

*Sigríður Ingvarsdóttir
er dómari við Héraðsdóm Reykjavíkur.*



Sigríður Ingvarsdóttir:

UM DÓMSVALDIÐ, FAGLEGT MAT Á HÆFNI DÓMARA OG HLUTVERK DÓMSTÓLA Í RÉTTARRÍKINU

1. INNGANGUR
2. UM RÉTTARRÍKIÐ OG HLUTVERK DÓMSTÓLA
3. KENNINGAR UM ÞRÍGREININGU RÍKISVALDSINS
4. SJÁLFSTÆÐI DÓMSVALDSINS
5. HLUTLEYSIÐ
6. DÓMSVALDIÐ OG NÚTÍMADÓMSTÓLAR
7. LÖGFRÆÐILEGAR ÚRLAUSNIR
8. HVERS ÞARF AÐ GÆTA VIÐ VAL Á DÓMARA Í EMBÆTTI?
9. ÁLYKTANIR OG NIÐURSTÖÐUR

1. INNGANGUR

Í ríki sem vill kenna sig við réttarríki hljóta dómstólar að gegna veigamiklu hlutverki. Óhætt er að segja að dómstólar séu í raun forsenda þess að „rétturinn ríki“ en ekki geðþótti eða hagsmunir áhrifamikilla aðila í samfélaginu. Í samræmi við þessa hugmyndafræði, svo og hugmyndina um þrígreiningu valdsins, er hlutverk dómstóla víða afmarkað í stjórnarskrá, réttarfarslögum og

sérstökum lögum um dómstóla. Þegar lögfræðin fæst við spurningar eða álítaefni, sem tengjast þessum réttarheimildum, er hins vegar óhjákvæmilegt að hafa í huga uppruna þeirra og þá hugmyndafræði sem þær eru byggðar á.

Grundvallarspurningar um dómvaldið og hlutverk dómstóla hafa ekki fengið mikla athygli hér á landi, hvorki innan hinnar hefðbundnu lögfræði né í umfjöllun á opinberum vettvangi. Sögulegur bakgrunnur dómvaldsins og hugmyndafræðin, sem þar liggur til grundvallar, hefur því ekki verið mikið í sviðsljósinu. Þörfin fyrir slíka umfjöllun er hins vegar brýn, einkum í ljósi þess að sífellt eru gerðar auknar kröfur til dómstólanna, svo sem um sjálfstæði þeirra, óhlutdrægni, gæði úrlausna, skilvirkni og afköst.

Samkvæmt réttarríkishugmyndinni er meginhlutverk dómstólanna að leysa úr málum lögum samkvæmt og að tryggja þannig almennt réttaröryggi. Eins og fram kemur í réttarfarslögum og lögum um dómstóla er þeim falið að leysa úr deilum sem spretta af réttarágreiðingum. Þeir dæma einnig í málum sem höfðuð eru vegna brota á refsilögum og ákveða refsingar í þeim þegar það á við. Með þessu er dómstólunum ætlað að þjóna því meginmarkmiði laga að stuðla að allsherjarfriði í þjóðfélaginu. Þeir gegna einnig mikilvægu hlutverki til verndar frelsi einstaklinga og réttindum sem þeim er ætlað að njóta.

Dómstólar geta ekki gegnt framangreindu hlutverki sínu nema að uppfylltum ákveðnum lágmarkskröfum. Þess vegna þarf að skilgreina hvað felst í dómvaldinu, hver eru takmörk þess og hvernig unnt er að tryggja að ekki verði misfarið með það. Dómendur fara með dómvaldið eins og fram kemur í 2. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944. Til dómenda eru gerðar lögbundnar kröfur, svo sem um lögfræðimenntun og annað. Vel þarf að standa að vali á dómara í embætti svo að tryggt verði að hver og einn dómari uppfylli kröfur réttarríkisins um óháð og hlutlaust dómvald, svo og faglega þekkingu og færni í starfi. Til að fá næga yfirsýn yfir það sem skiptir máli þegar metin er fagleg þekking og færni þeirra sem sækja um dómarastörf þarf að skilgreina starfsemi dómstólanna og gera grein fyrir verkefnum þeirra og verksviði.

Hér verður gerð nánari grein fyrir grundvelliðum að starfi dómstólanna, hlutverki þeirra samkvæmt réttarríkinu og meðferð dómvaldsins. Fjallað verður á nokkuð víðtækan hátt um forsendur fyrir því að dómstólarnir geti gegnt því hlutverki að vera ein meginstöð réttarríkisins. Tilgangurinn með þessari framsetningu er að stuðla að aukinni umræðu um hlutverk dómstóla og draga fram mikilvægi þess að réttilega verði með dómvaldið farið. Jafnframt verður reynt að skilgreina hvenær réttaröryggið geti verið í hættu og hvers vegna er sjálfsagt og nauðsynlegt að vel og faglega verði staðið að verki þegar metið er hver eða hverjir eru mestum hæfileikum búnir til að gegna dómarastöðu. Færð verða rök fyrir því hvernig það brýtur gegn grundvallarhugmyndum um réttarríkið verði ekki staðið faglega að vali á dómara í embætti af hlutlausum aðila.

Umfjöllunin teygir sig að nokkru út fyrir hina hefðbundnu lögfræði. Í fyrsta lagi er það vegna þess að starfsemi dómstólanna byggist á ákveðinni hugmyndafræði,

eins og áður segir, og því þarf að kanna hinn hugmyndalega og sögulega bakgrunn. Í öðru lagi þurfa dómstólar oft að fást við efni sem lögfræðin ein á ekki svör við. Þótt meginviðfangsefni dómstólanna sé að leysa úr réttarágreiningi og dæma í refsimálum verður að líta til þess að úrlausnir dómstóla eru oft byggðar á öðru en lögfræðilegum álitaeftum eingöngu. Stundum er úrlausn háð því að tekin hafi verið afstaða til atriða sem byggð eru á mati, t.d. hagsmunamati eða mati á gögnum með hliðsjón af því hvað telst sannað og hvað ekki. Starfsemi dómstólanna er því hvorki byggð á hreinum lögfræðilegum grunni né verður leitað til lögfræðinnar einnar þegar verksvið dómstóla er skilgreint. Þetta þarf að hafa í huga, meðal annars þegar metið er hverjum hæfileikum dómara þurfa að vera búnir. Í lokin verða dregnar ályktanir um meginatriðin, sem hér verður fjallað um, og gerð nánari grein fyrir forsendum þess að dómstólarnir njóti trausts og að þeir geti gegnt því hlutverki sem þeim er ætlað í réttarríkinu.

2. UM RÉTTARRÍKIÐ OG HLUTVERK DÓMSTÓLA

Með upplýsingastefnunni komu fram nýjar hugmyndir í lok 17. aldar og á 18. öld sem ætlað var að kollvarpa fyrri kenningum um að vald konungsins kæmi frá Guði. Samkvæmt kenningum enska heimspekingsins John Locke í riti hans *Ritgerð um ríkisvald* er grundvöllur ríkisvalds einskonar sáttmáli sem tryggir frið, allsherjarreglu og frelsi samfélagsþegnanna. Samkvæmt þessu kemur ríkisvaldið frá samfélagsþegnunum en ekki frá Guði.¹ Þessar og fleiri slíkar hugmyndir um ríkisvaldið og réttlætningar fyrir því komu meðal annars fram í tilefni af ófriði og valdabaráttu sem þá ríkti um alla Evrópu og brýnt var að uppræta. Því var ljóst að vald þurfti að vera til staðar sem gat sett niður deilur og tryggt þar með öryggi og frið. Í tilvitnuðu riti má segja að settar séu fram kenningar um grundvallaratriði réttarríkisins.

Kenningarnar um réttarríkið eru byggðar á réttarheimspekilegri eða stjórnspökilegri hugmyndafræði. Skilgreiningar á réttarríkinu eru þó ekki einhlítar enda hafa fræðimenn, einkum réttarheimspekingar, lagt mismunandi áherslur í umfjöllun og útskýringum á réttarríkishugtakinu. Kenningar um réttarríkið eru því margvíslegar og geta verið flóknar. Þær þarf þó að skilgreina til þess að unnt verði að meta hvort grundvallarreglur, sem hugmyndirnar um réttarríkið eru reistar á, hafi verið virtar. Hér verða aðeins settar fram skilgreiningar sem mestu máli skipta fyrir það efni sem hér er til umfjöllunar.

Hvergi er að finna í lögum, hvað þá í stjórnarskrá, almenna heildstæða skilgreiningu á hugtakinu „réttarríki“ Í almennri umræðu sem og í lögfræðilegri umfjöllun er þó einn vísað til þess að tiltekin atriði samræmist ekki grundvallarhugmyndum um réttarríkið. Þar er átt við ákveðnar grundvallarreglur, sem taldar eru gilda og nauðsynlegt sé að virða, til að unnt sé að tala um réttarríki. Við skilgreiningar á réttarríkishugtakinu getur þurft að grípa til þess að lýsa

¹ Ritgerð **Locke** kom fyrst út í London 1689 eins og fram kemur á bls. 9 í inngangskafli eftir **Atla Harðarson** í útgáfunni sem hér er vitnað til.

ákveðnum hugmyndum, sem kenningar um réttarríkið eru byggðar á, eða markmiðum sem þeim er ætlað að þjóna. Skilgreiningar á réttarríkinu geta þó stundum falist í því að gera grein fyrir einkennum þess eða kröfum sem uppfylla þarf til að um réttarríki geti verið að ræða.

Kenningarnar um réttarríkið segja til um ákveðið fyrirkomulag sem þjóðfélagsskipaninni er ætlað að standa á. Þær eru meðal annars byggðar á hugmyndum um að þjóðfélagið skuli lúta almennum reglum sem settar eru með lögum. Einnig eru þær byggðar á því að leyst sé úr deilum í þjóðfélaginu á grundvelli þessara reglna sem gilda á sama hátt fyrir alla sem eins er ástatt um. Eitt megineinkenni réttarríkisins er að fara þarf að lögum og lögin eiga að vera þannig úr garði gerð að samfélagsþegnarnir geti áttað sig á efni þeirra og hagað háttsemi sinni til samræmis við þau.

Réttarríkishugtakið tengist enn fremur hugmyndum um frelsi einstaklingsins og kenningum um hvernig það verði tryggt. Þar er lagt til grundvallar að samskipti einstaklinga, stjórnvalda og annarra í réttarríkinu skuli lúta réttarreglum. Í því felst ákveðið öryggi borgurinum til handa gegn því að þeir verði beittir gerræðislegum ákvörðunum stjórnvalda eða yfiringi þeirra og annarra. Samkvæmt þessu verða aðgerðir og ákvarðanir stjórnvalda að byggjast á lögum eða viðeigandi lagaheimildum, en stjórnvöld eiga að vera bundin af lögum eins og allir aðrir í samfélaginu. Lagaheimildirnar eiga að kveða á um hvað stjórnvöld megi gera og hverjum aðferðum þeim sé leyfilegt að beita í samskiptum við einstaklinga og aðra sem réttinda njóta að lögum.

Til þess að um réttarríki geti verið að ræða verður tilteknum kröfum að vera fullnægt. Lögin verða t.d. að uppfylla ákveðin skilyrði til að þau verði talin fullnægja kröfum réttarríkisins. Lögin eiga að vera almenn en í því felst að þau mega ekki beinast sérstaklega gegn tilteknum aðilum, svo sem ákveðnum hópum eða einstaklingum. Lögin eiga því að vera þannig úr garði gerð að í þeim felist almennar reglur en ekki einstaklingsbundnar. Þau mega þar af leiðandi ekki segja fyrir um meðferð eða úrlausnir einstakra mála. Lögin verða jafnframt að vera skýr, í innbyrðis samræmi þannig að unnt sé að fara eftir þeim, þekkt, fyrirsjáanleg og framvirk en ekki afturvirk. Þetta á sérstaklega við um refsilög enda stangast það á við grundvallarhugmyndir um frelsi einstaklingsins verði honum gerð refsing nema fyrir því sé viðhlítandi refsheimild, sem kemur fram í lögum sem hann þekkir og getur skilið.² Framangreindar reglur fela í sér ákveðna vernd einstaklingsins með því að hann getur áttað sig á því fyrir fram hvaða íþyngjandi reglur gildi um háttsemi hans. Þess vegna má segja að það sé mikils virði að búa í réttarríki.

Þótt viðurkennt sé að stjórnvöldum beri að fara að lögum, að ákvarðanir þeirra verði að vera byggðar á lögum og að þau megi ekkert aðhafast gegn borgurum réttarríkisins nema samkvæmt lögum eða heimildum, sem byggðar

2 Krafa réttarríkisins um að lög þurfi að birta á rætur að rekja til þess að ekki verði farið fram á að lögum sé hlýtt nema sá sem það á að gera eigi þess kost að þekkja þau. Í 27. gr. stjórnarskrárinnar segir að birta skuli lög.

eru á lögum, veitir það þó engan veginn næga vernd. Til þess að tryggja að eftir þessu verði farið þurfa að vera fyrir hendi óháðir og sjálfstæðir dómstólar sem ætlað er að skera úr um þann rétt sem lögin mæla fyrir um. Dómstólarnir eru þar með, eins og lögin, meginforsendan fyrir því að um réttarríki geti verið að ræða. Dómstólar verða líka, á sama hátt og lögin, að uppfylla ákveðin skilyrði til að þeir geti veitt þá vernd sem réttarríkið ætlast til að þeir veiti.

Dómstólar verða að dæma eftir lögum, en að öðrum kosti hefði enga þýðingu að setja lög. Þessi regla kemur fram í 61. gr. stjórnarskrárinnar en þar segir að dómendur skuli í embættisverkum sínum fara einungis eftir lögum. Því má ekkert annað en lögin hafa áhrif á ákvarðanir og úrlausnir dómstóla. Samkvæmt því ættu dómar, á sama hátt og lögin, að vera fyrirsjáanlegir. Þeir eru það hins vegar ekki alltaf, meðal annars vegna þess að dómsmál snúast oft um margvísleg atriði og mat á þeim, eins og vikið verður nánar að hér á eftir í kafla 7 í umfjöllun um lögfræðilegar úrlausnir. Auk þess geta upplýsingar átt eftir að koma fram sem ekki lágu fyrir þegar mál var höfðað sem enn dregur úr líkum á því að dómsúrlausn sé fyrirsjáanleg.³

Af reglunni um að ekkert annað en lögin megi hafa áhrif á dómsúrlausnir leiðir að dómarar verða að vera hlutlausir. Forsendan fyrir hlutleysinu er að dómarar séu sjálfstæðir í störfum. Reglan um sjálfstæði dómsvaldsins þjónar þeim tilgangi að ekkert annað en lögin hafi áhrif á dómara þegar hann leysir úr máli. Með því að dómarar eru í öllum verkum sínum bundnir af lögnum takmarka lögin þó dómsvaldið. Þessari reglu og hlutleysisreglunni er ætlað að tryggja að ekki verði lagt einstaklingsbundið mat á hvert úrlausnarefni, en slíkt væri ekki í samræmi við kröfur réttarríkisins. Í þessu felst meðal annars krafa um að dómarar láti hvorki ákveðna hagsmuni né almenningsálitid, þegar það er ekki í samræmi við lögin eða túlkun á þeim, hafa áhrif á ákvarðanir og úrlausnir mála. Sjálfstæði dómsvaldsins er takmarkað af þessu.

Dómstólar verða samkvæmt þessu að vera bæði sjálfstæðir og hlutlausir til að þeir geti talist uppfylla kröfur réttarríkisins. Reglan um sjálfstæða og óvilhalla dómstóla kemur fram í 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og í 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.⁴ Mikilvægt er að sjálfstæðið og hlutleysið sé sýnilegt en með því er meðal annars átt við að málsaðilar og aðrir hafi ekki

3 Hér má t.d. benda á það sem fram kemur í 3. mgr. 130. gr. laga um meðferð einkamála, en laga-ákveðið fjallar um málskostnað. Þar segir að vinni aðili mál að nokkru og tapi því að nokkru, eða veruleg vafaatriði séu í máli, megi dæma annan aðilann til að greiða hluta málskostnaðar hins eða láta hvorn þeirra bera sinn kostnað af málinu. Eins megi fara að hafi þeim sem tapar máli hvorki verið né mátt vera kunnugt um þau atvik sem réðu úrslitum fyrr en eftir að mál var höfðað. Úrlausnir í slíkum málum geta ekki verið mjög fyrirsjáanlegar.

4 Í 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944, sbr. 1. mgr. 8. gr. stjórnskipunarlaganna nr. 97/1995, segir að öllum beri réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur eða um ákæru á hendur sér um refsiverða háttsemi með réttlátri málsmeðferð innan hæfilegs tíma fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli. Í 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994, er fjallað um réttinn til réttlátrar málsmeðferðar fyrir dómi. Í 1. mgr. hennar segir, þegar kveðið skuli á um réttindi og skyldur manns að einkamálarétti eða um sök, sem hann sé borinn um refsivert brot, þá skuli hann eiga rétt til réttlátrar og opinberrar málsmeðferðar innan hæfilegs tíma fyrir sjálfstæðum og óvilhóllum dómstóli.

réttmæta ástæðu til að draga það í efa. Sjálfstæðir og hlutlausir dómstólar eru ein meginforsendan fyrir því að þeir njóti trausts. Sjálfstæði dómsvaldsins þarf að skilgreina nánar, en um það verður betur fjallað í kafla 4 og um hlutleysið í kafla 5.

Samkvæmt grundvallarreglum og kröfum réttarríkisins verður einnig að gæta þess að allir njóti jafnræðis í lagalegu tilliti. Jafnræði verður að vera til staðar, bæði samkvæmt lögum og fyrir dómstólum. Í jafnræðisreglunni felst að dómstólar gæti samræmis við meðferð og úrlausnir mála. Þessari reglu er ætlað að tryggja að sama regla gildi um alla sem eins er ástatt um. Tilgangurinn með reglunni um að dóma þurfi að rökstyðja er meðal annars sá að þannig verði unnt að sjá hvernig niðurstaðan hefur verið fengin, að lög hafi ráðið henni og að óhlutdrægni og jafnræðis hafi verið gætt.⁵ Rökstuðningnum er því meðal annars ætlað að koma í veg fyrir að dómsúrlausnir verði byggðar á geðþóttaákvörðunum dómarsins. Reglur um meðferð mála fyrir dómstólum eiga að vera bundnar í lögum. Meðferð dómsmála á því heldur ekki að fara að geðþótta dómara. Slíkar reglur verða að tryggja réttláta málsmeðferð fyrir dómi.

Lög og dómstólar réttarríkisins hafa sameiginlega það meginhlutverk að vernda borgarana og tryggja jafnræði þeirra og annarra sem réttinda njóta. Dómstólarnir fara jafnframt með það hlutverk að tryggja réttaröryggið eins og áður greinir. Þar sem úrlausnir dómstóla í hverju máli eru þar að auki endanlegar um deiluna, sem þar hefur verið uppi, er enn eitt meginhlutverk dómstólanna að setja niður deilur og tryggja þar með frið í samfélaginu. Þetta hlutverk hefur lengi verið í höndum þeirra sem með dómsvaldið hafa farið, sem eflaust má telja upprunalegasta hlutverk dómsvaldsins. Nútíma skilgreiningar á hlutverki dómstólanna í réttarríkinu, kenningar um þrjúgreiningu ríkisvaldsins og kröfur um sjálfstæða dómstóla komu til löngu síðar.

Tilgangurinn með hugmyndinni að réttarríkinu er einkum sá að tryggja friðhelgi einstaklingsins svo og almennt réttaröryggi og frið í þjóðfélaginu. Þjóðfélagsskipanin á að byggjast á lögum. Eitt meginhlutverk dómstóla er að tryggja, þegar það á við, að virtar séu leikreglur réttarríkisins en dómstólum ber að leysa úr deilum, sem spretta af réttarágreiningu, af hlutleysi á grundvelli réttarreglna. Aðgerðir ríkisvaldsins verða að byggjast á lögum og því er lögum ætlað að koma í veg fyrir ofríki ríkisvaldsins. Vörn einstaklingsins er löginn sem vernda hann gegn ofríki og ógnarstjórn. Ef löginn eru ekki virt eiga einstaklingar og aðrir þess kost að leita til dómstóla til að ná fram rétti sínum. Forsenda fyrir því að um réttarríki sé að ræða er að óháður og óhlutdrægur dómstóll skeri úr um réttindi borgaranna. Að öðrum kosti er þessi réttur ekki annað en orðin tóm. Dómstólar verða jafnframt að njóta trausts, ella er hættu á að þeim verði ókleift að tryggja réttaröryggi og frið og þar með uppfylla þeir ekki megin skyldurnar sem á þeim hvíla. Þannig verður stjórnarfyrikomulag og

⁵ Reglan um að dóma skuli rökstyðja kemur fram í 1. mgr. f-liðar 114. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 og 1. mgr. 135. gr. laga um meðferð opinberra mála nr. 19/1991.

stjórnskipulag hvers ríkis að vera með ákveðnum hætti til að uppfylltar séu almennar skilgreiningar á því að það geti talist réttarríki.

Hornsteinar réttarríkisins eru þeir að lög ráði því hvernig samskiptum skuli háttáð, einstaklinga og annarra í milli, svo og afskiptum ríkisvaldsins af þeim. Ákvarðanir og athafnir ríkisvaldisins verða að vera í samræmi við lög sem eru fyrir fram ákveðnar almennar reglur sem hafa verið birtar þannig að allir eigi þess kost að þekkja þær og vita um efni þeirra. Til þess að um réttarríki geti verið að ræða þarf að tryggja réttaröryggið, en dómstólar fara meðal annars með það hlutverk. Veikt kerfi grefur undan hornsteinum réttarríkisins. Varnir gegn misbeitingu valds og geðþóttaákvörðunum stjórnvalda verða að vera traustar. Þess vegna er mikilvægt að þjóðfélagið búi að traustum dómstólum sem uppfylla að öllu leyti kröfur sem hugmyndirnar um réttarríkið eru reistar á. Veikist þessar varnir getur það boðað hnignun réttarríkisins.

3. KENNINGAR UM ÞRÍGREINGU RÍKISVALDSINS

Meðferð valds og hvernig friður verði best tryggður hefur löngum verið viðfangsefni stjórnspekinna. Kenningar um samfélagssáttmálann ganga út á að konungur heiti þegnunum friði og að þeir haldi eignum sínum gegn því að þeir gangist undir vald hans. Reynslan hafði þó kennt að ekki var nóg að gert með því að tryggja vald þjóðhöfðingja. Með því var friðhelgi einstaklinga ekki nægilega tryggð gagnvart misbeitingu valdsins. Einvaldstíminn leiddi t.d. í ljós hve nauðsynlegt var að takmarka vald konunga og annarra einvalda. Vald á einni hendi væri spillt og leiddi til þess að misfarið var með það eins og sögulegar staðreyndir væru bestar til vitnis um. Þess vegna var brýnt að takmarka valdið.

Hugmyndir um aðferðir sem þyrfti að beita voru þær að takmarka valdið með öðru valdi. Kenningar franska stjórnálaheimspekingsins og lögfræðingsins Charles-Louis de Secondat de Montesquieu um þrígrenningu valdsins eru sprottnar af þessu. Í riti sínu *De l'Esprit des lois* lýsir Montesquieu einkennum góðra stjórnarháttanna. Hann gengur þar út frá því að þeir sem fari með völd hafi tilhneigingu til þess að misfara með þau. Þess vegna þurfi að koma böndum á valdið og takmarka það. Þetta taldi hann að þyrfti að gera með því að deila valdinu þannig að það væri ekki allt á einni og sömu hendi. Valdið þyrfti að takmarka með öðru valdi. Þess vegna átti að deila ríkisvaldinu og fela sérstakri stofnun að fara með hvern valdabátt. Hver valdastofnun skyldi svo takmarka vald hinna. Þetta fyrirkomulag átti að tryggja góða stjórnarhætti. Til þess að þetta væri unnt var nauðsynlegt að hver þáttur nyti sjálfstæðis gagnvart hinum tveimur, en lyti samt takmörkunum sem þeir settu eða hefðu eftirlit með.⁶

Þessar kenningar, ásamt frönsku byltingunni og stjórnarskrá Frakklands sem sett var á árinu 1789, höfðu mikil áhrif á þróun stjórnskipunar flestallra

6 Rit Montesquieu *De l'Esprit des lois* kom fyrst út árið 1748. Það hefur einnig verið gefið út á ensku: *The Spirit of the Laws*.

lýðræðisríkja. Settar voru stjórnarskrár í Norður og Vestur-Evrópu sem byggðu á þessum grundvallarhugmyndum um valdastofnanir þjóðfélagsins og þriggreiningu ríkisvaldsins. Í Bandaríkjum Norður-Ameríku hafði verið sett stjórnarskrá sem einnig var byggð á þessu. Hugmyndir um stjórnskipulega stöðu dómstólanna voru betur útfærðar í þessum stjórnarskrám en gert var með kenningum Montesquieu, einkum í stjórnarskrá Bandaríkjanna.

Samkvæmt meginkenningunni, sem reglan um þriggreiningu valdsins er byggð á, skyldi hver hinna þriggja valdabátta vera sjálfstæður gagnvart hinum. Jafnframt felst í kenningunni að hver þessara þátta takmarki vald hinna. Þannig fyrirkomulag á að tryggja öryggi borgaranna gegn því að þeir verði beittir misrétti af ríkisvaldinu og geðþóttaákvörðunum þeirra sem með völdin fara. Tilgangurinn með þrískiptingu valdsins var því sá að veita borgurunum vernd gagnvart ríkisvaldinu.

Íslenska stjórnarskráin byggir á þessari hugmyndafræði og kveður á um meðferð ríkisvaldsins, þar á meðal í 2. gr. um þriggreiningu þess í löggjafarvald, framkvæmdarvald og dómvald. Reglan um þriggreiningu ríkisvaldsins er þannig lögfest í stjórnarskránni og hún er byggð á þeirri hugmyndafræði að valdið þurfi að takmarka. Valdið er í fyrsta lagi takmarkað með því að það má ekki vera allt á einni hendi og þess vegna er því þrískipt, í löggjafarvald, framkvæmdarvald og dómvald. Í öðru lagi felast takmarkanirnar í því að hverjum hinna þriggja þátta er ætlað að takmarka vald hinna tveggja. Þannig takmarkar löggjafarvaldið dómvaldið með því að skipan dómvaldsins er ákveðin með lögum samkvæmt 59. gr. stjórnarskrárinnar og dómendur mega aðeins dæma eftir lögum samkvæmt 61. gr. hennar. Dómvaldinu er ætlað að takmarka löggjafarvald og framkvæmdarvald og hafa eftirlit með þeim þáttum, en samkvæmt venjuhelgðri reglu dæma dómendur ekki eftir lögum sem fara í bága við stjórnarskrá⁷ og þeir dæma um embættistakmörk yfirvalda samkvæmt 60. gr. stjórnarskrárinnar. Þetta er mjög mikilvægt að hafa í huga þegar valdheimildirnar eru skilgreindar.

4. SJÁLFSTÆÐI DÓMSVALDSINS

Í stjórnarskránni kemur fram sú grundvallarregla að dómvaldið sé aðskilið frá löggjafar- og framkvæmdarvaldinu. Sjálfstæði dómvaldsins gagnvart þeim þáttum ríkisvaldsins er nauðsynlegt þar sem dómvaldinu er ætlað að hafa eftirlit með þeim. Auk þess hafa tekið gildi með lögum frá 1994 ákvæði Mannréttindasáttmála Evrópu og breytingar voru gerðar á stjórnarskránni á árinu 1995 sem kveða á um rétt hvers borgara til að fá úrlausn um réttindi sín

⁷ Reglan byggist á kenningum um réttthæð réttarheimildanna en hún er skilgreind þannig að stjórnarskráin sé réttthætti réttarheimild en almenn lög og því verði þau að víkja stangist þau á við fyrirmæli í stjórnarskrá.

og skyldur eða um ákæru eða sök fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli.⁸ Sjálfstæði dómssvaldsins er því þannig til komið að stjórnskipunin gerir ráð fyrir slíku fyrirkomulagi, enda geta dómstólarnir ekki gegnt eftirlitshlutverki, sem þeim er ætlað að hafa með hinum þáttum ríkissvaldsins, nema þeir njóti sjálfstæðis gagnvart þeim. Jafnframt er það stjórnarskrárverndaður réttur, sem talinn er til mannréttinda, að hver einstaklingur geti fengið úrlausn um réttindi sín og skyldur eða um ákæru eða sök fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli. Sjálfstæði dómssvaldsins er af þessum sökum óhjákvæmilegt.

Sjálfstæði dómssvaldsins á að tryggja að hvorki framkvæmdarvaldið né aðrir geti haft áhrif á það hvernig dómara leysa úr málum sem þeir hafa til meðferðar umfram það sem lög kveða á um. Kröfunni um sjálfstæðið er því fyrst og fremst ætlað að þjóna réttindum borgaranna til að fá úrlausn hlutlausra og óháðra dómstóla um þau mál sem þeir bera réttilega undir þá. Sjálfstæði dómstólanna gagnvart löggjafar- og framkvæmdarvaldi verður því að vera tryggt með viðunandi hætti.

Aðgreining dómssvaldsins frá öðrum þáttum ríkissvaldsins var áður fyrir ekki nægileg þrátt fyrir regluna um að dómssvaldið skyldi vera sjálfstætt. Dómstólunum voru til dæmis falin ýmis stjórnarsýslustörf og sýslumenn og bæjarfógetar fóru áður með dómssvald auk þess sem þeir gegndu stjórnarsýslustörfum framkvæmdarvaldsins. Ráðstafanir hafa verið gerðar til að bæta úr þessu í þeim tilgangi að efla sjálfstæði dómssvaldsins. Það var meðal annars gert með lögum nr. 92/1989 sem þá hétu lög um aðskilnað dómssvalds og umboðssvalds í héraði.⁹ Með lögnum var skilið á milli umboðsstarfa og dómstarfa þannig að þau voru ekki lengur á sömu hendi eins og þau höfðu áður að hluta til verið. Settir voru á fót átta héraðsdómstólar sem fara hver í sínu umdæmi með dómstörf í opinberum málum og einkamálum, sbr. þágildandi 1. og 2. gr. laganna, sbr. nú 2. gr. laga um dómstóla nr. 15/1998. Sýslumenn fara hins vegar samkvæmt núgildandi 1. gr. laga nr. 92/1989, sbr. 36. gr. laga nr. 15/1998, með stjórnarsýslu ríkisins eftir því sem lög og reglugerðir mæla fyrir um.

Í lögum um dómstóla nr. 15/1998, sem tóku gildi 1. júlí það ár, var enn lögð áhersla á að efla sjálfstæði dómssvaldsins.

Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi til laganna segir að hér á landi hafi viðhlítandi aðskilnaði á milli dómssvalds og framkvæmdarvalds í héraði ekki verið komið á fyrir en við gildistöku laga nr. 92/1989 á miðju ári 1992. Þessum aðskilnaði hafi verið komið á löngu síðar en í öðrum vestrænum ríkjum. Umræðan frá þeim tíma um skipan dómstóla og skilin á milli þeirra og framkvæmdarvaldsins hafi hins vegar beinst að líkum atriðum og í næstu nágrannalöndum. Í slíkum umræðum hafi borið hvað hæst undanfarið hvort samrýmanlegt sé meginreglunni um sjálfstæða og

8 Sjá neðanmálsgrein 4 um 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.

9 Heiti laganna var breytt með 36. gr. laga um dómstóla nr. 15/1998 og heita þau nú lög um framkvæmdarvald ríkisins í héraði.

óháða dómstóla að ákvörðunarvald um svokölluð innri málefni dómstóla sé að meira eða minna leyti í höndum ráðherra. Bent hafi verið á að ráðherra gæti með afskiptum sínum af beiðnum um fjárveitingar, starfsmannahaldi og veitingu dómaraembætta haft talsverð áhrif á starfsemi dómstólanna. Því sé unnt að draga í efa að dómstólar séu fyllilega sjálfstæðir og óháðir þessum þáttum ríkisvaldsins. Við mótun frumvarpsins hafi verið tekið tillit til þessarar umræðu. Einnig hafi verið hugað sérstaklega að þróun sambærilegrar löggjafar í öðrum ríkjum Evrópu. Þjóðréttarlegar skuldbindingar Íslands, einkum hvað varði mannréttindi og viðskipti, valdi því að sú viðmiðun sé ekki aðeins eðlileg heldur í sumum tilvikum einnig óhjákvæmileg. Við mótun löggjafar um dómstólana verði að hafa í huga að þeim beri að hafa eftirlit með hinum tveimur þáttum ríkisvaldsins, löggjafarvaldinu annars vegar og framkvæmdarvaldinu hins vegar. Þeirri stefnu hafi því verið fylgt við samningu frumvarpsins að tryggja verði í sem ríkustum mæli að dómstólarnir verði óháðir hinum tveimur þáttum ríkisvaldsins sem þeir hafi eftirlit með.¹⁰

Með alþjóðlegum reglum hefur í auknum mæli verið lögð áhersla á að ráðstafanir verði gerðar til að tryggja sjálfstæði dómstólanna. Á sjöundu ráðstefnu Sameinuðu þjóðanna í Milánó 26. ágúst til 6. september 1985, um varnir gegn glæpum og meðferð afbrotamanna, voru samþykktar grundvallarreglur um sjálfstæði dómstóla, staðfestar á allsherjarþinginu 29. nóvember 1985. Í 1. lið reglnanna segir að sjálfstæði dómstóla skuli tryggt af ríkisvaldinu og varið af stjórnarskrá eða lögum lands. Öllum stofnunum ríkisvaldsins og öðrum stofnunum sé skylt að virða sjálfstæði dómstóla.¹¹

Einnig er tilmælum ráðherranefndar Evrópuráðsins No. R (94) 12 til aðildarríkja þess um sjálfstæði, skilvirkni og hlutverk dómara (On the independence, efficiency and role of judges) frá 13. október 1994 ætlað að tryggja og efla sjálfstæði dómstólanna.

Í tilmælunum segir að mælst sé til þess að ríkisstjórnir aðildarríkja geri allt sem nauðsynlegt sé, og styrki það sem þegar hafi verið gert, til að vinna störfum einstakra dómara og dómskerfisins í heild framgang og treysta sjálfstæði þeirra og skilvirkni. Vísað er meðal annars til vilja til að stuðla að sjálfstæði dómara til að treysta réttaröryggi í lýðræðisríkjum og að nauðsynlegt sé að treysta stöðu og vald dómara til að skapa skilvirkt og réttlátt réttarkerfi. Gera beri tilteknar ráðstafanir, sem settar eru fram í reglum, sem eiga að tryggja sjálfstæðið. Þar er meðal annars sett fram sú regla að ríkisstjórn og löggjafarvaldi beri að tryggja að dómara séu óháðir og að ekki sé stigið neitt það skref sem stefnt geti því í hættu.¹²

Í kröfunni um sjálfstæði dómsvaldsins felst að dómara megi ekki lúta boðvaldi annarra. Þetta kemur meðal annars fram í 1. mgr. 24. gr. laga um dómstóla. Þar segir að dómara séu sjálfstæðir í dómstörfum og leysi þau af

10 Alþingistíðindi A, 122. löggjafarþing, þskj. 176, 176. mál.

11 Reglurnar eru birtar í Tímariti lögfræðinga, 1. hefti 1993, bls. 58-60.

12 Sjá heimasíðu Evrópuráðsins: www.coe.int R (94) 12 (8. mars 2005).

hendi á eigin ábyrgð. Við úrlausn máls fari þeir eingöngu eftir lögum og líti þar aldrei boðvaldi annarra. Sama regla kemur fram í 61. gr. stjórnarskrárinnar þar sem segir að dómendur skuli í embættisverkum sínum fara einungis eftir lögnum, eins og áður hefur komið fram. Samkvæmt þessu ber dómara að leysa úr máli á þann hátt sem lög og aðrar réttarheimildir mæla fyrir um. Þar með verður dómari að gæta þess að úrlausnir séu byggðar á viðeigandi laga-sjónarmiðum, hefðum og lögskýringaraðferðum, svo og öðrum viðmiðunum og aðferðum sem notaðar eru við úrlausnir á lögfræðilegum ágreiningsefnum þar sem samræmis hefur verið gætt. Sjálfstæði dómara er takmarkað að þessu leyti.

Lög eru sett af lýðræðislega kjörnum fulltrúum og staðfest af forseta lýðveldisins samkvæmt 26. gr. stjórnarskrárinnar, en lögnum ber bæði stjórnvöldum og dómstólum að fara eftir. Hlutverk dómstóla er að skera úr um álitaefni sem borin eru undir þá, þar á meðal um það hvort lög fari í bága við stjórnarskrá eða hvort stjórnvöld hafi farið að lögum. Því er nú oftast borið við í dómsmálum en áður að lög samræmist ekki stjórnarskrá og dómsmálum hefur fjölgað þar sem krafist er endurskoðunar á stjórnvaldsákvörðunum eða farið er fram á skaðabætur vegna ólögmætra aðgerða stjórnvalda. Til þess að dómstólarnir geti skorið úr um þetta af hlutleysi þurfa þeir að vera sjálfstæðir gagnvart öðrum þáttum ríkisvaldsins. Sjálfstæðið þarf jafnframt að vera sýnilegt þannig að hver og einn þurfi ekki að vera í vafa um að leyst sé úr dómsmálum af sjálfstæðu og óháðu dómsvaldi. Þær skoðanir hafa ítrekað komið fram á opinberum vettvangi að sjálfstæði dómstólanna sé ekki nægilegt, einkum gagnvart framkvæmdarvaldinu. Í kröfunni um aukið sjálfstæði dómsvaldsins felst krafa um sterkara dómsvald og þar með aukið réttaröryggi.

5. HLUTLEYSIÐ

Í kröfu réttarríkisins um hlutlaus dómvald felst að leyst skuli úr dómsmálum af óhlutdrægum og óvilhöllum dómara. Aðstæður verða enn fremur að vera þannig að ekkert sé til þess fallið að draga megi óhlutdrægni dómara með réttu í efa. Hlutleysið þarf því, á sama hátt og sjálfstæðið, að vera sýnilegt. Þess vegna er ekki nægilegt að dómarrinn sé í raun hlutlaus heldur verður að sjást að hlutleysinu megi treysta. Ef hlutleysið er ekki tryggt að þessu leyti veikir það tiltrú manna á því að dómsvaldið uppfylli réttmætar kröfur sem gerðar eru til þess.

Til marks um það hvort dómari geti talist hlutlaus verður einkum að miða við að hann hafi ekki sjálfur hagsmuni af úrlausninni. Hann má heldur ekki tengjast málinu eða hafa komið að því áður á þann hátt sem gerir hann vanhæfan til að fara með það, og hann má ekki hafa tengsl við málsaðila eða aðra sem koma fram fyrir hann eða eru vitni í máli. Dómari má heldur ekki vera háður stjórnvöldum eða öðrum, svo sem hagsmunaaðilum eða þrýstihópum, á þann hátt að haft geti áhrif á afstöðu hans í tilteknum málum. Opinber gagnrýni má heldur ekki hafa áhrif á störf dómarans þannig að hún ógni hlutleysi hans. Allir verða að geta treyst því að dómarrar dæmi eftir lögnum en ekki eftir

opinberri gagnrýni eða öðrum utanaðkomandi áhrifum. Dómari má samkvæmt þessu hvorki ganga erinda tiltekinna hagsmuna né byggja úrlausnina á fordómum eða hlutdrægri afstöðu. Hann á því í raun að vera sem minnst háður öðrum og á þann hátt sjálfstæður. Samkvæmt þessu á dómari að vera fær um að leiða mál til lykta af hlutleysi á grundvelli viðeigandi lagareglna og annarra réttarheimilda.

Vanhæfisreglum sem fram koma í 5. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, sem gilda bæði um einkamál og opinber mál, sbr. 6. gr. laga um meðferð opinberra mála nr. 19/1991, er ætlað að tryggja að hlutlaus dómari fari með mál hverju sinni. Samkvæmt reglunum getur dómari ekki farið með mál ef hann er aðili að því eða fyrirsvarsmaður aðila. Sama gildir ef hann hefur ákveðin tengsl við málsaðila, fyrirsvarsmenn, vitni eða aðra á þann hátt sem lagagreinin kveður á um eða ef önnur atvik eða aðstæður eru fyrir hendi sem eru til þess fallnar að draga óhlutdrægni hans með réttu í efa.

Reglunni í 61. gr. stjórnarskrárinnar um að dómara megi ekki víkja úr starfi nema með dómi er ætlað að tryggja bæði sjálfstæði og hlutleysi hvers dómara. Ekki má heldur flytja dómara í annað embætti á móti vilja hans, nema þegar svo stendur á að verið sé að koma nýrri skipun á dómstólana. Dómari nýtur með þessu starfsöryggis sem verndar hann þar með gegn utanaðkomandi þrýstingi. Með reglunni á að vera tryggt að dómari þurfi ekki að óttast um eigin stöðu, t.d. þegar hann dæmir í máli stjórnvöldum í óhag. Með æviráðningu þarf dómari heldur ekki að keppa að vinsældum í von um áframhaldandi starfsráðningu. Eigin hagsmunir eða öryggi dómarsins í starfi ættu þar með ekki að hafa nein áhrif á hann við dómastörfin. Reglan um starfsöryggi dómara er því mikilvæg forsenda þess að dómstólar geti gegnt hlutverki sínu sem óháðar og hlutlausar valdastofnanir í réttarríkinu og þar með tryggt réttindi borgaranna til að fá hlutlausu dómsúrlausn. Reglunni er ekki síður ætlað að vernda þessi réttindi en réttindi dómarsins.

Hér má einnig líta til reglunnar í 2. mgr. 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu en lagagreinin fjallar um tjáningarfrelsi. Í ákvæðinu kemur fram að þar sem af réttindum, sem felast í tjáningarfrelsinu, leiði skyldur og ábyrgð sé heimilt að þau séu háð þeim formreglum, skilyrðum, takmörkunum eða viðurlögum, sem lög mæli fyrir um og nauðsyn beri til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, landvarna eða almannaheilla, þar á meðal til að tryggja vald og óhlutdrægni dómstóla. Samkvæmt þessu er heimilt að takmarka tjáningarfrelsið á þann hátt sem þarna er lýst, í því skyni að tryggja hlutleysi dómsvaldsins. Að uppfylltum þessum skilyrðum verður tjáningarfrelsið að víkja fyrir ríkari hagsmunum réttarríkisins af því að búa að hlutlausum dómstólum.

Í hlutleysiskröfunni felst að málsaðilar eiga að geta treyst því að dómari gangi ekki erinda tiltekinna hagsmuna og eigi þeim hvorki skuld að gjalda né harma að hefna. Málsaðilar eiga þannig að geta treyst því að dómari þurfi á engan hátt að sýna þeim hollustu, velvilja, meðaumkun eða nokkuð þvífíkt. Slíkt á ekki við enda gerir það dómari óháfan til starfans. Telji dómari að

eitthvað af þessu eigi við verður hann að víkja sæti. Héraðsdómari getur auk þess samkvæmt 4. mgr. 18. gr. laga um dómstóla beðist undan úthlutun máls vegna tengsla við efni þess, aðila, fyrirsvarsmann eða lögmann þótt hann verði ekki talinn vanhæfur til að fara með það, enda sé beiðni hans studd haldbærum rökum og kostur annars dómara við dómstólinn til að fara með málið.

Úr dómsmálum er leyst á grundvelli lagareglna sem eiga við um úrlausnar-efnið, en sakarefnið, sem um ræðir hverju sinni, ræðst af atvikum málsins og málsástæðum sem aðilarnir bera fyrir sig. Þar sem lög eru almennt og eiga því að gilda á sama hátt um alla, sem eins er ástatt um, leiða sambærileg málsatvik til sömu lagalegu niðurstöðu. Þetta gildir óháð því hver dómari er sem fer með málið. Þess vegna er mikilvægt að dómari beiti almennum viðmiðunum við úrlausnir dómsmála en ekki einstaklingsbundnum.¹³ Dómari má því hvorki láta persónulegar skoðanir né eigin sjónarmið, sem ekki eru í samræmi við hefðbundnar og viðurkenndar lögfræðilegar aðferðir og aðrar almennar viðmiðanir, ráða niðurstöðu í dómsmáli. Verði þessa ekki gætt er hætta á að hlutleysi dómarsins verði dregið í efa.

Þótt fylgt sé reglunni um að dómari fari aðeins eftir lögumum við úrlausnir mála verða niðurstöður ekki endilega einhlítar. Lög geta t.d. verið óskýr eða almennt orðuð, tilvikið sem um ræðir fellur ekki beint undir lögin eða mismunandi lagareglur geta átt við sem leiða til ólíkrar niðurstöðu. Mikilvægt er þá, eins og alltaf, að dómari gæti að hlutleysinu við úrlausn málsins. Hins vegar er það ekki endilega til marks um hlutdrægni dómenda þótt Hæstiréttur dæmi í máli á annan hátt en héraðsdómur hefur gert eða þótt minnihluti í fjölskipuðum dómi komist að annarri niðurstöðu í dómsmáli en meirihlutinn og skili séráliti. Um þetta verður fjallað nánar í kafla 7 um lögfræðilegar úrlausnir og mat dómara á því sem skiptir máli fyrir niðurstöður í dómsmálum.

Eigin viðhorf, skoðanir og lífssýn dómarsins eiga ekki erindi inn í störf hans þótt stundum kunni að vera erfitt að koma í veg fyrir það. Afstaða dómara til

13 Í grein **Pórs Vilhjálmssonar** segir á bls. 45 að dómara ákveði ekki refsingar og meti ekki sanngirniskröfur eða sönnunargögn eftir tilviljunum eða duttlungum. Mælikvarðarnir séu mótaðir á löngum tíma og sóttir í smíðju til viðhorfa innan lögfræðingastéttarinnar, sem menntun og starfsreynsla hafi skerpt. Þessi viðhorf taki breytingum, hægt að jafnaði, en í *samræmi við almenn viðhorf í þjóðfélaginu*. Þessi hægagangur tryggir samræmi og jafnrétti milli þeirra sem ákvarðanirnar varði. Dómara hafi, eins og allir lögfræðingar og allir menn, mismunandi viðhorf. Vitanlega verði ekki sagt að það hafi aldrei áhrif á ákvarðanir þeirra, en starfsuppeldið stefni að því að kenna mönnum að láta ekki persónuleg viðhorf ráða ferðinni. Í Hæstarétti og stundum hjá öðrum dómstólum sé reynt að tryggja samræmið með því að hafa dómstólinn fjölskipaðan. Sambærilegar athugasemdir koma fram hjá **Einari Arnórssyni** og **Theodor B. Líndal** á bls. 188 þar sem fjallað er um regluna um frjálst mat á sönnun. Þar segir að ekki megi skilja orðin „frjálst mat“ þannig að átt sé við einstaklingsbundna, lauslega og e.t.v. tilfinningamótaða handahófsákvörðun. Við matið beri að beita algerlega hlutlægu sjónarmiði og miða það við gögn málsins þannig að aðrir, sem til þekki, geti fallist á að matið sé rétt. **Bogi Nilsson** segir á bls. 343 að sönnunarmat dómara sé frjálst en í dómi megi hann ekki byggja á tilfinningu sinni eingöngu eða einhverjum innblæstri. Niðurstaða hans verði að vera grundvölluð á hlutlægu mati á þeim sönnunargögnum, sem flutt hafi verið fram í málinu. Aðrir en dómari eigi að geta komist að sömu niðurstöðu með því að kanna það sem fram er fært, eins og dómari, og beita skynsamlegri röksemdafærslu.

pólítískra álitaeftna ætti þess vegna heldur ekki að koma fram í dómi. Stundum eru úrlausnarefnin þó þannig að ekki verður hjá því komist að taka afstöðu til álitaeftna sem snúast um ágreiningsefni sem ættu betur heima á vettvangi stjórnmalanna. Þar er dómáranum vissulega vandi á höndum. Hann kann í þeim tilvikum að eiga í erfiðleikum með að sýna fram á að hlutleysis hafi verið gætt við dómsúrlausnina. Þar sem slík ágreiningsefni eru æ oftast borin undir dómstóla þarf óhjákvæmilega að gera auknar kröfur um óvilhalla dómara. Þetta þarf að hafa í huga þegar skilgreint er hvað átt er við með því að gæta þurfi að hlutleysi dómsvaldsins.

Gæti dómárar ekki fyllsta hlutleysis við úrlausnir mála er dómsvaldið ófært um að tryggja réttaröryggið með viðunandi hætti. Með því er einnig grafið undan trausti sem dómstólarnir verða að njóta. Með kröfunni um sterkara og sjálfstæðara dómsvald er enn brýnna en ella að gæta að reglunni um hlutleysi dómsvaldsins.

6. DÓMSVALDIÐ OG NÚTÍMADÓMSTÓLAR

Dómsvaldið er ekki sérstaklega skilgreint í stjórnarskránni. Í einstökum ákvæðum hennar og í réttarfarslögum og lögum um dómstóla kemur hins vegar fram hvert hlutverk dómstólanna er, og má af þessum réttarheimildum ráða til hvers dómsvaldið tekur. Dómsvaldið er enn fremur að hluta til unnt að skilgreina út frá valdsviði annarra æðstu stofnana þjóðfélagsins, en hverjum hinna þriggja þátta ríkisvaldsins er ætlað ákveðið hlutverk. Ekki er gert ráð fyrir að hver þeirra fari inn á valdsvið hinna þótt hverjum þeirra sé ætlað að takmarka vald hinna eða hafa eftirlit með þeim eins og hér að framan er lýst. Það veldur því þó að skipting ríkisvaldsins í þrjá aðskilda þætti er ekki eins greinileg og ætla mátti og æskilegt væri ef aðeins væri stefnt að því að hafa reglurnar um hlutverk og valdsvið dómstóla sem skýrastar og einfaldastar. Þetta gerir skilgreiningar á dómsvaldinu erfiðari og flóknari en ella.

Starfsemi dómstóla og þróun dómsvaldsins hefur enn fremur oft verið háð þjóðfélagsaðstæðum hverju sinni.¹⁴ Þess vegna geta kröfur sem gerðar eru til dómstólanna verið breytilegar, enda er eðlilegt að þær séu háðar aðstæðum og þróun á hverjum stað og tíma. Örar breytingar í þjóðfélaginu geta kallað á breytt hlutverk dómsvaldsins þrátt fyrir að lagaákvæðin hafi lítið eða ekkert breyst, og án þess að grundvöllurinn eða hugmyndafræðin, sem starfsemi dómstólanna er byggð á, hafi í raun breyst. Skilgreiningar á hlutverki dómstólanna í réttarríkinu getur því þurft að endurskoða þar sem tekið er tillit til eðlilegrar þróunar dómsvaldsins og aðlögunar þess í nútímasamfélagi.

Slíkar breytingar geta t.d. valdið því að dómsvaldið teygi sig of langt og fari með því út fyrir valdsvið sitt og inn á valdsvið löggjafar- eða framkvæmdarvaldsins. Það er auðvitað ekki æskilegt og ekki til þess ætlast, enda er það til

14 Í greinum **Hreins Loftssonar**: „Efling dómsvalds“ og „Leitin að réttlátari dómstólum“ eru fróðleg og greinargóð yfirlit yfir þróun dómsvaldsins í Evrópu og Bandaríkjum Norður-Ameríku.

Þessi fallið að grafa undan trausti á dómsvaldinu.¹⁵ Þessi hættu er einkum fyrir hendi þar sem dómstólar þurfa æ oftar að leysa úr málum þar sem því er borið við að lög fari í bága við stjórnarskrá eða að framkvæmdarvaldið hafi farið út fyrir eigin valdmörk. Endurskoðun á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar, sbr. stjórnskipunarlög nr. 97/1995, og lögfesting Mannréttindasáttmála Evrópu með lögum nr. 62/1994 hefur meðal annars leitt til þess að dómstólar þurfa enn oftar en áður að leysa úr deiluefnum er snerta réttindi sem þar eru lögfest. Það breytir hins vegar engu um það að allir verða að geta treyst því að dómstólarnir virði valdmörkin. Þetta er mjög mikilvægt með tilliti til þess að dómstólum er ætlað að stuðla að friði í þjóðfélaginu og til þess verður að ætlast að sátt ríki um störf og verk dómenda. Þannig þjóna dómstólarnir best því hlutverki sem þeim er ætlað í réttarríkinu. Deilur um valdmörkin geta því vakið tortryggni þótt rökræður um þau ættu ávallt að þjóna jákvæðum markmiðum.

Bent hefur verið á að löggjafinn hafi í reynd vísað talsverðu af löggjafarstarfinu til dómstólanna.¹⁶

Ástæður fyrir því eru meðal annars taldar þær að með löggjöf síðustu áratuga hafi verið seilst til æ fleiri og flóknari sviða þjóðlífsins, þar á meðal þátta í lífi manna sem vandi sé að ná viðhlítandi tókum á með orðaðri reglu. Afleiðingin hafi orðið sú að þeim lagaákvæðum fari sífellt fjölgandi, sem beri með sér að löggjafanum hafi ekki tekist að ná tókum á viðfangsefninu, en þau séu almennt orðuð, merkingarlítill og veiti mikið svigrúm. Breytingar í þjóðfélaginu verði sífellt örari, þannig að löggjafinn valdi því ekki að laga löggjöfina nægilega ört að nýjum aðstæðum. Tíðar lagabreytingar séu auk þess óeskilegar frá sjónarmiði réttaröryggis. Löggjafarstarfi fari meðal annars af þessum ástæðum hnignandi. Miklar umblytingar í lögum komi auk þess til vegna fjölþjóðasamstarfs, einkum EES. Ætla megi að dómstólar þurfi þá að leysa úr margvíslegum vanda vegna réttaróvissu og móta reglur.¹⁷

Þá hefur einnig verið bent á að löggjafinn hafi brugðist við erfiðleikum er fylgi lagasetningu með almennt orðuðum lagaákvæðum, sem minni fremur á stefnuyfirlýsingar en eiginleg fyrirmæli, eða vísireglum þar sem skírskotað sé til teygjanlegra og matskenndra hugtaka og orða. Afleiðingin hafi orðið sú að löggjafinn hafi varpað endanlegum ákvörðunum um skipan mála í þjóðfélaginu

15 Sjá t.d. í því sambandi grein **Davíðs Oddssonar** þar sem vísað er til þess að dómstólar hafi gengið of langt og farið út fyrir þau mörk sem dregin hafi verið milli valdheimilda löggjafarvalds og dómstóla, sbr. bls. 8-9. Á bls. 12 segist höfundur óttast „að dómstólar séu að **taka sér** nokkuð annað hlutverk en stjórnskipun okkar gerir að öðru jöfnu ráð fyrir. Og þá setja þeir ekki niður deilur manna, heldur magna þær upp – dómur verður þá ekki endir hverrar þrætu, heldur upphaf hatrammra deilna, sem í verstu tilvikum eitra allt þjóðfélagið, eins og við höfum því miður alltof mörg dæmi um upp á síðkastið“.

16 **Sigurður Línadal**: „Stjórnskipulegt vald dómstólanna“, bls. 111.

17 Sama heimild, bls. 110-111. Sama afstaða kemur fram í grein hans: „Hlutur dómstóla í þróun réttarins“, bls. 296.

í vaxandi mæli yfir á herðar dómssvaldsins.¹⁸ Ekki sé lengur deilt um það að dómstólar eigi hlutdeild í þróun réttarins með því að móta og setja reglur en hlutur dómstóla þar fari sívaxandi.¹⁹ Þessi þróun hefur einnig orðið í öðrum löndum.²⁰ Valdörkin virðast óljósari en áður og þróunin hefur óhjákvæmilega valdið erfiðleikum við skilgreiningar á þeim.²¹

Þarfir viðskiptalífsins kalla einnig í auknum mæli á að dómssvaldið standi undir þeim kröfum sem samkeppni í alþjóðlegum viðskiptum gerir ráð fyrir. Þegar samkeppnishæfni hagkerfa og viðskiptalífsins er metin er meðal annars horft til þess hversu vel er staðið að skipan dómssvaldsins, sjálfstæði dómstóla, skilvirkni þeirra og öðrum atriðum sem hið alþjóðlega viðskiptaumhverfi nútímans hefur þörf fyrir að dómstólar uppfylli. Hvernig viðskiptalíf hverrar þjóðar er metið getur skipt mjög miklu máli fyrir hagkerfið og samkeppnishæfni þess, en það er meðal annars metið á grundvelli gæða dómssvaldsins. Nútímadómstólar verða því að uppfylla þessi skilyrði til að viðskiptalífið standist þennan samanburð og til að hagkerfið standi sem best að vígi í vaxandi samkeppni alþjóðlegra viðskipta. Við skilgreiningar á dómssvaldinu og verkefnum dómstólanna verður að taka mið af þessum nútímakröfum.

Þegar litið er til hins breytta tíma og þess að málsaðilar bera oftast en áður kröfur undir dómssvaldið, sem studdar eru rökum af hinum pólitíska vettvangi, þar á meðal með vísan til þess að lög fari í bága við stjórnarskrá, verður stundum ekki hjá því komist að dómstólar taki afstöðu til pólitískra álitaeftna. Í þessu felst ákveðin mótsögn þar sem dómssvaldið á að vera hlutlaust. Dómari getur þó ekki vikið sér undan að komast að niðurstöðu í máli, enda er honum skylt að leysa úr öllum málum sem hafa réttilega verið borin undir dóminn samkvæmt ákvæðum réttarfarslaga.²² Þess verður að gæta að löggjafarvaldið tekur pólitískar ákvarðanir en ekki dómssvaldið sem túlkar þó lögin og dæmir ekki eftir lögum sem fara í bága við stjórnarskrá. Mörkin milli dómssvalds og löggjafarvalds eru meðal annars af þessum sökum engan veginn alveg skýr. Dómari má

18 **Sigurður Líndal**: „Hlutur dómstóla í þróun réttarins“, bls. 296.

19 **Sigurður Líndal**: „Um lagasetningavalld dómstóla“, bls. 102 og 128.

20 Um þróun og stöðu dómssvaldsins í Danmörku og Noregi sjá t.d. **P.M. Sachs, Karsten Gaarder**, bls. 225-233, **Thorstein Eckhoff**, dr. jur. **Bent Christensen, Ditlev Tamm** og „Domstolsudvalgets betænkning“, bls. 174-175.

21 Sjá t.d. greinar **Ragnhildar Helgadóttur**: „Úrskurðarvalld dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“ og „Afstaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga - þróun síðustu ára“.

22 Samkvæmt 1. mgr. 24. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 hafa dómstólar vald til að dæma um hvert það sakarefni sem lög og landsréttur ná til nema það sé undanskilið lögsögu þeirra samkvæmt lögum, samningi, venju eða eðli sínu. Dómari þarf ávallt að taka afstöðu til álitamála eftir því sem við á og um ræðir hverju sinni, en dómstólarnir velja ekki álitaeftnin sem lögd eru fyrir þá. Í 1. mgr. 111. gr. laga um meðferð einkamála segir að dómari megi ekki fara út fyrir kröfur aðila í dómi sínum eða úrskurði nema um atriði sé að ræða sem honum beri að gæta af sjálfsdáðum. Samkvæmt 2. mgr. sömu lagagreinir má dómari ekki byggja niðurstöðu á málsástæðu eða mótnælum sem hefðu mátt koma fram en gerðu það ekki við meðferð máls. Dómari leysir því úr máli á þeim grundvelli sem það er lagt fyrir hann. Hann er á þann hátt bundinn af málalíðunandi aðila málsins.

hins vegar aldrei túlka lagareglu eða beita lögskýringu að eigin geðþótta. Hann verður að beita viðurkenndum lögskýringaraðferðum og gæta að réttri, hefðbundinni og viðeigandi notkun réttarheimildanna. Hann þarf að geta greint á milli pólitískra skoðana og lögfræðilegs ágreinings þótt mörkin þar á milli kunni að vera óskýr. Hann verður að gæta þess að hallast ekki á sveif með hinum pólitísku rökum þegar engin þörf er á því, svo sem þegar lausnin fæst með því að leysa úr málinu eftir viðurkenndum lögfræðilegum aðferðum.

Með þessu eru gerðar miklar kröfur til þeirra sem fara með dómarastörf. Hæfileikar dómara til að greiða úr þessu, og velja hina lögfræðilegu úrlausn fram yfir þá lausn sem unnt væri að komast að með svokölluðum pólitískum rökum, koma þar vissulega að gagni. Slíka hæfileika þyrfti að hafa í huga þegar metin er hæfni viðkomandi til að gegna dómarastarfi. Mikilvægt er hins vegar að dómaraar verði ekki metnir til hæfileika á grundvelli pólitískrar afstöðu þeirra. Hæfileikana þarf að meta á hlutlausum og faglegum grunni, eins og nánar verður fjallað um í köflum 8 og 9 hér á eftir. Hæfileikana þarf að skilgreina út frá verkefnum dómstólanna og nánari lýsingum á þeim. Slíkt krefst þekkingar á dómarastarfinu og meðferð dómsvaldsins.

Af framangreindu má sjá að ekki eru það endilega dómstólarnir sem leita eftir að færa út valdsvið sitt. Þessar breytingar sem um ræðir eru meðal annars til komnar vegna flóknari og sífellt breytilegra þjófástanda, sem leiða meðal annars til erfiðleika við lagasetningu, alþjóðaviðskipta og vaxandi samkeppni í viðskiptalífinu og lögfestingu mannréttindaákvæða. Í kjölfarið fylgja auknar kröfur til dómstólanna, svo sem um sjálfstæði, hlutleysi, skilvirkni og vandaðar úrlausnir. Einnig eru áberandi kröfur nútímans um að dómsvaldið njóti trausts.²³

Hlutverk dómstóla hefur að þessu leyti breyst, enda verður að gera ráð fyrir að dómsvaldið þróist og aðlagist kröfum hvers tíma þrátt fyrir að það standi enn á sama grunni og áður. Þeir sem fara með dómsvaldið verða þó að gæta þess að með kröfum um þróun og aðlögun er ekki til þess ætlast að dómstólar fari út fyrir þær lagalegu heimildir sem þeir hafa, en valdmörkin þarf að sjálfsögðu að virða. Aðferðir lögfræðinnar kunna að vera að nokkru leyti úreltar til að með þeim verði skilgreint nægilega hvar mörkin liggja. Þessa þróun verður engu að síður að hafa í huga við skilgreiningar á dómsvaldinu. Þróunin hefur augljóslega stefnt í þá átt að enn brýnna er en áður að varðveita hlutleysið.²⁴ Í því sambandi gæti verið gagnlegt að efla hér á landi fræðilegar rannsóknir á dóms-

23 Sjá t.d. í því sambandi athugasemdir, sem fylgdu frumvarpi til dómstólalaga í Alþingistíðindum A, 122. löggjafarþing, þskj. 176, 176. mál, álit umboðsmanns Alþingis 3. maí 2004, „Domstolsudvalgets betænkning“ og „Domstolene i samfundet“.

24 Þróun dómsvaldsins í Danmörku á síðustu áratugum er útskýrð í „Domstolsudvalgets betænkning“, bls. 173-175. Á bls. 175 segir: „Udviklingen understreger betydningen af domstolene som en uafhængig tredje statsmagt“

valdinu og meðferð þess í réttarríkinu. Með því væri ef til vill unnt að varpa skýrara ljósi á það hvers þurfi að gæta til að varðveita hlutleysi dómsvaldsins og tryggja betur en ella að dómstólar fari ekki út fyrir valdheimildirnar.

7. LÖGFRÆÐILEGAR ÚRLAUSNIR

Hinar hefðbundnu aðferðir lögfræðinnar eru þær að leita að og finna viðeigandi réttarheimildir sem réttilega verður beitt á það sem um ræðir samkvæmt almennum viðmiðunum og í samræmi við hefðbundnar lögskýringar, laga-túlkningar og reglur réttarheimildafræðanna. Með réttum aðferðum ætti því að vera unnt að komast að lögfræðilega réttri niðurstöðu.

Við úrlausn dómsmála reynir að nokkru leyti á þessa aðferðafræði. Þar þarf að beita viðeigandi lagareglum og öðrum réttarheimildum á tilvikid og málsatvikin, sem um ræðir í hverju máli, í samræmi við hinar viðurkenndu lögfræðilegu aðferðir. Mál þarf að dæma eftir lögum á grundvelli þess sem liggur fyrir í því. Málsatvikin og það sem fram hefur komið þarf að meta og setja í lögfræðilegt og rökrétt samhengi. Ákveða þarf hver málsatvik skipti máli að lögum og á hvern hátt. Það sem fram hefur komið þarf að meta í heild þar sem greind eru aðalatriði frá aukaatriðum. Greina þarf hver tengsl eru milli þess sem sett er fram og draga þarf rökréttar ályktanir af því. Beita þarf rökfærslu sem sýnir að lög hafi leitt til niðurstöðunnar.

Rökfærslan og sú vinna sem þarna liggur að baki er ekki endilega aðeins lögfræðilegs eðlis. Það getur sérstaklega átt við þegar beita þarf mati. Sönnunarmat þarf t.d. ekki endilega að vera mjög lögfræðilegt. Þar þarf venjulega að beita rökhugsun sem byggð er á þekkingu á málavöxtum og innsæi í mannlega hegðun. Við sönnunarmat þarf t.d. að kanna hvort skýrslugefandi hefur ástæðu til að segja ósatt og hverjar ástæðurnar eru fyrir því. Kanna þarf hve traust frásögnin er, meðal annars hvað hafi komið fram sem bendi til að henni megi treysta og hvort annað hafi komið fram sem annað hvort styður hana eða dregur úr trúverðugleika hennar. Þegar fram kemur misræmi í gögnum þarf að athuga hvort til eru haldbærar skýringar á því og hverjar þær eru. Hin lögfræðilega úrlausn ræðst meðal annars af því hvernig þessi atriði eru meðhöndluð og metin. Um þau gilda ekki endilega einhlítar viðmiðanir og ekki er alltaf á það að treysta að úr þeim verði leyst með hinum hefðbundnu aðferðum lögfræðinnar. Þar að auki eru lög oft almennt orðuð og veita því dómstólum svigrúm til túlkana, eins og fram kemur í kaflanum hér á undan og heimildum sem þar er vísað til. Af þessum sökum, meðal annars, er ekki á það að treysta að dómsúrlausnir séu fyrirsjáanlegar.

Ákvörðun refsinga getur einnig verið háð mjög vandasömu mati sem lögfræðin á ekki endilega svör við. Meta þarf hversu mikilvægt það er sem brotið hefur beinst gegn, hversu yfirgripsmiklu tjóni það hefur valdið, hversu mikil hætta var búin af verkinu og hversu styrkur og einbeittur vilji brotamannsins hefur verið. Við ákvörðun refsinga getur ráðið úrslitum hvernig þessi atriði eru metin. Auk þess þarf oft að taka tillit til margra ólíkra þátta sem geta

haft áhrif með mismunandi hætti þegar refsing er ákveðin.²⁵ Viðmiðanir eru þess vegna ekki jafn einhlítar og æskilegt væri þótt dómari verði ávallt að gæta samræmis í úrlausnum og þurfi því að hafa sambærileg tilvik til viðmiðunar. Erfitt getur því verið að sjá í einstökum tilvikum hvort almennum viðmiðunum hafi verið fylgt og að samræmis hafi verið gætt.²⁶

Þótt af lagareglunum um hlutleysi dómara, og því að gæta þarf samræmis í úrlausnum, leiði að beita þarf almennum viðmiðunum, en ekki einstaklingsbundnum, eru tilvikin oft svo margbreytileg og háð mati á ólíkum atriðum sem þurfa ekki endilega að styðjast við algilda mælikvarða. Þess vegna er ekki unnt að treysta því að niðurstöður dómsmála verði einhlítar.²⁷ Ástæðan fyrir því getur einmitt verið sú að beitt hefur verið ólíku mati á því sem um ræðir, en það getur verið alveg eðlilegt og rökrétt, allt eftir því álitæfni sem um ræðir hverju sinni. Oftast eru dómara í fjölskipuðum dómi þó sammála um niðurstöðuna. Það getur til dæmis verið til marks um að við úrlausnina hafi annað hvort ekki þurft að beita mati vegna þess að leyst hafi verið úr málinu eftir lögfræðilega viðurkenndum aðferðum, sem dómendur eru sammála um, eða að þeim hefur tekist að beita almennum viðmiðunum við matið en ekki einstaklingsbundnum. Þetta tekst hins vegar ekki alltaf. Stundum er það vegna þess að hinar almennu viðmiðanir eru óljósar eða óþekktar. Einnig getur verið mjög erfitt að greina mörkin milli svokallaðra almennra viðmiðana og einstaklingsbundinna. Dómstólarnir nota þó oft viðmiðanir sem þeir hafa sjálfir mótað.

Gott dæmi um lögfræðilega úrlausn, sem greinilega hefur ráðist af öðru en fram kemur í lagareglum, sem niðurstaðan var þó leidd af, er í **dómi Hæstaréttar** í máli nr. 493/2004 frá 14. janúar 2005. Dómurinn og sératkvæði tveggja

25 Sjá t.d. í því sambandi **Sigurður Tómas Magnússon** og **Hildigunnur Ólafsdóttir**. Á bls. 18 segir að ákvörðun um refsingu sé mjög flókin ákvörðun þar sem tekið sé tillit til fjölmargra lögfesta og ólögfesta refsíákvörðunarástæðna og -sjónarmiða. Margar refsíákvörðunarástæður geti komið til skoðunar í hverri refsíákvörðun og allar beint refsingu í sömu átt eða vegið hver aðra upp. Á bls. 76 segir að ákvörðun refsingar geti verið afar flókin og vandasöm. Fjölmörg og ólík atriði komi til skoðunar þegar dómstóll ákvarði manni refsingu fyrir tiltekinn verknað.

26 Opinber gagnrýni á niðurstöður dómsmála virðist oft beinast að því að röngum viðmiðunum hafi verið beitt, t.d. að alvarlegar líkamsmeiðingar séu ekki metnar sem alvarleg brot. Einnig má í þessu sambandi benda á hve vandasamt mat dómstóla er oft á því hvenær brot er þess eðlis að almanna-hagsmunir krefjast þess að sakborningur sæti gæsluvarðhaldi samkvæmt 2. mgr. 103. gr. laga um meðferð opinberra mála nr. 19/1991. Stundum virðist erfitt að sjá að þar hafi samræmis verið gætt. Þegar dómstólarnir meta hvenær brot verði talið svo alvarlegt að gæsluvarðhalds sé þörf verða þeir að miða við almenningsálitið. Slíkar viðmiðanir eru mjög erfiðar, meðal annars vegna þess hve erfitt er að mæla, meta og vega hið svokallaða „almenningsálit“ á alvarleika brota. Almennings-álitinu er auk þess hætt við að sveiflast til; í gær eða fyrir mánuði gætu fíkniefnabrot e.t.v. verið talin alvarleg en ekki í jafn ríkum mæli á morgun heldur einhver önnur brot, t.d. líkamsmeiðingar. Stöðugleiki einkennir hins vegar öðru fremur úrlausnir dómstóla en ekki sveiflur. Þess vegna verða breytingar þar oft á löngum tíma. Þótt dómstólarnir noti oft viðmiðanir, sem þeir hafa sjálfir mótað, má halda því fram að þeim hafi ekki tekist vel að móta viðmiðanir um þetta atriði.

27 Hér að framan í kafla 5 um hlutleysið var bent á að ólíkar niðurstöður í sama máli þyrftu ekki að vera til marks um hlutdrægni dómara.

dómenda sýna glöggt hvernig málið hefur verið metið með ólíkum hætti, annars vegar af meirihluta dómenda og hins vegar af minnihlutanum.

Í málinu krafðist sóknaraðili þess að sér yrði heimilað að fá dóttur sína og varnaraðila tekna úr umráðum varnaraðila með beinni aðfarargerð en sóknaraðili fór með forsjá hennar. Meirihluti dómenda leggur mesta áherslu á að leysa málið út frá þeirri viðmiðun að sóknaraðili færi með forsjá stúlkunnar, en það hefði verið talið stúlkunni fyrir bestu og engin gögn hefðu verið lögð fram í málinu sem breyttu þeirri niðurstöðu. Ekki hefðu verið færð fram rök sem veittu tilefni til að varhugavert yrði talið að gerðin næði fram að ganga. Minnihlutinn áleit hins vegar að leysa þyrfti úr málinu meðal annars út frá þeirri lagareglu að taka bæri tillit til afstöðu og vilja stúlkunnar, sem var á 16. aldursári, en hún hafði ítrekað lýst þeirri afstöðu að hún vildi fremur búa hjá varnaraðila en sóknaraðila.

Lagareglurnar sem þarna er um ræða eru alls ekki skýrar eins og ráða má af dómnum. Þess vegna getur afstaða og viðhorf dómenda til þess sem leysa þarf úr skipt meginmáli fyrir niðurstöðuna. Það á sérstaklega við þegar ekki er við neinar almennar viðmiðanir að styðjast. Því má hins vegar halda fram að sératkvæðið endurspegli víðsýni dómara sem að því stóðu, enda virðast þeir hafa talið að fleira skipti máli en það sem meirihluti dómenda taldi að ráða ætti úrslitum. Það sem fram kemur í þessum dómi og samanburður á því og sérálitinu er í öllu falli gott dæmi um það að niðurstaðan ráðist ekki af lagareglum eingöngu heldur geti viðhorf dómenda til margvíslegra atriða í málinu, og mat þeirra á þeim, skipt mjög miklu máli fyrir niðurstöðuna. Samsetning réttarins er auk þess sérstaklega þýðingarmikil þegar hin ólíku viðhorf ráða jafn miklu og hér hefur orðið raunin um hina lögfræðilegu úrlausn. Dómurinn er einn af mörgum slíkum þar sem lagareglurnar einar ráða ekki niðurstöðunni enda eru þær ófærar um það. Dómendur leiða niðurstöðuna af lagareglum sem þó er að miklu leyti háð ákvörðunum þeirra og mati. Í dómnum gerir meirihluti dómenda það á annan hátt en minnihlutinn.

Mikilvægt er að hafa í huga að leysa þarf úr dómsmálum á grundvelli lögfræðilegrar þekkingar, menntunar og reynslu þess dómara eða þeirra dómara sem leysa úr dómsmáli hverju sinni. Einnig þarf dómari að leysa úr máli af innsæi og þekkingu á mannlegri hegðun, í samræmi við heilbrigða skynsemi, rök hugsun og eðlilega dómgreind. Fram þarf að koma að forsendur styðji niðurstöðuna og að forsendurnar séu í samræmi við þá þekkingu sem er fyrir hendi á hverjum tíma. Þess þarf jafnframt að gæta að rökleiðslan brjóti ekki gegn almennum lögmálum um rökrétta hugsun. Þess vegna þarf rökfærslan að vera skýr, skiljanleg og skilmerkileg, ella þjónar hún ekki þeim tilgangi sem henni er ætlað. Ekki má láta sjónarmið, sem byggð eru á geðþótta, persónulegum skoðunum, tilfinningum, fordómum, hugsanavillum, hlutdrægni eða sérvisku, hafa áhrif á úrlausnina. Dómarinn þarf að geta greint á milli persónulegra skoðana og eigin afstöðu annars vegar og almennra viðmiðana hins vegar. Hæfileikar dómara til þessa velta ekki á lögfræðipekkingunni einni.

Þegar þetta er allt saman haft í huga verður að líta svo á að dómsúrlausnir séu ekki að öllu leyti eða óhjákvæmilega lögfræðilegar þrátt fyrir að þær snúist að meira eða minna leyti um að leysa úr hinni lögfræðilegu deilu. Af þessum ástæðum meðal annarra eru úrlausnir dómara heldur ekki endilega fyrirsjáanlegar þótt lög eigi að vera fyrirsjáanleg. Inn í úrlausn dómsins blandast oft ýmis atriði sem þurfa ekki endilega að vera mjög lögfræðileg. Dómarinn þarf að velja rökin fyrir niðurstöðunni í hverju máli, en í því sambandi getur skipt mjög miklu máli hverjum augum hann lítur á það sem fram hefur komið. Honum ber þó ávallt að forðast að láta einstaklingsbundnar skoðanir hafa áhrif á það hvernig hann lítur á málið eða á hvern hátt hann færir rök fyrir niðurstöðunni, en gæti hann þess ekki getur verið ástæða til að draga óhlutdrægni hans í efa. Sjálfstæði dómara er enn fremur takmarkað af því að hann láti ekki einstaklingsbundnar skoðanir hafa áhrif á dómsúrlausnir enda gæti með því skapast sú hætta að samræmis verði ekki gætt. Engu að síður getur dómara þótt tiltekin atriði skipta miklu máli sem öðrum gæti þótt litlu máli skipta. Dómari verður að sjálfsögðu að forðast allar öfgafullar skoðanir. Þar sem honum ber að líta á úrlausnarefnið út frá almennum viðmiðunum þarf hann að bera skynbragð á hver þau eru og hvernig þau hafi áhrif eða geti átt við um það mál sem um ræðir hverju sinni. Meta þarf málið í heild en ekki út frá afmörkuðum atriðum sem ættu í raun ekki að skipta máli ef litið er hlutlaust á úrlausnarefnið. Þess vegna er mikilvægt að dómari sé víðsýnn og þar með fær um að hafa heildarsýn á það sem um ræðir sem styðst að öllu jöfnu við það sem almennt verður talið rétt. Almennar viðmiðanir eru þó ekki nógu algildar til þess að við þær verði stuðst í öllum tilvikum. Þegar það tekst hins vegar ætti það að efla traustið til dómstólanna.

Af þessu má sjá að miklar kröfur eru gerðar til þeirra sem gegna dómara- störfum. Dómarar þurfa að búa yfir ákveðnum hæfileikum umfram lögfræði- þekkingu, en hún ein nægir ekki í dómara starfinu þótt hún sé mjög mikilvæg. Viðfangsefni dómstólanna felast oft í því að leysa úr ágreiningi um það hvort eða hvernig tiltekinni reglu eða reglum verði beitt á hin ólíku og margbreytilegu atvik sem fyrir liggja og mati á þeim. Afstaða og mat dómara getur þar skipt meginmáli en verður þó að vera innan eðlilegra marka, meðal annars til að hlutleysið sé tryggt og að samræmis verði gætt í úrlausnum. Lögfræðiþekkingin ein er þar af leiðandi ekki fullkomin trygging fyrir því að viðkomandi hafi alla þá hæfileika sem dómari þarf að hafa til að geta gegnt dómara starfinu vel. Aðra þætti þarf líka að hafa til viðmiðunar við mat á því hverjum hæfileikum dómarar þurfi að vera búnir. Með því eru meiri líkur á að réttaröryggið verði betur tryggt en ella.

8. HVERS ÞARF AÐ GÆTA VIÐ VAL Á DÓMARA Í EMBÆTTI?

Kröfur sem gerðar eru til dómstólanna eru miklar og fara greinilega vaxandi. Til þess að dómstólarnir standi undir þessum kröfum hlýtur að þurfa að efla þá og styrkja, en það má gera með margvíslegu móti. Mikilvægt er þá að hafa markmiðin, sem þar ber að stefna að, efst í huga.

Með því að stefna að sterkara dómsvaldi aukast líkurnar á meira réttaröryggi. Því markmiði verður þó ekki náð nema réttilega verði með dómsvaldið farið. Til þess að tryggja það þarf meðal annars að standa vel að því að velja dómara í embætti. Aðferðir sem notaðar eru til þess ættu að miða að því að hæfasti einstaklingurinn, sem völ er á hverju sinni, verði valinn til að gegna dómarastöðu, en það er í samræmi við almennar reglur stjórnsýslunnar. Meginmarkmiðið hlýtur því að vera að vanda valið. Þekking á dómarastarfinu, og þeim faglegu kröfum sem gera verður til þeirra sem fara með dómstörf, er mikilvæg forsenda fyrir því að unnt verði að standa vel að slíku mati.

Einnig er mikilvægt að tryggja hlutleysi við val á dómara í embætti. Ekkert annað má hafa áhrif en faglegur mælikvarði á hæfileika þeirra sem sækja um dómarastöður þegar valinn er hæfasti umsækjandinn. Lög eru oft sett með ákveðna hagsmuni að leiðarljósi, væntanlega almannahagsmuni en ekki sérhagsmuni. Þess vegna ætti dómari hvorki að vera talsmaður einhverra sérhagsmuna né vera því marki brenndur að hann geti verið það, enda myndi það skapa tortryggni og vekja efasemdir um hlutleysi hans. Þetta eru veigamiklar ástæður fyrir því að dómari verður að vera nægilega aðgreindur og aðgreinanlegur frá pólitískum valdhöfum og hagsmunaaðilum. Það breytir þó engu um þau takmörk sem dómstólar verða að sæta, eins og aðrir þættir ríkisvaldsins. Takmarkanirnar felast í því að þeir eru bundnir af lögum og verða að byggja ákvarðanir sínar á þeim og viðeigandi lagaheimildum. Þess vegna er einmitt mikilvægt að til dómara starfa veljist þeir sem hafa mikla þekkingu á lögum, hæfileika til að beita þeim við úrlausnarefnin sem dómstólarnir fá í hendur og færni til að gegna dómara starfinu af fagmennsku og hlutleysi.²⁸

Aukin áhersla hefur verið lögð á að bæta aðferðir við mat á hæfni umsækjenda um dómarastöður. Þetta var gert með lögum nr. 92/1989 sem tóku gildi 1. júlí 1992. Í 2. mgr. 5. gr. laganna voru fyrirmæli um að dómsmálaráðherra skipaði dómnefnd sem skyldi fjalla um hæfni umsækjenda um embætti héraðsdómara. Um lagaákvæðið segir í athugasemdum sem fylgdu lagafrumvarpinu að megin tilgangur þess sé að styrkja sjálfstæði dómstólanna og auka traust almennings á því að dómara séu óháðir handhöfum framkvæmdarvaldsins. Ekki sé að efa að tilvist umsagnarnefndarinnar verði auk þess hvatning fyrir lögfræðinga, sem hyggi á starfsferil sem dómara, til að afla sér framhaldsmenntunar og leggja stund á fræðistörf á sviði lögfræði.²⁹ Lagaákvæðið hefur verið fellt niður, en sambærilegt ákvæði er í 3. mgr. 12. gr. laga um dómstóla nr. 15/1998. Í athugasemdum með frumvarpinu sem við eiga um núgildandi lagaákvæði segir að fyrirmælin um dómnefnd til að fjalla um hæfni

28 **Ditlev Tamm** segir á bls. 91: „Domstolsarbejde er først og fremmest professionelt arbejde, der kræver den tekniske indsigt, som gode jurister har“.

29 Alþingistíðindi A, 1988-1989, þskj. 204, bls. 1125.

umsækjenda um embætti héraðsdómara séu efnislega eins og reglur 2. og 3. mgr. 5. gr. laga nr. 92/1989 að öðru leyti en um skipunartíma nefndarmanna.³⁰

Dómsmálaráðherra skipar þriggja manna dómnefnd samkvæmt 3. mgr. 12. gr. laga um dómstóla til að fjalla um hæfni umsækjenda um embætti héraðsdómara. Einn nefndarmanna er tilnefndur af Hæstarétti og er hann formaður nefndarinnar, annar er tilnefndur af Dómarafélagi Íslands úr röðum héraðsdómara en sá þriðji af Lögmannafélagi Íslands úr hópi starfandi lögmanna. Samkvæmt 4. mgr. 12. gr. sömu laga skal dómnefndin láta dómsmálaráðherra í té skriflega og rökstudda umsögn um umsækjendur um embætti héraðsdómara. Um störf dómnefndarinnar gilda reglur nr. 693/1999 um störf nefndar samkvæmt 3. mgr. 12. gr. laga nr. 15/1998.³¹ Í 1. mgr. 5. gr. reglnanna segir að nefndin skuli skila skriflegri umsögn um umsækjendur þar sem fram komi rökstutt álit á hæfni hvers þeirra og rökstutt álit á því hvern eða hverja nefndin telur hæfasta og eftir atvikum samanburður og röðun á umsækjendum eftir hæfni.

Samkvæmt 3. mgr. 7. gr. sömu reglna er umsögn nefndarinnar ekki bindandi við skipun í embætti héraðsdómara. Umsögnin þjónar þó að einhverju leyti þeim tilgangi sem vísað er til í athugasemdunum með framangreindu lagafrumvarpi, þ.e. að styrkja sjálfstæði dómstólanna og efla traust almennings á því að dómarar séu óháðir handhöfum framkvæmdarvaldsins. Einnig þjónar þessi aðferð þeim tilgangi að hæfileikar umsækjenda um dómarastöður til að gegna slíkri stöðu verði metnir á faglegum grundvelli. Ráðherra hefur frá gildistöku laganna 1. júlí 1992 til dagsins í dag oftast farið að tillögum nefndarinnar við skipun í embætti héraðsdómara. Eftir því sem næst verður komist hafa allir héraðsdómarar, sem skipaðir hafa verið í embætti eftir gildistöku laganna frá árinu 1992, verið metnir mjög vel hæfir til að gegna viðkomandi dómarastöðu. Það er ótvírætt mjög traustvekjandi.

Dómsmálaráðherra ber samkvæmt 4. mgr. 4. gr. laga um dómstóla að leita umsagnar Hæstaréttar, áður en skipað er í dómaraembætti við Hæstarétt, um hæfi og hæfni umsækjenda til að gegna því. Umsögn Hæstaréttar er ekki bindandi nema á þann hátt að ekki má veita umsækjanda embættið ef fram kemur í umsögninni það álit að hann fullnægi ekki skilyrðum 5. eða 8. tl. 2. mgr. lagagreinarinnar. Skilyrðin eru að hann hafi hvorki gerst sekur um refsivert athæfi, sem telja megi svívirðilegt að almenningsáliti, né sýnt af sér háttsemi sem geti rýrt það traust sem dómarar verði almennt að njóta, og að hann teljist vera hæfur til að gegna embættinu í ljósi starfsferils síns og lögfræðilegrar þekkingar. Sambærilegar reglur og gilda um störf nefndar samkvæmt 3. mgr. 12. gr. dómstólalaga hafa ekki verið settar um það sem fram á að koma í umsögn Hæstaréttar um hæfi og hæfni umsækjenda um dómaraembætti við Hæstarétt.

30 Alþingistíðindi A, 1997-1998, þskj. 176, bls. 1155.

31 Stjórnartíðindi B, 1999, bls. 1926-1928.

Ýmsar alþjóðlegar reglur hafa verið settar til að tryggja að ákvarðanir um skipan dómara og framgang í dómarastarfi verði í höndum hlutlauss aðila. Lögð er þar megináhersla á að faglegt mat hins hlutlausa aðila verði látið ráða slíkum niðurstöðum.

Evrópusamtök dómara hafa sett reglur um skipun dómara í embætti, *Judges' Charter in Europe*, frá árinu 1992, með breytingu frá árinu 1996. Í 4. gr. reglnanna segir að val á dómara skuli eingöngu byggjast á hlutlægum sjónarmiðum sem tryggja faglega hæfni hans. (The selection of Judges must be based exclusively on objective criteria designed to ensure professional competence). Óháð nefnd, skipuð fulltrúum dómsvaldsins, tilnefni dómara. Útiloka beri annars konar áhrif og þá sérstaklega flokkspólitíska hagsmuni (political influence). Í 5. gr. segir að hin óháða nefnd skuli beita sömu meginreglum varðandi hlutleysi, faglega hæfni og sjálfstæði þegar teknar eru ákvarðanir um starfsframa dómara og þeim sem gildi um val hans.³²

Í tilmælum ráðherranefndar Evrópuráðsins til aðildarríkja þess, R (94) 12, um sjálfstæði, skilvirkni og hlutverk dómara, sem hér að framan er vitnað til, koma sömu sjónarmið fram. Í I. kafla eru settar fram grundvallarreglur um sjálfstæði dómara. Í c-lið 2. gr. þess kafla segir meðal annars að allar ákvarðanir, sem varða embættisferil dómara, beri að byggja á hlutlægum sjónarmiðum (objective criteria). Verðleikar skuli ráða vali á þeim í embætti og starfsferli, þar sem miða skuli við hæfileika til að gegna starfinu, heiðarleika, færni og afköst. Ákvörðunarvald um val við veitingu dómaraembætta og starfsferil dómara skuli vera óháð ríkisstjórn og stjórnvöldum. Til að vernda sjálfstæði þess valdhafa sem tekur ákvörðun ættu reglur að tryggja að t.d. dómstólar velji þá sem þar eigi sæti.³³

Á 39. þingi Alþjóðasambands dómara í Amsterdam 22.-26. september 1996 var fjallað um ráðningu og þjálfun dómara í nútíma samfélagi. Þátttakendur voru sammála um að það væri grundvallaratriði að afnema algerlega öll afskipti pólitískra aðila af vali eða framgangi dómara. Þetta væri mikilvægt, bæði til þess að tryggja hlutleysi einstakra dómara og til þess að tryggja sjálfstæði dómstóllanna. Brýnt væri að gæta algerlega hlutlægra viðmiðana við val á dómara til að tryggja að hæfasta fólkið verði valið til dómara starfa.³⁴

Í Danmörku var réttarfarslögum, „retsplejelov“, breytt með lögum nr. 402 frá 26. júní 1998 sem tóku gildi 1. júlí 1999. Samkvæmt nügildandi 43. gr. dönsku réttarfarslaganna ber að skipa í dómarastöður eftir heildarmati á hæfni umsækjanda til að gegna stöðunni. Í lagagreininni segir að leggja skuli höfuðáherslu á lögfræðilega þekkingu og persónulega eiginleika umsækjanda. Einnig skuli við matið litið til þess hvort umsækjandi hafi fjölbreytilegan lögfræðilegan starfsferil og að auki skuli tekið tillit til þess að við dómstólinn skuli vera

32 Reglurnar eru birtar í „Bilag til Domstolsudvalgets betænkning“, bls. 51-55.

33 Sjá neðanmálsgrein 12.

34 Dómarafélag Íslands, bls. 10.

dómarar með mismunandi lögfræðilegan starfsferil. Með 43. gr. a er mælt fyrir um umsagnarráð „Dommerudnævnelsesråd“ sem skuli gera tillögu til ráðherra um skipun í dómarastöðu. Tillaga ráðsins skal vera rökstudd. Þetta fyrirkomulag þótti við lagabreytinguna tryggja best þá hagsmuni sem í húfi eru þegar skipað er í dómarastöðu. Með umsagnarráðinu þótti meðal annars hlutleysið betur tryggt en væri ákvörðunarvald um skipan dómara í höndum dómstólanna sjálfra eða þjóðþingsins, sem af eðlilegum ástæðum gæti ekki tryggt hlutleysið á sama hátt og umsagnarráðið.³⁵

Sömu sjónarmið komu fram við breytingar á dómstólalögum í Noregi, „Lov om domstolene“ (domstolloven). Við undirbúningsvinnu að lagabreytingunum lágu fyrir ýmsir valmöguleikar á aðferðum við að meta hæfni umsækjenda til að gegna dómarastöðum. Samkvæmt breytingum á norsku dómstólalögum með lögum nr. 62 frá 15. júní 2001, sem gengu í gildi 7. maí 2002, gerir sérstakt ráð „Innstillingsrådet“ tillögu til konungs áður en skipað er í dómarastöðu. Lögð var meðal annars áhersla á að þeir sem sætu í ráðinu hefðu innsæi í stöðu dómstólanna í stjórnskipaninni og þekkingu á störfum þeirra og verkefnum, svo og þeim kröfum sem beri að gera til dómara.³⁶

Í báðum löndum, þ.e. Danmörku og Noregi, var með þessum lagabreytingum lögð áhersla á að ferlið við að skipa í dómarastöðu væri opið og gegnsætt. Slíkt fyrirkomulag veldur síður tortryggni í garð dómstólanna.³⁷ Viðhorfið sem felst í því að tryggja þurfi sem best að dómstólarnir njóti trausts sem hlutlausar stofnanir, þar sem leyst er úr málum af þeim sem besta faglega þekkingu hafa á því sem um ræðir, er eðlilegt þegar haft er í huga hverjum tilgangi dómstólarnir þjóna í réttarríkinu. Slíkt viðhorf virðist hafa skipt mjög miklu máli þegar núverandi fyrirkomulag um val á dómara í embætti var lögfest í Danmörku og Noregi. Sama ætti að gilda hér á landi enda eru hagsmunirnir á allan hátt þeir sömu.

Af öllu þessu verður að álykta að mestu máli skipti að tryggja að faglegt mat á hæfni dómara til að gegna dómarastöðu fari fram af hlutlausum aðila sem hefur næga þekkingu á störfum dómstólanna þannig að hann sé fær um að

35 „Domstolsudvalgets betænkning“, bls. 242-244. Ein ástæðan fyrir því að ekki þótti rétt að þjóðþingið kæmi að þessu ferli var sú að það myndi veikja traustið til dómstólanna. Um það segir á bls. 243: „At lade sådanne partipolitiske hensyn influere på dommerudnævnelserne ville ikke alene betyde et afgørende brud med den ordning, som har været gældende siden junigrundloven af 1849, men ville indebære en alvorlig risiko for, at domstolenes stilling som en uafhængig og partipolitisk neutral statsmagt ville blive draget i tvivl og befolkningens tillid til domstolene dermed svækket“.

36 „Domstolene i samfundet“, bls. 195.

37 Sjá sömu heimild, bls. 191: „Etter kommisjonens vurdering er dommerutnevnelserne et af de viktigste områdene for borgernes tillit til domstolene. Mistanke om at man utnevner dommer som ikke fullt ut har den faglige og personlige integritet som skal til for å komme med upartiske avgjørelser, vil være blant det som i sterkast grad er egnet til å svekke borgernes tillit til domstolene og de dømmende avgjørelsene. Reglene om dommerutnevnelser må være utformet og praksis må utvikles på en slik måte at folk flest får tillit til at dommerene hører med til landets beste fagfolk, og at de er uavhengige og upartiske i sine avgjørelser“.

leggja rétt mat á það sem máli skiptir. Faglegu og hlutlausu mati er einmitt ætlað að tryggja að hæfasti umsækjandinn verði valinn hverju sinni til að gegna því dómarastarfi sem um ræðir og að annað hafi þar ekki áhrif. Takist það mun það efla dómstólana og traustið til þeirra. Dómari sem metinn hefur verið mjög vel hæfur til að gegna dómarastöðu á faglegum grundvelli af hlutlausum aðila ætti að njóta fyllsta trausts.³⁸ Dómstólarnir njóta ekki trausts nema borið sé traust til hvers og eins dómara. Af þeim sökum er augljóslega mikið í húfi, en hagsmunirnir eru þeir að allir geti treyst því að vel og réttilega sé staðið að því að velja dómara í embætti. Verði þess ekki gætt er hætt á að traustið til dómstólanna og úrlausna þeirra glatist. Komi til þess standa dómstólarnir tæpast undir þeim kröfum sem gerðar eru til þeirra í réttarrákinu.

Við faglegt mat á hæfni umsækjanda um dómarastöðu er gagnlegt að skilgreina dómarastarfið og hverra hæfileika er helst þörf til að gegna því. Í 2. mgr. 4. gr. reglna um störf dómnefndar samkvæmt 3. mgr. 12. gr. laga nr. 15/1998 segir að dómnefndin skuli hafa til hliðsjónar eftirtalin atriði við mat á hæfni umsækjanda um dómarastarf; starfsferil, fræðilega þekkingu, almenna og sérstaka starfshæfni og góð tök á íslensku máli. Í 3. mgr. sömu greinar reglnanna segir að dómnefndin geti sett sér frekari verklagsreglur við mat á hæfni umsækjanda sem dómsmálaráðherra skuli samþykkja. Í verklagsreglum nefndarinnar frá 23. mars 2001 er skilgreint til hvers dómnefndin muni einkum taka tillit í mati á starfsreynslu, fræðilegri þekkingu svo og á almennri og sérstakri starfshæfni. Um mat á persónuleika segir að umsækjandi þurfi að eiga auðvelt með mannleg samskipti, bæði við samstarfsmenn og þá sem erindi eiga við hann. Ætlast sé til þess að af umsækjanda fari gott orð, bæði í fyrri störfum og utan starfa, og að reglusemi hans sé í engu ábótavant. Hann verði að þola umfjöllun fjölmiðla og annarra um mál sem hann komi til með að fara með án þess að láta utanaðkomandi hafa áhrif á störf sín.

Þegar litið er til dómarastarfsins verður jafnframt að gera þær kröfur að dómari geti gengið rösklega til verks þar sem ætlast er til þess að hann skili verulegum afköstum og hann verður að vera fær um að taka ákvarðanir af öryggi, þekkingu og festu. Hann þarf að vera vel fær um að setja sig inn í hin fjölbreytilegu mál og skilja um hvað hvert og eitt þeirra snýst. Hann þarf því að vera opinn fyrir ólíkum sjónarmiðum og vera fær um að hlusta á og meðtaka það sem málsaðilar hafa fram að færa. Einnig þarf hann að geta stjórnað þinghöldum með röggsemi og festu og sett mál sitt fram, skriflega og munnlega, með skýrum og greinargóðum hætti á góðu máli. Þar sem ríkar kröfur eru gerðar til gæða dómsúrlausna þarf að skilgreina hvað mætti helst hafa til marks um það hvort viðkomandi verði fær um að standast þær kröfur. Þar er í raun um

38 Í álitu umboðsmanns Alþingis er talið mikilvægt að hver og einn dómari njóti trausts. Á bls. 27 í álitinu segir að um leið og miklu skipti að hverju sinni veljist sem hæfastir einstaklingar til starfa innan dómstólanna þurfi þeir, og þá sérstaklega Hæstiréttur, og einstakir dómendur að njóta trausts jafnt almennings sem fyrirsvarsmanna annarra þátta ríkisvaldsins.

spádóma að ræða því að meta þarf hvernig sá sem um ræðir muni standa sig í framtíðinni miðað við fyrri störf. Af góðri dómasamningu³⁹ og fræðistörfum má t.d. sjá hverjum hæfileikum umsækjandi um dómara starf er búinn og hvernig þeir hæfileikar muni nýtast í dómara starfinu. Þar sem dómstólum ber að gæta samræmis í úrlausnum krefst dómara starfið yfirgripsmikillar þekkingar á úrlausnum dómstóla og rökgreiningum á þeim. Dómari verður því að greina hver tilvik eru sambærileg og hvernig það hefur áhrif á þá úrlausn sem um ræðir hverju sinni. Þar verður hann að byggja á viðteknum venjum í lagaframkvæmdinni, svo og almennum skilgreiningum á því hvenær atvik eru sambærileg og hvað hefur þýðingu í þeim efnum. Þessi verkefni geta verið mjög vandasöm, og þau krefjast þekkingar, hæfileika og færni dómara.

Við mat á hæfileikum umsækjanda um dómara stöðu þarf að líta til þess hvort hann búi yfir góðri lögfræðiþekkingu og hvort hann er fær um að nota þá þekkingu á þann hátt sem úrlausn lögfræðilegra álítaefna krefst. Lögfræðiþekkingin er þó ekki einangrað fyrirbæri enda kemur hún ekki að tilætluðu gagni í dómara starfinu nema dómari beiti jafnframt heilbrigðri skynsemi, rök-hugsun, innsæi og dómgreind.

Hér má nota til nánari útskýringa á þessu hinn fræga dóm Salómons konungs úr Gamla testamentinu, I. konungabók 3:16-28. Þar fyrirskipaði konungurinn að taka lifandi barn, sem tvær konur höfðu fært honum, og höggva það í tvennt og skyldi hvor þeirra fá helming barnsins. Konurnar höfðu hvor um sig sagt frá því að hún sjálf ætti barnið en hin konan ætti annað barn sem hafði dáið. Raunverulega móðirin baðst undan þessu og bað konunginn að gefa hinni konunni barnið „því að ástin til barnsins brann í brjósti hennar“. Með þessum viðbrögðum sá konungurinn að hún hlaut að vera móðirin og mælti svo fyrir að henni skyldi fengið barnið.

Vegna þessa var Salómon konungur virtur vegna þekkingar sinnar og speki, en því má halda fram að aðferð hans til að meta sannleikann endurspeglar innsæi hans í mannlegar tilfinningar og viðbrögð. Þetta dæmi er rakið hér til að sýna að því meira innsæi sem dómari hefur þeim mun líklegra er að hann njóti trausts, eins og Salómon konungur naut. Dæmið varpar einnig ljósi á og styður þau sjónarmið sem vitnað er til í neðanmálgrein 13, þar sem fram kemur að dómari beiti ekki eingöngu eigin viðmiðunum við úrlausnir mála heldur hafi hann til viðmiðunar það sem aðrir geti fallist á að sé rétt, en með því beitir hann almennum viðmiðunum, eins og til er ætlast, en ekki einstaklingsbundnum. Innsæið þarf að haldast í hendur við lögfræðiþekkinguna en hún ein nægir ekki og er ekki einangruð þegar dómara starfið er annars vegar. Góður dómari þarf að geta tengt saman haldgóða lögfræðiþekkingu, heilbrigða skynsemi og innsæi í mannlega hegðun og viðbrögð.

39 Þarna er einkum átt við dómasamningu þeirra sem hafa starfað sem héraðsdómarar og sækja um hæstaréttardómara stöðu eða þeirra sem hafa verið settir héraðsdómarar og gegnt tímabundið afleysingum samkvæmt 20. gr. laga um dómstóla en sækja um dómaraembætti.

Dómari þarf að vera fær um að beita margvíslegu mati, eins og rakið er í kaflanum hér á undan, þar sem almennar viðmiðanir eru lagðar til grundvallar en ekki einstaklingsbundnar. Þess vegna ættu þeir sem fara með dómstörf að hafa þannig bakgrunn að hann nýttist við hið margvíslega mat sem á reynir við dómsúrlausnir. Fjölbreytilegur bakgrunnur dómara ætti að endurspegla enn betur en ella þær almennu viðmiðanir sem ætlast er til að dómendur beiti við mat á því sem skiptir máli við úrlausnir dómsmála. Konur geta t.d. haft ólíka sýn á slíkt matsatriði en karlar.⁴⁰ Ef beitt væri við úrlausnir dómstóla viðmiðunum sem aðeins annað kynið almennt notar eru þær viðmiðanir augljóslega miklu þrengri og síður almennar en þær almennu viðmiðanir sem bæði kynin nota samanlagt. Þess vegna skiptir miklu máli að dómstólar nútímans séu skipaðir báðum kynjum, helst að jöfnu, eftir því sem frekast er unnt. Til þess að því verði komið til leiðar þarf að gæta þess sérstaklega að hæfni og reynsla kvenna verði ekki vanmetin við val á dómara í embætti. Með þessu er ekki átt við að hæfni dómaraefna verði metin út frá kynferði, eða að kynjum verði á nokkurn hátt mismunað í slíku mati, heldur er átt hér við að ekki verði gert lítið úr hæfileikum, sem konur hafa umfram karla, eða að hæfileikar karla verði ekki ofmetnir á kostnað hæfileika kvenumsækjenda, eins og stundum hefur verið bent á að gerst hafi þrátt fyrir að ástæður fyrir því séu óljósar og lítt útskýranlegar.⁴¹ Þar sem dómstólarnir nota oft viðmiðanir sem þeir hafa sjálfir mótað er auk þess mjög mikilvægt, réttaröryggisins vegna, að konur eigi jafnan þátt og karlar í að móta þær viðmiðanir. Það verður ekki gert nema konur gegni dómarastörfum á sambærilegan hátt og karlar. Slíkt fyrirkomulag styrkir dómstólana og ætti að efla traustið til þeirra.

Því verður að treysta að bæði Hæstiréttur og dómnefndin samkvæmt 3. mgr. 12. gr. laga um dómstóla geti beitt faglegu mati í umsögn um hæfni umsækjanda um dómarastöður, en þessir umsagnaraðilar ættu að hafa öðrum fremur viðeigandi þekkingu til að skilgreina hæfileika og meta fræðilega þekkingu og hæfni umsækjenda um dómara starf til að gegna slíku starfi. Mikilvægt er að umsagnaraðili beiti almennum viðmiðunum við matið en ekki einstak-

40 Hér er átt við *ólík viðhorf* en ekki að konur og karlar hafi ólíka hæfileika til dómara starfa eða að tilefni sé til að flokka hæfileikana eftir kynjum.

41 Í grein **Gunnars Hersveins** „Jafnréttisbaráttan 2004“ er því haldið fram að sérstökum aðgerðum hafi verið beitt til að bola konum burt til að tryggja völd karlmanna. Í greininni eru meðal annars rakin dæmi sem höfundur telur að sýni þetta. A bls. 6 segir um kynjahlutfall í Hæstarétti: „Gengið var fram hjá konu árið 2003 og 2004 við skipun í Hæstarétt, því hvorki hæfnisnefnd Hæstaréttar sjálfs né Björn Bjarnason dómsmálaráðherra eða Geir H. Haarde töldu það ómaksins vert að jafna hlut kynjanna í Hæstarétti með því að meta starfskrafta Hjördísar Hákonardóttur hrl., sem sótti um embættið, að verðleikum. Miklar umræður spunnust um þetta mál á árinu og gerðu bæði umboðsmaður Alþingis og kærufnd jafnréttismála alvarlegar athugasemdir við skipunina 2003“.

lingsbundnum.⁴² Með samsetningu dómnefndarinnar og vanhæfisreglum, sem gilda samkvæmt 1. mgr. 2. gr. reglna nr. 693/1999, sbr. 3.-5. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, ætti hlutleysi nefndarinnar að vera tryggt. Hins vegar getur verið álitamál hvort Hæstiréttur verði talinn nægilega hlutlaus þar sem hætta getur verið á að rétturinn verði talinn of tengdur því sem um ræðir og eigi því erfiðara en ella með að beita hlutlausu mati. Þetta þyrfti að athuga nánar komi til þess að fyrirkomulagið um val á hæstaréttardómurum og löggjöf um það verði endurskoðuð.⁴³ Í því sambandi hljóta þó önnur álitamál að koma jafnframt til skoðunar. Nauðsynlegt hlýtur að vera að Hæstiréttur komi að því að ákveða hverjir hafi mesta hæfileika til að gegna stöðu hæstaréttardómara. Það mætti til dæmis gera með því að Hæstiréttur tilnefndi dómara úr sínum hópi í matsnefnd sem hefði það hlutverk að meta hæfni umsækjenda um hæstaréttardómaraembætti.

Lagt hefur verið fram á Alþingi frumvarp til laga um breytingu á lögum um dómstóla. Þar er lagt til að forseti Íslands skipi hæstaréttardómara samkvæmt tilnefningu forsætisráðherra að fengnu samþykki 2/3 hluta atkvæða á Alþingi. Skal ráðherra tilkynna forseta Alþingis um tillöguna. Tillagan skal hljóta meðferð í sérnefnd samkvæmt 32. gr. laga um þingsköp Alþingis áður en hún er borin undir atkvæði þingmanna, en hlutverkinu sem nefndinni er ætlað er nánar lýst í frumvarpinu. Ef tillögunni er synjað ber ráðherra að gera aðra tillögu sem fær sömu meðferð og sú fyrri.⁴⁴ Með frumvarpinu er ekki gætt þeirra atriða sem hér hefur verið fjallað um þar sem ekki hefur verið lagt til að tryggt verði að pólitískir hagsmunaaðilar komi ekki að því ferli að meta hæfileika dómara. Hætta er á að með þessu fyrirkomulagi geti pólitísk sjónarmið haft of mikil áhrif og að hlutleysið verði þar með ekki nægilega tryggt. Hætta er einnig á

42 Þetta á að sjálfsögðu einnig við um veitingarvaldshafann. Ákvörðun hans um skipan í dómarastöðu á að styðjast við faglegt og málefnalegt mat þar sem almennum viðmiðunum er beitt en ekki einstaklingsbundnum. Í áliti umboðsmanns Alþingis segir á bls. 14 að sjónarmið sem byggt sé á við veitingu starfs verði ekki málefnalegt við það eitt að veitingarvaldshafinn ákveði að beita því.

43 Hér má benda á að í áliti umboðsmanns Alþingis er vísað til þess á bls. 28 að gerðar hafi verið breytingar á lögum, í Danmörku árið 1998 og í Noregi árið 2001, en með þeim hafi sérstakri dómnefnd í báðum þessum löndum verið falið að fjalla um umsóknir allra dómara, líka hæstaréttardómara að undanskildum forsetum Hæstaréttar, og láta uppi rökstudda umsögn um hæfi þeirra og hæfni. Þar hafi verið um að ræða skipan áþekka þeirri sem tekin hafi verið upp hér á landi þegar á árinu 1989 varðandi umsóknir um embætti héraðsdómara. Á bls. 29 í álitinu segir að við setningu fyrstu laga um umboðsmann Alþingis hafi verið gengið út frá því að hann hefði víðtækar heimildir til að hafa eftirlit með störfum stjórnvalda og í athugasemdum með frumvarpi til laganna hafi verið tekið fram að einn þáttur í starfi umboðsmanns skyldi vera að gera tillögur almenns eðlis til endurbóta á stjórnsýslunni. Þar á meðal skuli umboðsmaður gera tillögur til að ráða bót á meinbugum á lögum og reglugerðum sem hann komi auga á. Umboðsmaður telur í álitinu rétt að vekja athygli Alþingis og dómismálaráðherra á þeim atriðum sem hann lýsir í álitinu og „þá með það í huga að tekin verði afstaða til þess hvort þörf sé á að fyrirkomulag við undirbúning og ákvarðanir um skipun í embætti dómara við Hæstarétt Íslands verði tekið til endurskoðunar og lagabreytingar gerðar af því tilefni ef sú verður niðurstaðan“.

44 Alþingistíðindi A, 131. löggjafarþing 2004-2005, þskj. 12, 12. mál.

málamiðlunum á kostnað faglegra sjónarmiða. Umsækjandi um hæstaréttardómarastöðu getur auk þessa þurft að keppa að vinsældum til að hljóta samþykki tilskilins meirihluta Alþingis. Þannig gætu vinsældir ráðið úrslitum á kostnað faglegra sjónarmiða og hlutleysis. Alþingi getur ekki talist hlutlaus stofnun en með þessari aðferð getur verið hætt á að stjórnámálmenn seilist til óheppilegra áhrifa innan dómstólanna.⁴⁵

Af því sem hér að framan er rakið, meðal annars reglum sem settar hafa verið í Danmörku og Noregi svo og á alþjóðavettvangi, er ljóst að stefnt hefur verið að því að koma í veg fyrir að aðrir þættir ríkisvaldsins hafi óeðlileg og óheppileg afskipti af dómsvaldinu. Það er meðal annars gert í þeim tilgangi að tryggja að hlutleysinu megi treysta og því að fagleg sjónarmið verði eingöngu látin ráða úrslitum en önnur ekki, svo sem flokkspólitísk, þegar hæfni umsækjenda um dómara starf er metin. Slíkt mat þarf að vera í höndum þeirra sem besta þekkingu hafa á dómara starf og geta metið hverra hæfileika er þörf til að gegna þeim. Val á dómara í embætti má ekki valda tortryggni. Slíkt veikir dómsvaldið, teflir réttarörygginu í tvísýnu og grefur undan réttarríkinu svo og hagsmununum sem því er ætlað að vernda.⁴⁶ Allir geta staðið frammi fyrir því að þurfa að sækja rétt sinn eða verja fyrir dómstólum. Þess vegna hlýtur allra hagar að vera sá að réttarríkið láti þeim í té trausta dómstóla.

9. ÁLYKTANIR OG NIÐURSTÖÐUR

Þegar horft er til þess hve mikilvægu hlutverki dómstólarnir gegna í réttarríkinu er ljóst að vel þarf að búa að dómsvaldinu. Dómstólarnir þurfa jafnframt að njóta trausts til að þeir verði færir um að gegna því hlutverki sem þeim er ætlað. Þess er hins vegar ekki að vænta að dómstólarnir njóti trausts nema sjálfstæði þeirra og hlutleysi sé tryggt. Dómsvaldið þarf því að vera nægilega aðgreint frá öðrum þáttum ríkisvaldsins, bæði löggjafarvaldi og framkvæmdarvaldi. Slík aðgreining þarf að vera sýnileg þannig að borgararnir, og aðrir sem réttinda njóta, geti séð og þar með treyst því að dómstólar leysi úr ágreiningsmálum, sem borin eru undir þá, sem hlutlausar og sjálfstæðar stofnanir sem dæma eftir lögum þar sem samræmis hefur verið gætt. Traustið kemur ekki með lagabókstaf eða öðrum slíkum fyrir mælum heldur þarf að skapa það og viðhalda því með hinum sýnilega raunveruleika. Meginforsendan

45 Sjá **Sigurður Línal**: „Stjórnskipulegt vald dómstólanna“, bls. 116. Þar er nefnt að ýmis álitæfni og vandamál rísi varðandi valdheimildir löggjafarþings og dómstóla og í framhaldi af því segir: „Sérstök hættu er á að stjórnámálmenn seilist þá til óheppilegra áhrifa innan dómstólanna og þá er viðfangsefnið hvernig unnt sé að verja dómstólana. Það lýtur sérstaklega að tvennu: 1. Veitingu dómaraembættu. 2. Fjárhagslegu sjálfstæði dómstólanna“.

46 Í áliti umboðsmanns Alþingis segir á bls. 27: „Ég tel að það sé ekki fallið til þess að viðhalda og styrkja traust manna á æðsta dómstól þjóðarinnar ef val á nýjum dómara leiðir til verulegra opinberra deilna um hæfni viðkomandi til að gegna starfinu eða þá aðferð sem viðhöfð var við val á honum“. Umboðsmaður telur ástæðu til að hugað verði að því hvort einhverjar breytingar á núverandi fyrirkomulagi geti verið til þess fallnar að treysta enn betur en þegar sé grundvöll ákvörðunar um hverjir eru valdir til setu í æðsta dómstól þjóðarinnar, Hæstarétti.

fyrir því að dómstólarnir geti gegnt hlutverkinu, sem þeim er ætlað í réttarríkinu, er að hver og einn geti með réttu treyst því að dómstólarnir uppfylli skyldurnar sem lagðar eru á þá sem sjálfstæðar og hlutlausar stofnanir.

Þá má spyrja að því hvort dómstólarnir skapi frið í samfélaginu á sama tíma og opinber gagnrýni á dómstóla og dómsniðurstöður virðist talin sjálfsögð í hinu opna samfélagi nútímans. Dómstólarnir verða að sæta eðlilegri gagnrýni enda ekki hægt að halda öðru fram en að þeir þurfi á réttmætu aðhaldi að halda eins og aðrir. Gagnrýnin þarf því að vera sanngjörn og réttlát til að hún komi að gagni. Hún má heldur ekki vera þannig að hún ógni sjálfstæði eða hlutleysi dómsvaldsins. Allir eiga að geta treyst því að dómara dæmi eftir lögunum en ekki eftir opinberri gagnrýni eða öðrum álfka þrýstingi. Þess vegna mega dómara heldur ekki vera háðir öðrum eða tengdir þeim þannig að hætta sé á að hlutleysi þeirra sé ógnað. Ef sú væri raunin væri dómsvaldið að bregðast hlutverkinu sem því er ætlað að þjóna í réttarríkinu. Þar á því við eins og endranær að hlutleysið verði að teljast ein meginforsendan fyrir því að dómstólarnir njóti trausts. Þess vegna verður réttarríkið að ráða yfir aðferðum sem geta tryggt það.

Skilgreiningar á hlutverki dómstóla í réttarríkinu og reglum um sjálfstæði og hlutleysi dómara eru nauðsynlegar en augljóst er hverjum markmiðum þessum reglum er ætlað að þjóna. Vandasamt getur hins vegar verið að beita þeim. Hér að framan er því lýst hvernig reglur um hlutleysi dómara geta verið erfiðar viðfangs. Eigin afstaða og viðhorf dómara getur t.d. valdið meiri vanda málum en æskilegt er. Aðferðir til að sjá við því eru ekki traustar en þeirra er hins vegar þörf. Nauðsynlegt er að líta til þess hver vandamálin eru og hvort hér eru á ferðinni atriði sem eru til þess fallin að veikja dómsvaldið eða grafa undan því. Þá er einnig rétt að athuga hvort eitthvað mætti færa til betri vegar til að styrkja dómsvaldið og þar með auka réttaröryggið.

Óhjákvæmilegt er að dómstólarnir taki afstöðu til pólitískra álitafna, en þessi þróun hefur orðið hér á landi eins og í öðrum löndum af ástæðum sem hefur verið lýst hér að framan. Þetta kemur meðal annars til af ýmsum breytingum, bæði í þjóðfélaginu og í hinu lagalega umhverfi, meðal annars þess að túlkun ákvæða stjórnarskrárinnar og mannréttindasáttmála getur snúist um pólitísk átök. Hér að framan er því haldið fram að ákveðin mótsögn felist í því að krefjast þess að dómstólar séu hlutlausir á sama tíma og þess er krafist að þeir taki afstöðu til pólitískra álitafna. Með þessu getur meðal annars skapast sú hætta að dómstólarnir fari út fyrir valdmörkin, en slíkt er til þess fallið að grafa undan trausti á dómsvaldinu. Bent er á að varðveisla hlutleysisins geti reynst besta vörnin gegn því að dómstólarnir fari út fyrir valdmörkin. Einnig er mikilvægt að til dómara starfa veljist þeir sem hafa mesta hæfileika til að beita lögum á úrlausnarefni, sem dómstólarnir fá til meðferðar, og færni til að gegna starfinu af fagmennsku. Mikilvægt er að hver og einn dómari sé ekki því marki brenndur að vera hallur undir ákveðin pólitísk rök. Slíkt er mjög til þess fallið að skapa tortryggni og vekja efasemdir um hlutleysi, en miklu skiptir að hver og einn dómari njóti trausts.

Önnur mótsögn felst í því að krefjast þess að dómara noti almennar viðmiðanir við margvísleg matsatriði, en ekki einstaklingsbundnar, þrátt fyrir það hve oft er óljóst hvar mörkin þar á milli liggja. Í því gæti jafnframt falist mótsögn að krefjast þess að dómari láti aldrei undan utanaðkomandi þrýstingi en beiti samt sem áður almennum viðmiðunum. Þar sem hinar almennu viðmiðanir eru stundum óljósar getur það t.d. rofið einingu í fjölskipuðum dómi og þar með veikt tiltrú manna á réttmæti niðurstöðunnar.⁴⁷ Ljóst er að þarna verða dómara að vera innan eðlilegra marka. Dómari verður því að nota viðurkenndar lögfræðilegar aðferðir við hverja úrlausn en þar kemst hann þó oft ekki hjá því að miða við eigin þekkingu og reynslu svo og það mat sem hann sjálfur telur réttast. Öfgafullar skoðanir byggðar á einstaklingsbundinni afstöðu, eða jafnvel þröngsýni, eiga hins vegar engan veginn heima í dómsúrlausnum. Traust og góð lögfræðileg þekking, svo og þjálfun og reynsla í að beita lagareglum og viðeigandi réttarheimildum á margbreytileg og stundum flókin málsatvik, er hins vegar oftast mjög gagnleg. Val á dómara í embætti þarf auk þess að miða að því að dómara hafi fjölbreytilegan bakgrunn sem endurspegli víðtæka sýn en ekki þrönga á það sem skiptir máli þegar leyst er úr málum fyrir dómstólum. Tryggja þarf að konur gegni dómarastörfum til jafns við karlmenn. Þær verða að eiga jafnan hlut og þeir í að ákveða á hvern hátt lagareglum verði beitt við úrlausnir dómsmála og í því að móta viðmiðin sem dómstólarnir nota við slíkar úrlausnir.⁴⁸ Verði þessa ekki gætt hefur tækifærum, sem efla og styrkja dómsvaldið, verið fórnað.

Af öllu þessu er ljóst að vel þarf að standa að vali á hæfasta umsækjanda um dómara starf hverju sinni. Aðferðir sem notaðar eru við það eru mistraustar, meðal annars vegna þess hve erfitt getur verið að mæla og meta hæfileikana sem sóst er eftir. Markmiðið hlýtur þó ávallt að vera að tryggja, eftir því sem frekast er unnt, að faglega og hlutlaust verði staðið að matinu.

Tilgangur umsagna Hæstaréttar og dómnefndar samkvæmt 3. mgr. 12. gr. laga um dómstóla er sá að styrkja stöðu dómstólanna og tryggja frekar sjálfstæði þeirra gagnvart öðrum þáttum ríkisvaldsins. Það veikir þó yfirlýstan tilgang að umsagnirnar eru ekki bindandi þegar skipað er í dómara stöðu. Eðlilega getur komið til þess að hlutleysi ráðherra verði dregið í efa þegar miðað er við þá pólitísku stöðu sem ráðherrar hafa og þörf stjórnmalanna fyrir að tryggja að hin réttu pólitísku viðhorf verði til staðar, einkum í Hæstarétti, þegar taka þarf afstöðu til pólitískra álitaeftna. Í grein Sigurðar Línadal *Ofsatru og alræðishyggja* segir að það sé andstætt því, sem viðgangist í öllum lýðræðis-

47 Hér má benda á að í Þýskalandi er dómara í fjölskipuðum dómi bannað að skila séráliti en það er væntanlega gert í þeim tilgangi að svo líti út að engir veikleikar séu á niðurstöðunni.

48 Í riti skrifstofu jafnréttismála, Samþætting – Ný leið til jafnréttis kynjanna, segir á bls. 8 að ekki sé hægt að tala um lýðræði fyrr en jöfn þátttaka karla og kvenna á öllum sviðum samfélagsins hafi verið tryggð. Í inngangskafli á bls. 3 segir, að einungis með því að konur og karlar sitji við sama borð þegar áhrif og völd eru annars vegar, sé hægt að segja að skilyrðum lýðræðisins sé fullnægt.

og réttarríkjum, sé þess krafist að handhafar framkvæmdarvalds hafi skipan dómara að öllu leyti í hendi sér.

Mat dómnefndarinnar og umsögn Hæstaréttar verða að fullnægja ákveðnum skilyrðum til þess að unnt sé að fara eftir því sem þar er lagt til. Það veikir mjög vægi þessara álitu þegar þau eru ekki nægilega rökstudd, en þá á ráðherrann auðveldara með að líta framhjá matinu eða réttlæta hvers vegna hann hefur gert það.⁴⁹ Umsagnir verða að vera byggðar á nægilega traustum grunni.⁵⁰ Ákvarðanir byggðar á rökstuddu og faglegu mati þar sem tryggt er að ekkert annað hafi haft áhrif við val á hæfasta umsækjanda við veitingu dómaraembætta skapar auk þess síður tortryggni í garð dómstólanna og þeirra sem með dómstörf fara. Slík tortryggni er slæm og veikir ekki aðeins dómstólana og traustið til þeirra heldur einnig traust manna á sjálfu réttarríkinu.⁵¹ Þess vegna er nauðsynlegt að mat á faglegri þekkingu og hæfileikum til að gegna dómara- starfi sé í höndum hlutlaus aðila sem er fær um að meta hverra hæfileika er þörf í dómara starfinu og hvernig umsækjendur uppfylli þær þarfir.

Mikilvægt er að dómstólarnir séu sjálfstæðir og að þeir geti dæmt í málum af hlutleysi þrátt fyrir ýmsar ástæður sem gætu staðið í vegi fyrir því. Svo virðist að með reglum um þrískiptingu ríkisvaldsins hafi ekki tekist að ná því markmiði að tryggja nægilega sjálfstæði dómsvaldsins. Þess vegna hefur verið lagt mikið upp úr því að efla sjálfstæði dómstólanna með reglum sem settar hafa verið hér á landi, í öðrum löndum og á alþjóðlegum vettvangi. Slíkar reglur hafa einnig endurspeglad hve nauðsynlegt er að fram fari faglegt mat af hlutlausum aðila á hæfni umsækjenda um dómara stöðu í þeim tilgangi að tryggja hlutleysi dómsvaldsins og gæði dómsúrlausna. Um leið hafa reglurnar það meginmarkmið að efla traustið til dómstólanna.

Alls þessa er þörf í þeim tilgangi að vernda nægilega réttindi hins almenna borgara og til að standa vörð um þarfir viðskiptalífsins, en staða þess og vel-

49 Sjá t.d. í þessu sambandi **Páll Hreinsson**. Á bls. 421 segir að til þess að álitsumleitun nái þeim tilgangi að upplýsa mál og draga fram málefnaleg sjónarmið, sem hafa beri í huga við úrlausn þess, verði umsagnir álitsgjafa að vera rökstuddar. Órökstudd niðurstaða álitsgjafa komi stjórnvaldi iðulega að litlum notum. Þar sem stjórnvald sé ekki bundið af niðurstöðu umsagnar, nema lög kveði svo á, *seu það rökinn sem höfund máli skipti*, þ.e.a.s. upplýsingar um þau málsatvik sem verulega þýðingu hafi svo og þau málefnalegu og sérfræðilegu sjónarmið sem þörf sé á að taka tillit til við úrlausn málsins.

50 Sama heimild bls. 417. Þar segir að þar sem álitsumleitun sé liður í undirbúningi máls og eigi að stuðla að því að mál verði nægilega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því, sé það forsenda þess, að þessi liður í málsmeðferð komi að tilætludum notum, að álitsgjafi byggji umsögn sína á nægilega traustum grunni.

51 Í áliti umboðsmanns Alþingis er meðal annars fjallað um þá aðferð að ráðherra komi að skipan hæstaréttardómara á þann hátt sem lög ákveði. Fram kemur í tengslum við þá umfjöllun á bls. 28 að álitaefni sé hvort tilefni sé til þess að styrkja með einhverjum hætti meðferð þessa veitingarvalds með það í huga að renna frekari stöðum undir sjálfstæði Hæstaréttar og traust manna á ædsta dómstól þjóðarinnar og þeim dómendum sem þar sitji á hverjum tíma. Liður í því kunni að vera að styrkja betur faglegt og óháð mat á umsækjendum áður en ákvörðun um veitingu er tekin.

gengni í vaxandi samkeppni getur meðal annars oltið á því hvernig dómstólar standast þær kröfur sem gerðar eru við alþjóðlegan samanburð. Aðferðir sem beitt er við mat á hæfni umsækjenda um dómarastöðu eiga að þjóna þessum markmiðum. Takist það ætti það að styrkja dómssvaldið, efla réttaröryggið og tryggja þarfir viðskiptalífsins að því leyti sem dómstólar geta þar skipt máli. Þess vegna er það allra hagar að tryggja sem best það fyrirkomulag sem styrkir dómssvaldið þannig að það geti veitt þá vernd sem atlast er til að það veiti, og uppfylli þar með helstu kröfur sem hugmyndirnar um réttarríkið eru reistar á. Með því geta dómstólarnir staðið undir því markmiði sem stefnt er að með réttarríkinu þar sem tryggt er að ákvarðanir um lögboðin réttindi og skyldur verði ekki teknar að geðþótta eða í annarlegum tilgangi, svo sem þeim að tryggja sérstaklega hagsmuni áhrifamikilla aðila í samfélaginu.®

HEIMILDIR:

Alþingistíðindi A, 1988-1989, þskj. 204, bls. 1125.

Alþingistíðindi A, 122. löggjafarþing 1997-1998, þskj. 176, 176. mál.

Alþingistíðindi A, 131. löggjafarþing 2004-2005, þskj. 12, 12. mál.

Álit umboðsmanns Alþingis 3. maí 2004 í málum nr. 3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003. www.umbodsmaduralthingis.is

Bilag til Domstolsudvalgets betænkning. Betænkning nr. 1319. Kaupmannahöfn 1997. Bogi Nilsson: „Um sönnunargögn og sönnunarfærslu í sakamáli“. **Úlfjótur**. 4. tbl. 1991, bls. 341-356.

Dr. jur. Christensen, Bent: „Domstolene og lovgivningsmagten“. **Ugeskrift for Retsvæsen**. 1990, bls. 73-83.

Davíð Oddsson: „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla“. **Tímarit lögfræðinga**. 1. hefti 2002, bls. 7-14.

„Domstolene i samfunnet“. **Nou** 1999:19. Oslo 1999.

Domstolsudvalgets betænkning. Betænkning nr. 1319. Kaupmannahöfn 1997.

Dómarafélag Íslands. **Skýrsla stjórnar 1995-1996**. Dómarafélag Íslands 1996.

Eckhoff, Thorstein: „Domstolenes rettskapende virksomhet“. **Úlfjótur**. 3. tbl. 1974, bls. 274-281.

Einar Arnórsson og Theódór B. Líndal: **Réttarfar II. Meginreglur um meðferð einkamála**. Reykjavík 1968-1969.

Gaarder, Karsten: „Domstolene og den alminnelige rettsutvikling“. **Den dømmende makt. Domstolene og rettsutviklingen 1814-1964**. Universitetsforlaget. Oslo 1967, bls. 223-290.

„Grundvillarreglur um sjálfstæði dómstóla“, samþykktar á sjöundu ráðstefnu Sameinuðu þjóðanna í Milánó 26. ágúst til 6. september 1985 um varnir gegn glæpum og meðferð afbrotamanna, staðfestar á allsherjarþinginu nr. 40/32, 29. nóvember 1985. Birtar í **Tímariti lögfræðinga** 1. hefti 1993, bls. 58-60.

Gunnar Hersveinn: „Jafnréttisbaráttan 2004“. **Lesbók Morgunblaðsins** 29. janúar 2005, bls. 6-7.

Hreinn Loftsson: „Efling dómssvalds“. **Frelsið**. 3. hefti 1987, bls. 133-141.

„Leitin að réttlátari dómstólum“. **Afmælisrit Davíð Oddsson fimmtugur 17. janúar 1998**. Bókafélagið. Reykjavík 1998, bls. 467-484.

- Locke, John: **Ritgerð um ríkisvald**. Hið íslenska bókmenntafélag. Reykjavík. 2. útg. 1993.
- Montesquieu, Charles-Louis de Secondat: **De l'Esprit des lois, e. The Spirit of the Laws**. Cambridge University Press 1994.
- Páll Hreinsson: „Álitsumleitan“. **Afmælisrit Gaukur Jörundsson sextugur 24. september 1994**. Bókaútgáfa Orators. Reykjavík 1994, bls. 407-433.
- Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“. **Afmælisrit Þór Vilhjálmsson sjötugur 9. júní 2000**. Bókaútgáfa Orators. Reykjavík 2000, bls. 487-516.
- „Afstaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga - þróun síðustu ára“. **Úfljótur**. 1. tbl. 2002, bls. 97-110.
- Sachs, P.M.: „Domstolenes Stilling i Retsudviklingen“. **Ugeskrift for Retsvæsen**. 1942, bls. 181-196.
- Sambætting–Ný leið til jafnréttis kynjanna**. Skrifstofa jafnréttismála. September 1997.
- Sigurður Líndal: „Stjórnskipulegt vald dómstólanna“. **Tímarit lögfræðinga**. 2. hefti 1993, bls. 106-116.
- „Hlutur dómstóla í þróun réttarins“. **Tímarit lögfræðinga**. 4. hefti 1995, bls. 292-300.
- „Um lagasetningavalld dómstóla“. **Tímarit lögfræðinga**. 2. hefti 2002, bls. 101-128.
- „Ofsatrú og alræðishyggja“. **Morgunblaðið**. 6. október 2004, bls. 21.
- Sigurður Tómas Magnússon og Hildigunnur Ólafsdóttir: **Ákvörðun refsingar. Rannsókn á refsíakvörðunum vegna manndrápa, rána og líkamsmeiðinga, 1951-2000**. Bókaútgáfa Orators. Reykjavík 2003.
- Stjórnartíðindi B**, 1999, bls. 1926-1928.
- Tamm, Ditlev: „Domstolene som statsmagt–set med en retshistorikers øjne“. **Ugeskrift for Retsvæsen**. 1997, bls. 87-95.
- Um sjálfstæði, skilvirkni og hlutverk dómara**. Tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins R (94) 12, www.coe.int.
- Þór Vilhjálmsson: „Staða Hæstaréttar í stjórnskipuninni“. **Tímarit lögfræðinga**. 1. hefti 1995, bls. 40-55.

