

## Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga

### Efni:

1. Inngangur .....	487
2. Kenningar um það af hverju dómstólar eru bærir til að úrskurða um stjórnskipulegt gildi laga .....	488
3. Hugmyndir um umfang úrskurðarvaldsins .....	497
3.1 Dómstólar virði lög ekki að vettugi nema þau séu bersýnilega ósamrýmanleg stjórnarskránni .....	497
3.2 Hugmyndir um misstrangt eftirlit eftir þeim réttindum sem eiga í hlut .....	502
4. Samantekt og niðurstöður .....	511

### 1. Inngangur

Dómstólar hér á landi eiga það sameiginlegt með dómstólum í Danmörku og Noregi að geta dæmt um stjórnskipulegt gildi laga. Þetta gera almennir dómstólar í öðrum Evrópulöndum yfirleitt ekki.<sup>1</sup> Hugmyndin um úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga varð til í Bandaríkjunum um aldamótin 1800. Rökin fyrir þessu fyrir-  
komulagi og ýmsar síðari kenningar um umfang þess hafa átt upptök  
sín þar og síðar borist til annarra ríkja. Í þessari grein er ætlunin að  
lýsa því í fáum dráttum hvernig úrskurðarvaldið var í upphafi rökstutt  
í Noregi, Danmörku og á Íslandi. Rökin voru að mestu tekin að láni  
frá Bandaríkjunum en leiðir hafa síðar skilið að því er snertir kenn-

<sup>1</sup> Dómstólar í Svíþjóð dæma einnig um stjórnskipulegt gildi laga, sbr. Regeringsformen 11:14. Umfjöllunin hér er hins vegar takmörkuð við Ísland, Danmörku og Noreg, einkum vegna þess hve réttarkerfi þessara ríkja eru skyld og þess að kenningar fræðimanna og dómsúrlausnir í þessum ríkjum hafa haft áhrif á þróunina í þeim öllum. Sérstafa sænsks réttar felst m.a. í því að haldið er fyrra fyrirkomulagi, en samkvæmt því koma lagafrum-  
vörp til athugunar hjá svonefndu lagaráði. Sjá t.d. J. Nergelius 1996.

ingar um heimild fyrir úrskurðarvaldinu og ástæður þess. Þá er ætlunin að lýsa því hvernig kenningar um það að einungis bæri að virða lög að vettugi í dómum ef þau væru í bersýnilegu ósamræmi við stjórnarskrána komu upp um svipað leyti og úrskurðarvaldið bæði í Bandaríkjunum og á Norðurlöndunum þremur. Loks verður rætt um þá hugmynd að beita beri úrskurðarvaldinu með mismunandi hætti eftir því hvaða réttindi manna eiga í hlut.

## 2. Kenningar um það af hverju dómstólar eru bærir til að úrskurða um stjórnskipulegt gildi laga

Sú kenning, að almennir dómstólar væru bærir til að úrskurða um það hvort almenn lög samrýmdust stjórnarskrá kom upp í Bandaríkjunum mjög fljótlega eftir að ríkin urðu sjálfstæð. Næstu áratugi töldu dómstólar einstakra ríkja öðru hverju að lög ríkjanna samrýmdust ekki stjórnarskránni, en Hæstiréttur Bandaríkjanna taldi alríkislög í fyrsta skipti andstæð stjórnarskránni í málinu *Marbury v. Madison*<sup>2</sup> árið 1803. Þessir bandarísku dómar frá því um aldamótin 1800 eru almenn taldir vera fyrstu dæmin um það að almennir dómstólar telji sig bæra til að dæma um þetta atriði.

Í *Marbury v. Madison* færði Hæstiréttur Bandaríkjanna eftirfarandi rök fyrir því að hann væri bær til að úrskurða um stjórnskipulegt gildi laga: Þjóðin, stjórnarskrárgjafinn, setur grundvallarreglur, þ.m.t. um stjórn ríkisins og skiptingu ríkisvaldsins milli handhafa þess. Þar að auki eru í stjórnarskránni sett takmörk fyrir heimildum þeirra. Á þessum grundvelli spurði rétturinn til hvers væri að takmarka vald löggjafans ef hann gæti hvenær sem er farið út fyrir mörkin? Það hlyti að vera ljóst að það væri enginn millivegur milli þess að stjórnarskráin væri æðsta réttarheimildin og óbreytanleg eftir venjulegum leiðum og þess að hún væri á sama stigi og önnur löggjöf og löggjafinn gæti breytt henni eins og öðrum lögum. Annað hvort hefðu lög sem stönguðust á við stjórnarskrána í raun ekki lagagildi eða

2. 5 U.S. 137 (1803).

stjórnarskrár væru til lítils því þær reyndu að takmarka vald sem í eðli sínu væri takmarkalaust. Á þeim grundvelli að þeir sem hefðu skráð stjórnarskrár ætluðust til þess að þær væru grundvallarlög ríkisins var því dregin sú ályktun að löggjöf sem stangaðist á við stjórnarskrána hlyti að vera ógild. Þetta væri órjúfanlega tengt því að hafa ritaða stjórnarskrá og yrði að teljast grundvallarregla í bandarísku samfélagi. Spurningin væri hvort slík „löggjöf“ sem ekki hefði lagagildi, byndi dómstólana. Dómurinn taldi það vera grundvallarhlutverk dómstóla að skera úr því hvort stjórnarskráin eða löggjöf – ef þetta fengi ekki samrýmst – ætti við um tiltekið mál því að dómstólarirnir úrskurðuðu hvað væri réttur á tilteknu sviði og skæru einnig úr um það, hvorri af tveimur lagareglum, sem ekki eru samrýmanlegar, bæri að beita um tiltekið mál. Ef dómstólunum bæri að taka tillit til stjórnarskrárinnar og menn viðurkenndu að hún væri æðri almennum lögum þá hlyti hún, en ekki almennu lögin, að ráða niðurstöðu í slíkum málum.

Þetta leiddi til þess, að mati dómsins, að önnur niðurstaða en sú að fela dómstólum að úrskurða um samræmi laga og stjórnarskrár myndi knýja þá til þess að líta framhjá stjórnarskránni og vera andstæð þeim hugmyndum sem búa að baki því að skrá stjórnarskrár yfirleitt. Það hlyti að vera grundvöllur allra skráðra stjórnarskráa, að lög sem stönguðust á við þær væru ógild, og að dómstólar eins og aðrir handhafar ríkisvaldsins væru bundnir við þær.<sup>3</sup>

Sú röksemdafærsla, sem hér að framan var tekin upp úr *Marbury v. Madison* hefur verið gagnrýnd. M.a. hefur verið sagt, að fyrri forsenda hennar – að lög sem ekki samrýmst stjórnarskránni að efni til hafi í raun ekki lagagildi – leiði ekki til þess að rökbundin nauðsyn sé að fela almennum dómstólum að úrskurða um það hvenær slíkt ósamræmi sé til staðar og hvenær ekki. Það megir allt eins fela öðrum, t.d. sérstökum dómstól, þingnefnd eða þinginu, að meta það hvenær lög samrýmst stjórnarskránni.<sup>4</sup>

Bandarísk umræða um úrskurðarvaldið, bæði fyrir og eftir dóminn í *Marbury v. Madison*, tók mið af þeim röksemdum sem birtust í

3 Þetta var líka stutt með ýmsum ákvæðum í bandarísku stjórnarskránni og þau höfð til marks um það að hugmynd þeirra sem sömdu stjórnarskrána hefði verið að binda með henni dómstólana ekki síður en löggjafann.

4 Á Norðurlöndum hefur þessi gagnrýni m.a. komið fram hjá Ross 1983, s. 178.

blaðinu The Federalist um það leyti sem stjórnarskráin var samþykkt. Þar kom m.a. fram sú kenning að lög ósamrýmanleg stjórnarskránni væru ógild því að löggjafinn fengi vald sitt framselt frá stjórnarskrárgjafanum. Þá kom fram þar að eðlilegt væri að byggja á því að stjórnarskráin hefði falið dómstólum að túlka stjórnarskrána eins og önnur lög og beita henni frekar en lögunum þegar ósamræmi væri á milli. Ólíklegt væri að stjórnarskráin hefði falið löggjafanum endanlegt úrskurðarvald um mörk eigin valds. Í þessu fælist ekki að dómstólarnir væru valdameiri en löggjafinn heldur aðeins að í vafatilvikum ætti að leggja áherslu á vilja stjórnarskrárgjafans – þjóðarinnar sjálfar – umfram vilja löggjafans.<sup>5</sup>

Á Norðurlöndum kom umræðan um úrskurðarvald dómstóla fyrst upp í Noregi. Við samningu norsku stjórnarskrárinnar, sem var samþykkt árið 1814, kom fram frumvarp þar sem lagt var til, að franskri fyrirmynd, að dómstólar hefðu ekki vald til að stöðva eða tefja framkvæmd laga og lagt var sérstakt bann við því að dómstólar færu inn á valdsvið annarra handhafa ríkisvaldsins. Þetta var hins vegar ekki í lokagerð stjórnarskrárinnar og þar segir ekkert um það hverjir meti hvort lög samrýmist stjórnarskrá. Mjög fljótlega eftir setningu stjórnarskrárinnar hófust ritdeilur um það hvort dómstólar hefðu slíkt vald eða ekki.<sup>6</sup> Í stjórnskipunarrétti Stangs, sem kom út 1833, sagði að handhafar ríkisvaldsins væru hliðsettir og enginn þeirra gæti úrskurðað um valdmörk hinna.<sup>7</sup>

Það virðist óhætt að álykta, að upp úr miðri 19. öld hafi frönsku og bresku hugmyndinni um algerlega fullvalda löggjafa verið hafnað í

5 The Federalist 78. Segja má, að The Federalist hafi verið nokkurs konar áróðursrit fyrir því að stjórnarskráin yrði samþykkt, þar sem ýmsir þeirra sem komu að því að semja hana mæltu með henni og skýrðu sjónarmið sín nánar.

6 Rök með og á móti úrskurðarvaldinu á þessum tíma virðast nokkuð óljós; þannig benti Professor Steenbuch, sem gaf út bækling til að mæla með úrskurðarvaldi almennra dómstóla, aðeins á að dómstólum bæri skylda til að dæma eftir stjórnarskránni ekki síður en öðrum lögum og að reikna yrði með því að þeir myndu telja sér skylt að dæma eftir henni ef ósamræmi væri milli hennar og almennra laga. Sjá Hiorthøy og Wilberg 1967, s. 119.

7 Stang 1833, s. 547–8. Stang taldi, að ákvarðanir sem væri augljóst að viðkomandi handhafi ríkisvaldsins hefði ekki verið bær til að taka eða sem stönguðust svo augljóslega á við stjórnarskrárákvæði að telja yrði að brotið hefði verið gegn stjórnarskránni af ásetningu yrðu að teljast ógildar frá upphafi. Hins vegar virðist hann ekki hafa ætlað dómstólum að úrskurða um þetta atriði.

Noregi. Í þriðja bindi bókar Aschehous um ríkisrétt, sem fyrst kom út árið 1885, var fullyrt að skylda dómstóla til þess að meta hvort lög samrýmist stjórnarskrá „flyder med saadan Nødvendighed af Grundlovens Egenskab som Landets høieste Lov, at den neppe vilde blive negtet, hvis man ikke frygtede for Sætningens practiske Følger.“<sup>8</sup> Þetta er sama hugmynd og kom fram í Marbury v. Madison – af því að stjórnarskráin er æðsta réttarheimildin hlýtur að leiða að úrskurðarvald um samræmi laga og stjórnarskrár sé hjá dómstólunum. Eins og þegar hefur verið lýst er þetta ekki rökbundin nauðsyn. Í ritinu kemur einnig fram, að dómstólum sé skylt að dæma eftir stjórnarskránni þótt aðrir handhafar ríkisvaldsins fari gegn henni og meirihluti þjóðarinnar standi að baki viðkomandi lögum, því að meirihluti á tilteknum tíma geti ekki gert hvað sem er, þegar gildandi stjórnarskrá verður ekki breytt nema með tilteknum hætti.<sup>9</sup> Rit Aschehous og þau rök sem hann tiltók höfðu mjög mikil áhrif bæði í Noregi og Danmörku. Í riti um norskan stjórnskipunarrétt, sem út kom árið 1900, var Aschehous samsinnt í öllum aðalatriðum. Bredo Morgenstjerne, höfundur þess, hélt fyrirlestur um þetta efni árið 1912 og þar má heyra sérstaklega skýrt bergmál af dómnum í Marbury v. Madison. Hann spurði hvaða merkingu það hefði að stjórnarskráin væri æðsta réttarheimildin ef lög vikju ekki fyrir henni þegar ósamræmi væri á milli. Og hvaða þýðingu það hefði að setja sérstakar reglur um breytingu á stjórnarskránni. Hvað yrði um þrískiptingu ríkisvaldsins og sjálfstæði dómstólanna ef löggjafinn væri óbundinn af því sem segir í stjórnarskránni og dómstólar neyddust til að kveða upp dóma sem þeir teldu vera andstæða stjórnarskránni til þess að þeir samrýmdu almennum lögum? Og hvað yrði loks um stjórnskipulega vernd réttinda borgaranna ef þeir hefðu engin réttarúræði til að fylgja réttindum sínum eftir þegar löggjafinn gengur á þau?<sup>10</sup> Þessi röksemdafærsla er svo að segja beint upp úr Marbury v. Madison.<sup>11</sup>

8 Aschehous 1893, s. 364.

9 Sami, s. 364. Hugmyndin um að stjórnarskrár séu settar við góðar aðstæður og hafi m.a. það hlutverk að koma í veg fyrir að öllum ráðum verði beitt þegar syrtir í álinn nýtur enn mikillar virðingar í bandarískum stjórnskipunarrétti.

10 Morgenstjerne 1913, s. 452.

11 Eina röksemdin sem er ekki orðuð með sama hætti og í þeim dómi er sú síðasta. Sömu hugmynd má finna í dómnum en hún er sett fram með öðrum hætti.

Snemma á 20. öld hurfu norskir fræðimenn hins vegar frá því að líta svo á að úrskurðarvald dómstólanna leiddi beint af stjórnskipuninni og stjórnarskránni, eins og Aschehoug og Morgenstjerne töldu í samræmi við elstu kenningar í Bandaríkjunum. Af pólitískum ástæðum voru yngri menn fengnir til þess að skoða þetta atriði á öðrum og þriðja áratug aldarinnar. Prófessorarnir Jon Skeie og Mikael Lie komust báðir að þeirri niðurstöðu að heimild dómstóla til að meta stjórnskipulegt gildi laga ætti sér ekki stöð í orðum stjórnarskrárinnar eða yrði leidd af eðli máls en að úr því sem komið var yrði hún leidd af dómvenju og ekki afnumin nema með stjórnarskrárbreytingu.<sup>12</sup> Flestir norskir fræðimenn síðan hafa verið sömu skoðunar, þeirra á meðal Castberg<sup>13</sup> og Andenæs. Þannig segir um þetta atriði í Statsforfatningen i Norge frá 1998: „Prøvelsesretten må nå betragtes som fastslått ved konstitutionell sedvanerett. Dette ble uttrykkelig uttalt både av flertall og mindretall i plenumsdommen i Retsdende 1976, s. 1. Den kan ikke oppheves uten grunnlovsending.“<sup>14</sup>

Hugmyndin um úrskurðarvald dómstólanna var einnig vel þekkt í Danmörku á 19. öld. Á stjórnlagabýginginu 1849 voru menn sem eindregið lögðust gegn því að dómstólar hefðu slíkt úrskurðarvald nema e.t.v. í alveg augljósum tilvikum, og aðrir sem mæltu með því. Ekkert ákvæði um úrskurðarvaldið var þó tekið í stjórnarskrána.<sup>15</sup> Danska fræðimenn hefur greint á um hvernig beri að skilja það. Margir telja að afdrif frumvarpsgreinarinnar á stjórnlagabýginginu beri vott um það eitt að þingmenn hafi ekki viljað taka afstöðu í þessu efni, þar sem þeir hafi felld út tillöguna eins og henni var breytt, en í

12 Sjá Hiorthøy og Wilberg 1967, s. 136.

13 Sjá Castberg 1935, s. 210–212.

14 Andenæs 1998, s. 288–289. Tilvísunin er í svokallaðan Kløfta-dóm, sem rætt verður um síðar.

15 Á stjórnlagabýginginu kom fram tillaga um að í stjórnarskránni yrði ákvæði um að „Alle Love og Anordninger, der er i Strid med Grundlovens Bestemmelser, er for saa vidt uden Gyldighed.“ Gengið var út frá því, að það yrði í verkahring dómstólanna að úrskurða um það hvort svo væri. Eftir nokkra umræðu kom fram breytingartillaga við frumvarpið og skyldi „Alle“ breytt í „Alle hidtil udkomne“ og greinin því aðeins gilda um lög sem væru eldri en stjórnarskránni. Tillagan var sett fram til höfuðs greininni sjálfri enda gerði hún greinina tilgangslausa – það sem þar með stendur í henni leiðir þegar af lex posterior reglunni og þarf ekki stjórnarskrá eða sérstakt ákvæði í henni til. Tillagan var samþykkt með naumum meirihluta og greinin þannig breytt síðan felld út úr stjórnarskráfrumvarpinu með yfirgnæfandi meirihluta. Sbr. Ernst Andersen 1947, s. 75–76 og Ólafur Jóhannesson 1960, s. 409.

því formi hefði hún getað útilokað úrskurðarvald dómstólanna alfarið.<sup>16</sup> Aðrir telja að sé danska stjórnarskráin túlkuð með hliðsjón af gögnum frá stjórnlagabýginginu 1849 verði að líta svo á að því hafi verið hafnað að dómstólar eigi síðasta orðið um túlkun hennar.<sup>17</sup> Þetta álitæfni var sem sé rætt af fræðimönnum eftir 1849 og árið 1921 byggði Hæstiréttur í fyrsta skipti dóma skýrlega á því að dómstólarnir gætu metið stjórnskipulegt gildi laga.<sup>18</sup> Lögin sem voru til skoðunar í dómunum voru þó talin gild eins og á stöð. Hæstiréttur Danmerkur taldi í fyrsta skipti að lög stönguðust á við stjórnarskrána árið 1999.<sup>19</sup> Við undirbúning núverandi stjórnarskrár Danmerkur frá 1953 kom fram tillaga um að í henni yrði ákvæði um úrskurðarvald dómstólanna.<sup>20</sup> Tillagan var síðar tekin aftur og ekkert er að finna í stjórnarskránni um úrskurðarvaldið. Dómstólar hafa hins vegar eftir sem áður talið sig hafa heimild til þess að dæma um stjórnskipulegt gildi laga.<sup>21</sup>

Á Íslandi verður ekki séð að umræða hafi orðið um úrskurðarvald dómstólanna fyrr en nokkru eftir að Hæstiréttur kvað upp fyrsta dóminn þar sem hann mat hvort lög samrýmdust stjórnarskrá.<sup>22</sup> Í Íslenskri stjórnlagafraeði sem út kom 1913 vísar Lárus H. Bjarnason til þess, að það gæti komið fyrir að sett yrðu með venjulegu móti lög, sem færu að einhverju leyti í bága við stjórnarskrána að efni til. Þá

16 Sjá t.d. Poul Andersen 1964, s. 463 og Ross 1983 s. 184.

17 Sjá t.d. Ernst Andersen 1947. Deilan á stjórnlagabýginginu 1849 virðist hafa snert bæði hugmyndir um tilvist og um umfang úrskurðarvaldsins. Eins og nánar verður vikið að síðar dró Tscherning, sem lagði fram breytingartillöguna og síðar frávísunartillöguna á stjórnlagabýginginu 1849, ekki í efa, að dómstólar gætu litið framhjá lögum sem skýrlega brytu í bága við stjórnarskrána (sjá Ernst Andersen 1947, s. 74).

18 UfR. 1921:148, UfR. 1921:153, UfR. 1921:168, UfR. 1921:169 og UfR. 1921:644. Þá hefur verið talið að ráðagerð um úrskurðarvald dómstóla sé að finna í dómi Hæstaréttar Danmerkur frá 15. apríl 1912 (H.R.T. 1912:110 og TIR. 1912:359, UfR 1912:545).

19 Í Tvind-málinu svokallaða, sem nánar verður rætt síðar. Dómur Hæstaréttar Danmerkur frá 19. febrúar 1999 í máli nr. 295/1998.

20 Lagt var til, að í 70. gr. stjórnarskrárinnar segði: „Domstolene er berettigede til at påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser og loves grundlovmæssighed“ Sjá um þetta t.d. Eigaard 1993, s. 262 o.áfr.

21 Í lok 6. áratugarins urðu nokkrar deilur um það í Danmörku hvort úrskurðarvald dómstóla byggðist á stjórnskipunarvenju, og yrði því aðeins breytt með stjórnarskrárbreytingu eða hvort það byggðist á fordæmisreglu og yrði því breytt með almennum lögum. Sjá um þetta Ross 1959, s. 169–182 og 1983, s. 190–196 og á hinn bóginn Poul Andersen 1960. Sjá einnig t.d. Sørensen 1973, s. 305–6.

22 Landsyfírrétturinn virðist hafa byggt á því að hann gæti dæmt um stjórnskipulegt gildi laga í dómi frá 19. mars 1900. Lyfr. VI:176.

risi spurningin hvort slík lög væru ógild og hver ætti að úrskurða ógildi þeirra. Hann lýsir því að skoðanir manna á þessu hafi verið skiptar, og að löggjafinn ætti samkvæmt kenningunni um það að hvert hinna æðstu stjórnvalda skeri úr um eigin bærnir, að vera óbundinn að þessu leyti. Hins vegar gæti sjálfðæmi eftir hlutarins eðli aðeins gilt um hið æðsta vald, sem hér væri ekki löggjafinn heldur stjórnarskrárgjafinn. Þetta eru sömu rök og tilgreind voru í The Federalist nr. 78, þar sem vísað var til þess að löggjafinn þægi vald sitt frá stjórnarskrárgjafanum og að ólíklegt væri að stjórnarskráin hefði falið löggjafanum endanlegt úrskurðarvald um eigin valdmörk. Lárus taldi rökrétt að dómstólar gætu virt lög að vettugi á grundvelli þeirrar greinar stjórnarskrárinnar sem fjallaði um það hvernig henni skyldi breytt og þess að dómstólar eru sjálfstæðir og leysa úr öllum deilumálum sem ekki eru beinlínis undanþegin lögsögu þeirra. Hér má þekkja sömu sjónarmið og fram komu í dómnum Marbury v. Madison.<sup>23</sup> Í Ágripi af íslenskri stjórnlagafraeði eftir Einar Arnórsson, sem út kom fjölrítuð 1927, eru færð svipuð rök fyrir því að úrskurðarvaldið liggja hjá dómstólum: „Stjórnarskráin veitir einstaklingunum vernd við yfirgangi framkvæmdarvaldsins í 56. gr. sinni og setur dómssvaldið að því leyti skör hærra en yfirvöldin, sem það sker úr ágreining um embættistakmörk þeirra. Með hliðsjón af þessu ákvæði er það ólíklegt, að stjórnarskrárgjafinn hafi ætlast til þess, að menn væru algerlega varnalausir við lögleysum almenna löggjafarvaldsins ... Annaðhvort er því að dómstólar landsins þeir, sem nú eru, eru bærir að dæma þessi mál, eða almenna löggjafarvaldið, þar á meðal vald það, er setur bráðabirgðalög, unz þau koma fyrir þingið, á sjálfðæmi á þessum málum, úrskurðar sjálf um valdsvið sitt til fullnaðar, svo að dómssvald og framkvæmdarvald yrði að beita almennum lögum, þar á meðal bráðabirgðalögum, þótt þau brytu í bága við stjórnarskrána. ... Vernd borgaranna væri mjög lítil, ef almenna löggjafarvaldið hefði sjálfðæmi um valdsvið sitt. Og þá gæti það óhindrað farið inn á svið stjórnarskrárgjafans og þar með ónýtt í framkvæmdinni ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjkskr. [um stjórnarskrárbreyt-

23 Lárus H. Bjarnason 1913, s. 85–86 og s. 292–3. Hann vitnar einnig til fyrrnefnds dóms Hæstaréttar Danmerkur frá 15. apríl 1912 og bendir á að sambærilega ráðagerð sé að finna í Landsyfirtardómi sem kveðinn var upp 16. ágúst 1909 (Lyft. VIII, s. 271).

ingar]. Hefir hvorttveggja allar líkur á móti sjer.“<sup>24</sup> Hér sést að enn eru færð mjög svipuð rök fyrir úrskurðarvaldinu og gert var ríflega hundrað árum áður og að þau voru talin eiga jafnvel við á þessum tíma og stað og þau gerðu í Bandaríkjunum löngu fyrr.<sup>25</sup>

Á Íslandi, líkt og í Noregi og eftir því sem séð verður í Danmörku, voru upphaflegu rökin fyrir því að taka upp þetta fyrirkomulag á úrskurðarvaldinu þau að stjórnarskráin væri æðri almennum lögum og að henni yrði ekki breytt nema með sérstökum hætti. Þessu væri ómögulegt að framfylgja nema með því að fela dómstólum að dæma um það hvenær löggjafinn hefði farið út fyrir þau takmörk sem stjórnarskráin setur honum. Að öðrum kosti gæti löggjafinn í raun breytt stjórnarskránni með almennri löggjöf. Ólíklegt væri að stjórnarskrárgjafinn hefði sett sérstök ákvæði um vernd borgaranna en ætlað löggjafanum að hafa sjálfðæmi um eigin valdmörk. Þetta var einnig stutt við það að dómstólar dæma um það hvaða regla gildi um tiltekin atvik, komi fleiri en ein til greina. Öll þessi rök voru einnig notuð í Bandaríkjunum um það leyti sem úrskurðarvaldið var að festa rætur þar og virðist óhætt að ganga út frá því, sbr. þau dæmi sem hér hafa verið tekin, að norrænir fræðimenn hafi þekkt og byggt á bandarískum kenningum er þeir fóru að gera grein fyrir úrskurðarvaldinu. Menn hafa verið mishrifnir af þessum rökum beggja vegna Atlants-hafsins og sumir hafa talið þau eiga síður við í Danmörku, á Íslandi eða í Noregi en í Bandaríkjunum, t.a.m. kvartar Ernst Andersen yfir því að umræðan allt fram undir 1950 byggi á tvískiptingunni sem sett var fram í Marbury v. Madison árið 1803; annað hvort sé stjórnarskráin æðri almennum lögum og dómstólarnir geti dæmt um það hvenær svo sé eða stjórnarskránni verði breytt með almennum lögum. Þetta sé hins vegar óþörf skipting því á milli þessara póla séu ýmsir

24 Einar Arnórsson 1927, s. 49–50.

25 Í grein í Úlfjóti árið 1962 rakti Jón E. Ragnarsson hvernig hugmyndir um úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga hefðu flust frá Bandaríkjunum til Noregs, Danmerkur og Íslands (sjá Jón E. Ragnarsson 1962, s. 109). Ernst Andersen rakti ættartölu þessara hugmynda með nokkuð öðrum hætti en Jón (sjá Ernst Andersen 1947, s. 18). Norskir fræðimenn halda því fram, að úrskurðarvaldið hafi þróast sjálfstætt í Noregi á fyrstu árunum og áratugunum eftir setningu stjórnarskrárinnar. Það er því rétt að gera þann fyrirvara við það að hugmyndin um úrskurðarvaldið hafi flust með þessum hætti milli ríkja. Hins vegar virðist ljóst, sbr. þau dæmi sem hér hafa verið tekin, að rökin fyrir þessu fyrirkomulagi – kenningarnar um úrskurðarvaldið – hafi flust milli ríkja.

millivegir, þ.m.t. sá sem danskir dómstólar hafi fylgt. Rökin, sem bárust frá Bandaríkjunum, hafi því ýmsa galla, ekki síst þann að þau eigi ekki við úrskurðarvaldið eins og dómstólar á Norðurlöndunum þremur, einkum í Danmörku, hafi beitt því.

Það er vissulega athyglisvert hvað þessar hugmyndir reyndust lífseigar. Þær komu upp í Bandaríkjunum um aldamótin 1800, þar sem náttúru réttarhugmyndir voru tiltölulega sterkar og þar sem hefð var – og er – fyrir vel skilgreindum fordæmisrétti, en voru enn að birtast á prenti á Norðurlöndum 130 árum síðar. Það virðist lítið hafa staðið þeim fyrir þrifum að hér er byggt á öðru réttarkerfi og að réttarheimildafræðin er ólík. Rökin byggja á grundvallarhugmyndum um eðli stjórnarskráa og stöðu þeirra gagnvart almennum lögum, um hlutverk dómstóla og þrískiptingu ríkisvaldsins og það kann að skýra samræmið að hluta. Engu að síður verður að gæta þess að þessar grundvallarhugmyndir þurftu ekki óhjákvæmilega að leiða til þess að þessi skipan úrskurðarvaldsins festi rætur í okkar heimshluta. Ummælin í *Marbury v. Madison* um að þessi skipan sé órjúfanlega tengd því að hafa ritaða stjórnarskrá eru ekki algild sannindi eins og sést best á því að auk Bandaríkjanna og Norðurlandanna annarra en Finnlands eru það tiltölulega fá ríki sem hafa þennan háttinn á eftirliti með því hvort lög samrýmist stjórnarskrá.

Hugmyndalegur grundvöllur úrskurðarvalds dómstóla er þannig sá sami í Bandaríkjunum og í Danmörku, Íslandi og Noregi. Undir miðja 20. öld skildi hins vegar leiðir að því er snerti áherslur. Þá náði sú kenning fótfestu í Noregi, Danmörku og á Íslandi, að úrskurðarvaldið byggði á stjórnskipunarvenju, sem aðeins yrði breytt með stjórnarskrárbreytingu.<sup>26</sup> Í samræmi við það, að þar með varð samræmi um það að úrskurðarvaldið væri gildandi réttur og á hvaða réttarheimild það byggðist, minnkaði umræðan í norrænum fræðiritum um það hvers vegna fyrirkomulagið er með þessum hætti og um

26 Þessi hugmynd kom upp árið 1916 í Noregi og var orðin viðurkennd þar fyrir 1950, sbr. það sem fyrr segir. Í Danmörku var deilt um það rétt fyrir 1960 hvort hægt væri að afnema úrskurðarvaldið með almennum lögum. Kenningin um að úrskurðarvaldið byggðist á stjórnskipunarvenju og yrði ekki afnumið nema með stjórnarskrárbreytingu var því komin upp fyrr. Hér á landi er því lýst árið 1953 og í stjórnskipunarrettarbókum sem út hafa komið síðan, að úrskurðarvaldið byggji á stjórnskipunarvenju. Sjá Ólafur Jóhannesson 1953, s. 12–13 og nú síðast Gunnar G. Schram 1997, s. 442.

kosti þess og galla.<sup>27</sup> Það er ljóst að úrskurðarvaldið liggur hjá dómstólum og því skipta þau rök, sem hér hafa verið rakin fyrir því fyrirkomulagi sem við höfum, nú tiltölulega litlu máli í norrænum stjórnskipunarreitti. Stjórnskipunarvenja í norrænum skilningi virðist ekki vera til í Bandaríkjunum.<sup>28</sup> Umræðan um úrskurðarvaldið þar er enn á þeim nótum hvaða rök mæli með þessu fyrirkomulagi og hversu langt sé æskilegt á grundvelli þeirra að dómstólar gangi við beitingu þess. Þau rök sem hér hafa verið rakin eru því ennþá grundvöllur kenninga og umræðu um úrskurðarvaldið þar, líklega að hluta til vegna þess að réttarheimildafræðin hefur ekki skotið jafn sterkum stöðum undir það þar í landi en einnig vegna þess að þar er vildarrettarhugsunin ekki eins sterk. Þrátt fyrir þennan áherslumun hafa ýmsar kenningar um umfang úrskurðarvaldsins og annað sem það snertir skotið upp kollinum bæði í Bandaríkjunum og í Danmörku, Noregi og á Íslandi.

### 3. Hugmyndir um umfang úrskurðarvaldsins

#### 3.1 Dómstólar virði lög ekki að vettugi nema þau séu bersýnilega ósamrýmanleg stjórnarskránni

Hugmyndir um það að takmarka bæri úrskurðarvaldið við þau tilvik þegar ósamræmi laga og stjórnarskrár er bersýnilegt virðast hafa komið upp í Bandaríkjunum þegar á fyrstu árum úrskurðarvaldsins þar. Þannig var því haldið fram árið 1795 í riti um lög Connecticut, að dómstólar væru ekki bærir til að meta stjórnskipulegt gildi laga, nema þegar lög væru „so manifestly unconstitutional that it would seem wrong to require the judges to regard it in their decisions.“<sup>29</sup>

27 Sjá t.d. Ólafur Jóhannesson 1960, s. 416–417. Rétt er að geta þess að fræðimenn á Norðurlöndunum þremur hafa beint athygli sinni að nokkuð mismunandi atriðum, en virðast eiga það sameiginlegt að leggja litla áherslu á þessa hlið málsins.

28 Úrskurðarvaldið er, einnig þar, talið hafa sama gildi og stjórnarskráin, en það byggist frekar á því að þar er um túlkun Hæstaréttar á stjórnarskránni að ræða og fordæmi hans eru bindandi fyrir aðra dómstóla. Það er ekki svigrúm hér til þess að lýsa nákvæmlega muninum á þessu og stjórnskipunarvenju eins og hún þekktist á Norðurlöndum. Eitt af því sem þar skiptir máli er hvornig lítið er á heimild dómstóla til að snúa við blaðinu og neita að dæma um stjórnskipulegt gildi laga.

29 Hér tekið úr Thayer 1893, s. 134.

Slík sjónarmið um bersýnilegt ósamræmi voru orðin allföst í sessi í Bandaríkjunum þegar um 1810, örfáum árum eftir að dómurinn í Marbury v. Madison var kveðinn upp. Árið 1893 var réttarástandinu lýst svo að dómstólar ættu aðeins að líta framhjá lögum „when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, – so clear that it is not open to rational question.“<sup>30</sup> Þróunin í Bandaríkjunum varð hins vegar önnur, mörg alríkislög voru talin andstæð stjórnarskránni frá því seint á 19. öld og fram undir seinni heimsstyrjöld. Þessi hugmynd um bersýnilegt ósamræmi hefur ekki orðið mjög áberandi síðar enda færðist áherslan í bandarískum stjórnskipunarrétti á það hvernig ætti að skýra það að dómstólar væru misstrangir eftir því hvaða réttindi ættu í hlut.

Svipaðar hugmyndir virðast snemma hafa komið upp í Noregi. Skiptar skoðanir voru um það á 19. öld, hvort dómstólar ættu að gera kröfur um ásetning eða bersýnilegt ósamræmi til þess að telja lög andstæð stjórnarskrá eða ekki.<sup>31</sup> Aschehoug taldi ekki þurfa ásetning löggjafans til þess að dómstólar gætu vikið lögum til hliðar. Hins vegar taldi hann að dómstólar ættu ekki að telja lög andstæð stjórnarskránni í vafatilvikum þegar svo stæði á að aðrir handhafar ríkisvaldsins hefðu metið stjórnskipulegt gildi laganna og orðið sammála um að þau samrýmdust stjórnarskránni. Einkum ætti þetta við ef lögín snertu valdmörk löggjafans og handhafa framkvæmdavaldsins.<sup>32</sup> Kenningar Aschehougs virðast hafa notið mikillar viðurkenningar en áfram voru hins vegar skiptar skoðanir um þetta. Áratuginu kringum aldamótin 1900 – frá 1885 til 1935 eða svo – töldu norskir dómstólar nokkra tugi laga stangast á við stjórnarskrána.<sup>33</sup> Í Noregi getur því virst nokkuð erfitt að samræma dómaframkvæmd á þessum tíma og kenninguna um að dómstólar eigi ekki að virða lög að vettugi nema ósamræmið sé bersýnilegt. Hugmyndir um að bersýnilegt ósamræmi þyrfti til svo að lög yrðu virt að vettugi fengu engu að

30 Sami, s. 144.

31 Sjá um þetta t.d. Eckhoff 1976, s. 5 og Andenæs 1965, s. 31.

32 Aschehoug 1893, s. 368. Umfjöllun hans um þetta í fyrstu útgáfu Norges nuværende statsforfatning (1885) er lýst í Hiorthøy og Wilberg 1967, s. 121. Þess má einnig geta, að Aschehoug sagði í þessu sambandi í neðanmálgrein, að dómstólar ættu ætíð að fara varlega í að telja lög andstæð stjórnarskrá þegar vafi léki á því hvort svo væri.

33 Samkvæmt Carsten Smith 1975 voru þetta u.þ.b. 25 lög. Það er hins vegar oft matsatriði hvenær á að líta svo á að lög hafi verið virt að vettugi og hvenær þau hafi verið túlkúð til samræmis við stjórnarskrána.

síður nokkurn byr í norskum hæstaréttardómum snemma á 20. öld. Í dómi frá 1918 sögðu tveir dómárar úrskurðarvaldið takmarkað við það að dómstólunum bæri réttur og skylda til að beita ekki lögum sem væru í bersýnilegu ósamræmi við stjórnarskrána. Léki hins vegar vafi á því hvað væri rétt túlkun þannig að dómstólar yrðu að viðurkenna að skiptar skoðanir gætu verið um það hvernig túlka bæri ákvæði, hefðu þeir „ingen grundlovshjemlet myndighet til at sætte sin fortolkning over lovgivningsmagten“.<sup>34</sup> Áfram voru þó skiptar skoðanir um þetta meðal dómara og fræðimanna. Norskir dómstólar töldu engin lög andstæð stjórnarskrá í rúma fjóra áratugi eftir 1931 og á seinni hluta þess tímabils voru norskir fræðimenn farnir að velja því fyrir sér hvort þessu sjónarmiði væri e.t.v. beitt í reynd í Noregi, þótt því hefði aldrei verið lýst yfir. Margir töldu þetta óvíst og óskuðu þess að dómstólar gerðu þetta ljóst,<sup>35</sup> en aðrir töldu norska dómstóla hafa sýnt of mikla varfærni. Það kom sömuleiðis fyrir að danskir fræðimenn tækju norska dómstóla til dæmis um það að úrskurðarvaldið yrði ekki þýðingarlaust þó að dómstólar krefðust nokkurrar vissu til þess að telja lög andstæð stjórnarskrá.<sup>36</sup> Það var þó aldrei eins skýrt í framkvæmd í Noregi og í Danmörku að takmarka ætti úrskurðarvaldið með þessum hætti.

Hugmyndin um að dómstólar ættu ekki að telja lög andstæð stjórnarskrá nema ósamræmið væri bersýnilegt náði meiri fótfestu í Danmörku en í Noregi. Með fyrstu heimildum frá Danmörku um þetta eru heimildir frá 1849, sbr. það sem áður er sagt. Fyrstu dómarnir þar sem sagt var að danskir dómstólar væru bærir til að úrskurða um stjórnskipulegt gildi laga voru kveðnir upp árið 1921.<sup>37</sup> Í einum af þessum fyrstu dómum sagði Hæstiréttur Danmerkur meðal annars að: „Efter Alt, hvad der foreligger, kan det ikke med den Sikkerhed, som maatte kræves, for at Domstolene skulle kunne tilsidesætte Bestemmelserne i en paa grundlovsmaessig Maade vedtaget Lov som grundlovsstridige, statueres at [ejeren] ikke vil faa

34 N.Rt. 1918 (I): 401. Annar dómáranna ítrekaði þetta álit sitt í mörgum síðari dómum. Sjá Eckhoff 1976, s. 30–31.

35 Sjá t.d. Carsten Smith 1975, s. 302. Hann bætir því við, sbr. síðar, að hann aðhyllist þessa kenningu fyrir önnur réttindi en þau réttindi einstaklinga sem mestu skipta um það að lýðræðið virki. Mjög svipað sjónarmið kemur fram hjá Eckhoff 1974, s. 277.

36 Sjá t.d. Poul Andersen 1964, s. 472.

37 Sbr. þó ÚFR. 1912:545, sem áður var nefndur.

fuld Erstatning for Ejendommen.“<sup>38</sup> Það var því – ólíkt því sem gerðist í hinum ríkjunum þremur – snemma ljóst í Danmörku, að dómstólar myndu ekki líta framhjá lögum nema tiltölulega ljóst væri að þau stönguðust á við stjórnarskrána. Þessu fylgdu danskir dómstólar fram til ársins 1999, með þeim afleiðingum að engin lög voru talin ósamrýmanleg stjórnarskránni á þessu tímabili.<sup>39</sup> Í Tvindómnum í febrúar 1999 voru lög sem kváðu á um að tilteknir einkaskólar fengju ekki fé frá hinu opinbera þar sem menntamálaráðherra taldi skólana ekki hafa uppfyllt skilyrði fyrir styrkveitingunni, talin andstæð 3. gr. dönsku stjórnarskrárinnar, sem fjallar um þrískiptingu ríkisvaldsins. Löggjafarvaldið var því talið hafa farið inn á svið dómsvaldsins. Eftir þennan dóm ríkir nokkur óvissa um það í Danmörku hvort bersýnilegs ósamræmis verði krafist, enda sýnist sitt hverjum um það hvort svo hafi verið í þessu máli og hvort túlka eigi dóminn svo að Hæstiréttur Danmerkur muni nú beita öðrum sjónarmiðum en áður.<sup>40</sup>

Hér á landi hafa menn ekki verið á einu máli um það hvort bersýnilegt ósamræmi þurfi til þess að dómstólar telji lög andstæð stjórnarskrá. Þó að orðalag ýmissa dóma gæti bent í þessa átt taldi Ólafur Jóhannesson svo ekki vera árið 1953.<sup>41</sup> Hann benti á að þá væri hætt á því að úrskurðarvaldið yrði gagnslaust í reynd og dró í efa að ástæða væri til að gera greinarmun á því hvort ósamræmið væri bersýnilegt eða ekki. Síðar bætti Ólafur því við að hæpið væri hvort það að gera slíkan greinarmun ætti sér stoð í réttarvitund hér á landi.<sup>42</sup> Á hinn bóginn taldi Páll S. Pálsson árið 1966 að Hæstiréttur „fólger

38 UfR. 1921:644, s. 646.

39 Sjá t.d. Krarup 1999, s. 133. Seinni handritadómurinn er þekktasta hugsanlega undantekningin frá þessu, sjá UfR. 1971:299. Í tveimur öðrum málum voru á sama hátt dæmdar skaðabætur án þess að gert hefði verið ráð fyrir þeim í viðkomandi lögum. Eins og síðar verður lýst draga sumir danskir fræðimenn í efa að sömu kröfur yrðu gerðar í málum sem snerta önnur réttindi manna en eignarrétt.

40 Þetta byggist á Tvindómnum og viðbrögðum manna við honum, t.a.m. boðaði forseti Hæstaréttar Danmerkur í blaðaviðtali í kjölfar hans að rétturinn myndi nú skoða samræmi laga og stjórnarskrár af meiri einurð en áður, a.m.k. þegar í hlut ættu grundvallaréttindi einstaklinga. Tvindómurinn er dómur Hæstaréttar Danmerkur 19. febrúar 1999 í máli nr. 295/1998. Sjá einnig Christensen og Jensen 1999, s. 228.

41 Hér vísaði hann til sératkvæðis í Hrafnkötludómnum, Hrd. 1943:237 og orðalags í Hrd. 1952:434, um að lög mismunuðu ekki skattþegnum svo, að færi í bága við 67. gr. stjórnarskrárinnar. (Ólafur Jóhannesson 1953, s. 15–16).

42 Ólafur Jóhannesson 1960, s. 423.

en meget varsom kurs i sin bedømmelse af gyldigheden af love overfor grundloven“<sup>43</sup> og árið 1993 var vísað til þess að sú skoðun væri á lofti að lög yrðu „augljóslega að fara í bága við stjórnslög til að dómstólar virði þau að vettugi“.<sup>44</sup> Davíð Þór Björgvinsson sagði árið 1998 að „domstolene bare vil slå ned på det de omfatter som temmelig klare brudd på grunnloven“ og að það byggðist á því að það væri hlutverk kjörinna þingmanna að setja samfélaginu lög og að dómstólar verði því að fara varlega í að „sette sin tolkning av grunnloven over Alltingets.“<sup>45</sup> Vera má, að dómstólar hér á landi hafi lengst af í raun krafist bersýnilegs ósamræmis. Hins vegar má spyrja hvort þetta hafi ekki breyst á allra síðustu árum. Hugsanlegt dæmi um þetta er kvótadómurinn svokallaði frá 3. desember 1998,<sup>46</sup> þar sem Hæstiréttur taldi að ekki yrði „séð, að rökbundin nauðsyn hnigi til þess að lögbinda um ókomna tíð þá mismunun, sem leiðir af 5. gr. laga nr. 38/1990 um úthlutun veiðiheimilda. Stefndi [Íslenska ríkið] hefur ekki sýnt fram á, að aðrar leiðir séu ekki færar til að ná því lögmæta markmiði að vernda fiskistofna við Ísland.“ Stjórnarskránni hefur vissulega verið breytt og tekin í hana jafnræðisregla sem áður var óskráð grundvallarregla en þetta orðalag er engu að síður afar ólíkt því sem vísað var til að ofan í Hrd. 1952:434.<sup>47</sup> Það virðist því ástæða til að rannsaka nánar hvort dómstólar hér á landi krefjist lengur bersýnilegs ósamræmis til þess að virða lög að vettugi. Til þess gefst þó ekki svigrúm hér.

Kenningin um það að dómstólar eigi ekki að virða lög að vettugi nema ósamræmi þeirra við stjórnarskrána sé bersýnilegt er þannig þekkt í öllum ríkjunum fjórum.<sup>48</sup> Hún á að öllum líkindum alls staðar

43 Páll S. Pálsson 1967, s. 8.

44 Um valdsins þrískipta grein, s. 143.

45 Davíð Þór Björgvinsson 1998, s. 92.

46 Hrd. 1998:4076.

47 Hér er ekki svigrúm til að fjalla sérstaklega um Hrd. 1998:4076 en rétt er að geta þess að Hæstiréttur lýsti því í dómnum, að ekki væru efni til þess að dómstólar endurmætu það að almannahagsmunir, sbr. 75. gr. stjórnarskrárinnar, krefðust takmörkunar veiða. Hins vegar yrðu takmarkanirnar að samrýmast grundvallarreglum stjórnarskrárinnar. Og þar stóð hnífurinn í kúnni. Það var því jafnræðisreglan, sem takmarkanirnar fengu ekki staðist, sbr. það sem síðar segir um mismunandi tegundir réttinda.

48 Þess má geta, að árið 1979 var tekið ákvæði í sænsku stjórnarskrána um úrskurðarvald dómstóla. Þar segir: „Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, skall tillämpning dock underlätas endast om felet är uppenbart.“ Regeringsformen 11:14.



rætur í svipuðum hugmyndum og hefur sennilega að einhverju leyti flust milli landa. Á síðustu áratugum hefur verið sagt um öll þau lönd sem hér eru til umræðu að þessari kenningu sé enn fylgt þar. Beiting úrskurðarvaldsins hefur hins vegar verið mjög mismunandi í ríkjunum fjórum, og að Danmörku undanskilinni verður varla sagt um nokkurt þessara ríkja að dómstólar hafi aðeins talið lög andstæð stjórnarskrá þegar það hefur verið bersýnilegt í bókstaflegum skilningi eða þeim skilningi sem Thayer lagði í það hugtak. Það er því spurning hvort þetta orðalag hefur nú nokkra merkingu aðra en þá að dómstólar gera það ekki að gamni sínu að virða að vettugi lög sem meirihluti þingsins hefur samþykkt.

Sú kenning, að dómstólar eigi ekki að virða lög að vettugi nema þau stangist bersýnilega á við stjórnarskrána (í skilningi Thayers) getur leyst ýmis vandamál sem hafa reynst þrálát varðandi úrskurðarvaldið. Einkum á þetta við um þá röksemd, að dómáttarar eru ekki kjörnir fulltrúar þjóðarinnar og því má spyrja hvaðan þeim komi heimild til að virða að vettugi vilja meirihluta þjóðþingsins.<sup>49</sup> Það er sennilega ein ástæða þess að þessi kenning nýtur verulegs fylgis í mörgum ríkjum, þ.m.t. hér á landi. Á hinn bóginn kann það að dómstólar fylgi þessari stefnu að leiða til þess að réttindi borgaranna njóti ekki nægilegrar verndar. Til þess að draga úr þeirri hættu hafa dómstólar sums staðar farið þá leið að gera mismiklar kröfur um það hversu augljóst ósamræmið þurfi að vera til þess að lög verði talin andstæð stjórnarskrá.

### 3.2 Hugmyndir um misstrangt eftirlit eftir þeim réttindum sem eiga í hlut

Hæstiréttur Noregs lýsti því árið 1976, að það færi eftir því hvaða stjórnarskrárgreinar ættu í hlut hve mikið þyrfti til að dómstólar teldu lög andstæð stjórnarskránni. Þannig var talið að löggjafinn hefði mismikið svigrúm til að meta hvort lög samrýmdust stjórnarskrá eftir því hvort um væri að ræða „frihets- og sikkerhetsrettigheter“, efna-hagsleg réttindi eða stjórnarskrárgreinar sem ekki snerta réttindi

49 Í Bandaríkjunum hefur þetta verið talið eitt helsta vandamálið við það fyrirkomulag á úrskurðarvaldinu, sem hér tókast, og sömuleiðis hefur verið nokkuð um þetta fjallað í Noregi og í Danmörku. Hins vegar hefur þessu verið lífllí gaumur gefinn hér á landi.

borgaranna beint, heldur lúta að verkaskiptingu eða innbyrðis tengslum handhafa ríkisvaldsins.

Hugmyndin um að beita bæri mismunandi aðferðum við að dæma um stjórnskipulegt gildi laga eftir því hvaða réttindi eiga í hlut kom upp í Bandaríkjunum milli stríða. Milli 1930 og 1940 tók Hæstiréttur Bandaríkjanna að byggja á því að tiltekin réttindi, nánar tiltekið tjáningarfrelsi, fundafrelsi og trúfrelsi,<sup>50</sup> ættu að njóta sérstakrar verndar dómstólanna því þau væru sérstaklega nauðsynleg í lýðræðisþjóðfélögum. Síðar var notað það orðalag að þau væru í „preferred position“ í stjórnskipunarréttinum. Dómstólar ættu því að gæta sérstaklega að því að lög gengju ekki á þessi réttindi í því skyni að tryggja að lýðræðið væri virkt. Árið 1938 var gefið í skyn í neðanmálgrein í dómi réttarins, að dómstólar kynnu að herða eftirlit með því að lög samrýmist jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar, ef þau hindra framgang þeirra lýðræðislegu ferla sem venjulega leiða til þess að óæskilegri löggjöf er breytt. Þá var vikið að því að sama kynni að eiga við þegar dæmt væri um stjórnskipulegt gildi laga sem snúa að sérstökum trúarhópum, þjóðum eða kynþáttum, sem ekki eru í meirihluta. Bent var á að fordómar gagnvart afmörkuðum og einangruðum minnihlutahópum kynnu að gera að engu þá varnagla sem ættu að verja réttindi slíkra hópa og réttlæta „strangari“ skoðun af hálfu dómstólanna.<sup>51</sup> Með neðanmálgreininni var skotið fræðilegum stöðum

50 Tjáningarfrelsi, fundafrelsi og trúfrelsi eru öll tiltekin í fyrsta viðauka við bandarísku stjórnarskrána. Hæstiréttur Bandaríkjanna tók að leggja mikla áherslu á vernd tjáningarfrelsisins þegar um 1930 og í dómunum *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), var tjáningarfrelsi lýst sem „the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom.“ (s. 327). Þessi hugmynd var síðar þróuð frekar í „preferred position“ dómunum. Sjá White 1996.

51 “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution ... It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation ... Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, ... or national, ... or racial minorities, ... : whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.” U.S. v. *Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), s. 152–153. Þessi dómur var kveðinn upp eftir að Hæstiréttur Bandaríkjanna hafði gefið til kynna að hann myndi

undir það í bandarískum stjórnskipunarrétti, að mismunandi réttindi og mismunandi hópar manna yrðu meðhöndlaðir á mismunandi hátt þegar dómstólar dæma um samræmi laga og stjórnarskrár. Þessi kenning þróaðist annars vegar sem svar við vantrausti á bandaríska dómstóla vegna þess að talið var að þeir gripu alltof oft fram fyrir hendurnar á þinginu og hins vegar til að bregðast við þeim sérstöku aðstæðum sem sköpuðust vegna kynþáttamismununar og annarrar mismununar. Að minnsta kosti að hluta til má því segja að um svar við séramerískum aðstæðum hafi verið að ræða.

Í fyrirlestri árið 1974 lýsti norskri prófessorinn Carsten Smith þessari þróun og þeirri grunnhugmynd bandaríks stjórnskipunar- réttar, að það sé grundvallarmunur á því þegar lög takmarka efnahagsleg réttindi manna og þegar þau takmarka borgaraleg eða stjórn- málaleg réttindi einstaklinga, eins og tjáningar-, féлага-, funda- og trúfrelsi. Hann taldi að það bæri að viðurkenna það í Noregi eins og gert hefði verið í Bandaríkjunum „at de personlige friheter står høyere i hierarkiet av demokratiske verdier enn de økonomiske rettigheter, og derfor i større grad bør kunne vernes ved domstolenes prøvelsesrett“.<sup>52</sup> Því ættu norskir dómstólar að taka af skarið um það hvort bersýnilegt ósamræmi þyrfti til að þeir litu framhá lögum og gera, ef svo væri, fyrirvara að því er snertir tjáningarfrelsi og önnur slík réttindi einstaklinga. Áður hafði Torstein Eckhoff lýst þeirri skoðun sinni að út af fyrir sig væri æskilegt að norskir dómstólar væru áfram varfærnir við mat á stjórnskipulegu gildi laga en þó gæti verið æskilegt að þeir hertu eftirlitið á einstökum sviðum, einkum að því er snerti vernd „underpriviligerte minoritetsgrupper“ eins og erlends farandverkafólks, sígauna, fatlaðra o.fl.<sup>53</sup> Hann benti á, að réttindi minnihlutans nytu ekki alltaf nauðsynlegrar verndar í lýð- ræðisþjóðfélögum, sérstaklega ekki þegar í hlut ættu hópar sem skorti fjármagn eða pólitísk áhrif til þess að gæta hagsmuna sinna. Í slíkum tilvikum hefðu dómstólar einmitt sérstöku hlutverki að gegna.<sup>54</sup>

veita löggjafanum meira svigrúm við mat á stjórnskipulegu gildi laga sem snertu efnahagsmál eða efnahagsleg réttindi manna en hann hafði gert áratugin á undan.

52 Carsten Smith 1975, s. 302. Hér nota ég hugtakið borgaraleg eða stjórn- málaleg réttindi yfir þau réttindi sem á norsku eru nefnd „frihetsrettigheter“ og tel þá eignarrétt með „efnahagslegum réttindum“.

53 Eckhoff 1974, s. 277–278.

54 Þessi hugmynd hafði komið fram áður í Noregi. Þannig vísar Eckhoff til þess að þessu

Hæstiréttur Noregs tók afstöðu til þessa atriðis árið 1976, í Kløfta- dómnum sem fyrr er nefndur. Hann snerti það hvort lög um eignar- nám kvæðu á um fullar bætur. Talsmaður meirihlutans sagði í dóms- forsendunum: „Det er imidlertid forskjellige oppfatninger av hvor meget det skal til for at domstolene skal sette en lov til side som grunnlovsstridig. Jeg finner ikke grunn til å uttale meg i sin alminne- lighet om dette. Løsningen vil i noen grad avhenge av hvilke grunn- lovsbestemmelser det er tale om. Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre stats- maktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg ... at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling. / Jeg finner det klart at Stortingets forståelse av lovens forhold til slike grunnlovsbestemmelser må spille en betydelig rolle når domstolene skal avgjøre grunnlovsmessigheten, og domstolene må vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgiverens ... Ut fra dette vil jeg for min del vike tilbake for å konstatere grunnlovsstrid i tilfelle hvor det foreligger rimelig tvil, og hvor Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med grunnloven.“<sup>55</sup>

Þessi dómur virðist hafa verið skilinn svo að mismunandi tegundir réttinda skiptu aðeins máli um það hvernig með skuli fara þegar þingið hefur komist að þeirri niðurstöðu að lög samrýmist stjórnar- skránni.<sup>56</sup> Spurningin er m.ö.o. sú, hversu mikið svigrúm löggjafinn hafi til að meta það hvort lög samrýmist stjórnarskránni og það er þetta svigrúm sem Hæstiréttur segir vera mismikið eftir því hvers kyns réttindi eigi í hlut. Þetta er annað fyrirkomulag en tíðkast í

hafi verið haldið fram í fyrirlestri árið 1962 (Eckhoff 1989, s. 225). Fleiri höfðu minnst á að gera bæri greinarmun á mismunandi tegundum réttinda, sbr. t.d. Hiorthøy og Wilberg 1967, s. 158.

55 N.Rt. 1976:1. Minnihluti dómsins tjáði sig einnig um þetta atriði. Minnihlutinn gerði frekari athugasemdir um nauðsyn þess að fara með gát, en var í grundvallaratriðum sömu skoðunar og meirihlutinn að því er snerti mismunandi tegundir réttinda. Sá hluti dómsins sem að þeim sneri var einnig staðfestur – og e.t.v. gengið lengra – í norskum hæstaréttardómi frá 1997 (N.Rt. 1997:1821).

56 Þ.e.a.s. þegar löggjafinn „klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med grunnloven“.

Bandaríkjunum, þar sem álit þingsins vegur jafnþungt hvaða réttindi sem eiga í hlut, en lög þurfa að uppfylla mismunandi skilyrði eftir því hvaða réttindi og hvaða hópa um er að ræða.<sup>57</sup> Rökin í norska dómnum hafa verið gagnrýnd á þeim grundvelli að þau sjónarmið, sem leiði til þess að eðlilegt sé að dómstólar taki tillit til mats löggjafans á því hvort lög samrýmist stjórnarskrá, vegi jafn þungt óháð því hvaða stjórnarskrárákvæði lögin kunni að stangast á við. Þá er bent á að eðlilegra væri að skoðanir manna á mismundi vægi stjórnarskrávarinna réttinda komi fram við túlkun stjórnarskrárákvæðanna heldur en að þær hafi áhrif með þessum hætti.<sup>58</sup>

Það er ljóst, að hugmyndin um að gera greinarmun eftir því hvaða réttindi eiga í hlut var tekin í norskan rétt úr bandarískum rétti. Norskir fræðimenn ganga út frá þessu, auk þess sem þetta er ljóst af röksemdunum sjálfum. Þannig sjást greinileg merki neðanmálsgreinarinnar í dómnum í máli Carolene Products frá 1938, sem lýst er hér að framan, í greinum Eckhoffs og Smiths eins og reyndar síðari norskum ritum um þetta efni.

Hugmyndin um þennan mun hefur verið uppi í Danmörku öðru hverju og danskir fræðimenn telja ekki ljóst hvort farið yrði með mál um stjórnskipulegt gildi laga sem hugsanlega takmarka borgaraleg réttindi á sama hátt og mál um skerðingu eignarréttinda.<sup>59</sup> Hugsanlega verður litið svo á að Tvind-dómurinn frá 1999 styðji það að öðrum sjónarmiðum sé beitt þegar annað en eignarréttur er í húfi.<sup>60</sup>

57 T.d. þurfa flest lög sem dregið er í efa að samræmist jafnræðisreglu bandarísku stjórnarskrárinnar aðeins að vera „rationally related to a legitimate legislative objective“ til þess að vera talin samrýmast jafnræðisreglunni en lög sem kveða á um mismunandi meðferð fólks eftir kynþætti eða snerta tiltekin grundvallarréttindi eins og kosningarétt, þurfa með örfáum undantekningum að vera „necessary to promote a compelling governmental interest.“

58 Andenæs 1998, s. 292–3.

59 Sem dæmi má nefna athugasemd Max Sørensen um að ekki séu skiptar skoðanir um að dómstólar ættu að virða að vettugi lög sem brjóti í bága við stjórnarskrána og takmarki borgaraleg réttindi manna. Sørensen 1959, s. 450. Sjá einnig Krarup 1999.

60 Eins og lýst hefur verið snerist dómurinn um fjárveitingarvald danska þingsins og beitingu þess með þeim hætti að Hæstiréttur taldi að þingið hefði í raun tekið sér dómvald andstætt 3. gr. dönsku stjórnarskrárinnar. Dómurinn byggir því á þrískiptingu ríkisvaldsins en ekki tilteknu mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar. Bæði er unnt að líta á þrískiptingu ríkisvaldsins sem almenna tryggingu fyrir réttindum manna og svo hafa umræður í kjölfar dómsins bent til þess að e.t.v. boðaði hann stefnubreytingu að þessu leyti, sbr. ummæli dómsforsetans, sem vísað er til hér að framan.

Það sjónarmið að gera beri greinarmun á því hvaða réttindi manna lög, sem hugsanlega stangast á við stjórnarskrána, snerta hefur hins vegar ekki verið skýrlega viðurkennt í dómaframkvæmd í Danmörku á sama hátt og í Noregi. Þó kann að vera að niðurstöður dómstóla í dönskum málum sem snerta stjórnskipulegt gildi laga séu ekki allskostar ólíkar því sem gerist í Noregi eða Bandaríkjunum að þessu leyti. Þetta er vegna þess að þau ákvæði dönsku stjórnarskrárinnar sem oftast reynir á í tengslum við efnahagsleg réttindi manna – eignarréttar- og atvinnufrelsisákvæðin – gera það að skilyrði að almenningsþörf eða almannahagsmunir krefjist takmarkana á réttindunum. Dómstólar hafa talið að löggjafinn eigi sjálfur fullnaðarmat um það hvort þessu skilyrði sé fullnægt. Þessu er farið með sama hætti hér á landi.<sup>61</sup> Þessi afstaða hefur orðið til þess að fremur lítið hald er í þessum ákvæðum gagnvart löggjafanum.<sup>62</sup> Fyrir þessari afstöðu dómstóla hafa verið færðar ýmsar ástæður, sem ekki verða tífundaðar hér, enda er það sem skiptir máli í þessu sambandi það, að dómstólar hér á landi og í Danmörku hafa látið löggjafanum eftir mun meira svigrúm til mats á því hvort þessum skilyrðum sé fullnægt og þar með í mörgum tilvikum um það hvort lög samrýmist þessum stjórnarskrárgreinum, heldur en þeir láta löggjafanum eftir þegar spurning er hvort lög samrýmist öðrum greinum stjórnarskrárinnar.<sup>63</sup>

Íslenskir dómstólar hafa ekki haft mörg orð um það, hvort þeir geri greinarmun á því hvort lög snerta fjárhagsleg eða ófjárhagsleg réttindi manna. Ýmsir dómar virðast þó benda til þess að dómstólar veiti löggjafanum aukið svigrúm þegar lög snerta efnahagsmál.

61 Sbr. Úfr. 1913:457 og Hrd. 1937:332 og síðari dóma. Menn hafa deilt um það hér á landi, hvort í þessu felist að dómstólar telji sig ekki bæra til þess að endurmeta þetta. Sömuleiðis hafa menn rætt það í Danmörku að e.t.v. felist í þessu að dómstólar meti hvort almannaheill hafi verið höfð til hliðsjónar (hafi verið sjónarmið sem skipti máli við ákvörðun löggjafans) en hins vegar ekki hvort almannaheill krefjist í raun þeirra aðgerða sem um er rætt.

62 Sjá t.d. Gunnar G. Schram 1997, s. 609.

63 Meðal þeirra ástæðna sem eru taldar liggja að baki þessu er að dómstólar séu síst færari en löggjafinn að skýra hugtakið almannaheill. Það sé pólitískt í eðli sínu og afar teygjanlegt. Full ástæða er til að endurskoða þetta, ekki síst með tilliti til þess að nú eru þessi skilyrði varla óljósari heldur en skilyrði t.d. 73. gr. stjórnarskrárinnar um að löggjöf sé „nauðsynleg og samræmist lýðræðishefðum“ og þess að dómstólar virðast, sbr. t.d. dóma um bráðabirgðalög, heldur hafa fært út kvíamar í þessum efnunum. Það er hins vegar ekki svigrúm til þess að kanna þetta nánar hér.

Þannig sagði t.d. í Hrd. 1951:268, að ákvæði því, sem haldið var fram í málinu að stangaðist á við 67. gr. stjórnarskrárinnar væri „ætlað að stuðla að því að koma fastri skipun á fjárhagskerfi landsins. Verður ekki talið að 67. gr. stjórnarskrárinnar reisi skorður við því, að almenni löggjafinn skipi gjaldeyrismálum í sambandi við gengisfellinguna með þeim hætti, sem gert er í 8. gr. nefndra laga.“<sup>64</sup> Hæstiréttur hefur sagt beint að ætla verði „löggjafanum verulegt svigrúm til að ákveða þau sjónarmið, sem ráða skattlagningu“<sup>65</sup> og í nokkrum skattadómum er að finna ráðagerðir um það, að taka beri tillit til tilgangs laganna við mat á því hvort þau samrýmist stjórnarskrá.<sup>66</sup> 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 stjórnarskrárinnar.

Vísbendingar um að dómstólar veiti löggjafanum aukið svigrúm til mats á því hvort lög sem snerta efnahagsmál stangist á við stjórnarskrána hafa einnig komið fram í dómum um gildi bráðabirgðalaga um kjör ríkisstarfsmanna. Þannig féllst Hæstiréttur á það í Hrd. 1995:2417, að unnt hefði verið að kalla saman þing með skömmum fyrirvara sumarið sem bráðabirgðalögin voru gefin út. Hins vegar er bent á í dómnum, að bráðabirgðalöggjafinn hefði engu að síður metið stjórnsmálaaðstæður og ástand í þjóðfélaginu svo, að brýnt væri að breyta strax lögum um Kjaradóm. Með tilliti til þess að skilyrði 28. gr. stjórnarskrárinnar um brýna nauðsyn hefði í framkvæmd verið skýrt rúmt þótti ekki leitt í ljós að löggjafinn hefði með þessu mati misbeitt valdi sínu skv. 28. gr. Hér er engu líkara en að Hæstiréttur hafi komist að þeirri niðurstöðu að brýna nauðsyn hafi ekki borið til útgáfu bráðabirgðalaga en virði samt mat bráðabirgðalöggjafans að

64 Hrd. 1951:268, s. 269–270.

65 Hrd. 1987:1008, s. 1009–1010.

66 Sbr. Hrd. 1954:73, s. 76 og 74. Hæstiréttur virðist gefa sama sjónarmiði undir fótinn í Hrd. 1958:753, þar sem því er lýst að síðari stóreignaskattslögin, nr. 44/1957, hafi verið sett við aðrar aðstæður og byggt á öðrum forsendum en fyrri stóreignaskattslögin nr. 22/1950. Þá er berum orðum sagt í héraðsdómi í Hrd. 1972:945, sem síðar var staðfestur með tilvísun til raka hans í Hæstarétti, að með setningu laganna sem um var deilt hafi „löggjafinn á grundvelli stjórnsmálalegs mats viljað gera ráðstafanir til að draga úr áhrifum verðsveiflna á útflutningsafurðum sjávarútvegsins. Verkefni bæjarþingsins er ekki að fjalla um hið stjórnsmálalega mat, heldur að kanna, hvort lögin fylla upp þau skilyrði, sem stjórnarskráin kann að setja um slíka lagasetningu.“ Hrd. 1972:945, s. 969 og 945.

þessu leyti.<sup>67</sup> Í þessu sambandi ber að geta þess að skilyrði 28. gr. stjórnarskrárinnar um brýna nauðsyn hefur verið talið pólitískt í eðli sínu á sama hátt og skilyrði 72. og 75. gr. hennar um almannaheill og almannahagsmuni.

Nokkru óljósara er, hvaða sjónarmiðum dómstólar hafa beitt að þessu leyti í málum um ófjárhagsleg réttindi manna. Vernd slíkra réttinda virðist heldur hafa aukist miðað við það sem áður var en erfitt er að segja til um hvort það er vegna breytinga á stjórnarskránni, breyttrar afstöðu dómstóla eða annarra atriða. Svo nokkur dæmi séu nefnd taldi Hæstiréttur í Hrd. 1994:748, að lagagrein sem kvað á um það að tími fanga í einangrun teldist ekki til refsítímans væri andstæð 2. og 65. gr. stjórnarskrárinnar. Voru fyrrverandi fanga dæmdar bætur vegna þess tíma sem hann sat í fangelsi umfram dæmda refsivist vegna einangrunarvistar.<sup>68</sup> Áður voru agaviðurlög í fangelsum hins vegar talin falla utan gildissviðs þessara stjórnarskrárákvæða. Þá var byggt á því í meiðyrðamáli árið 1998 að mörg þeirra ummæla, sem málið snerist um, hefðu falið í sér gildisdóma þar sem áfrýjandinn lagði mat sitt á það sem hann taldi vera staðreyndir og að því hefði í mörgum tilvikum ekki verið farið út fyrir mörk tjáningarfrelsisins.<sup>69</sup> Í

67 Tveir dómáramur komust að gagnstæðri niðurstöðu. Í sératkvæði þeirra sagði, að ekki væri á valdi dómstóla að hnekkja mati bráðabirgðalöggjafans á nauðsyn lagasetningar til að ná stjórnsmálalegum markmiðum. Hins vegar lögðu þeir áherslu á það að ekki yrði séð að reynt hefði verið að kveðja Alþingi saman til fundar og að því hefði ekki verið sýnt fram á að brýna nauðsyn hefði borið til útgáfu laganna (s. 2421). Í Hrd. 1992:1962, sem einnig snerti stjórnskipulegt gildi bráðabirgðalaga um kjör ríkisstarfsmanna sagði: „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 haga almennri lagasetningu í samræmi við þá jafnræðisreglu, sem hér á við og víða er byggt á ...“. Var talið að bráðabirgðalögin hefðu að nokkru leyti farið í bága við hana og hefðu því að hluta ekki orðið skuldbindandi gagnvart áfrýjanda (s. 1968–1969). Í sératkvæði tveggja dómara voru bráðabirgðalögin talin samrýmast 28. gr. stjórnarskrárinnar því aðeins skýr misbeiting heimildarinnar til útgáfu bráðabirgðalaga réttlætti að dómstólar byggðu ekki á þeim. Þar segir: „Bráðabirgðalög nr. 89/1990 voru sett til að verja efnahagsstefnu löglegra stjórnvalda, og verður því að okkar áliti ekki á því byggt“ að setning þeirra hafi brotið í bága við 28. gr. stjórnarskrárinnar (s. 1971). Í sératkvæðinu var tekið fram í tengslum við það hvort bráðabirgðalögin samrýmdust jafnræðisreglu, að rökin sem fram komu þeim til skýringar væru stjórnsmálalegs eðlis og yrðu aðeins að takmörkuðu leyti metin af dómstólum (s. 1972).

68 Sbr. einnig Hrd. 1991:1690 þar sem það var ekki talið stangast á við 2. gr. stjórnarskrárinnar, að sjávarútvegsráðuneytið hefði viðtekar heimildir til upptöku ólöglegs sjávaraflla og ákvörðunar um andvirði hans, skv. lögum nr. 32/1976.

69 Hrd. 1998:1376, s. 1383.

eldri dómum um meiðyrði var ekki tekið með þessum hætti tillit til þess hvort um gildisdóma væri að ræða, en hér veða áhrif Mannréttindasáttmála Evrópu væntanlega þungt. Dómstólar kunna því að veita löggjafanum minna svigrúm er lög snerta borgaraleg réttindi manna.<sup>70</sup> Eins og áður sagði hafa dómstólar þó ekki tekið af allan vafa um þetta efni með sama hætti og norskir og bandarískir dómstólar.

Sú leið hefur samkvæmt framansögðu verið farin bæði í Bandaríkjunum og í Noregi að sameina þá kosti sem það hefur að dómstólar fari mjög varlega í að víkja lögum til hliðar og aukna vernd þeirra réttinda sem nú eru talin vera grundvallarréttindi með því að gera mismiklar kröfur um það hve skýrt lög þurfi að stangast á við stjórnarskrána eftir því hvort um grundvallarréttindi er að ræða eða önnur réttindi, t.d. efnahagsleg. Þannig þarf mun meira til að lög sem takmarka efnahagsleg réttindi manna séu talin andstæð stjórnarskránni heldur en lög sem takmarka önnur réttindi. Hugmyndin um að gera beri greinarmun á þessum tegundum réttinda hefur verið viðruð í Danmörku og á hana minnst hér á landi;<sup>71</sup> án þess þó að séð verði að rök fyrir þessu fyrirkomulagi hafi verið rædd sérstaklega, hvorki þau sömu og í Noregi né önnur. Eins og hefur verið lýst hér að framan komu nokkrir þættir inn í þróun þessarar hugmyndar í Bandaríkjunum og sumir þeirra eru ekki til staðar á neinu Norðurlandanna. Hugmyndir um það hvaða réttindi séu grundvallarréttindi og hver ekki, og hugsanlega hvers vegna eru hins vegar sennilega svipaðar í ríkjunum fjórum og sú lausn sem valin hefur verið í Noregi og Bandaríkjunum virðist leysa nokkuð vel togstreituna milli sjónarmiða um að ákvörðunarvald í mikilvægum málum eigi að vera hjá kjörnu þjóðþingi og nauðsyn þess að vernda mannréttindi þegnanna. Hvort svipuð lausn hefur í raun verið fundin hér á landi er óljóst, ekki síst vegna þess að þó það kunni að vera að dómaframkvæmd hér á

70 Því fer þó fjarri að málum sem snerta ófjárhagsleg réttindi manna ljúki alltaf með þeim hætti að dómstólar telji að löggjafarvaldið hafi gengið of langt í að takmarka slík réttindi. Sem dæmi um hið gagnstæða má nefna Hrd. 1999:781 þar sem Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að bann við áfengisauglýsingum færi ekki í bága við tjáningarfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar. Tekið var fram í dómnum að „Löggjafinn hefur metið auglýsingabann áfengis nauðsynlegt og ítrekað það mat eftir að núgildandi tjáningarfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar var sett.“

71 Sjá Ragnar Aðalsteinsson 1992.

landi sé að því leyti lík því sem gerist í Noregi og Bandaríkjunum, að löggjafinn hafi frjáltsari hendur um setningu laga sem snerta efnahagsleg réttindi manna en önnur er óvíst að vernd borgaralegra réttinda sé sú sama. Mismunandi rök fyrir þeim greinarmun sem gerður hefur verið á þessum réttindum – annars vegar sú skoðun að dómstólum beri að vernda borgaraleg réttindi sérstaklega og hins vegar að dómstólar eigi að taka sérstakt tillit til afstöðu löggjafans þegar um er að ræða skilyrði sem snerta almannaheill eða efnahagsmál – kunna að leiða til þess að vernd borgaralegra réttinda sé minni hér á landi og í Danmörku heldur en í hinum ríkjunum tveimur þó að hún sé í öllum tilvikum meiri en annarra réttinda. Mat á því hvort í raun er um sambærilega dómaframkvæmd eða ekki að ræða og hvar munurinn liggur þarf að byggjast á dómaramannsóknum sem er ekki svigrúm til að gera hér.

#### 4. Samantekt og niðurstöður

Hér að framan var því lýst að sömu rök voru færð fyrir því að fela almennum dómstólum að dæma um stjórnskipulegt gildi laga í Bandaríkjunum um aldamótin 1800, í Noregi snemma á 19. öld og síðar bæði í Danmörku og hér á landi. Þetta kemur ekki á óvart, enda eiga þessi sjónarmið um eðli úrskurðarvaldsins og tengsl þess við ritaðar stjórnarskrár ekki síður við á Íslandi, Danmörku og Noregi heldur en í Bandaríkjunum. Rökin eru m.ö.o. ekki bundin við tilteknar utanaðkomandi aðstæður heldur tengjast mestmegnis úrskurðarvaldinu sjálfu. Ennfremur var minnst á það, að leiðir skildu milli bandaríks og norræns réttar, að því er snertir heimild úrskurðarvaldsins, á fyrri hluta 20. aldar. Þá skaut sú skoðun rótum í þeim Norðurlandanna, sem hér eru til umræðu, að úrskurðarvaldið byggðist á stjórnskipunarvenju. Þó að hugmyndaegur grundvöllur úrskurðarvaldsins sé sá sami varð það til þess að umræðan er nú mjög mismunandi á Norðurlöndunum þremur annars vegar og Bandaríkjunum hins vegar, a.m.k. að því er snertir áherslur í kennslubókum og nýlegri umfjöllun um úrskurðarvaldið.

Ýmsar þeirra kenninga, sem komið hafa upp í Bandaríkjunum sem tilraunir til að bregðast við áhyggjum af því að úrskurðarvaldið sé ekki lýðræðislegt í eðli sínu, hafa einnig komið upp á Norðurlönd-

unum þremur eða flust þangað frá Bandaríkjunum. Kenningin um að dómstólum beri aðeins að telja lög andstæð stjórnarskrá þegar þau stangast bersýnilega á við hana kom upp í Noregi, Bandaríkjunum og Danmörku um leið og úrskurðarvaldið sjálft og varð mun langlífari í Danmörku og e.t.v. á Íslandi, en í Bandaríkjunum. Vandinn þegar borin eru saman mismunandi ríki á mismunandi tímum er hins vegar sá, að nær ógerlegt er að átta sig á því hvort það að segja að „bersýnilegt ósamræmi“ þurfi til að lög verði talin andstæð stjórnarskrá hafi raunverulega merkingu og hvort hún sé sú sama þegar hugtakið er notað um rétt mismunandi ríkja. Þessi hugmynd er, eins og kenningar um uppruna og heimild úrskurðarvaldsins, nátengd úrskurðarvaldinu sjálfu. Hún snertir eðli dómsvaldsins og löggjafarvaldsins og mörkin milli þeirra en er síður viðbrögð við tilteknum aðstæðum. Þetta getur verið ástæða þess að kenningin kom upp beggja vegna Atlantshafsins án þess að ótvíræð merki sjáist um það að hún hafi verið tekin upp í Noregi og Danmörku að bandarískri fyrirmynd. Það virðist hins vegar ljóst að rökstuðningur fyrir þessari kenningu fluttist síðar milli landa – norrænir fræðimenn seint á 19. öld vísuðu til bandarískra kenninga.

Öðru máli gegnir, a.m.k. að hluta til, um bandarískar hugmyndir um það að dómstólum bæri að gæta nánar að því hvort lög samrýmdust stjórnarskránni þegar löggin sem ættu í hlut snertu önnur réttindi manna en fjárhagsleg. Þróun þessarar kenningar í Bandaríkjunum mótaðist ekki síst af kynþáttamismunun og djúpstæðu vantrausti á dómstólum. Fleira kom til, en það er óhætt að segja að þeir þættir, sem urðu til þess að þessi kenning þróaðist í Bandaríkjunum, voru ekki til staðar í eins ríkum mæli á Norðurlöndum. Eftir nokkra umræðu um kenninguna meðal norskra fræðimanna sagði Hæstiréttur Noregs árið 1976 að það skipti máli hvaða réttindi ættu í hlut varðandi það hversu mikið tillit dómstólar tækju til álits þingsins á samræmi laganna og stjórnarskrár. Sams konar ummæli er ekki að finna í dönskum dómum en fræðimenn hafa bent á að hugsanlega stefni þróunin þar í svipaða átt. Sami greinarmunur virðist vera gerður í dómaframkvæmd hér og í Danmörku og í Noregi. Hins vegar hafa dómstólar hér ekki lýst því skýrlega yfir að þeir telji að gera beri slíkan greinarmun. Grunnhugmyndin um að æskilegt sé að leggja sérstaka áherslu á að vernda þau réttindi manna sem varða möguleika þeirra til að hafa áhrif í stjórnámálum hefur svo að séð verði ekki hlotið sömu athygli í Danmörku eða á Íslandi og í Noregi og Banda-

rikjunum, þó að hún eigi væntanlega eins við í öllum þessum ríkjum. Því má þó ekki gleyma að það er ekki gerður greinarmunur á mismunandi tegundum réttinda í stjórnarskránni sjálfri. Það er því umhugsunarefni fyrir þá sem vilja auka vernd borgaralegra réttinda hér á landi, á hvaða grundvelli slíkur greinarmunur verði gerður – verði hann ekki byggður á mismunandi orðalagi stjórnarskrárinnar sjálfar, t.d. að því er snertir almannahagsmunaskilyrði hennar. Almennt virðist mega segja að það sé æskilegt að þau Norðurlandanna sem telja að gera beri slíkan greinarmun á fjárhagslegum og öðrum réttindum rökstyðji það betur en gert hefur verið. Auk grundvallarhugmyndarinnar sjálfar hafa verið teknar úr bandarískum kenningum ýmsar hugmyndir sem erfitt er að koma auga á að eigi vel heima í norrænni lögfræði.

Að því er snertir Ísland sérstaklega má segja að yfirlitið, sem hér hefur verið gefið veki nokkrar spurningar til viðbótar. Í fyrsta lagi hvernig á því standi að úrskurðarvaldinu hefur verið tiltölulega lífill gaumur gefinn þrátt fyrir það að því sé ótvírætt beitt af meiri einurð hér en t.d. í Danmörku og að þær kenningar, sem hingað hafa borist úr dönskum stjórnskipunarrétti séu því að mörgu leyti ekki fullnægjandi miðað við íslenska framkvæmd. Þannig er ekki ljóst hversu mikið þarf til að dómstólar telji lög andstæð stjórnarskrá. Þá hefur það ekki verið rætt hvernig með skuli fara ef löggjafinn hefur sérstaklega metið stjórnskipulegt gildi laga, né heldur hvort eðlilegt sé að úrskurðarvaldinu sé beitt með mismunandi hætti eftir því hvaða réttindi manna eiga í hlut. Allt eru þetta þó mikilvægar spurningar í ríkjum þar sem úrskurðarvaldið er jafn virkt í raun og það er hér á landi.

### Heimildaskrá

- Andenæs, Johs.: Høyesterett som politisk organ. Lov og Rett 1965, s. 22.  
Andenæs, Johs.: Statsforfatningen i Norge (8. udg.). Tano Aschehoug. 1998.  
Andersen, Ernst: Forfatning og sædvane. København. 1947.  
Andersen, Poul: Dansk statsforfatningsret (2. Oplag – Fotografisk optryk af udvalgte afsnit ved Carl Aage Nørgaard). Gyldendal. 1964.  
Aschehoug, Torkel H.: Norges nuværende statsforfatning III. (2. utg.) 1893.  
Castberg, Frede: Norges statsforfatning II. Oslo. 1935.

- Christensen, Jens Peter og Hansen Jensen, Michael: Højesterets dom i Tvind-sagen. UfR.-B, 1999, s. 227.
- Davíð Þór Björgvinsson: Skranker for lovgivningsmyndigheten. Jussens Venner 1998, hefte 1-2, s. 78.
- Eckhoff, Torstein: Domstolenes rettskapende virksomhet. Úlfjótur 1974, 3. tbl., s. 274.
- Eckhoff, Torstein: Høyesterett som grunnlovens vokter. Jussens Venner 1976, hefte 1, s. 1.
- Eckhoff, Torstein: Juss, moral og politikk. Universitetsforlaget. 1989.
- Eigaard, Søren: Idealer og politik – Historien om Grundloven af 1953. Odense Universitetsforlag. 1993.
- Einar Arnórsson: Ágríp af íslenzkri stjórnlagafraði. Reykjavík. 1927
- Gunnar G. Schram: Stjórnskipunarréttur. Háskólaútgáfan. 1997.
- Hiorthøy, Finn og Wilberg, Ingeborg: Domstolene og forfatningsutviklingen. Den dømmende makt: Domstolene og rettsutviklingen 1814-1964. (Nissen, Hiorthøy og Gaarder). Universitetsforlaget. 1967.
- Jón Steinar Gunnlaugsson: Deilt á dómara – um túlkun Hæstaréttar á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar. Almenna bókafélagið. 1987.
- Jón E. Ragnarsson: Úrskurðarvald um stjórnskipulegt gildi laga eða íslenzkur reynsluréttur. Úlfjótur 1962, 3. tbl., s. 101.
- Krarup, Ole: Om domstolenes grundlovsprøvelse. Årsberetning 1998 – Grundlovens nutid og fremtid (Blume og Dick, red.). Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet. 1999.
- Lárus H. Bjarnason: Íslenzk stjórnlagafraði. Reykjavík. 1913.
- Morgenstjerne, Bredo: Højesterets Adgang til at tilsidesætte Lovbestemmelser som grundlovstridige. Norsk Retstidende 1913, s. 449.
- Nergelius, Joakim: Om grundlagstolkning, grundlagsvænlig lagtolkning och åsidosättande av grundlagsstridig lag. Svensk Juristtidning 1996, 10 hefti, s. 835.
- Ólafur Jóhannesson: Nogle ord om den stilling, islandsk ret tager til spørgsmålet om gyldigheden af forfatningsstridige love. Úlfjótur 1953, 2. tbl., s. 3.
- Ólafur Jóhannesson: Stjórnskipun Íslands. Hlaðbúð. 1960.
- Páll S. Pálsson: Domstolarnas lagprövningsrätt. Förhandlingarna vid Det tjugofjärde nordiska juristmötet i Stockholm 31 augusti – 2 september 1966. Stockholm. 1967.
- Ragnar Aðalsteinsson: Dómstólar í breytilegum heimi. TL 1992, 3. hefti, s. 161.
- Ross, Alf: Kan domstolenes kompetence til at prøve loves grundlovmæssighed berøves dem ved lov? Statsretlige studier. København. 1959.

- Ross, Alf: Dansk statsforfatningsret I. (3. udg. ved Ole Espersen). København. 1983.
- Smith, Carsten: Domstolene og rettsutviklingen. Lov og Rett 1975, s. 292.
- Smith, Eivind: Høyesterett og folkestyret. Universitetsforlaget. 1993.
- Stang, Friederich: Systematisk Fremstilling af Kongeriget Norges constitutionelle eller grundlovbestemte Ret. Christiania. 1833.
- Stone, Seidman, Sunstein og Tushnet: Constitutional Law (3rd. ed). Aspen Law & Business. 1996.
- Sørensen, Max: Et nyt forfatningsretligt værk. Juristen 1959, s. 441.
- Sørensen, Max: Statsforfatningsret. (2. udg. ved Peter Germer). Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1973.
- Thayer, James B.: The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. 7 Harvard Law Review 129. (1893).
- Um valdsins þrískipta grein. TL 1993, 3. hefti, s. 143.
- White, G. Edward: The First Amendment comes of Age: The Emergence of Free Speech in Twentieth-century America. 95 Michigan Law Review 299 (1996).

### Dómaskrá

- Marbury v. Madison, 5. U.S. 137 (1803).  
Lyfr. VI:176.  
Lyfr. VIII:271.  
UfR. 1912:545 (sjá einnig H.R.T. 1912:110 og TfR. 1912:359).  
UfR. 1913:457.  
N.Rt. 1918 (I):401.  
UfR. 1921:148.  
UfR. 1921:153.  
UfR. 1921:168.  
UfR. 1921:169.  
UfR. 1921:644.  
Hrd. 1937:332.  
Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).  
U.S. v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)  
Hrd. 1943:237.  
Hrd. 1951:268.  
Hrd. 1952:434.  
Hrd. 1954:73.  
Hrd. 1958:753.  
Hrd. 1972:945.

N.Rt. 1976:1.  
Hrd. 1985:1544.  
Hrd. 1987:1008.  
Hrd. 1991:1690.  
Hrd. 1992:1962.  
Hrd. 1994:748.  
Hrd. 1995:2417.  
Hrd. 1996:2956.  
N.Rt. 1997:1821.  
Hrd. 1998:1376.  
Hrd. 1998:4076.  
Dómur Hæstaréttar Danmerkur frá 19. febrúar 1999 í máli nr. 295/1998.  
Hrd. 1999:s781.

HENRY G. SCHERMERS

## *The right to be informed*

### *Contents:*

1. The problem .....	517
2. The facts of the Guerra Case .....	518
3. The essence of the difference .....	520

### *1. The problem*

All over Europe chemical and nuclear installations are built which may cause danger to people living in the neighbourhood. Everywhere such installations are under the obligation to take security measures and to minimize the risk of the neighbourhood as much as possible. Is that obligation enough? Is there an additional obligation to inform the neighbourhood about the existing risk and about the measures taken to limit that risk? If there is an obligation to inform the neighbourhood is there then also a possibility for neighbouring people to request further measures or to challenge that the measures taken are insufficient. So far, there are no European rules permitting the neighbourhood to challenge any measures taken. Nor is there European legislation assuring the information of neighbouring people. The right to be informed about the risks of a neighbouring factory was brought before the Commission and the Court of Human Rights in the case of Guerra against Italy. Both Thor Vilhjálmsson and I participated in the discussion, respectively in the Court and in the Commission; both we agreed that the neighbourhood should be informed; both we dissented on the legal foundation of such an obligation and also we dissented amongst each other. All these dissents persuaded me that the Guerra case might be a suitable subject for my contribution to a *Liber Amicorum* for Thor.