingunni sé falið framsal á fullveldi landsins. Fullyrt er að með lögfestingunni sé hvorki lögjafarvald, frákvæmdarvald né dómsvald framselt og því verði engin slík rök færð gegn lögfestingu.

Í grein sinni í ritinu *Fundamental Rights in Europe* fjallar Guðrún Gauksdóttir um stöðu mannréttindaáttmála Evrópu í íslenskum rétti. Þar segir hún meðal annars:

Íslenskir fræðimenn virðast ásáttir um að sáttmálinn sé æðri almennum lögum. Þetta hefur verið skýrt með vísan til sérstaks eðlis réttinda sáttmálans, sem grundvallar-réttinda, og vegna hins alþjóðlega bakgrunns.¹⁷⁰

Guðrún hnykkir á mati sínu með vísan til skrifa Sigurðar Líndal sem sé þeirrar skoðunar að sáttmálinn hafi stöðu stjórnarskrár.¹⁷¹

Guðrún kemst að þeirri niðurstöðu að formlega hafi sáttmálinn stöðu almennra laga en í reynd sé hann einhvers staðar á milli þeirra og stjórnarskrárinnar. Þetta hafi kallað á endurmat á íslenski réttarheimildarfræði.¹⁷²

10.2 Greinargerð með frumvarpi sem varð að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995

Í greinargerð með frumvarpi sem varð að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995, þar sem mannréttindaáttmála stjórnarskrárinnar var endurskoðaður og færður til núverandi horfs, er vikið að gildi alþjóðasamninga um mannréttindi og gildi þeirra að landsrétti.¹⁷³ Enda var eitt af markmiðum stjórnskipunarlaganna nr. 97/1995 að breyta mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar með tilliti til þeirra alþjóðlegra skuldbindinga sem Ísland hafði gengist undir. Í greinargerðinni segir meðal annars:

Það leiðir af þeim viðhorfum sem lögð eru til grundvallar hér á landi um tvíeðli þjóðaréttar og landsréttar að þjóðréttarsamningar teljast ekki sjálfkrafa hluti af landsrétti. Ákvæðum þeirra verður því ekki beitt af íslenskum dómstólum nema þau hafi verið sérstaklega leidd í lög. Sú lögskýringarregla gildir þó að landslög skuli túlka með hliðsjón af alþjóðalögum, en séu þau ósamrýmanleg ganga hin fyrnefndu almennt fram. Á síðustu árum hafa þó íslenskir dómstólar í auknum mæli tekið tillit til og vitnað í alþjóðasamninga um mannréttindi við túlkun íslenskra laga.¹⁷⁴

Í greinargerðinni er jafnframt tekið fram að ákvæði sáttmálans njóti ekki stöðu stjórnskipunarlaganna og breyti því í engu mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar.¹⁷⁵

Í athugasemdum við frumvarp til laga um Mannréttindaáttmála Evrópu er lýst þeirri skoðun að lögfestingin hafi allt að einu þau óþeimur áhrif að ríkari tilhneiging verði en áður til að beita rúmri skýringu á stjórnarskránni til samræmis við sáttmálann þar sem það gæti átt við, en ákvæði stjórnarskrárinnar séu fáorð og komin mjög til ára sinna.¹⁷⁶

Ekki verður betur séð en að nokkur áherslumunur sé hér á orðum greinargerðarinnar með frumvarpinu sem varð að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 annars vegar og orðum greinargerðarinnar með frumvarpi sem varð að lögum nr. 62/1994 hins vegar.

171 S. r., bls. 403. Guðrún vísar í eftirfarandi skrif Sigurðar: Sigurður Líndal, *Íngangur að lögfræði. Réttarheimildir. Sett lög. Venjuréttur* (Bráðabirgðaútgáfa til kennslu, 1994), bls. 17.

172 Guðrún Gauksdóttir: „Iceland“, *Fundamental Rights in Europe*, bls. 421.

173 *Alþingistíðindi* 1994-1995 A, þskj. 389, bls. 2077.

174 *Alþingistíðindi* 1994-1995 A, þskj. 389, bls. 2080.

175 Í þessu sambandi er áhugavert að bera greinargerðina saman við orð greinargerðarinnar með frumvarpinu sem varð að lögum nr. 62/1994.

176 *Alþingistíðindi* 1994-1995 A, þskj. 389, bls. 2080.

166 *Alþingistíðindi* 1993-1994 A, þskj. 105, bls. 792-796.

167 *Alþingistíðindi* 1993-1994 A, þskj. 105, bls. 796.

168 *Alþingistíðindi* 1993-1994 A, þskj. 105, bls. 801-802.

169 *Alþingistíðindi* 1993-1994 A, þskj. 105, bls. 805.

170 Guðrún Gauksdóttir: „Iceland“, *Fundamental Rights in Europe: the ECHR and its member states, 1950-2000* (Oxford University Press, 2001), bls. 403.

11. Norrænn réttur

Á síðustu árum hefur töluverð fræðileg umræða átt sér stað meðal norræna fræðimanna um réttarheimildarlega stöðu alþjóðlegra mannréttindasáttmála, sérstaklega Mannréttindasáttmála Evrópu.¹⁷⁷ Þar, líkt og á Íslandi, hafa fræðimenn ekki verið á einu máli um að hvaða marki dómstólum beri að beita slíkum þjóðréttarreglum við úrlausn mála í innanlandsrétti.

Á tíunda áratug 20. aldar voru skipaðar nefndir á Norðurlöndunum til þess að meta hvort leiða ætti efni sáttmálans í landsrétt og ef svo væri, með hvaða hætti slíkt væri heppilegast. Við þetta tilefni var staða sáttmálans tekin til skoðunar og reifuð. Við munum nú líta til helstu sjónarmiða sem reifuð eru í skýrslum nefndanna auk þess sem lítið verður til skrifa annarra fræðimanna eftir því sem tilefni er til. Verður í stuttu máli lítið til stöðu sáttmálans fyrir lögfestingu hans í innanlandsrétt og eftir innleiðingu hans. Fræðilegar rökræður um stöðu Mannréttindasáttmála Evrópu og beitingu hans fyrir innleiðingu í landsrétt hafa verulegt gildi fyrir þá sem vilja meta stöðu annarra ólögfesta alþjóðlegra mannréttindasáttmála. Slíkir sáttmálar hafa jafnan komið sjaldnar við sögu í úrlausnum dómstóla en Mannréttindasáttmáli Evrópu, hver sem raunin verður í framtíðinni.

11.1 Danmörk

Árið 1989 setti danski dómsmálaráðherrann á fót nefnd sem ætlað var að veða og meta kosti þess og galla að lögfesta Mannréttindasáttmála Evrópu.¹⁷⁸ Nefnd þessi fjallaði um stöðu mannréttindasáttmálans gagnvart innanlandsrétti og ræddi ólíkar leiðir við hugsanlega lögfestingu. Nefndin skilaði skýrslu sinni árið 1991.¹⁷⁹ Niðurstaða hennar var sú að skynsamlegast væri að lögþaka sáttmálan í heild sinni sem almenn lög, líkt og síðar var gert á Íslandi. Þetta var svo gert með lögum nr. 285, 29. apríl árið 1992, þegar Danir leiddu Mannréttindasáttmála Evrópu í lög ásamt viðaukum. Árið 1999 skipaði svo dómsmálaráðherra Danmerkur að nýju nefnd til að fjalla um hugsanlega lögleiðingu annarra mannréttindasáttmála. Sú nefnd skilaði álitinu sínu árið 2001. Í niðurstöðum hennar má finna fróðlega athugun á núverandi stöðu Mannréttindasáttmála Evrópu í dönskum rétti.¹⁸⁰

Í fyrstu er rétt að geta þess að Danmörk, eins og önnur Norðurlönd, hefur verið talin til þeirra ríkja sem aðhyllast svokallaða tvíeðliskerfi þjóðaréttar. Engu að síður hafa danskir dómstólar tekið tillit til þjóðréttarlegra skuldbindinga og notað þær í rökstuðningi sínum, eins og skoðað verður nánar hér á eftir. Í þessu sambandi hefur verið bent á þrjár lögskýringarreglur, sem taldar eru

177 Raunar furðar Sören Stenderup Jensen sig á því hve lítil umræða um þetta veigamikla atriði átti sér stað þegar Norðurlöndin staðfestu Mannréttindasáttmála Evrópu að þjóðarétti. Sbr. Sören Stenderup Jensen: *The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law - A Case Law Study* (Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1992), bls. 36.

178 Áður höfðu Danir fullgilt sáttmálann að þjóðarétti, enda meðal stofnaðila hans.

179 *Betænkning* nr. 1220/1991.

180 *Betænkning* nr. 1407/2001.

gilda í dönskum rétti. Í fyrsta lagi er það svokölluð *túlkunarregla* (d. *fortolkningsreglen*). Samkvæmt henni skal í þeim tilfellum sem fleiri en ein möguleg túlkun er á lagareglu, velja þann skýringarkost sem best samræmist þjóðréttarlegum skuldbindingum landsins. Í öðru lagi ber að nefna *líkindaregluna* (d. *formodningsreglen*). Hún kveður á um að ganga eigi út frá því að danski löggjafinn ætli sér ekki að setja lög sem ganga í berhögg við alþjóðlegar skuldbindingar. Sé það hins vegar skýrt að vilji löggjafans standi til að setja slík lög, verður reglunni ekki beitt og danskur réttur gengur fyrir.¹⁸¹ Í þriðja og síðasta lagi skiptir *leiðbeiningarreglan* (d. *instruktionsreglen*) máli en hún kveður á um að framkvæmdarvaldið skuli líta til alþjóðlegra skuldbindinga í embættisverkum sínum.¹⁸² Meðal annars fyrir áhrif þessara reglna má segja að áhrif tvíeðliskerfið í dönskum rétti hafi veikt.

Um nokkurt skeið ríkti reyndar nokkur óvissa um gildi Mannréttindasáttmála Evrópu í dönskum rétti og hvort danskir dómstólar mættu yfir höfuð vísa til Mannréttindasáttmálans í úrlausnum sínum þar sem um þjóðréttarreglur væri að ræða en ekki landsrétt.¹⁸³ Þrír danskir hæstaréttardómar tóku þó af allan vafa um það að dómurinn liti til þessara skuldbindinga við beitingu innanlandsréttar.

Í *UFR* 1989, 928 studdist hæstiréttur Dana við ákvæði Mannréttindasáttmála Evrópu og dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu þegar hann komst að niðurstöðu í deiluefni um danska félagsaðstoðarlöggjöf en málið fjallaði um vistun barns utan heimilis þess.¹⁸⁴

Í *UFR* 1990, 13 leit hæstiréttur Danmerkur til skilyrða Mannréttindasáttmála Evrópu varðandi hæfisreglur dómara í sakamálum. Dómurinn leit til niðurstöðu Mannréttindadómstóls Evrópu í svonefndu *Hauschildt-máli*.¹⁸⁵ Var þetta í fyrsta sinn sem hæstiréttur Dana notaðist við reglur Mannréttindasáttmála Evrópu til stuðnings niðurstöðu sem ekki hefði mátt leiða af dönskum lögum.¹⁸⁶

181 „Formodningsreglen indebærer, at de retsanvendende myndigheder og domstolene skal tage deres udgangspunkt i, at Folketinget må formodes ikke at ville handle i strid med Danmarks folkeretlige forpligtelser, og at de retsanvendende myndigheder og domstolene derfor skal anvende de nationale regler på en måde, der undgår brud på den internationale ret. Hvis lovgiver har tilsigtet en klar og utvetydig modstrid mellem en dansk retsregel og en folkeretlig forpligtelse, har den danske retsregel forgang, og formodningsreglen vil ikke kunne anvendes.“
Sjå *Betænkning* nr. 1407/2001, bls. 26.

182 *Betænkning* nr. 1407/2001, bls. 26.

183 Sjá meðal annars: *Betænkning* nr. 1220 (København 1991), bls. 204.

184 Í dómnum segir meðal annars: „Bestemmelserne i bistandslovens afsnit VIII må i overensstemmelse med de afgørelser, som Den europæiske Menneskerettighedsdomstol har truffet vedrørende tilsvarende spørgsmål, forstås således, at afsnittet omfatter spørgsmålet om ændring af anbringelsesstedet og for børn, der tvangsmæssigt er anbragt uden for hjemmet. Med denne bemærkning stadfæster Højesteret dommen af de grunde, der er anført af landsretten.“

185 Dómur féll í *Hauschildt-málinu* 24. maí 1989, Series A, No. 154.

186 Peter Germer: „Denmark“, *Fundamental Rights in Europe*, bls. 265. Dómurinn er einnig reifaður og mikilvægi hans áréttað í *Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret*, *Betænkning* nr. 1220 (København, 1991), bls. 77-79.

Ufr 1990, 181. Í málinu tók hæstiréttur Dana annan pól í hæðina en í máli *Ufr* 1990, 13. Í málinu taldi rétturinn að niðurstaðan í *Hauschildt-málinu* leiddi til þess að vafasamt væri hvort hinar dönsku réttarfarsreglur væru í samræmi við Mannréttindasáttmála Evrópu. Dönsku reglurnar höfðu verið í gildi um langt skeið. Dómurinn komst að þeirri niðurstöðu að áfellið dómur yfir hinum dönsku réttarfarsreglum hefði of víðtækar afleiðingar fyrir skipulag hins danska dómskerfis og lét löggjafanum því eftir að taka afstöðu til málsins.¹⁸⁷

Þótt benda megi á ýmis dæmi þess að danskir dómstólar vísi til þjóðréttarreglna og þá sérstaklega Mannréttindasáttmála Evrópu í dómum sínum, reynir ekki til fulls á gildi hans eða réttarheimildarlega stöðu fyrr en um árekskur við innlend lagaákvæði er að ræða. Nokkur vafi lék á um hvernig dómstólar tækju á slíkum árekstri við ákvæði ólögfesta alþjóðlegra mannréttindasáttmála.¹⁸⁸

Sören Stenderup Jensen rannsakaði beitingu Mannréttindasáttmála Evrópu í skandinavískri dómaframkvæmd fyrir lögfestingu sáttmálans. Í bók sinni,¹⁸⁹ sem gefin var út árið 1992, kemst hann að þeirri niðurstöðu að dómstólar hafi komið sér hjá því að taka afstöðu til þess hvernig bregðast skuli við árekstri sáttmálans við innlend lagaákvæði. Þó hafi dómstólar í Danmörku, án þess að orða það beint, í raun tekið sáttmálann (ölögfestan) fram yfir innlenda löggjöf í að minnsta kosti tveimur tilvikum.¹⁹⁰ Í mörgum dómum kemur þó fram að sáttmálinn sé ekki hluti landsréttar og því verði ekki leyst úr máli á grundvelli hans. Er þetta mjög í samræmi við réttarástandið á Íslandi fyrir lögfestingu Mannréttindasáttmála Evrópu, þar sem dómárástæði á Íslandi fram að samningurinn væri ekki hluti landsréttar, en létu gjarnan fylgja með athugasemdir um að ákvæði hans væru hvort eð er ekki brotin.¹⁹¹

Eins og áður segir var Mannréttindasáttmáli Evrópu lögfestur í Danmörku árið 1992. Í skýrslu þeirri sem nefnd á vegum danska dómsmálaráðuneytið gaf út árið 2001 og áður er vitnað til, er meðal annars fjallað um þær aðstæður sem

skapast er ný löggjöf stangast á við ákvæði hins lögfesta Mannréttindasáttmála. Þar er komist að áhugaverðri niðurstöðu:

Þegar lögin, sem talin eru andstæð sáttmálanum, eru yngri en hin lögfesta ákvæði sáttmálans, skal skýra hin yngri lög til samræmis við sáttmálann og, ef nauðsyn krefur, víkja þeim fyrir sáttmálanum, nema ganga megi úr skugga um að löggjafinn hafi viljandi sett lög í trássi við sáttmálann.¹⁹²

Síðan segir í skýrslunni að hafi löggjafinn lögfest reglu, sem hann veit¹⁹³ að fari gegn ákvæðum hins lögfesta sáttmála, skulu danskir dómstólar og aðrar stofnanir sem beita lögunum, reisa ákvarðanir sínar á hinn nýju innanlandslöggjöf. Þetta gildi svo lengi sem löggjafinn heldur hinni nýju reglu í gildi.

Ennfremur geta þær aðstæður skapast að innanlandslöggjöf sem var í samræmi við skyldur samkvæmt samningstextanum þegar hann var lögfestur, en vegna túlkunar stofnana á vegum sáttmálans, teljist það ekki lengur. Ef löggjafinn, í slíkum aðstæðum og með vitneskju um hina nýju framkvæmd alþjóðasamningsins, velur vísitandi að viðhalda óbreyttu réttarástandi, skulu dómstólar og önnur yfirvöld¹⁹⁴ leggja hin innlendu lög til grundvallar.¹⁹⁵

Hér er greinilega byggt á líkindareglunni (d. *formodningsreglen*) sem nefnd var hér að framan. Ganga eigi út frá því að dönsk stjórnvöld vilji standa við skuldbindingar sínar samkvæmt sáttmálanum (hinum lögfesta ákvæðum hans), jafnvel þótt einhver atriði nýrri laga gangi í berhögð við hann. Höfundar skýrslunnar gera reyndar ekki grein fyrir því með hvaða hætti dómstólar skuli ganga úr skugga um raunverulegan vilja löggjafans, fyrst hann á ekki að birtast í lagasetningunni sjálfri.

Þegar fjallað er um líkindaregluna er rétt að áréttta að hún yrði ekki talin eiga við um stjórnarskrána sjálfa. Það er, reglunni yrði ekki beitt við skýringu á stjórnarskrárákvæði. Í þessu sambandi ber einnig að hafa í huga að mannréttindakafla dönsku stjórnarskrárinnar hefur ekki verið breytt í samræmi við alþjóðlegar skuldbindingar, svo sem gert var á Íslandi árið 1995.

187 Peter Germer: „Denmark“, *Fundamental Rights in Europe*, bls. 265. Í dómnum segir meðal annars: „I lysset af Den europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 24. maj 1989 i Hauschildt-sagen må det stille sig tvivlsomt, om denne praksis er i overensstemmelse med art. 6 i Den europæiske Menneskerettighedskonvention. Under hensyn til de meget vidtrækkende konsekvenser for domstolsorganisationen her i landet, som en sådan fortolkning ville medføre, navnlig for så vidt angår enedommerembeder, findes Højesteret imidlertid, at det bør overlades til lovgivningsmagten at tage stilling til dette spørgsmål [...]“

188 *Betænkning* nr. 1407/2001, bls. 27.

189 Sören Stenderup Jensen: *The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law*.

190 Annar þessara dóma er hæstaréttardómur, *Ufr* 1990, 13. Sjá: Sören Stenderup Jensen: *The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law*, bls. 107.

191 Sem dæmi um þetta má nefna *Hrd.* 1975, bls. 601 (*hundahald*) þar sem segir: „Hefur sáttmálinn ekki öðlast lagagildi á Íslandi, en auk þess fer bannið við hundahaldi í Reykjavík ekki í bága við nefnt ákvæði hans“ og *Hrd.* 1988, bls. 1532 (*leigubifreiðadómur*). Þá er *Hrd.* 1991, bls. 1690 (*upptaka ólöglegs sjávaraflla*) einnig fróðlegur í þessu sambandi en hann féll eftir *Hrd.* 1990, bls. 2. Í *Hrd.* 1991, bls. 1690, segir meðal annars: „Þá er ekki heldur fallist á það, að framangreind lög séu andstæð 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, en sáttmálinn hefur ekki öðlast lagagildi hér á landi.“

192 *Hvis den lov, der anses for at være i strid med konventionen, er yngre end inkorporeringsloven, skal den yngre lov fortolkes i overensstemmelse med konventionen og ud om nødvendigt tages for den inkorporerede konvention, medmindre det må lægges til grund, at lovgiver har tilsigt et brud på konventionen.* *Betænkning* nr. 1407/2001, bls. 309.

193 Svo sem í ljósi niðurstaðna alþjóðadómstóla.

194 „Retsanvendende myndigheder“ er hér þýtt sem yfirvöld.

195 „Der kan endvidere tænkes tilfælde, hvor lovgivningen har været i oversensstemmelse med de konventionsmæssige forpligtelser på tidspunktet for dens vedtagelse, men hvor den efterfølgende udvikling i konventionsorganernes praksis medfører, at dette ikke længere er tilfældet. Hvis lovgiver i en sådan situation og med kendskab til den efterfølgende praksis bevidst vælger at fastholde retstilstanden, vil domstolene og andre retsanvendende myndigheder også i denne situation skulle lægge loven til grund.“ *Betænkning* nr. 1407/2001 bls. 309.

11.2 Noregur

Líkt og Ísland og Danmörk hefur Noregur verið talinn tilheyra þeim hópi ríkja sem byggja á tvíeðliskenningu þjóðaréttar.¹⁹⁶

Noregur staðfesti Mannréttindasáttmála Evrópu að þjóðarétti þann 15. janúar 1952. Sáttmálin tók svo gildi ári seinna. Þessi staða sáttmálans stóð svo óbreytt þar til nefnd á vegum dómsmálaráðuneytisins var fengið það hlutverk að undirbúa lögfestingu sáttmálans. Í skýrslu sinni, sem út kom árið 1993, athugaði nefndin einnig samband alþjóðlegra mannréttindasáttmála og almennra laga.¹⁹⁷

Með sama hætti og í Danmörku, urðu lögskýringarreglur, þar á meðal lík-indareglan, til þess að Mannréttindasáttmáli Evrópu rataði í dómsúrlausnir, þótt innanlandsréttur gengi fyrir ef um skýran árekstur yrði að ræða.¹⁹⁸ Hér var því um að ræða meginreglu um forgang landsréttar í tilfalli áreksturs. Þó var þetta ekki óumdeilt meðal norskra fræðimanna, sem sumir töldu að þjóðréttarregla skyldi ganga fyrir. Meðal þeirra sem bentu á hve langt norskir dómstólar gengdu í raun við beitingu alþjóðasáttmálanna var Carsten Smith. Ýmsir fræðimenn töldu stöðu mannréttindasáttmála, einkum Mannréttindasáttmála Evrópu, sérstaklega sterka í þessu sambandi. Terje Wold, dómari, Carsten Smith, prófessor, og Rolv Ryssdal, dómari, voru allir þeirrar skoðunar að mannréttindasáttmálar ættu að ganga fyrir innlendum rétti.¹⁹⁹ Raunar taldi nefndin að þeim fræðimönnum færi sífellt fjölgandi sem teldu að alþjóðlegir mannréttindasáttmálar yrðu teknir fram yfir innlenda löggjöf yrði um árekstra að ræða.²⁰⁰

Þótt ekki reyndi beint á þessar kenningar fyrir norskum dómstólum má þó benda á mál þar sem vikið var að stöðu Mannréttindasáttmála Evrópu. Í *Rt. 1984, 1175* segir meðal annars:

Telja verður, sem framast er unnt, að norsk lög séu í samræmi við þá sáttmála sem Noregur er aðili að, í þessu tilfalli Mannréttindasáttmála Evrópu.

Í dómnum hafði efni og skýringar á Mannréttindasáttmála Evrópu mikil áhrif á rökstuðning og niðurstöðu dómsins. Um leið er hins vegar rétt að benda á *Rt. 1997, 580*, þar sem dómurinn vísaði til ýmissa mannréttindasáttmála, þar á meðal Mannréttindasáttmála Evrópu og komst að þeirri niðurstöðu að ekki væri um misræmi að tefla milli þeirra og innanlandsréttar. Dómurinn tók það hins vegar fram að kæmi slíkt misræmi í ljós gildi innanlandsréttur.

Niðurstaða norsku nefndarinnar var sú að leggja það til að Mannréttindasáttmáli Evrópu yrði lögfestur í heild sinni sem almenn lög en ekki sem stjórnskipunarlög. Taldi hún hins vegar að í ljósi eðli þeirra réttinda sem mannréttindareglur vernda, hlytu ákvæði Mannréttindasáttmálans að veða sérstaklega þungt

196 Erik Møse: „Norway“, *Fundamental Rights in Europe*, bls. 628.

197 *Norges Offentlige Utredninge – Lovgivning om menneskerettigheter* (Statens Forvaltningstjeneste Seksjon Statens Trykning, Oslo 1993), NOU 1993:18.

198 Erik Møse: „Norway“, *Fundamental Rights in Europe*, bls. 630.

199 Erik Møse: „Norway“, *Fundamental Rights in Europe*, bls. 630 og áfram.

200 NOU 1993: 18, bls. 72-74.

sem réttarheimild.²⁰¹ Um leið lagði nefndin á það áherslu að dómstólar tækju ekki að sér hlutverk löggjafans. Sá síðarnefndi hefði það hlutverk að tryggja að löggjöf væri í samræmi við ákvæði sáttmálans.²⁰²

Norðmenn fóru að þessum ráðum og lögfestu Mannréttindasáttmála Evrópu sem og mannréttindasáttmálana tvo á vegum Sameinuðu þjóðanna (samninginn um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi og samninginn um félagsleg, efnahagsleg og menningarleg réttindi).²⁰³ Þetta var gert með lögum þar í landi 21. maí 1999. Áður höfðu Norðmenn gripið til þess ráðs að setja í stjórnarskrá sína ákvæði er styrkti stöðu alþjóðlegra mannréttindasáttmála. Það var gert árið 1994 með eftirfarandi ákvæði í grein 110 C:

Sú skylda hvílir á stjórnvöldum ríkisins að virða og tryggja mannréttindi. / Nánari ákvæði varðandi framkvæmd slíkra samninga skulu færð í lög.

Í umfjöllun um ákvæðið segir Erik Møse meðal annars:

Ákvæði stjórnarskrárinnar í grein 110C [...] gefur til kynna mikilvægi mannréttindasáttmála í réttarkerfinu og í þjóðfélaginu, án þess að taka ákvæðna sáttmála fram yfir aðra. Það tekur til borgaralegra og stjórnmálalegra réttinda sem og efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra. Það tekur ekki einungis til almennra sáttmála (svo sem hinna tveggja samninga S.þ., MSE og Félagsmálasáttmála Evrópu) heldur einnig sáttmála á sérstökum sviðum mannréttinda (t.d. samninga S.þ. varðandi mismun, pynding og börn).²⁰⁴

Erik Møse telur að lögfesting stjórnarskrárákvæðisins hafi ekki falið í sér grundvallarbreytingu á gildi alþjóðlegra mannréttindasáttmála í norskum rétti, enda hafi lögfestingin í raun aðeins falið í sér staðfestingu á almennt viðurkenndri reglu. Gildi greinarinnar telur hann fyrst og fremst felast í því að styrkja stöðu mannréttindasáttmála innan norsks réttar án þess að fela í sér grundvallarbreytingu á gildi þeirra.²⁰⁵

Því hefur hins vegar verið haldið fram af ýmsum norskum fræðimönnum að eftir lögfestingu samningsins með almennum lögum til viðbótar við áreitingarákvæði 110 gr. c í norsku stjórnarskránni hafi staðan frá því í *Rt 1997, 580* breyst og hin lögfestu ákvæði séu réttþærri almennum lögum. Er í þessu sambandi sérstaklega vísað til dóms Hæstaréttar Noregs þann 23. júní 2000, *Rt. 2000, 996*. Í dómnum er fjallað nokkuð um skýringar innlendra dómstóla á ákvæðum sáttmálans og komist að þeirri niðurstöðu að fara verði varlega í að takmarka heimildir hins innlenda löggjafa rísi vafi um nákvæma merkingu ákvæðis sáttmálans. Sé hins vegar ákvæði sáttmálans skýrt, skuli fylgja ákvæðum Mannréttindasátt-

201 NOU 1993: 18, bls 150.

202 NOU 1993: 18, bls. 83-86.

203 Samninginn um stjórnmálaleg og borgaraleg réttindi og samninginn um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi.

204 Erik Møse: „Norway“, *Fundamental Rights in Europe*, bls. 634.

205 S. r., bls. 635.

mála Evrópu jafnvel þótt slíkt krefjist frávik frá innlendum lögum eða hefðbundinni framkvæmd.²⁰⁶ Þetta megi leiða af þriðja hluta þeirra laga er innleiddu Mannréttindasáttmála Evrópu í norsk lög.

11.3 Svíþjóð

Margt af því sem sagt hefur verið um hin Norðurlöndin mætti endurtaka í umfjöllun um sænskan rétt. Svíþjóð gerðist aðili að Mannréttindasáttmála Evrópu árið 1950 og leiddi hann í almenn lög árið 1995 eftir tillögu nefndar skipaðrar af stjórnvöldum árið 1991.²⁰⁷ Til viðbótar við lögfestingu sáttmálans var ákvæði sett í einn af stjórnarskrártextunum (RF 2:23) sem kveður á um að ekki skuli setja lög eða reglugerðir sem brjóta í bága við sáttmálann.²⁰⁸ Hin almennu lög, er lögfestu ákvæði sáttmálans, eru þannig í raun ekki réttþærri öðrum almennum lögum. Hins vegar brytu þau lög sem andstæð væru hinum lögfesta sáttmála sjálfkrafa grundvallarlagaákvæðið í RF 2:23.

Í lögskýringargögnum þeim sem fylgdu með frumvarpi sem varð að grundvallarlögum í RF 2:23 var lögð áhersla á að dómstólar ættu að fara varlega í beitingu ákvæðisins, það væri fyrst og fremst hlutverk löggjafans að tryggja að löggjöf væri í samræmi við efni Mannréttindasáttmálans.²⁰⁹ Árekstur almenns lagaákvæðis við ákvæði sáttmálans þurfi að vera augljós til þess að stjórnarskrárákvæðinu verði beitt.²¹⁰

11.4 Samantekt

Hér að framan var vikið að stöðu alþjóðlegra mannréttindasáttmála, einkum Mannréttindasáttmála Evrópu að innlendum rétti í Danmörku, Noregi og Svíþjóð. Öll eiga ríkin það sameiginlegt að tilheyra þeim hópi ríkja sem byggja á tvíeðliskenningu þjóðaréttar og öll lögfestu þau Mannréttindasáttmála Evrópu frekar nýlega, um svipað leyti og við Íslendingar. Þótt Norðurlöndin eigi margt sameiginlegt í beitingu sinni á sáttmálanum og alþjóðlegum mannréttindareglum, er þó nokkur blæbrigðamunur á þeirri stöðu sem þau hafa veitt slíkum samningum.

Segja má að staða Mannréttindasáttmála Evrópu sé áþekkt í íslenskum og dönskum rétti. Í Svíþjóð hefur staða hans hins vegar verið styrkt verulega með ákvæði í RF 2:23, þótt reyndar sé yfirleitt talið að lög þurfi að vera í bersýnilegu ósamræmi við ákvæði sáttmálans til þess að þeim sé vikið til hliðar.²¹¹ Í Noregi

206 Erik Møse: „Norway“, *Fundamental Rights in Europe*, bls. 637.

207 Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

208 Í Svíþjóð er stjórnskipunin ekki reist á ritaðri stjórnarskrá í sama formi og á Íslandi. Þar eru þrjú lagabálgar sem hafa stöðu grundvallarlaga: Tryckfrihetsförordningen (TF), Yttrandefrihetsgrundlag (YGL) og Regeringsformen (RF). Sjá nánar: Iain Cameron: „Sweden“, *Fundamental Rights in Europe*, einkum bls. 833-836.

209 SÖU 1993:40, del B, bls. 126. Sjá einnig Cameron: „Sweden“, *Fundamental Rights in Europe*, bls. 839.

210 Ekki er við ríka dómaframkvæmd að styðjast við mat á því hvort um augljósan árekstur er að ræða. Benda má á dómanna RH 1995, 85 og RÁ 1997, 65.

211 Jörg Polakiewicz: „The Status of the Convention in National Law“, *Fundamental Rights in Europe*, bls. 44.

var mikilvægi alþjóðlegra mannréttindasáttmála einnig áréttað með stjórnarskrárákvæði, þótt telja verði að efnislega bæti það litlu við gildandi rétt. Dómsúrlausnir þar í landi sýna þó að Mannréttindasáttmáli Evrópu virðist hafa sterktari stöðu en almenn lög.²¹²

12. Rökin fyrir stjórnarskrárigildi

Eftir að hafa rakið sjónarmið fræðimanna og fagnefnda á Norðurlöndum um réttarheimildarlegra stöðu alþjóðlegra mannréttindasáttmála, einkum Mannréttindasáttmála Evrópu, má taka saman megin röksemdir fyrir því að líta eigi á slíka sáttmála sem *ígildi* stjórnarskrár. Stór hluti fræðimanna annaðhvort telur sáttmálana *eiga að hafa* slíka stöðu eða að úrlausnir dómstóla sýni einfaldlega að þeir *hafi* slíka stöðu, hvort sem það sé heillavænlegt eða ekki. Það er því rétt að taka saman í stuttu máli helstu röksemdir sem færðar hafa verið fyrir slíkri réttarheimildarlegru stöðu sáttmálanna. Þessar röksemdir verða svo ræddar nánar í kafla 13 með hliðsjón af stjórnarskrárhyggju.

12.1 Líkindareglan

Algengt er að fræðimenn á Norðurlöndum bendi á hina svokölluðu *líkindareglu* (d. *formodningsreglen*) en efni hennar hefur áður verið lýst í þessari grein. Reglan er talin gera það að verkum að hefðbundin áhrif tvíeðliskenningarinnar eigi ekki við að fullu leyti. Vissulega er gert ráð fyrir forgangi almennra laga sé um beinan árekstur við þjóðréttarskuldbindinguna að ræða og leiðir reglan því ekki til stjórnarskrárigildis þess sáttmála sem er beitt með vísan til reglunnar. En segja má að reynt sé að „túlka burt“ misræmi þegar það er unnt og eins og rakið hefur verið er stundum gengið æði langt í þeim efnum.

12.2 Þjóðréttaraðild einstaklinga

Í öðru lagi hefur verið bent á þjóðréttaraðild einstaklinga sem sérkenni alþjóðlegra mannréttindasáttmála. Af ýmsum ástæðum hafa mannréttindi um nokkurt skeið verið talin njóta nokkurrar sérstöðu innan þjóðaréttarins. Kemur þar ýmislegt til, meðal annars að skyldur samkvæmt ákvæðum mannréttindasáttmála snúa að einstaklingum en ekki einungis að samskiptum ríkja eins og almennt gildir um þjóðréttarlegar skuldbindingar.²¹³

212 Sjá nánar um norrænan rétt: Jörg Polakiewicz: „The Status of the Convention in National Law“, *Fundamental Rights in Europe*, bls. 42-44. Polakiewicz telur að þrátt fyrir formlega stöðu Mannréttindasáttmála Evrópu í formi almennra laga séu þrjú atriði til þess fallin að veita honum sérstöðu. Í fyrsta lagi nefnir hann meginregluna um að sérlæg gangi framur almennum lögum (l. *lex specialis derogat leges generales*). Í öðru lagi nefnir hann *líkindaregluna* og í þriðja lagi áhrif ákvæðanna á skýringu mannréttindaákvæða í stjórnarskrám ríkjanna.

213 Fleiri atriði hafa verið nefnd til sögunnar um sérstöðu mannréttinda innan þjóðaréttarins, svo sem þyngri áhersla á þjóðréttarsamninga sem réttarheimild á sviði mannréttinda heldur en á öðrum sviðum þjóðaréttar. Sjá: Guðmundur S. Alfreðsson og Jakob P. Möller: „Mannréttindastarfi Sameinuðu Þjóðanna“, *Ulfliótur* (3.-4. töl. 1996), bls. 226.

Hugtakið þjóðréttaraðili hefur verið skilgreint með þeim hætti að slíka aðild hafi sá sem er „hæfur til að njóta alþjóðlegra réttinda og bera alþjóðlegar skyldur og hefur getu til þess að halda fram réttindum sínum með því að leggja fram þjóðréttarlegar kröfur.“²¹⁴

Innreið einstaklinga inn í þjóðaréttinn hefur í grófum dráttum átt sér stað með tvennum hætti og hafa mannréttindareglur gegnt lykhillutverki í báðum tilfellum. Í fyrsta lagi er nú viðurkennt að einstaklingar geti borið ábyrgð á alþjóðlegum glæpum, enda eru alþjóðlegir glæpir framdir af lifandi einstaklingum en ekki embættum eða valdastöðum.²¹⁵ Auknar kröfur um virka mannréttinda-vernd hafa leitt til þess að nú er í vissum tilfellum hægt að sækja þá einstaklinga til saka fyrir alþjóðlegum dómstólum, sem gera sig seka um glæpi sem lýstir hafa verið alþjóðlegir. Er hér um að ræða það svið lögfræði sem nefnt hefur verið alþjóðlegur refsiréttur. Í öðru lagi hafa ýmsir mannréttindasáttmálar, þar á meðal Mannréttindasáttmáli Evrópu, veitt einstaklingum kærurétt til alþjóðastofnana. Hér er um gerbreytingu frá fyrri sjónarmiðum að ræða, því að með þessu getur almennur borgari stefnt eigin ríkisvaldi fyrir alþjóðlegri stofnun og gerst aðili að þjóðréttarmáli gegn ríkinu. Sumar þessara kæruleiða eru aðeins viðurkenndar af fáeinum ríkjum, en einstaklingar öðlast ekki ríkari þjóðréttaraðild en ríkin eru tilbúin til þess að veita þeim. Þær kæruleiðir sem veittar eru einstaklingum með mannréttindasáttmálum eru með nokkuð misjöfnum hætti. Á meðan ein kæruleið veitir einstaklingnum fulla aðild að þjóðréttarmáli, kann önnur aðeins að veita honum takmarkaða aðild. Skilyrði kæru kunna einnig að vera misþröng.

Mannréttindaráðið svokallaða (e. Commission on Human Rights) starfar á vegum Sameinuðu þjóðanna, undir efnahags- og félagsmálaráðinu (e. Economic and Social Council). Um langt skeið starfaði mannréttindaráðið án þess að telja sér fært að taka fyrir kærur eða kvartanir einstaklinga undan mannréttindabrotum stjórnvalda heima fyrir. Slík afskipti voru talin stangast á við 7. mgr. 2. gr. stofnsáttmála Sameinuðu þjóðanna.²¹⁶ Árið 1970 breyttist hins vegar afstaða efnahags- og félagsmálaráðsins og með ályktun 1503 var mannréttindaráðinu gert að fjalla um kærur sem vörðuðu gróf og siendurtekin brot (e. consistent pattern of gross and reliably attested violations) í viðkomandi ríki.²¹⁷ Um er að ræða *actio popularis* kæruleið, en samkvæmt því þarf kærandi ekki að vera

sjálfur fórnarlamb mannréttindabrotanna né sýna fram á sérstakt samband við þolandann. Óháð félagasamtök, sem berjast fyrir aukinni vernd mannréttinda, geta því lagt fram kærur er varða gróf og siendurtekin mannréttindabrot í einstökum aðildarlöndum Sameinuðu þjóðanna.²¹⁸

Með samningnum um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi (e. Covenant on Civil and Political Rights) hafa Sameinuðu þjóðirnar gengið lengra í því að opna einstaklingum leið sem aðilum þjóðaréttar. Samningurinn var samþykktur árið 1966 af Allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna. Í valfrjálsri bókun við hann má finna ákvæði um kærueimild einstaklinga. Kærurnar berast mannréttindanefnd (e. human rights committee) sem starfar samkvæmt samningnum. Uppfylli kærnan þau skilyrði sem sett eru fyrir því að hún fáiist tekin fyrir, láta hinar átján meðlimir nefndarinnar uppi álit sitt (e. views). Hér er því ekki um bindandi dóma að ræða. Samkvæmt bókuninni er mannréttindanefndinni heimilt að taka við kærum frá einstaklingum sem „halda því fram að þeir hafi orðið fyrir skerðingu á einhverjum þeirra réttinda sem lýst er í [samningnum]“. Hér verður ekki farið í einstök skilyrði sem uppfylla verður til þess að kæra verði tekin til meðferðar. Um það vísast til fyrrnefndrar greinar Guðmundar S. Alfreðssonar og Jakobs Þ. Möller. Tekið skal þó fram að ekki er um *actio popularis* kærueimild að ræða. Valfrjálsa bókunin við samninginn um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi veitir einstaklingi fulla þjóðréttaraðild. Sé kæra hans tekin til efnislegrar meðferðar er hann orðinn aðili máls og gætt er jafnræðis milli hans og ríkisins sem kært er (e. equality of arms). Þjóðréttaraðild einstaklings samkvæmt bókuninni er því gerólik þeirri aðild sem ályktun 1503 veitir.

Ýmsir aðrir mannréttindasamningar á vettvangi Sameinuðu þjóðanna veita einstaklingum kærueimild. Um skilyrði þess að kæra verði tekin fyrir gilda í grófum dráttum svipuð sjónarmið og í tilfelli samningsins um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi, þótt nokkur áherslumunur kunni að vera milli einstakra samninga.²¹⁹

218 Um frekari skilyrði fyrir kæru og framkvæmd kæruleiðar 1503 vísast til greinar Guðmundar S. Alfreðssonar og Jakobs Þ. Möller: „Mannréttindastarf Sameinuðu þjóðanna“. Hér verður látið nægja að benda á að þótt öll skilyrði kæru séu uppfyllt og kærnan tekin fyrir af Mannréttindaráðinu veitir ályktun 1503 kærueimild ekki fulla þjóðréttaraðild. Eftir að félagasamtök eða einstaklingur hefur lagt fram kæru, lýkur þætti hans í málinu. Kærandi flytur hvorki mál sitt fyrir Mannréttindaráðinu né eru honum kynntar niðurstöður málsins.

219 Samningurinn gegn púndingun og annarri grimmilegri, ómannlegri eða umvirkandi meðferð hefur að geyma kærueimild í 22. gr. Úrræðið þykir þó hafa náð takmörkuðum árangri. Samningurinn um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi (e. Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) var samþykktur af Allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna á sama tíma og samningurinn um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi. Samningurinn hefur ekki að geyma heimild svipaða þeirri sem samningurinn um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi geymir en nú liggja fyrir drög að valkvæðum viðauka sem heimilar einstaklingum og hópum að kæra ríki fyrir brot á samningsákvæðum. Í 14. gr. Samningsins um afnám alls kynþáttamisréttis má finna valkvæða bókun sem heimilar einstaklingum að leggja fram kærur. Árið 1990 var Alþjóðasamningur um verndun réttinda farsandverkfólks og fjölskyldna þess samþykktur. Þar er einstaklingum heimiluð kæruleið í 77. gr. Í Samningnum um afnám allrar mismununar gagnvart konum frá árinu 1979 er að finna kæruleið einstaklinga í 1. gr. viðauka við samninginn.

214 Rebecca M. M. Wallace: *International Law, Third Edition* (Sweet & Maxwell, London 1997), bls. 59, sbr. dóm alþjóðadómstólsins: *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, I. C. J. Rep. 1949, bls. 174.

215 Alþjóðadómstóllinn í Nürnberg (the International Military Tribunal) komst svo að orði: „Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.“

216 Í 7. mgr. 2. gr. stofnsáttmála Sameinuðu þjóðanna segir: „Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.“

217 H. Robertson og J.G. Merrills: *Human Rights in the World, An Introduction to the International Protection of Human Rights* (Institute for Human Rights, Finland 2000) bls. 78-79.

Mannréttindasáttmáli Evrópu hefur verið meginviðfangsefni þess hluta greinarinnar er fjallað hefur um hugmyndir fræðimanna um stjórnarskrárigildi. Þótt samningurinn heyrir ekki undir stofnanir Sameinuðu þjóðanna, heldur Evrópuráðsins, og sé því svæðisbundinn hefur hann reynst hvað áhrifaríkastur allra alþjóðlegra mannréttindasáttmála. J. G. Merrills segir í grein sinni „The European Convention on Human Rights“:

Sáttmálinn er skilvirkasta alþjóðakerfið til verndar mannréttindum sem heimurinn hefur kynnst til þessa.²²⁰

Mannréttindadómstóll Evrópu (MDE) starfar samkvæmt II. kafla samningsins. Samkvæmt 34. grein Mannréttindasáttmála Evrópu er dómstólnum heimilt að taka við kærnum frá einstaklingum sem telja að aðildarríki hafi brotið á sér réttindi sem samningurinn verndar. Í 35. gr. er fjallað um skilyrði þess að kæra fái tekni til meðferðar. Greinin er nokkuð ítarleg og eru skilyrðin strangari en þau sem samningurinn um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi setur fyrir slíkrri meðferð.²²¹ Sé kæra tekin fyrir nýtur einstaklingurinn fullrar aðildar að málsmeðferðinni.

Þótt Mannréttindasáttmáli Evrópu verndi sviðuð réttindi og samningurinn um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi er nokkur munur á þessum samningum. Til dæmis verndar Mannréttindasáttmáli Evrópu eignarréttinn, sem ekki náðist samstaða um að vernda í samningnum um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi. Á hinn bóginn hefur sá síðarnefndi ekki verið þýðingarlaus fyrir þau ríki sem eru aðilar að Mannréttindasáttmála Evrópu. Þannig er til að mynda sjálfstætt bann lagt við mismunun með almennri jafnræðisreglu í samningnum um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi. Um slíkt sjálfstætt bann var lengi ekki að ræða í Mannréttindasáttmála Evrópu heldur einungis bann við mismunun á tryggingu þeirra réttinda sem lýst er í samningnum sjálfum (14. gr.). Ákvæði 25.-27. gr. samningsins um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi hafa því reynst afar þýðingarmikil. Með almennu banni við mismunun bannar samningurinn til dæmis mismunun við beitingu efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda. Þetta er sérstaklega nefnt hér vegna þess að nú liggur fyrir í 12. viðauka Mannréttindasáttmála Evrópu einmitt slík almenn jafnræðisregla.

Sú þróun sem átt hefur sér stað á stöðu einstaklinga í alþjóðlegum mannréttindarétti er afar þýðingarmikil. Nóg er að líta til *Hrd. 1990, bls. 2* til þess að greina þau áhrif sem meðferð á kærnu einstaklinga fyrir alþjóðlegum stofnunum getur haft á innlendan rétt. Eiríkur Tómasson segir í riti sínu um réttláta málsmeðferð fyrir dómi um þetta:

220 „[T]he Convention is the most effective international system for protecting human rights that has yet been introduced anywhere in the world.“ J. G. Merrills: „The European Convention on Human Rights“, bls. 305.

221 Þannig er til dæmis gerð krafa um að kæra berist innan sex mánaða frá því að niðurstaða í heimalandi lá fyrir. Sjá um þetta til dæmis: Manfred Nowak: „The Covenant on Civil and Political Rights“, *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, bls. 96.

Í H 1990, 2 völdu dómendur í Hæstarétti þann kost að skýra íslensk lög til samræmis við fyrrgreint álit nefndarinnar sem dómstóllinn hafði lagt blessun sína yfir með því að staðfesta sátt í málinu.²²² Að öðrum kosti blasti við að unnt hefði verið að skjóta máli því, sem til úrlausnar var, og öðrum sambærilegum málum til eftirlitsstofnananna í Strassborg og fá niðurstöðu Hæstaréttar um sakfellingu efnislega hnekk, eins og gerst hafði í máli Jóns Kristinssonar. Við það hefði skapast mikil réttaróvissa og jafnvel hreinn glundroði við réttarvörslu í umdæmum utan Reykjavíkur.²²³

12.3 Eðli mannréttindaákvæða

Því sjónarmiði er gjarnan hreift af fræðimönnum að sökum hins sérstaka eðlis mannréttindaákvæða skuli staða þeirra metin önnur en annarra laga, sem þó hafa ef til vill sömu *formlegu* stöðu. Mannréttindaákvæði varði samskipti ríkis og borgara þar sem gerðar eru kröfur um að grundvallarréttindi sérhvers lífandi manns séu virt og því sé nauðsynlegt að tryggja alþjóðlegum mannréttindasáttmálum bein réttaráhrif og telja þá réttarskapandi. Ragnar Aðalsteinsson orðar þetta svo:

Það er því eitt af skýrustu sérkennum mannréttindasáttmálanna og markar þeim sérstöðu, að viðfangsefni þeirra er dæmigert viðfangsefni landsréttar, en ekki hefðbundins þjóðaréttar. Þessi sérstaða gefur tilefni til að meta stöðu ákvæða samninganna í landsrétti með öðrum hætti en annarra þjóðréttarsamninga.²²⁴

Ög séu slíkir samningar lögfestir þá hljóti viðkomandi lög að vega sérstaklega þungt á metunum við úrlausnir dómara. Þetta sjónarmið kemur meðal annars fram hjá norsku nefndinni sem fjallaði um kosti og galla þess að lögfesta Mannréttindasáttmála Evrópu.²²⁵ Dóra Guðmundsdóttir orðar þetta með þessum hætti:

Í greinargerð nefndarinnar, sem fylgdi frumvarpi til laga nr. 62/1994, er ekki sérstaklega rökstutt hvers vegna það var lagt til að sáttmálinn yrði tekinn í almenn lög en ekki stjórnskipunarlög. Miðað við eðli ákvæðanna standa þau mun nær ákvæðum stjórnarskrár sem sett eru til verndar mannréttindum og eru oft rúmt orðaðar meginreglur sem mjög verður að fylla með skýringu.²²⁶

Þá segir Davíð Þór Björgvinsson að ástæða þess að tilhneiging muni verða til þess að gera ákvæðum Mannréttindasáttmála Evrópu herra undir höfði en

222 Hér vísar Eiríkur til sáttar þeirrar sem íslenska ríkið gerði við Jón Kristinsson fyrir Mannréttindadómstólnum og vísað er til í niðurstöðu Hæstaréttar í *Hrd. 1990, bls. 2*.

223 Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi - íslensk lög og lagafrankvæmd í ljósi 1. og 3. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu* (Orator, Reykjavík 1999), bls 17.

224 Ragnar Aðalsteinsson: „Alþjóðlegir mannréttindasáttmálar og íslenskur landsréttur“, bls. 9.

225 NOU 1993: 18, bls 150.

226 Dóra Guðmundsdóttir: „Um lögtöku Mannréttindasáttmála Evrópu og beitingu í íslenskum rétti“, bls. 167.

formleg staða hans gefur til kynna, leiði af eðli réttindanna sem grundvallarréttindum, en einnig af þjóðréttarlegum bakgrunni.²²⁷

Ekki verður betur séð en að hugmyndir um sérstöðu mannréttindasáttmála vegna eðlis réttindanna feli í sér nokkurt frávik frá hefðbundnum sjónarmiðum um hina lagalegu aðferð. Með þessu er í raun verið að líta til siðferðislegs gildis lagareglna við niðurstöðu og ákvörðun um réttshæð þeirra innan réttarheimildarfræðinnar. Hér ber þó meðal annars að gæta að því að fræðilega er ekkert því til fyrirstöðu að setja hvers kyns ákvæði í mannréttindasáttmála, án tillits til röklegrar tengingar við mannréttindi í náttúruaréttarlegum eða siðferðilegum skilningi. Eigi dómstólar, og aðrir sem hafa það hlutverk að framfylgja lagareglum, að meta réttarheimildarlega stöðu meðal annars út frá eðli réttinda sem mannréttindareglna er mikilvægt að fyrir liggja nákvæm skilgreining á því hvað mannréttindi eru. Í því efni dugur tæplega að miða einungis við heiti hins alþjóðlega sáttmála.

12.4 Ákvæði í mannréttindasáttmálunum sjálfum

Fræðimenn, sem telja alþjóðlega mannréttindasáttmála eiga að njóta beinna réttaráhrifa án sérstakrar lögfestingar, vísa sumir hverjir til ákvæða í sáttmálunum sjálfum máli sínu til stuðnings.

Í tilfelli Mannréttindasáttmála Evrópu er helst vísað til 13. gr. sáttmálans sem segir:

Sérhver sá sem á er brotinn réttur eða það frelsi hans skert, sem lýst er í samningi þessum, skal eiga raunhæfa leið til að ná rétti sínum fyrir opinberu stjórnvaldi, og gildir einu þótt brotið hafi framið opinberir embattismenn.²²⁸

Í tilfelli *Samningsins um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi* er hins vegar vísað til 2. gr. samningsins en þar segir í 1. tl.:

Sérhvert ríki sem aðili er að samningi þessum tekst á hendur að virða og ábyrgjast öllum einstaklingum innan landsvæðis síns og undir lögsögu sinni réttindi þau sem viðurkennd eru í samningi þessum [...]

Í 2. tl. 2. gr. samningsins er kveðið á um skyldu aðildarríkja til að gera nauðsynlegar ráðstafanir í samræmi við stjórnskipulega meðferð og ákvæði hans, að koma á slíkum lögum eða öðrum ráðstöfunum er kunna að vera nauðsynlegar til þess að réttindum samkvæmt samningnum sé framfylgt. Í 3. tl. (a) er svo ríkjum gert að ábyrgjast að sérhver maður sem hefur viðurkenndan rétt eða frelsi eins og hér er viðurkennt og brotið hefur verið á honum, skuli fá raunhæfar

227 Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 166.

228 Ragnar Aðalsteinsson vitnar til skrifna Terje Wold sem telur ákvæðið leiða til þess að mannréttindaákvæði sáttmálans séu sjálfkrafa hluti landsréttar. Sjá nánar Terje Wold: *Den europeiske menneskerettskonvensjon og Norge*, bls. 357-360. Ragnar telur 1., 57. og 64. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu styrkja þessa túlkun á 13. gr. sáttmálans. Sjá nánar: Ragnar Aðalsteinsson: „Alþjóðlegir mannréttindasáttmálar og íslenskur landsréttur“, bls. 9.

úrþætur, enda þótt skerðingin hafi verið framín af mönnum sem fara með stjórnvald.

Nefna mátti sambærileg dæmi um ákvæði í öðrum alþjóðlegum mannréttindasáttmálum á vegum Sameinuðu þjóðanna eða svæðisbundinna samtaka. Hér eru þeir sáttmálar hins vegar teknir sem dæmi sem helst hefur verið ritað um af fræðimönnum og einna mest áhrif hafa haft á landsrétt aðildarríkjanna.

Auk þess að vísa til ákvæða í sáttmálunum sjálfum hefur einnig verið vakin athygli á ummælum í greinargerðum með lagafrumvörpum sem lögfesta slíka sáttmála í innanlandsrétt. Slíkar röksemdir hafa meðal annars verið færðar fram í Noregi. Í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 62/1994 er lögfestu Mannréttindasáttmála Evrópu í íslenskan rétt segir meðal annars um 2. gr., en hún kveður á um að úrlausnir stofnana Mannréttindasáttmála Evrópu hafi ekki fordæmisgildi að íslenskum rétti:

Á hinn bóginn má telja sjálfsgagt að reikna með að íslenskir dómstólar og stjórnvöld hefðu slík fordæmi til leiðsagnar þegar reyna kynni á skýringu einstakra ákvæða laganna. Um skerðingu á sjálfstæði dómstóla og stjórnvalda hér á landi verður engan veginn að ræða af þessum sökum [...]²²⁹

Síðar í greininni verða þau rök, sem færð hafa verið fyrir stjórnarskrárgildir alþjóðlegra mannréttindasáttmála, skoðuð nánar í ljósi stjórnarskrárhyggju. Hér verður látið nægja að benda á að það að vísa til ákvæða í lagatextanum sjálfum til vitnis um réttarheimildarlega stöðu textans hlýtur að teljast afar hæpið út frá hinni hefðbundnu lagalegu aðferð. Staða réttarheimildar hlýtur að markast af setningarháetti hennar, en ekki fyrirmælum hennar sjálfra.²³⁰

12.5 Greinargerð með frumvarpi sem varð að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995

Í greinargerð með stjórnskipunarlögum þeim er breyttu mannréttindakafla stjórnarskrárinnar til núverandi horfs segir meðal annar um ástæður þess að ráðist var í breytingarnar:

Loks er í þriðja lagi bent á að tímabært sé að endurskoða mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar með tilliti til þeirra alþjóðlegra skuldbindinga sem Ísland hefur gengist undir með því að gerast aðili að alþjóðlegum sáttmálum til verndar mannréttindum.²³¹

229 *Alþingistíðindi* 1993-1994 A, þskj. 105, bls. 800-801.

230 Sjá um þetta meðal annars Jón Steinar Gunnlaugsson: „Á svelli réttarheimilda“, *Morgunblaðið*, 4. október 2003: „Þegar skoðuð er forgangsröð réttarheimilda skiptir hvað mestu máli að athuga hvernig reglu, sem byggist á tiltekinni heimild, verði breytt. Stjórnarskráin stendur almennum lögum ofar vegna þess að almenni löggjafinn getur ekki breytt henni. Almenn lög standa réttarheimildum, eins og t.d. verjum, framfar vegna þess, að slíkum heimildum verður breytt með almennum lögum.“

231 *Alþingistíðindi* 1994-1995 A, bskj. 389, bls. 2073.

Því hefur ekki verið haldið fram að með ákvæðum í greinargerðinni hafi alþjóðlegir mannréttinasáttmálar hreinlega verið festir í stjórnarskrána. Enda þyrfti þá ekki að fjalla um hugsanlega stöðu þeirra sem stjórnarskrárigildis. Til þessara tengsla stjórnarskrárinnar við alþjóðlegar skuldbindingar íslenska ríkisins hefur hins vegar gjarnan verið vísað þegar lögð er áhersla á sérstöðu slíkra skuldbindinga að innanlandsrétti. Í greinargerðinni kemur jafnframt fram að lítið hafi verið til Mannréttinasáttmála Evrópu og samningsins um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi þegar metið var hvaða borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi skyldu bæstast við eldri ákvæði stjórnarskrárinnar.²³² Einhverjir kunna að telja að þessi tilvísun leiði til þess að umræða um stjórnarskrárigildi hafi tæpast raunverulega þýðingu. Búið sé að skera úr um málið með því að lýsa því yfir að við setningu stjórnarskrárákvæða og við skýringu þeirra sé lítið til alþjóðlegra mannréttinasáttmála. Hér verður ekki tekið undir þetta sjónarmið. Jafnvel þótt menn teldu slík ákvæði í greinargerðum skera úr um og tryggja ákveðnum mannréttinasáttmálum sérstaka réttarheimildarlega stöðu í íslenskum rétti, það er æðri en formleg lögfesting þeirra gefur til kynna, vakna um leið fjölmargar spurningar. Til hvaða áttmála er verið að vísa nákvæmlega? Er það ef til vill breytilegt eftir efni og ástæðum? Og hvað ef hinir alþjóðlegu mannréttinasáttmálar eru misvísandi? Kenninguna um stjórnarskrárigildi alþjóðlegra mannréttinasáttmála þarf því að skoða til hlítar eigi að ríka vissa um það hvaða réttarheimildir nákvæmlega teljist til grundvallarlaga og hvernig þær skuli meðhöndlaðar.

13. Stjórnarskrárigildi í ljósi stjórnarskrárhyggju

Nú hefur verið fjallað nokkuð um réttarheimildarlega stöðu alþjóðlegra mannréttinasáttmála og þær röksemdir teknar saman sem helst hafa verið færðar fyrir því að slíkum áttmálum, einkum Mannréttinasáttmála Evrópu, skuli beitt sem stjórnarskrárigildi. Eftir er að skoða kenninguna um stjórnarskrárigildi áttmálanna með hliðsjón af stjórnarskrárhyggju. Er rétt að viðurkenna alþjóðlega mannréttinasáttmála sem ígildi stjórnarskrár, þegar hugað er að þeim röksemdum og markmiðum sem liggja að baki því að hafa ritaða stjórnarskrá?

13.1 Stjórnarskrárgjafinn

Fyrr í þessari grein hefur þriggreining ríkisvaldsins sem eitt af höfuðeinkennum íslenskrar stjórnskipunar og stjórnarskrárhyggju verið rædd nokkuð. Í samræmi við kenninguna um þriggreiningu ríkisvalds er valdinu skipt í lög-gjafar-, framkvæmdar- og dómvald. Í íslenskum rétti skiptist lög-gjafarvaldið meðal annars í almennt lög-gjafarvald og vald til þess að setja grundvallarlög og er skýr greinarmunur gerður á þessum þáttum ríkisvaldsins.²³³ Munurinn birtist ekki síst í ólíkum setningarhátti almennra laga og stjórnskipunarlega en eins og áður greinir er setningarmáti þeirra síðarnefndu flóknari og torveldari. Helstu

ástæður þessa munar á meðferð frumvarpa til almennra laga og stjórnskipunar-laga eru vitaskuld þær að talið er að vanda þurfi sérstaklega til gerðar grundvallarlaga samfélagsins og víðtæk sátt ríki um efni þeirra. Þá er ákvæðum stjórnarskrár gjarnan ætlað að segja fyrir um form stjórnskipunar ríkisins og útteila valdi til stofnana þjóðfélagsins. Mikió gildi er í því fölgjó að slíkar reglur séu ekki um of háðar pólitískum sviptivindum, heldur séu stöðugar og áreiðanlegar til nokkurrar framtíðar.²³⁴ Nánar verður vikið að þessum sjónarmiðum síðar í kaflanum í tengslum við einstök efnisatriði.

Stjórnarskrárgjafinn er lýðræðislega kjörinn. Samkvæmt 79. grein stjórnarskrárinnar er stjórnarskrárgjafinn myndaðri af þingmeirihlutum eftir tvennar alþingiskosningar sem fram fara í samræmi við ákvæði stjórnarskrárinnar og laga um kosningar til Alþingis nr. 24/2000, sbr. 2. mgr. 33. gr. stjórnarskrárinnar. Almennur velur því stjórnarskrárgjafann og getur reyndar einnig tekið afstöðu sérstaklega til þeirra frumvarpa til stjórnskipunarlega sem liggja fyrir í kosningunum, þó með óbeinum hætti sé.²³⁵

Stjórnarskrárigildi eru ekki sett af stjórnarskrárgjafanum.²³⁶ Sé réttarheimild, sem formlega hefur stöðu almennra laga eða þjóðaréttar,²³⁷ veitt staða grundvallarlaga í réttarkerfinu og lítið á hana sem stjórnarskrárigildi er verið að ganga framhá stjórnarskrárgjafanum við setningu stjórnskipunarlega. Um leið og gengið er inn á valdsvið stjórnarskrárgjafans með þessum hætti er almennur sviptur þeim áhrifum sem hann hefur á setningu grundvallarlaga af stjórnarskrárgjafanum í samræmi við 79. grein stjórnarskrárinnar.

Samkvæmt stjórnarskrárhyggju er hinu opinbera valdi útdeilt í ritaðri stjórnarskrá og þar kveðið á um greiningu þess og hlutverk einstakra þátta. Sé viðurkennt að grundvallarlög séu sett, án atbeina stjórnarskrárgjafans, hlýtur sú spurning að vakna hver hafi heimild til slíkrar lagasetningar og hvaðan sú heimild er spröttin, fyrst hana er ekki að finna í stjórnarskránni sjálfri? Vandséð er hvaða aðili hefur heimild til þess að skera úr um það efni.²³⁸ Eigi dómstólar að líta á alþjóðlega mannréttinasáttmála, lögfesta eða ólögfesta, öðrum augum en formleg staða þeirra gefur til kynna, hlýtur að þurfa að gefa þeim skýr fyrirmæli um slíkt í stjórnarskránni. Ad öðrum kosti hefur verið gengið inn á valdsvið hins lýðræðislega kjörna stjórnarskrárgjafa.

234 Sjá til dæmis Ólaf Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 90-91.

235 Þannig geta borgararnir látið stuðning við frambjóðendur til þingsetu ráðast af afstöðu þeirra til frumvarpsins. Eins og áður segir hafa ýmis ríki frekar valið þann kost að láta kjósa sérstaklega um stjórnskipunarlagafrumvörp í þjóðaratkvæðagreiðslum.

236 Enda eitt af hugtaksskilyrðum *stjórnarskrárigildis* að það er ekki sett með sama hætti og reglur stjórnarskrárinnar.

237 Með orðinu *formlega* á ég við að setningarháttur réttarheimildarinnar sé með þeim hætti sem gildir um almenn lög eða þjóðréttarsamninga.

238 Hér skal tekið fram að því fer auðvitað fjárrí að stjórnskipunarreglur geti ekki átt rót sína að rekja til nokkurs annars en lagasetningar af hálfu stjórnarskrárgjafans. Stjórnskipunarvenjur eru til að mynda viðurkennda í íslenskum rétti. En settur réttur er, eins og hugtakið gefur til kynna, settur af þar til bærum aðila, ófugt við réttarvenjur sem ekki eru settar af neinum einum aðila. Þá eru og gerðar strangari skilyrði þess að stjórnskipunarvenja teljist mynduð heldur en venju-
legr venja. sbr. til dæmis Sienurður Lindal: *Um lög og lövfræði*, bls. 162-163.

232 *Alþingistíðindi* 1994-1995 A, þskj. 389, bls. 2081.

233 Sbr. 79. gr. stjórnarskrárinnar.

13.2 Fyrirsjáanleiki og stöðugleiki

Fáir yrðu sjálfsagt til þess að andmæla því að *efnisákvæði* alþjóðlegra mannréttindasáttmála eru gjarnan til þess fallin að styrkja rétt einstaklingsins gagnvart opinberu valdi og jafnvel auka réttaröryggi þeirra, þótt í mismiklum mæli sé eftir því um hvaða aðildarríki um ræðir. Umfjöllun fræðimanna um réttarríkið tekur hins vegar oftast til þeirra *formreglna* sem gilda í réttarkerfinu.²³⁹ Umfjöllunin lýtur nánar tiltekið að þeim reglum sem gilda um það hvernig lög verða til, hvernig þeim er beitt, hvaða stofnanir séu nauðsynlegar og hvaða völd beri að veita þeim.²⁴⁰ Í umfjöllun um tengsl réttarríkisins við stjórnskrárhyggju var nánar vikið að þeim skilyrðum, sem fræðimenn í réttarheimspeki hafa helst sett fram, sem réttarkerfi þurfi að uppfylla til þess að um réttarríki sé talið að ræða. Við skulum nú víkja sögunni að því hvernig hugmyndin um stjórnskrárgildi fellur að þeim kröfum sem gerðar eru til réttarríkisins, burt séð frá því hvaða efnislega rétt stjórnskrárgildið kann að veita í hverju tilfelli fyrir sig.

13.2.1 Fyrirsjáanleiki laga

Kröfur réttarríkisins um að lögum skuli ekki beitt með afturvirkum hætti, þau birt og að öðru leyti aðgengileg öllum almenningi, stuðla að fyrirsjáanleika laganna. Fyrir greininni rökum við sjónarmið Richard S. Kay um mikilvægi fyrirsjáanleikans og litum til dæmisögu hans um þá Prospero og Calibian. Fyrirsjáanleiki laganna er grundvöllur þess að fólk og stofnanir, sem fara eiga að lögum, lifi ekki í óvissu og óöryggi um gildandi rétt.²⁴¹

Hvaða réttarreglur eru ígildi stjórnskrár? Mikilvægt er að ekki ríki vafi um hvaða reglur teljist til grundvallarreglna stjórnskipunarinnar og hafi æðri réttarheimildarlega stöðu en almenn lög. Eins og umfjöllunin hér að ofan hefur borið með sér hafa hugmyndir um stjórnskrárgildi helst verið settar fram í tengslum við alþjóðlega mannréttindasáttmála. Um leið voru þau rök, sem helst hafa verið færð fyrir slíkri stöðu sáttmálanna, rædd nokkuð og skoðuð. En jafnvel þótt sam-mælt sé um að slík staða sé einskorðuð við alþjóðlega mannréttindasáttmála stendur eftir spurningin um það hvaða alþjóðlegu mannréttindasáttmálar njóti hennar. Jafnvel má velta fyrir sér hvort öll ákvæði innan slíks sáttmála njóti stöðu stjórnskrárgildis eða einungis fáein ákvæði.²⁴² Þarf sáttmálinn að vera

fullgiltur eða lögfestur í innanlandsrétt? Og hver hefur heimild til þess að taka bindandi afstöðu til þessara spurninga; dómstólar, stjórnvöld eða jafnvel fræðimenn? Svörin við þessum spurningum hafa síður en svo verið skýr og einhlít. Sumir fræðimenn telja alla alþjóðlega mannréttindasáttmála, sem hlotið hafa fullgildinguna, standa ofar innlendum rétti og óheimilt að setja lagaákvæði sem ganga í berhög við þá.²⁴³ Aðrir virðast ganga skemur og einskorða slíka réttarheimildarlega stöðu við einstaka sáttmála, einkum Mannréttindasáttmála Evrópu.²⁴⁴

Alþjóðlegir mannréttindasáttmálar eru afar ólíkir að formi og efni. Þá er stofnana- og eftirlitskerfi þeirra afar breytilegt. Sumir sáttmálanna eru svæðisbundnir, svo sem sáttmálar á vegum Evrópuráðsins, aðrir alþjóðlegir í fyllstu merkingu þess orðs, svo sem samningar á vegum Sameinuðu þjóðanna. Um skeið var gjarnan greint á milli þeirra sáttmála er ætlað er að vernda svokölluð *neikvæð* mannréttindi og hinna sem snúa að *jákvæðum* réttindum, þótt ýmsum þyki sú flokkun óskýr eða úrelt.²⁴⁵ Sumir samninganna eru sérsamningar um ákveðin réttindi á meðan aðrir hafa vítt gildissvið. Ýmsir sáttmálar hafa mjög virkt eftirlitskerfi, jafnvel skipað dómstólum sem geta fellt dóma yfir aðildarríkj-unum, á meðan aðrir gera ráð fyrir skýrslugjöf eða annars konar aðferðum sem ekki leiða til bindandi úrskurða. Af þessu er ljóst að reynt hefur verið að flokka alþjóðlega mannréttindasáttmála með ýmsum hætti. Hér verður ekki ráðist í slíka flokkun eða greinargerð um sérkenni þeirra alþjóðlegu mannréttindasáttmála sem Ísland er aðili að, enda rúmast slík umfjöllun ekki í greininni. Slík umfjöllun er heldur ekki brýn þar sem þegar hafa verið gefin út yfirlitsrit um slíka flokkun og greinargerðir sem gera efni góð skil.

En þótt hægt sé að flokka samningana með ýmsum hætti og reyna að finna skörp skil á milli þeirra með ýmsum aðferðum, verður því ekki á móti mælt að þróunin á sviði alþjóðlegs mannréttindaréttar er afar hröð og til þess fallin að rugla slíka flokkun. Sífelldu eru samþykktir nýir sáttmálar á vettvangi alþjóðastofnana og sífelldu taka þeir sáttmálar, sem fyrir eru, breytingum. Bæði er það svo að nýjum efnisákvæðum er bætt við samningana svo og að eftirlitskerfi sáttmálanna og stofnanir eru endurskoðaðar og taka breytingum.

Þá þróun sem átt hefur sér stað í alþjóðlegum mannréttindarétti, og hér hefur verið vikið að í örfáum orðum, verður að hafa í huga þegar lagt er til, eða fullyrt, að ákveðinn mannréttindasáttmáli hafi stöðu stjórnskrárgildis. Því ekki er ólíklegt að það sem áður veitti einum mannréttindasáttmála sérstöðu, svo sem skilvirk kærueimild einstaklinga, eigi síðar við um fleiri og ólíka alþjóðlega mannréttindasáttmála.

239 Skúli Magnússon segir um þetta: „Réttarríki lýtur þannig að megin stefnu ekki að því hvers efnis lögin eigi að vera heldur mæli fyrir um að lög skuli hafa ákveðna tæknilega eiginleika. Augljóst er að hægt er að fremja illvirki með lögum sem eru birt, framvirk, vel framkvæmanleg, skýr og skiljanleg og almenns eðlis. Ranglát lög geta með öðrum orðum verið tæknilega góð.“ Sjá, Skúli Magnússon: *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar*, bls. 17.

240 Sjá til dæmis: John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, bls. 270-273.

241 Í raun má segja að fyrirsjáanleikinn sé náskyldur hugmyndum okkar um lögin og lagabirtingu. Því er það ekki krafa réttfæðis að lögum sé ekki beitt nema þau séu birt með þeim hætti að fólk fái ráðrúm til þess að fylgja þeim?

242 Til dæmis er hugsanlegt að gera greinar mun á ákvæðum eftir því hvort þau eigi sér einhvers konar hliðstæðu í stjórnskránni en séu nánari útfæring og svo framvegis. Einnig mætti hugsanlega gera greinar mun á *eðli* þeirra réttinda sem fyrirfinnast í slíkum sáttmálum, þar sem sum væru í eðli sínu algild mannréttindaákvæði en önnur ekki.

243 Sjá til dæmis fyrri tilvitnanir í skrif Ragnars Aðalsteinssonar.

244 Áður hefur verið vísað til skrifu Sigurðar Lindal og Eiríks Tómassonar um sérstöðu Mannréttindasáttmála Evrópu. Ekki verður betur séð en að þeir telji Mannréttindasáttmála Evrópu njóta sérstöðu í þessum efnum umfram aðra alþjóðlega mannréttindasáttmála, þótt þeir rökstyðji mál sitt með svoltið ólíkum hætti.

245 Sjá til dæmis: Allan Rosas og Martin Scheinin: „Categories and Beneficiaries of Human Rights“, *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, bls. 49-51.

Eins og áður var rakið stuttlega veita sifellt fleiri alþjóðlegir mannréttinda-sáttmálar einstaklingum kæruehimild til stofnana sem starfræktar eru í samræmi við sáttmálana. Hefur Mannréttindasáttmáli Evrópu eflaust verið fyrirmynd margra annarra sáttmála í þessum efnum og hvatning til þess að efla skilvirki þeirra leiða sem hægt er að leit til þess að koma kvörtunum um mannréttindabrot á framfæri.²⁴⁶ Í *Hrd. 1990, bls. 2* var sagt að líta yrði til þeirrar úrlausnar sem þræufnið hafði fengið í sambærilegu máli Jóns Kristinssonar fyrir stofnunum Mannréttindasáttmála Evrópu. Eiríkur Tómasson og Jón Steinar Gunnlaugsson telja reyndar báðir að þetta atriði, það er hin fyrirliggjandi afstaða stofnana Mannréttindasáttmála Evrópu og túlkun þeirra á hinum ólögfesta sáttmála hafi ráðið úrslitum í málinu og orðið þess valdandi að Hæstiréttur Íslands vék frá fyrri fordæmum og lýsti ákvæði almennra laga, sem beitt hafði verið um langa hríð, andstað stjórnskipunarlögum.²⁴⁷

Hrd. 1990, bls. 2 féll þegar Mannréttindasáttmáli Evrópu var enn ólögfestur í íslenskan rétt. Ef rökin fyrir stjórnarskrárgildi Mannréttindasáttmála Evrópu eru þau hve skilvirkt stofnankerfi sáttmálans er, verður ekki séð hvernig hægt verði að hafna sömu stöðu annarra sáttmála komi þeir sér upp sambærilegu eftirlitkerfi. Aðgreining Mannréttindasáttmála Evrópu frá öðrum sáttmálum, svo sem Samningnum um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi og hinum Evrópuráðssamningnum, Félagsmálasáttmála Evrópu, yrði enn erfiðari við lögfestingu síðarnefndu sáttmálanna.

13.2.2 Hvernig tryggja má fyrirsjáanleika

Hér að framan hafa röksemdir fyrir stjórnarskrárgildi sem lúta að *æðli* mannréttindareglna, ákvæðum í sáttmálunum sjálfum og sérstöðu einstakra samninga verið gagnrýndar með hliðsjón af gildi þess að lögin séu fyrirsjáanleg. Hins vegar skal tekið undir með þeim fjölmörgu fræðimönnum sem bent hafa á kosti þess að Íslendingar eigi náð samstarf við önnur ríki, ekki síst á sviði mannréttinda. Þannig má færa gild rök fyrir því að takmarkað framsal ríkisvalds til alþjóðlegra stofnana sé til þess fallið að auka réttaröryggi og skilvirka mannréttindavernd. En ákvörðun um það hvaða stofnanir þiggja slíkt vald, hvaða alþjóðasáttmálum er veitt staða æðri laga (jafnvel hvaða ákvæði innan slíkra sáttmála) og hvaða skilyrði setja eigi slíku valdaframsali, er ekki hins almenna löggjafa, stjórnvalds, dómstóla eða fræðimanna. Slíka ákvörðun getur stjórnarskrárgjafinn einn tekið, eigi fyrirsjáanleika laganna og réttarvissu þeirri er stjórnarskráryggjan stuðlar að, ekki að vera stefnt í hættu. Taki stjórnarskrárgjafinn

slíka ákvörðun, og framselji jafnvel ríkisvald til erlendra stofnana í þágu nánara samstarfs, er mikilvægt að um það sé sett skýr ákvæði í stjórnarskrána.²⁴⁸

13.2.3 Stöðugleiki stjórnskipunarlaga

Fyrir í þessari grein var fjallað lítillega um það hvernig stjórnarskráryggjan stuðlar að stöðugleika grundvallarlaga þjóðfélagsins með því að binda hinn almenna löggjafa, og aðra handhafa ríkisvalds, við stjórnarskrá sem geymir ákvæði sem eru æðri almennum lögum (l. *lex superior*) og ekki verður breytt með sama hætti og almennti löggjöf, heldur flóknari. Þetta leiði til þess að stjórnarskráin standi af sér „hin tíðu veðrabrigði stjórnmalanna og stundaráttök þjóðfélagsaflanna“ og reynist sú kjölfesta sem henni er ætlað að vera í réttarkerfinu og þjóðfélaginu almennt, svo vitnað sé til orða Ólafs Jóhannessonar.²⁴⁹

Íslenska stjórnarskráin segir til um, í 79. grein, hvernig henni verður breytt. Kjarni hugtaksskilgreiningar stjórnarskrárgildis er sá að það er ekki sett með þeim hætti sem ákvæði 79. gr. stjórnarskrárinnar segja til um.²⁵⁰ Um leið hlýtur stöðugleika þeim sem stjórnarskrárákvæðinu er ætlað að tryggja, að vera stefnt í hættu, hvort sem krafa er gerð um lögfestingu alþjóðasáttmálans í almenn lög eða ekki.

Við þetta má bæta að á meðan ekki liggur fyrir með óumdeilanlegum hætti við hvaða alþjóðlegu mannréttindasáttmála hugmyndin um stjórnarskrárgildi takmarkast, og slík ákvörðun jafnvel falin dómstólum, er hætt við heldur „kröppum beygjum“ við mat á stjórnskipulegu gildi laga.²⁵¹ Ekki má heldur horfa framhjá því að vel má hugsa sér að áherslumunur á ákvæðum alþjóðlegra mannréttindasáttmála kunni að fyrirfinnast og ákvæði þeirra illsamræmanleg.²⁵² Um leið og dómstólum er fallið það hlutverk að veita og meta hvaða sáttmálar hafi slíka stöðu og ákveða stöðu slíkra sáttmála innbyrðis, séu ákvæði þeirra misvísandi, verður ekki betur séð en að stöðugleika stjórnskipunarlaga sé stefnt í

248 Davíð Þór Björgvinsson fjallar í *Morgunblaðsgrein* um það sem hafa verður í huga sé tekin ákvörðun um að framselja vald til alþjóðlegra stofnana með ákvæði þar að lútandi í stjórnarskrá. Sjá: Davíð Þór Björgvinsson: „Stjórnarskrá Íslands og framsal ríkisvalds“, *Morgunblaðið*, 9. mars 2003.

249 Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 91.

250 Væri það sett með þeim hætti væri ekki um *gildi* stjórnarskrárinnar að ræða heldur *hluta af* stjórnarskránni.

251 Hér er vísað í orðalag Þórs Vilhjálmssonar í grein sinni: „Staða Hæstaréttar í stjórnskipuninni“ en þar segir hann í umfjöllun sinni um *Hrd. 1990, bls. 2*: „Þó að dómstólar telji sig stundum ekki geta vikið frá fordæmisreglum eru þess dæmi að í lögskýringum sínum hafi þeir tekið krappar beygjur, ef svo má segja.“ Sjálfur telur Þór það vart standast að telja að í dómnum hafi mannréttindasáttmálanum verið beitt sem réttarheimild, enda sé talað um skýringu á tilteknu lagaákvæði í honum, sbr. bls. 52.

252 Sem dæmi um þrætumál þar sem ólíkir alþjóðlegir sáttmálar, sem Ísland er aðili að, koma við sögu er verkfallsrétturinn. 14. nóvember 2002 féll í Hæstarétti dómur í svokölluðu *sjómanna máli*. Ástráður Haraldsson gerir dóminn að umfjöllunarefni í grein sinni „Verndar stjórnarskráin verkfallsréttinn?“. Eins og Ástráður bendir á er fjallað um verkfallsréttinn í Mannréttindasáttmála Evrópu, Félagsmálasáttmála Evrópu, samþykktum Alþjóðavinnumálastofnunarinnar (ILO) og samningnum um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Sjá nánar: Ástráður Haraldsson: „Verndar stjórnarskráin verkfallsréttinn?“, *Tímarit löggæðinga* (53. árgangur, 3. hefti, 2002).

246 J. G. Merrills: „The Council of Europe (I): The European Convention on Human Rights“, *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, bls. 287. Merrills segir meðal annars: „The Convention, although now just one among many human rights treaties, is certainly the most fully developed and the best observed. By the same token, the institutions which the Convention created [...] have provided an inspiring model for other human rights systems.“

247 Sbr. áður tilvitnuð skrif þeirra: Jón Steinar Gunnlaugsson: „Kenningar og raunveruleiki“ og Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*.

hættu. Þar að auki fæli slíkt hlutverk dómstóla í raun í sér vald til þess að setja grundvallarlög.

13.2.4 Breytingar á stjórnarskrárgildi

Sé fallist á hugmyndina um stjórnarskrárgildi alþjóðlegra mannréttindasáttmála, til dæmis að Mannréttindasáttmáli Evrópu njóti slíkrar stöðu, vakna upp spurningar um það hvernig stjórnarskrárgildi verði breytt, eða það numið úr lögum. Mannréttindasáttmáli Evrópu var fullgiltur árið 1953 og lögfestur með lögum nr. 62/1994. Sé það svo að óheimilt sé að setja almenn lög, sem ganga gegn sáttmálanum, blasir við að almenni löggjafinn árið 1953 hefur bundið hendur almenna löggjafans til framtíðar.²⁵³ Hér kynnu margir að nefna til sögunnar að lagasetning í berhögg við ákvæði sáttmálans væri alla jafna einnig í andstöðu við mannréttindakafla stjórnarskrárinnar, að minnsta kosti í ljósi þess að hún sé skýrð til samræmis við alþjóðlegar skuldbindingar landsins. En hvað ef eitthvert ákvæði sáttmálans á sér ekki hliðstæðu í stjórnarskránni? Væri löggjafanum óheimilt að setja reglu er takmarkaði, breytti eða afnæmi slíkt ákvæði? Og hvað með aðra mannréttindasáttmála sem ekki geyma ákvæði jafn áþekkt þeim sem finna má í stjórnarskránni eftir breytingarnar á henni árið 1995?

Ragnar Aðalsteinnsson er þeirrar skoðunar að séu alþjóðlegir mannréttindasáttmálar fullgildir af hálfu Íslands sé óheimilt að setja lög sem ganga í berhögg við þá. En hvernig verður slíku stjórnarskrárgildi breytt, ef ekki með almennum lögum? Er gerð krafa um að stjórnarskrárgjafinn taki það sérstaklega fram hvaða alþjóðlegu mannréttindareglur hafi ekki lagalegt gildi að innanlandsrétti? Eða er jafnvel stjórnarskrárgjafanum óheimil slík lagasetning? Er jafnvel stjórnarskrárgjafinn sjálfur bundinn af reglum stjórnarskrárgildisins? Í Þýskalandi hefur það sjónarmið verið ráðandi að handhafa ríkisvaldsins, þar á meðal stjórnarskrárgjafinn, séu bundnir af einhvers konar æðri rétti. Brjóti lagasetning í bága við hinn æðri náttúru rétt, hvort sem hún er í formi stjórnskipunarlega eða almennra laga, verður ekki talið að um réttarreglu sé að ræða.²⁵⁴ Byggja framangreindar náttúru réttarkenningar á því að skipta megi mannréttindaákvæðum í tvo flokka. Annars vegar réttindi hins æðri réttar, óháð ákvæðum stjórnarskrárinnar og tilurð ríkisins yfir höfuð. Hins vegar mannréttindum sem sköpuð eru af stjórnarskrárgjafanum og hægt er að breyta með sama hætti.²⁵⁵ Velta má fyrir sér hvort þær hugmyndir, sem lengst hafa gengið um stjórnarskrárgildi í íslenskum rétti, séu farnar að nálgast hina þýsku náttúru réttarkenningu.²⁵⁶

²⁵³ Og ef menn telja sáttmálan hafa fengið stöðu stjórnarskrárgildis við lögfestingu, gildir það sama, nema þá hefur löggjafinn árið 1994 bundið hendur löggjafans í framtíðinni.

²⁵⁴ Gaukur Jörundsson: „Saga stjórnskipulegrar eignaverndar“, bls. 65.

²⁵⁵ S.r., bls. 66. Gaukur Jörundsson gerir góða grein fyrir þessu einkenni á þýskum stjórnskipunar rétti í grein sinni og vísast þangað um frekari umfjöllun.

²⁵⁶ Í þessu sambandi er einnig fróðlegt að líta til stöðu Rómarsamningsins í Evrópurétti gagnvart stjórnskrám aðildarríkja Evrópusambandsins. Hér er þó ekki rúm til þess að gera grein fyrir þeim sjónarmiðum sem sett hafa verið fram um stöðu hans. Sjá um það meðal annars: Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið* (Bókaútgáfa Orators, Reykjavík 2000), til dæmis bls. 62-64 og 159 og áfram.

13.3 Eðli laga sem röksemd fyrir réttarheimildarlegri stöðu

Þau rök hafa áður verið rakin að alþjóðlegir mannréttindasáttmálar hljóti að njóta sérstöðu og vægis umfram formlega stöðu, vegna *eðlis* þeirra réttinda sem þeim er ætlað að vernda. Eins og áður segir er þróunin í alþjóðlegum mannréttindarétti afar hröð. Auk þess sem leitast er við að efla eftirlitkerfi og treysta rétt einstaklinganna gagnvart viðkomandi aðildarríki er sífellt fleiri efnisatriðum komið fyrir í sáttmálunum. Taka má sem dæmi um þetta 1. gr. II. hluta Félagsmálasáttmála Evrópu (endurskoðaður) en þar segir meðal annars um réttinn til vinnu:

Í því skyni að tryggja skilvirka beitingu réttarins til vinnu skuldbinda samningsaðilar sig til [...] að koma á eða halda uppi ókeypis vinnumiðlun fyrir alla launþega [...]

Fullyrða má að slík regla hefði áður fyrr vart talist til mannréttinda og varla fallist á að um brot á íslenskum stjórnskipunarlögum væri að ræða þótt löggjafinn kæmi ekki á ókeypis vinnumiðlun fyrir alla launþega. Þegar haldið er fram að alþjóðlegir mannréttindasáttmálar eigi að njóta stöðu stjórnarskrárgildis vegna eðlis réttindanna sem grundvallarréttinda sérhvers borins manns verður að hafa þessa þróun í huga. Með því að veita alþjóðlegum sáttmála gildi æðri laga á grundvelli þess að sáttmálinn er á sviði alþjóðlegs mannréttindaréttar er verið að veita afar ólíkum og ófyrirsjáanlegum alþjóðlegum reglum slíka stöðu. Sérstafa lagareglu vegna eðlis hennar hlýtur að vísa til einhvers konar siðferðismats á reglunni. Slíkt mat getur ekki verið fólgið í því að vísa til heitis þess laga-bálks sem reglan stendur í. Það er að segja, ekki getur verið nóg að regluna sé að finna í sáttmála sem kennir sig við mannréttindi til þess að slík regla sé þar með talin njóta sérstöðu vegna eðlis síns.

III. hluti Samantekt

14. Samantekt

Á síðustu tveimur öldum hefur hugmyndin um ritaða stjórnarskrá sem grundvöll stjórnskipunar ríkisins farið sigurför um heiminn. Langflest lýðræðisríki okkar tíma reisa stjórnskipun sína á ritaðri stjórnarskrá.²⁵⁷

Stjórnarskrárhyggja (e. constitutionalism) fjallar um röksemdir þær er liggja að baki hinum rituðu stjórnarskrám, markmið þeirra og tilgang. Í greininni hefur verið farið nokkrum orðum um upphaf stjórnarskrárhyggju, hvar sögulegar rætur hennar liggja og hvað leiddi til setningar fyrstu stjórnarskránnar í Bandaríkjunum og Frakklandi. Um leið var komist að þeirri niðurstöðu að íslenska

²⁵⁷ Gunnar Heli Kristinnsson: *Þróun íslensku stjórnarskrárinnar*, bls. 5.

stjórnskráin væri sett í anda stjórnskrárhyggju. Bæði vitna ákvæði stjórnskrárinnar um það sem og söguleg tenging íslensku stjórnskrárinnar við hinar fyrstu stjórnskrár. Í ljósi þessa hljótu við að líta til markmiða og grundvallaratriða stjórnskrárhyggju þegar við tökum ákvarðanir um það hvernig við umgöngumst íslensku stjórnskrána.

Allir ættu að geta verið sammála um að til þess að stjórnskrá nái tilgangi sínum þarf að framfylgja ákvæðum hennar. Íslenska stjórnskráin kveður ekki sjálf á um það hvaða aðili skuli meta hvort réttlægri réttarheimildir teljist í andstöðu við ákvæði hennar. Á Íslandi er hins vegar ljóst að þetta vald, sem nefnt hefur verið endurskoðunarvald, er í höndum hinna almennu dómstóla. Auk þess að vera nú venjuhelgað stöðst þetta vald dómstólanna við röksemdir sem birtast fyrst í Bandaríkjunum og teknar voru upp af evrópskum fræðimönnum. Í skemmtu máli ganga þær röksemdir fyrst og fremst út á að dómstólarnir hljóti að taka ákvæði stjórnskrárinnar fram yfir ákvæði almennra laga, sé um áreksur að ræða, því að annars sé verið að breyta stjórnskránni með almennum lögum.

Í greininni hefur endurskoðunarvald dómstóla á stjórnskipulegu gildi laga verið gert að umtalsefni. Meðal annars hefur verið litið til skrifa fræðimanna um takmörk endurskoðunarvaldsins. Bent var á að á síðustu árum hefur mátt merkja þróun í þá átt að íslenskir dómstólar gangi lengra í endurskoðun sinni á verkum löggjafans en áður tíðkaðist. Um leið er varað við því að dómstólar gangi of langt í þeim efnum, því að annars kunni þeir að raska þeirri valdgreiningu sem birtist í stjórnskránni. En sú greining valds er einmitt röksemdin að baki endurskoðunarvaldi dómstóla. Gangi dómstólar of langt í endurskoðuninni og í beitingu svokallaðra breytilegra skýringa, er þannig hætt við að þeir vinni gegn þeim hagsmunum sem þeim var ætlað að tryggja með endurskoðunarvaldi sínu.

Kenningin um stjórnskrárigildi alþjóðlegra mannréttindasáttmála hefur birst í ritum íslenskra fræðimanna á síðustu árum. Kveikjan að slíkum hugmyndum er stóraukið starf alþjóðlegra stofnana í þágu lögfesta mannréttinda og aukin þátttaka Íslendinga í því starfi sem birtist meðal annars í lögfestingu einstakra sáttmála og endurskoðun á mannréttindakafla stjórnskrárinnar. Þá hefur tilvísun dómstóla í slíka sáttmála einnig stóraukist á liðnum árum.²⁵⁸ Einkum hafa fræðimenn talið Mannréttindasáttmála Evrópu njóta sérstakrar stöðu umfram það sem formleg réttarheimildarleg staða hans gefur til kynna. Í greininni voru reifaðar þær dómsúrlausnir og röksemdir sem helst hafa orðið til þess að slíkir sáttmálar eru taldir hafa, eða eiga að hafa, slíka sérstöðu meðal réttarheimildanna.

258 Áður var vísað til dóma Hæstaréttar fyrir lögfestingu Mannréttindasáttmála Evrópu þar sem tekið var fram að sáttmálinn hefði ekki verið festur í lög og hefði ekki gildi að íslenskum rétti en engu að síður tekin efnisleg afstaða til ákvæða hans, svo sem *Hrd.* 1975, bls. 601 (*hundurhalda*) og *Hrd.* 1988, bls. 1532 (*leigubílfreidadaómur*). Sjá einnig *Hrd.* 1991, bls. 1690 (*upptaka ólöglegs sjávaraflla*). Það hlýtur að teljast umhugsunarefni hvort Hæstiréttur Íslands eigi að taka efnislega afstöðu til þess hvort ákvæði séu brotin sem ekki teljast til réttarheimilda íslensks réttar og ekki skipta máli við niðurstöðu málsins.

Í síðustu köflum greinarinnar hefur hugmyndin um stjórnskrárigildi alþjóðlegra mannréttindasáttmála verið skoðuð í ljósi stjórnskrárhyggju. Þar er komist að þeirri niðurstöðu að þau rök sem búi að baki rituðum stjórnskrám, þar á meðal þeirri íslensku, mæli gegn hugmyndum um stjórnskrárigildi alþjóðlegra mannréttindasáttmála. Hugmyndin fari illa saman við þá greiningu valds sem birtist í stjórnskránni. Þannig sé gengið inn á svið stjórnskrárgjafans. Þá sé fyrirsjáanleika og stöðugleika laganna, einum af grundvallarþáttum stjórnskrárhyggju, stefnt í hættu með hugmyndinni. Það skal þó áreittað að inntak þeirrar gagnrýni, sem sett er fram í ljósi stjórnskrárhyggju, er síður en svo að alþjóðlegar mannréttindareglur skuli ekki hafðar í fullum heiðri eða mælt gegn því að slíkur reglum sé veitt staða stjórnskipunarlaganna. Hér er aðeins bent á ókosti þess að slíkt sé gert með öðrum hætti en þeim sem kveðið er á um í sjálfri stjórnskránni.

Heimildaskrá

- Alþingistíðindi* 1951 C-D.
Alþingistíðindi 1993-1994 A, þskj. 105.
Alþingistíðindi 1994-1995 A, þskj. 389.
American Constitutional History – Selections from the Encyclopedia of the American Constitution, Edited by Leonard W. Levy, Kenneth L. Karst and Dennis J. Mahoney (Macmillan Publishing Company, New York 1989).
 Ástráður Haraldsson: „Verndar stjórnskráin verkfallsréttinn?“, *Tímarit lögfræðinga* (53. árgangur, 3. hefti, 2002).
 Bardes, Shelley & Schmidt: *American Government and Politics Today: The Essentials*, 2000-2001 Edition (Thomson Learning, 2000).
 Betænking nr. 1220/1991.
 Betænking nr. 1407/2001.
 Bjarni Benediktsson: *Ágrip af íslenskrí stjórnlagafræði II - (Handrit)* (Fjölritunarstofa Daníels Halldórssonar, Reykjavík 1940).
 Cameron, Iain: „Sweden“, *Fundamental Rights in Europe- the ECHR and its member states, 1950-2000* (Oxford University Press, 2001).
 Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar* (umsjón með fjölritun og dreifingu: Háskólaútgáfan, Reykjavík 1996).
 Davíð Þór Björgvinsson: „Stjórnskrá Íslands og framsal ríkisvalds“, *Morgunblaðið*, 9. mars 2003.
 Davíð Þór Björgvinsson: *Þjóðaréttur og íslenskur landsréttur* - (Lesefti til afnota í námskeiðinu: Lögskýringar).
 Davíð Oddsson: „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla“, *Tímarit lögfræðinga* (52. árgangur, 1. hefti, febrúar 2002).
 Dóra Guðmundsdóttir: „Um lögtöku Mannréttindasáttmála Evrópu og beitingu í íslenskum rétti“, *Tímarit lögfræðinga* (44. árgangur, 3. hefti, 1994).
 Dworkin, Ronald: *Law's Empire* (Hart Publishing, Oxford 1998).
 Eiríkur Tómasson: „Dómstólar og almenningsálitíð“, *Afnálsrit - Davíð Oddsson fimmtugur*, 17. janúar 1998 (Bókafélagið, Reykjavík 1998).
 Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi - íslensk lög og lagafrankvæmd í ljósi 1. og 3. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu* (Orator, Reykjavík 1999).
 Finnis, John: *Natural Law and Natural Rights* (Clarendon Press, Oxford 2001).
 Garðar Gíslason: *Eru lög nauðsynleg? – og fleiri greinar úr réttarheimspeki* (Bókauktgáfa Orators, Reykjavík 1991).

- Gaukur Jörundsson: „Saga stjórnskipulegrar eignaverndar“, *Úlfljótur* (1. tbl., XXIII. árg. 1970).
- Gaukur Jörundsson: *Um eignarnám* (Menningarsjóður, Reykjavík 1969).
- Germer, Peter: „Denmark“, *Fundamental Rights in Europe - the ECHR and its member states, 1950-2000* (Oxford University Press, 2001).
- Guðmundur S. Alfreðsson og Jakob P. Möller: „Mannréttindastarf Sameinuðu Þjóðanna“, *Úlfljótur* (3-4. tbl. 1996).
- Guðrún Gauksdóttir: „Iceland“, *Fundamental Rights in Europe - the ECHR and its member states, 1950-2000* (Oxford University Press, 2001).
- Gunnar Helgi Kristinsson: *Dröun íslensku stjórnarskrárinnar* (Félagsvísindastofnun Háskóla Íslands, 1994).
- Gunnar G. Schram: *Agrip af þjóðarétti* (Úlfljótur, Reykjavík 1986).
- Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur - önnur útgáfa* (Háskólaútgáfan, Reykjavík 1999).
- Heimsbyggðin - saga mannkyns frá öndverðu til nútíðar, Sigurður Ragnarsson þýddi (Mál og menning, Reykjavík 1995).
- Íslensk orðabók - þriðja útgáfa, aukin og endurbætt, ritstjóri Mörður Árnason (Edda, Reykjavík 2002).
- Jensen, Sören Stenderup: *The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law - A case Law Study* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1992).
- Jón Steinar Gunnlaugsson, „Á svelli réttarheimilda“, *Morgunblaðið*, 4. október 2003.
- Jón Steinar Gunnlaugsson: „Kenningar og raunveruleiki“, *Tímarit Lögfræðinga* (41. árgangur, 4. hefti, 1991).
- Jón Steinar Gunnlaugsson: *Um fordæmi og valdmörk dómstóla* (Háskólinn í Reykjavík, Lagadeild, 2003).
- Jónas Þór Guðmundsson: *Fransæknar lögskýringar. Lögskýringar í íslenskum rétti, hjá Evrópuáðómstólum og Mannréttindaáðómstól Evrópu. Kandidatsritgerð* (Háskóla Íslands, vorið 1995).
- Kay, Richard S.: „American Constitutionalism“, *Constitutionalism - Philosophical Foundations - Edited by Larry Alexander* (Cambridge University Press, 1998).
- Locke, John: *Ritgerð um ríkisvald* (Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík 1993).
- Montesquieu: *The Spirit of the Laws* í þýðingu Thomas Nugent (Hafner Press, New York 1949).
- Mose, Erik: „Norway“, *Fundamental Rights in Europe - the ECHR and its member states, 1950-2000* (Oxford University Press, 2001).
- Norges Offentlige Utredninge- Lovgivning om menneskerettigheter (Statens Forvaltningstjeneste Seksjon Statens Trykning, Oslo 1993), NOU 1993:18.
- Nowak, Manfred: „The Covenant on Civil and Political Rights“, *An Introduction to the International Protection of Human Rights - A Textbook*, Second, revised edition, Edited by Rajia Hanski and Markku Suksi (Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Turku/Åbo, 2000).
- Ólafur Jóhannesson: „Alþingi og framkvæmdarvaldið“, *Tímarit lögfræðinga* (IV. Árgangur, 1. hefti, 1954).
- Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands - önnur útgáfa* (Lönn, Reykjavík 1978).
- Páll Hreinsson: „Sérstakt hæfi dómara“, *Tímarit lögfræðinga* (40. árgangur, 4. hefti, 1990).
- Peltason, J. W.: *Corwin & Peltason's Understanding the Constitution - tenth edition* (Holt, Rinehart and Winston, New York 1985).
- Perry, Michael J.: „What Is “the Constitution”? (and Other Fundamental Questions)“, *Constitutionalism - Philosophical Foundations - Edited by Larry Alexander* (Cambridge University Press, 1998).
- Polakiewicz, Jörg: „The Status of the Convention in National Law“, *Fundamental Rights in Europe - the ECHR and its member states, 1950-2000* (Oxford University Press, 2001).
- Porto, Brian L.: *The Craft of Legal Reasoning* (Harcourt Brace College Publishers, 1998).
- Ragnar Aðalsteinsson: „Alþjóðlegir mannréttindasáttmálar og íslenskur landsréttur“, *Tímarit Lögfræðinga* (40. árgangur, 1. hefti, 1990).
- Ragnhildur Helgadóttir: „Afstaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga - þróun síðustu ára“, *Úlfljótur* (1. tbl. 55. árgangur, 2002).
- Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“, *Afmælisrit - Þór Vilhjálmsson sjötugur*, 9. júní 2000 (Bókauitgáfa Orators, Reykjavík 2000).
- Raz, Joseph: „On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries“, *Constitutionalism - Philosophical Foundations - Edited by Larry Alexander* (Cambridge University Press, 1998).
- Raz, Joseph: „The Rule of Law and Its Virtues“, *The Authority of Law - Essays on Law and Morality* (1979).
- Robertson, H. and Merrills, J.G.: *Human Rights in the World, An Introduction to the International Protection of Human Rights* (Institute for Human Rights, Finland 2000).
- Rosas, Allan and Scheinin, Martin: „Categories and Beneficiaries of Human Rights“, *An Introduction to the International Protection of Human Rights - A Textbook*, Second, revised edition, Edited by Rajia Hanski and Markku Suksi (Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Turku/Åbo, 2000).
- Saga Íslands III - Samin að tillutun þjóðhátíðarnefndar 1974, ritstjóri Sigurður Lindal (Hið íslenska bókmenntafélag, Sögufélagið, Reykjavík 1978).
- Scalia, Antonin: *A Matter of Interpretation - Federal Courts and the Law* (Princeton University Press, New Jersey 1997).
- Sigurður Lindal: *Um lög of lögfræði - grundoöllur laga - réttarheimildir* (Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík 2002).
- Skirbekk, Gunnar og Gilja, Nils: *Heimspæksaga* (Háskólaútgáfan 1999).
- Skúli Magnússon: *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar - fimm ritgerðir í almenuri lögfræði og réttarheimspeki*, (Háskólaútgáfan, Reykjavík 2003).
- Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið* (Bókauitgáfa Orators, Reykjavík 2000).
- SCU 1993: 40.
- Stjórnartíðindi 1936, nr. 85.
- Stjórnartíðindi 1974, nr. 74.
- The Federalist* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1961).
- The Federalist Papers* (A Mentor Book, New York 1999).
- Vile, M. J. C.: *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Oxford University Press, Oxford 1967).
- Wallace, Rebecca M. M.: *International Law, Third Edition* (Sweet & Maxwell, London 1997).
- Þór Vilhjálmsson og Ragnhildur Helgadóttir: „Hæstiréttur og stjórnarskráin“, *Úlfljótur* (1. tbl., 51. árgangur, mars 1998).
- Þór Vilhjálmsson: „Staða Hæstaréttar í stjórnskipuninni“, *Tímarit lögfræðinga* (45. árgangur, 1. hefti, 1995).