

---

# Fordæmi um fordæmi

Einar Karl Hallvarðsson

**Ágrip:** Í greininni er vikið að viðteknum kenningum um gildi fordæma sem réttarheimildar og hvort hún telst formlega bindandi eður ei. Gerð er grein fyrir nýlegum dómi þar sem ágreiningur er um réttarframkvæmd að því er varðar aðild ríkisins vegna dómsmála um gildi úrskurða æðri stjórvalda. Í framhaldi af því eru kannað lauslega hvernig Hæstiréttur hefur alla jafna vísað til fyrri fordæma og litið sérstaklega til dóma þar sem dómendur virðast ekki einhuga um gildi þessarar réttarheimildar.

**Lykilorð:** fordæmi; Ísland; Hæstiréttur

**Abstract:** This article discusses several judgements by Iceland's Supreme Court which seem to reflect differing understandings of the status of judicial precedents. Despite the fact that Icelandic courts are not constitutionally or legally obligated to follow precedents, case law shows a very strong tendency to do so, as long as the circumstances are similar and the relevant laws have not changed in the meantime. However, some Supreme Court judges seem to have been willing to challenge the custom of following precedent. The article focuses on recent decisions where the Supreme Court has divided in its views on the importance of precedent.

**Keywords:** precedent; Iceland; Supreme Court

---

## 1. Inngangur

Fordæmi er ein réttarheimilda. Á því leikur ekki vafi og sitthvað hefur verið ritað um hana. Hér er ekki ætlunin að bæta þar við eða úr. Átök hafa verið um þessa réttarheimild og þeim samfara eru oft deilur um hvert sé hlutverk dómstóla í mótnum nýrra reglna eða öllu heldur hvort þeir eigi að hafa þar hlutverk. Aðrir hafa lýst þessari réttarheimild og brotið hana til mergjar. Hér er stuðst við helstu sjónarmið úr íslenskum kennslubókum og greinum.

Um hlutverk dómstóla við setningu réttarreglna og ólík sjónarmið þar að lítandi má vísa í rannsóknir Sigurðar Líndal og Jóns Steinars Gunnlaugssonar. Í bók Sigurðar *Um lög og lögfræði*<sup>1</sup> er sérstakur viðauki um þetta efni og í riti hins síðarnefnda um fordæmi og valdmörk dómstóla er einnig um það fjallað.<sup>2</sup> Í skrifum þeirra

1 Sigurður Líndal, *Um lög og lögfræði: grundvöllur laga – réttarheimildir* (Reykjavík: Hið íslenska bókmenntafélag, 2003). Hér er vísað í útgáfuna frá 2003, en í endurskoðaðri útgáfu frá 2007 eru ekki teljandi breytingar um það efni sem boríð er niður í.

2 Jón Steinar Gunnlaugsson, *Um fordæmi og valdmörk dómstóla* (Reykjavík: Háskólinn í Reykjavík, 2003).

tveggja koma fram helstu meininger og kenningar um þetta efni, oft öndverð sjónarmið. Hugmyndin er ekki að takast á við höfundana um þetta efni. Skoðun þess sem þetta ritar, e.t.v. frekar réttarvitund, er sú að menn hljóti að sjá fyrir sér eina rétta lögfræðilega niðurstöðu um tiltekið sakarefni sem borið er undir dóm. Það er líka skoðun þess, sem þetta ritar, að dómstólar eigi ekki að leggjast sérstaklega á árarnar við lagasmíð. Það sem vakti áhuga til þessara skrifa er að margir nýlegir dómar Hæstaréttar endurspegla þessi átök og fróðlegt er að skyggnast í það hvernig æðsti dómstóllinn vísar í fordæmi undanfarin misseri, sérstaklega þegar dómendur eru ekki einhuga. Upphaflega var innblástur greinarinnar dómur sem Hæstiréttur felldi í kærumáli sumarið 2008. Þar var til endurskoðunar hvort vísa hefði átt frá héraðsdómi kröfum í máli á hendur íslenska ríkinu. Fyrir héraðsdómi var þess krafist að felldur yrði úr gildi sá hluti úrskurðar umhverfisráðherra frá 5. janúar 2007 þar sem fallist var á leið B í 2. áfanga Vestfjarðavegar (60) Bjarkarlundur – Eyri í Reykhólahreppi með skilyrðum í sex liðum. Stefnendur voru þrír einstaklingar og tvenn félagasamtök. Stefndu þeir íslenska ríkinu og Vegagerðinni. Dómur Hæstaréttar fíll þann 18. júní 2008 í málinu nr. 264/2008.

Nokkuð hefur verið ritað um þau réttarfarslegu álitamál sem snerta varnaraðild ríkisins. Höfundur þessarar greinar setti niður á blað grein þar sem tæpt var á því efni undir heitinu „Hvernig er þetta með ríkið?“<sup>3</sup> Þá var spurt hvernig þetta er með ríkið, en að gengnum dómi Hæstaréttar mætti e.t.v. frekar spryja hvernig var þetta með ríkið. Væntingar eru þá um að löggjafinn þurfi að bregðast við því hvernig nánar fari með kröfur á hendur hinu opinbera þegar úrskurður á æðsta stjórnsýslustigi er til úrlausnar. Fleiri hafa komið inn á þetta efni. Má nefna greinar eftir Skúla Magnússon,<sup>4</sup> Ólaf Jóhannes Einarsson<sup>5</sup> og einnig hafði verið tæpt á vandamálinu í grein eftir Sigurð Tómas Magnússon.<sup>6</sup>

Dómurinn sem nefndur var afhjúpar eldri dómaframkvæmd sem er illskiljanleg og óhagkvæm í flestu tilliti að mati höfundar. Dómurinn er einnig áhugaverður sökum þess að þar er tekist á um hvernig eigi að skilja tiltekin fordæmi sem rétturinn mótaði sjálfur.

Í þessari grein er þá einnig ætlunin að hreyfa við nokkrum sjónarmiðum er varða fordæmi æðsta dómstólsins. Það kemur orðið fyrir að í dómum Hæstaréttar sést hvar dómendur eru að rýna í fordæmi réttarins sjálfs, endurskoða gildi þeirra eða velja á milli einhverra fordæma til að máta við úrlausnarefni hverju sinni. Menn velta því fyrir sér hvort fordæmi Hæstaréttar séu bindandi að óbreyttum lögum um sams konar eða hliðstætt úrlausnarefni. Fullyrðing í þá veru er almennt ekki talin

3 Einar Karl Hallvarðsson, „Hvernig er þetta með ríkið?“ *Úlfljótur* 58 (2005), bls. 495-525.

4 Skúli Magnússon, „Er þörf á lagasetningu um aðild hins opinbera að dómsmálum?“ *Úlfljótur* 58 (2005), bls. 527-538.

5 Ólafur Jóhannes Einarsson, „Réttarfarskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi.“ *Tímarit lögfræðinga* 57 (2007), bls. 39-81.

6 Sigurður Tómas Magnússon, „Aðgangur að dómstólum á sviði einkamála,“ *Tímarit lögfræðinga* 55 (2005), bls. 144-145.

standast fræðilega, því bent hefur verið á í réttarheimildafræðinni að engin lög knýi Hæstarétt til að fara að fordæmum sínum.<sup>7</sup> En þessa fullyrðingu má þó styðja við heimildir og rökstyðja lögfræðilega. Ekki þarf annað til vitnis en að varpa fram þeirri staðreynd hversu oft – og vafalaust oftar en áður – Hæstiréttur vísar beint í fordæmi til stuðnings niðurstöðum eða kveður á um að atvik máls séu sambærileg for-dæminu og því gildi það ekki í viðkomandi máli. Hæstiréttur er líklegur til að beita fordæminu en ætti að vera ólíklegri til að víkja frá þeim.<sup>8</sup> Það hljóta dæmin að sýna. Nýjar víddir koma svo til þar sem dómandur virðast fjalla um fyrri dóma réttarins af fræðilegri ástríðu eða á gagnrýnninn hátt með því að þeir telja þau ekki standast. Og þá vaknar spurningin um það hverjar eru hinrar eiginlegu réttarheimildir og hver er rétthæð þeirra þegar æðsti dómtóllinn hefur lýst hvernig fara eigi með tiltekið lagaatriði máls. Einnig verður staldrað við þá aðstöðu þegar dómari skilar sératkvæði og sambærilegt sakarefni, t.d. bara lagaatriði, kemur til kasta réttarins að nýju. Er þá rétt að hann skili sératkvæði um niðurstöðuna aftur eða telur hann sig bundinn af for-dæminu og skipar sér þar á bás? Ætla verður að jafnræðisregla hvetji hann til þess að dæma á sömu lund og meirihlutinn hafði gert. Þetta á ekki bara við um fjölskipaðan dóm heldur einnig ýmis fjölskipuð stjórnvöld. Þegar fjölskipuð stjórnvöld eiga í hlut má leiða þessa niðurstöðu beint af jafnræðisreglu stjórnsýslulaga. Vafamál er hins vegar hvort Hæstiréttur sé bundinn af jafnræðisreglu stjórnarskrárinna við þessar aðstæður. En af því að dómur Hæstaréttar frá í júní 2008 lýsir nokkrum átökum um gildi fordæma og hvort fordæmin voru talin standast aðrar réttarheimildir við nánari skoðun er rétt að víkja að honum betur.

## 2. Dómur Hæstaréttar frá 18. júní 2008 í málinu nr. 264/2008

Það er fremur sjaldgæft að dóm Hæstaréttar í kærumáli af vettvangi einkamála skipi fimm dómarar. Af eðlilegum ástæðum er hefð fyrir því ef úrskurðum Félagsdóms er þangað skotið. Oftast skipa Hæstarétt þrír dómandur þegar leyst er úr kærumálum í einkamáli. Fjöldi dómenda ræðst þó vitaskuld af reglum 7. gr. dómstólalaga nr.

15/1998. Samkvæmt því var hér um mikilvægt úrlausnarefni að ræða. Athygli vekur þó að í þessum domi er verið að leysa úr lagaatriði á sviði réttarfars sem nokkuð oft hefur komið við sögu áður. Vandamamt er þess vegna að fullyrða um hvað varð þess valdandi að fimm dómarar skipuðu dóminn og að honum gengnum vaknar sú spurning af hverju dómurinn þríklofnadí í afstöðu sinni. Þrír dómandur stóðu að dómsniðurstöðu Hæstaréttar, einn þeirra þó með öðrum forsendum. Tveir skiluðu sératkvæði um aðra niðurstöðu.

Málsatvik voru í stuttu máli þau að Vegagerðin gerði sem framkvæmdaraðili drög að tillögu að matsáætlun fyrir mat á umhverfisáhrifum Vestfjarðavegar (Þórisstaðir-Eyrará í Reykhólahreppi). Voru þar settir fram sex mismunandi fram-

<sup>7</sup> Sjá nánar í kafla 3 hér á eftir.

<sup>8</sup> Sigurður Líndal, *Inngangur að lögfræði. II. Réttarheimildir: fordæmi* (Bráðabirgðaútgáfa til kennslu, Reykjavík, 1996), bls. 44.

kvæmdakostir. Skipulagsstofnun gerði margvíslegar athugasemdir við þessi drög en úrskurðaði á endanum að fallast mætti á alla valkosti Vegagerðarinnar í 1. og 3. áfanga auk leiðar D í 2. áfanga með skilyrðum. Lagðist stofnunin hins vegar gegn tveimur leiðum, B og C, vegna umtalsverðra umhverfisáhrifa. Níu aðilar kærðu úrskurðinn til umhverfisráðherra, þar af tveir til staðfestingar. Umhverfisráðherra kvað upp úrskurð þann 5. janúar 2007 þar sem hann félst á leið B í 2. áfanga Vestfjarðavegar með skilyrðum andstætt niðurstöðu Skipulagsstofnunar, sem hafði fallist á leið D. Leið C var hins vegar hafnað. Stefnendur málsins, þrír einstaklingar og tvenn félagasamtök, kröfðust ógildingar á úrskurði ráðherra þar sem fallist var á leið B í 2. áfanga. Stefndu þeir sem fyrr segir íslenska ríkinu og Vegagerðinni. Auk þess að krefjast málskostnaðar, settu stefnendur fram svohljóðandi dómkröfu:

Stefnendur krefjast þess að felldur verði úr gildi sá hluti úrskurðar fyrrverandi umhverfisráðherra, Jónínu Bjartmarz, frá 5. janúar 2007 þar sem fallist er á leið B í 2. áfanga Vestfjarðavegar (60) Bjarkalundur - Eyri í Reykhólahreppi með skilyrðum í 6 liðum.

Í kærumálínus er m.ö.o. tekist á um hvort vísa ætti þessari kröfu á hendur íslenska ríkinu frá dómi. Ekki var deilt um að Vegagerðin væri réttilega að málsókninni komin. Rétt er að nefna strax að stefnendur byggðu meðal annars á því að með úrskurði sínum hefði umhverfisráðherra ekki uppfyllt skilyrði ákvæða stjórnsýslulaga nr. 37/1993 um rannsókn máls, ekki gætt meðalhófs og þar að auki brotið gegn 13. og 14. gr. laganna. Þetta hefur tölverða þýðingu þegar virt er hvort réttlætanlegt var að stefna íslenska ríkinu. Vandamálið snýst m.ö.o. um þá dómvenju sem virðist hafa skapast um að ekki standi réttarfarsnauðsyn til þess að stefna æðra stjórnvaldi til ógildingar á úrskurði þess í kærumáli og hvort sú dómvenja sé skýr, en óljóst er á hvaða réttarheimild dómstólar byggðu þessa þróun á.

## 2.1. Úrskurður héraðsdóms

Héraðsdómur vísaði frá kröfum á hendur íslenska ríkinu og studdi þá niðurstöðu við fordæmi Hæstaréttar, einkum hrd. 1997, bls. 2856 og 2918, hrd. 2001, bls. 4620 (431/2001) og hrd. 2002, bls. 3910 (501/2002). Nánar sagði um þessi fordæmi í úrskurði héraðsdóms:

Fordæmin eru þess efnis að vísa beri frá kröfum á hendur æðra stjórnvaldi, ef um æðra stjórnvald á málskotsstigi innan stjórnsýslunnar er að ræða, þar sem hið æðra setta stjórnvald hafi þá ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins og ekki sé fyrir hendi réttarfarsnauðsyn að gefa því kost á að láta til sín taka dómsmál sem eingöngu er höfðað til niðurfellingar á stjórnvaldsákvörðun þess.

Jafnvel þótt fallist sé á með stefnendum að svo virðist sem ákveðin réttarþróun hafi orðið í þá átt sem stefnendur hafa haldið fram, eru fordæmi þau sem stefnendur vísuðu til í sínum málflutningi ekki jafn fortakslaus og þeir dómar sem stefndi vísar til. Í ljósi hinna skýru fordæma Hæstaréttar um aðild æðra setts stjórnvalds í málum sem eru samþærileg máli þessu, er því óhjákvæmileg niðurstaða dómsins að umhverfisráðherra, sem í máli þessu gegndi hlutverki æðra stjórnvalds á málskotsstigi innan stjórnsýslunnar, sbr. 26. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, hafi ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins sem

leitt geti til aðildar hans að því. Þá verður heldur ekki talið að réttarfarsnauðsyn sé á því að gefa ráðherranum kost á að láta til sín taka mál þetta, sem eingöngu er höfðað til ógildingar á hluta úrskurðar hans.

Um niðurstöðu þessa efnis, sem héraðsdómur var sjálfsagt knúinn til að leggja til grundvallar í ljósi fordæma, hefur verið rætt og ritað sem fyrr segir. Bent hefur verið á að niðurstaða í þessa veru er óvenjuleg og á tíðum illskiljanleg, bæði út frá reglum einkamálaréttarfars og stjórnsýsluréttar. Skortur á lögvörðum hagsmunum er hindrun fyrir þá sem höfða mál, sbr. 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 og meginreglur þar að lútandi, en óvenjulegt er að varnaraðili geti flúið málaferli með því að telja sig ekki eiga hagsmuni af úrlausninni. Hagsmunaskortur stefnda, ef svo mætti kalla, felst fremur í því að hann eða þeir eiga ekki aðild að máli eða að umkrafin skylda (eða viðurkenning á réttindum stefnanda) hvílir einfaldlega ekki á þeim þótt ekkert sé við aðildina að athuga. Frá sjónarholi stjórnsýsluréttar er þessi dómaframkvæmd einnig óvenjuleg því dómstólar hafa almennt lagt áherslu á að því stjórnvaldi beri að stefna sem tekið hafi þá ákvörðun sem um er deilt. Dómaframkvæmdin sýnir líka að ekki virðist ráða úrslitum hvort um var að ræða úrskurðaraðila á æðra stigi stjórn-sýslu eða ekki. Pannig er mjög erfitt að greina hvenær frávísun á við og hvenær ekki. Það er líka sérkennilegt að telja ekki réttarfarsnauðsyn á því að gefa ráðherra kost á að láta mál til sín taka „*sem eingöngu er höfðað til ógildingar á hluta úrskurðar hans*“.

Hljómar það ekki eins og að segja að ekki sé réttarfarsnauðsyn á að gefa móður kost á að láta til sín taka mál sem eingöngu er höfðað til að fá úr því skorið hvort hún verði svipt forræði yfir barni sínu?

## 2.2. Dómur Hæstaréttar

Með domi Hæstaréttar var hinn kærði úrskurður staðfestur. Dómurinn vekur upp þá spurningu af hverju ekki var vísað til forsendna héraðsdóms og úrskurður hans með því staðfestur ágreiningslaust meðal dómenda. Fyrr er gefið í skyn að niðurstaða héraðsdóms var sennilegast óhjákvæmileg í ljósi fordæma. Eins og úrskurðurinn ber með sér var dómaranum í héraði þó vandi á höndum því fordæmin voru ekki á eina lund. Málið átti þó sterka samstöðu með þeim fyrri þar sem vísað hafði verið frá kröfum á hendur íslenska ríkinu. En þurfti meirihlutinn að byggja niðurstöðu sína á öðru en fyrri fordænum eða t.d. að vísa til „dómaframkvæmdar“. Af hverju taldi meirihlutinn rétt að orða forsendur með öðrum hætti en fyrr hafði verið gert?

Í atkvæði tveggja dómenda, sem myndaði ásamt einum öðrum dómara niðurstöðu Hæstaréttar, sagði:

Úrskurður umhverfisráðherra, sem mál þetta er höfðað um, felur í sér heimild handa varnaraðilanum Vegagerðinni til nánar tiltekinnar framkvæmdar. Óhjákvæmilegt er því að beina máli um ógildingu úrskurðarins að þessum varnaraðila. Þegar metið er hvort sóknaraðilum sé nauðsynlegt eða heimilt að beina dómkröfum sínum jafnframt að varnaraðilanum íslenska ríkinu verður að gæta að því að milli hans og varnaraðilans Vegagerðarinnar er ekkert réttarsamband, sem leitt getur af sér óskipt réttindi þeirra eða óskipta skyldu gagnvart sóknaraðilum. Sameiginleg aðild þeirra til varnar í málinu

verður því ekki studd við ákvæði 1. mgr. 18. gr. laga nr. 91/1991. Í 1. mgr. 19. gr. sömu laga er þeim, sem höfðar einkamál, heimilað að sækja þar tvær eða fleiri kröfur sínar á hendur tveimur eða fleiri aðilum ef kröfurnar eiga rætur að rekja til sama atviks, aðstöðu eða löggernings. Ákvæði þetta er sett til hagræðis fyrir stefnanda máls og hefur aðeins að geyma heimild, sem óskylt er að neyta, enda verður máli aldrei vísað frá dómi fyrir þær sakir að stefnandi láti þetta hjá líða. Í máli því, sem hér er til úrlausnar, getur ekki komið til kasta þessa lagaákvæðis, enda gætu sóknaraðilar aldrei talist eiga sjálfstæða kröfu á hendur hvorum varnaraðila um ógildingu úrskurðar umhverfisráðherra, sem þeim væri í sjálfsvald sett hvort sótt yrði í einu dómsmáli eða tveimur. Að þessum kostum frágengnum gæti aðild varnaraðilans íslenska ríkisins að málinu ekki komið til álita nema eftir ákvæðum 21. gr. laga nr. 91/1991, en þá leið hafa sóknaraðilar ekki kosið að fara. Ekki er unnt að fallast á að sóknaraðilum sé heimilt að beina kröfum sínum að þessum tveimur varnaraðilum án þess að fyrir því sé lagastoð, enda er hvergi í réttarfarslögum að finna fyrirmæli um hvernig standa ætti að rekstri máls við þær aðstæður, meðal annars ef varnaraðilarnir létu ekki málið báðir til sín taka, gerðu þar ólíkar dómkröfur eða bæru fyrir sig mismunandi málsástæður. Samkvæmt þessu verður hinn kærði úrskurður staðfestur.

Ekki er unnt að greina neinar breytingar á lögum sem knúðu Hæstarétt til að gefa vandamálinu þennan sérstaka gaum, hvorki á ákvæðum laga nr. 106/2000 um mat á umhverfisáhrifum, sem rétt er að nefna hér, né ákvæðum laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Breyting sú sem varð með fyrrnefndu lögunum á árinu 2005<sup>9</sup> hafði ekki áhrif, eins og vikið er að í sératkvæði. Þá er ekki að sjá að orðið hafi grundvallar-breytingar á almennum reglum stjórnsýslulaga eða stjórnsýsluréttar. Í þeim forsendum, sem teknar eru upp að framan, er leitað fanga í óbreyttum ákvæðum í III. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, sem fjallar um aðild og fyrirsvar. Í fyrri dónum um þetta vandamál var engum steinum velt í ákvæðum þessara laga. Það er með öðrum orðum reynt að finna því stoð í ákvæðum laganna undir hvaða kringum-stæðum fleiri en einum aðila verði stefnt í einkamáli vegna ógildingar á stjórnvalds-athöfn. Í þessu tilviki má geta þess að báðir varnaraðilar deilunnar eru stjórnvöld, en hins vegar verður að taka með í reikninginn að Vegagerðin er í þessari deilu aðili sem skálmar fram á einkaréttarlegu sviði sem framkvæmdaraðili.

Nauðsynleg samaðild eftir 18. gr. EML verður ofan á ef um óskipt réttindi eða óskipta skyldu er að ræða. Frávísun er þar sjálfgefin ef út af bregður. Sérkennilegt er hins vegar að ráðherra hafi ekki verið talinn réttilega að deilunni kominn undir merkjum 19. gr. EML með því að sakarefnið sé óumdeilanlega sprottið af sömu að-stöðu – jafnvel af sömu rót. Hæstiréttur kveður hins vegar upp úr með að *ekki geti komið til kasta þessa lagaákvæðis þar sem stefnendur málsins gætu aldrei talist eiga sjálfstæða kröfu á hendur hvorum varnaraðila um ógildingu úrskurðar umhverfisráðherra, sem þeim væri í sjálfsvald sett hvort sótt yrði í einu dómsmáli eða tveimur*. Þá er umfjöllun um 1. mgr. 19. gr. laga nr. 91/1991 sérkennileg í ljósi þess að ekki verður séð að íslenska ríkið hafi byggt frávísunarkröfu sína á þeirri grein. Frávísun á grundvelli þess að skilyrðum samlagsaðildar eftir 1. mgr. 19. gr. sé ekki fullnægt er háð kröfu þar að

<sup>9</sup> Lög nr. 74/2005 um breytingu á lögum nr. 106/2000 um mat á umhverfisáhrifum.

lútandi. Ef álitamál um svo þröngra túlkun á ákvæði 19. gr. væru stundarkorn lögð til hliðar mætti í sama vettangi nefna að í sératkvæði eins dómar var einmitt nefnt að dómar væru til þar sem fleira en eitt stjórnvald eða stjórnvald og einkaaðilar hefðu verið aðilar að dómsmáli um ógildingu stjórnarathafnar.

Sem fyrr segir töldu tveir þeirra dómenda, sem stóðu að niðurstöðu meirihlutans, að finna þyrfti henni stoð í lögum, þrátt fyrir þessi mörgu fordæmi sem til voru. Einn dómarí skilaði sératkvæði þar sem hann var sammála niðurstöðu meirihlutans, en með öðrum rökstuðningi. Hann tók fram að fjölmörg dæmi væru um það í dóumum Hæstaréttar að fleiri en einn aðili væri til varnar eða sóknar í einkamálum án þess að uppfyllt væru skilyrði 18. eða 19. gr. laga nr. 91/1991 eins og þau væru skýrð í niðurstöðu þeirra tveggja dómenda sem lögðu grunn að niðurstöðu málsins. Á þetta verður að fallast en geta þess þó, að máli verður ekki vísað frá dómi á grundvelli 1. mgr. 19. gr. nema þess sé krafist. Þannig getur fjöldi aðila til sóknar eða varnar í einkamáli einfaldlega helgast af því að frávísunar á grundvelli 19. gr. er ekki krafist. Dómarinn bendir réttilega á í sératkvæðinu að þetta helgist einnig af því að ekki hafi verið talið rétt að dæma um mál nema þeim, sem átti lögvarða hagsmuni af úrlausninni, yrði gefinn kostur á að tjá sig um það. Að öðru leyti rökstyður dómarinn niðurstöðu sína um staðfestingu úrskurðarins með því að greina hagsmuni íslenska ríkisins í málinu og kemst að þeirri niðurstöðu að þeir séu ekki fyrir hendi, aðeins hafi ráðherra verið hlutlaus úrskurðaraðili. Að mörgu leyti má halda því fram að þessi rökstuðningur sé eðlilegri út af fyrir sig en hinna tveggja dómandanna sem einnig vildu staðfesta úrskurð héraðsdóms. Ástæðan er sú að dómarinn heldur sig í raun nær þeim fordæmum sem fyrir hendi voru og hafnar því að þessi varnaraðili hafi haft lögvarða hagsmuni.

Í sératkvæði tveggja dómenda annarra, sem vildu hrinda úrskurði héraðsdóms, voru fyrri fordæmi Hæstaréttar um þetta efni gagnrýnd og þeim hafnað. Atkvæði þeirra er sérlega áhugavert, ekki bara sökum þess að þar er reynt að kryfja inn að beini hvernig réttarfarsreglur og reglur stjórnsýsluréttar horfa við aðild ríkisins í þessu tilviki. Atkvæði þeirra geymir einnig markvissa gagnrýni á fyrri fordæmi. Peir benda á að ekki sé að finna sérstök ákvæði um það í lögum um meðferð einkamála hvernig haga beri aðild til varnar í málum þar sem leitast er við að hnekkja stjórnvaldsákvörðun. Sú óskráða meginregla hafi verið talin gilda að stefna beri því stjórnvaldi sem í senn er aðildarhæft og bært til að taka þá ákvörðun, sem ógildingar er krafist á, nema annað leiði af lögum eða venju. Sömu undirstöðurök gildi um fyrir-svar stjórnvalda í slíkum málum, sbr. 5. mgr. 17. gr. laga nr. 91/1991. Peir benda einnig réttilega á að venja leiði til þess að ekki beri að stefna sjálfstæðum stjórn-sýslunefndum á kærustigi þegar þess er freistað að hnekkja ákvörðunum þeirra. Hér vísa dómandurnir í tvígang til venju. Hið fyrra sinn lýsa þeir óskráðri meginreglu en gera við hana fyrirvara á grundvelli venju. Í hinu síðara telja þeir venju leiða til þess að ekki beri að stefna sjálfstæðum stjórnsýslunefndum. Væntanlega er hér átt við dómvenu sem ítrekuð fordæmi renna stoðum undir. Engu að síður gera þeir vissa

atlögu að þessari dómvenju gegn niðurstöðu meirihlutans. Atkvæði þeirra lýsir nefnilega gagnrýni á þá dómaframkvæmd sem hófst árið 1997. Í sératkvæði þeirra segir:

Á árinu 1997 hóf Hæstiréttur að beita sambærilegri undantekningu um ráðherra frá framangreindri meginreglu þegar aðstaðan var sú að þeir höfðu úrskurðað í máli á grundvelli stjórnsýslukæru. Vísaði rétturinn þannig frá kröfum á hendur ráðherra að eigin frumkvæði, sbr. dóma í dómasafni réttarins frá 1997, bls. 2856 og 2918. Þessi breyting var ekki gerð á grundvelli nýrra laga heldur með ákvörðun réttarins um að breyta áralangri og viðtekinni skýringu á 19. gr. laga nr. 91/1991 sem var að þessu leyti í samræmi við skýringu 47. gr. laga nr. 85/1936 um meðferð einkamála í heraði. Samkvæmt hinni viðteknu skýringu á ákvæðum þessum var lagt til grundvallar að samlagsaðild varnarmegin yrði hagað með þeim hætti að stefna mætti því stjórnvaldi er hina umdeildu ákvörðun hafði tekið svo og réthafa ákvörðunarinnar þar sem gerð var krafa um ógildingu hennar, enda kröfur á hendur aðilunum samrættar þar sem þær voru báðar sprottnar af sömu stjórnvaldsákvörðuninni sem í senn var að lögum bindandi fyrir stjórnvaldið og þann, sem ákvörðuninni var beint til eftir að hún hafði verið birt. Af þeim fjölmörgu málum þar sem aðild hefur verið svo háttad má sem dæmi nefna dóma sem birtir eru í dómasafni réttarins frá árinu 1981, bls. 1183, frá árinu 1983, bls. 1655 og frá árinu 1993, bls. 2364.

Í þessu sératkvæði er einnig bent á að þótt hin breytta skýring, sem þeir rekja aftur til ársins 1997, hafi vikið frá meginreglunni um varnaraðild stjórnvalda, þá hafi henni ekki verið beitt í öllum málum sem dæmd hafi verið frá árinu 1997 enda sé staða ráðherra önnur en sjálfstæðra stjórnsýslunefnda að því er varðar almennar stjórnunarheimildir, svo og ráðherraábyrgð. Þetta er nánar rökstutt með því að ráðherra geti haft hagsmuni af máli, auk þess sem hann hafi forræði á sakarefni er lýtur að stjórnvaldsákvörðunum sem hann hafi sjálfur tekið innan þeirra marka sem leiðir af reglum réttarfars og stjórnsýsluréttar. Í þessu skyni eru nefndir fjórir dómar Hæstaréttar.<sup>10</sup>

Þeir halda áfram og gagnrýna þessa dómaframkvæmd sem og þá stefnu-breytingu sem komst á árið 1997. Segja þeir að þar sem forsendur þessara dóma hafi ekki að geyma skýr viðmið um það hvenær heimilt er að stefna ráðherrum vegna úrskurða þeirra á æðra stjórnsýslustigi ríki réttaróvissa um það í ljósi þeirrar stefnu-breytingar sem varð árið 1997. Þessa afstöðu má jafnvel skilja sem svo að dómendurnir tveir vilji ekki dæma beinlínis gegn fyrri fordænum sem fólu í sér stefnu-breytingu, heldur sé óhjákvæmilegt að fara nánar í saumana á því hvaða réttarregla skuli gilda, enda ríki um það réttaróvissa. Við svo búið rökstyðja þeir niðurstöðu sína með því að leita skýringa á því hvort réttarfarslög og reglur stjórnsýsluréttar geti með réttu leitt til þess að vísa beri frá heraðsdómi kröfum á hendur íslenska ríkinu. Með þessu móti virðast dómendurnir tveir takast á við það hvort meðferð réttarheimilda í fyrri fordænum hafi verið rétt. Bent er meðal annars á að skilyrðið um lögvarða hagsmuni hafi almennt verið notað um greiningu á hagsmunum stefnanda máls að einkarétti en ekki hagsmuni hins opinbera. Það að stjórnvald hafi að lögum

<sup>10</sup> Nefndir eru í sératkvæðinu hrd. 2002, bls. 2241, hrd. 2003, bls. 673, hrd. 2004, bls. 171 og hrd. 2004, bls. 2760.

verið fengið vald til að taka ákvörðun leiði til þess að það hafi lögvarða hagsmuni af varnaraðild um ákvarðanir sínar og þurfi að standa skil gerða sinna, sbr. 60. og 70. gr. stjórnarskráinnar. Í reynd hafi dómaframkvæmd gengið út frá því að varnaraðild fleiri en eins við þessar aðstæður hafi verið talin heimil væru skilyrði 1. mgr. 19. gr. laga nr. 91/1991 uppfyllt. Þá telja þeir að í niðurstöðu dómendanna tveggja, sem studdu niðurstöðu meirihlutans, hafi nefnd 19. gr. raunar verið túlkuð strangar en áður hafi verið gert. Loks er farið yfir á hvern hátt málatilbúnaður þeirra, sem vildu hrinda ákvörðun ráðherra, kalla óhjákvæmilega á aðild hans vegna íslenska ríkisins út frá ýmsum reglum stjórnsýsluréttar, einkum um málsmeðferð, en með þeirri aðild hljóti möguleikar til að upplýsa sakarefnið á vandaðan hátt að aukast til muna.

Athygli vekur að í atkvæðum dómendanna fimm er hvergi getið dóms sem fallið hafði liðlega þremur mánuðum fyrr eða þann 14. mars 2008 í málinu nr. 114/2008. Þar var höfð upp svofelld kröfugerð fyrir héraði:

Stefnendur gera þær dómkröfur að ógiltur verði úrskurður umhverfisráðherra frá 11. maí 2007, mál ráðuneytisins nr. 06120018, vegna kæru Vegagerðarinnar, þar sem hluti ákvörðunar Skipulagsstofnunar frá 5. desember 2006, um matsáætlun vegna mats á umhverfisáhrifum lagningar Hringvegar um Hornafjarðarfljót í sveitarfélagini Hornafirði er felldur úr gildi.

Deilt var um hvort stefnendur ættu lögvarða hagsmuni af úrlausn um þessar kröfur. Hæstiréttur taldi svo vera en vék einnig að aðild Vegagerðarinnar og íslenska ríkisins með svofelldum orðum:

Fallist er á með sóknaðilum að réttarfarsástæður standi til þess að gefa ráðherra kost á að láta mál þetta til sín taka. Þá verður krafa sóknaraðila ekki tekin til meðferðar án þess að framkvæmdaraðili eigi aðild að málinu, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar í máli nr. 231/2002 í domasafni réttarins það ár, bls. 2241.

Tveir af þremur dómurum voru hinir sömu og skiluðu sératkvæði í dóminum frá 18. júní, að því er best verður séð, í samræmi við niðurstöðuna þremur mánuðum áður.

Þeirri skoðun hefur verið lýst að dómar af þessum meiði kalli á lagasetningu.<sup>11</sup> Dómar Hæstaréttar kunna að kalla á lagasetningu vegna þess að það reynist óhjákvæmilegt að gera breytingar á lögum í kjölfar þeirra. Lög stóðust ekki stjórnarskrá eða löggjafinn taldi einfaldlega að niðurstaða kallaði á breytingar. Löggjafinn tekur þá nýja afstöðu til þess hvaða réttarstaða eigi að gilda á tilteknu sviði. Dómurinn frá 18. júní 2008 kallað hins vegar á lagasetningu vegna þeirrar óvissu sem orðin er, burt-séð frá því hvaða leið menn telja hina réttu um aðild ríkisins. Rétturinn þríklofnar. Tveir dómenda reyna að finna fyrri niðurstöðum stoð í settum lögum, einn dómarinn rökstyður frekar fyrri fordæmi að því er virðist, en tveir aðrir hafna fyrri fordænum að því er best verður séð. Fyrirmynndina að lagabreytingu um þetta efni mætti e.t.v.

---

11 Sjá áður tilvitnaða grein Skúla Magnússonar.

sækja í norskan rétt þar sem svofellt ákvæði er að finna í grein 1-5 einkamálaganna:<sup>12</sup>

Søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak reises mot den myndighet som har truffet avgjørelsen i siste instans. Er dette et statlig organ, skal retten gi varsel om søksmålet til en kommune eller fylkeskommune som har truffet avgjørelse i saken i tidligere instans.

Það má með öðrum orðum halda því fram með rökum að dómurinn og dómaframkvæmdin sem tekist var á um kalli á lagasetningu. Verður þá ekki lengur staldrað við vandamálið um aðild ríkisins í domsmálum vegna stjórnvaldsathafna. En dómur þessi er með hurðum og gluggum. Fimm dómarar dæmdu en ekki þrír sem fyrr sagði. Dómendur voru ekki einhuga í afstöðu sinni til þess hvernig bæri að skýra réttarfarsákvæði og síðast en ekki síst fordæmi réttarins sjálfs. Hin breytta dómaframkvæmd sem fjallað var um var í reynd dómvenja og stefnubreyting sem dómstóllinn sjálfur átti upptökin að. En það má deila um fordæmisgildi þessa dóms frá 18. júní 2008. Deila má um þá kenningu að fordæmisgildi dóms sé minna ef sér-atkvæði er greitt. Þessi dómur getur þó aflað þeirri skoðun aukið fylgi.

Hér virðist vera fyrir hendi skóladæmi um það þegar upp kemur sú staða að Hæstiréttur endurskoðar fordæmi sín. Allir dómendurnir virðast nálgast úrlausnaratriði málsins á þann hátt að kanna þurfi hvort meðferð þeirra réttarheimilda sem réði fyrri niðurstöðum hafi staðist. Í riti Jóns Steinars Gunnlaugssonar um fordæmi og valdmörk dómstóla er tæpt á þessu atriði. Í umfjöllun sinni um hvort fordæmi séu bindandi orðar hann það svo að leggja beri fordæmi til grundvallar dómi í sambæri-legu yngra máli nema dómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að sú meðferð réttarheimilda, sem réði fyrri niðurstöðunni, hafi verið röng eða réttarheimildir hafi breyst eftir að hann var kveðinn upp; fordæmi sé jafn bindandi og sú réttarheimild sem lá því til grundvallar.<sup>13</sup>

### 3. Hvernig lítur Hæstiréttur almennt á gildi fordæma?

Menn eru almennt sammála um að fordæmi er mikilvæg réttarheimild og í því riti um almenna lögfræði, sem lengst af var kennd og byggði á rannsóknum og fyrirlestrum dr. Ármanns Snævars, er ekki um að villast.<sup>14</sup> Í sama riti er hugtakið skýrt svo að domsúrlausn hafi gengið um tiltekið réttaratriði og að hún sé notuð sem fyrirmynd í síðara domsmáli.<sup>15</sup> Samt er bent á að Hæstiréttur er ekki talinn bundinn af fyrri úrlausnum sínum og engri réttarreglu sé fyrir að fara sem leggi skyldu á héraðsdómara að fylgja fordæmi Hæstaréttar.<sup>16</sup> Athygli vekur að í skilgreiningunni að framan er notað orðið „réttaratriði.“ Eflaust er áherslan þar á lagaatriði málsins og rýna verður þá í hvað í domsúrlausninni skuli telja fordæmi og þar af leiðandi réttar-

12 Lov om mekling og rettergang i sivile sager (tvisteloven) frá 2005.

13 Jón Steinar Gunnlaugsson, *Um fordæmi og valdmörk dómstóla*, bls. 83.

14 Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði* (Reykjavík: Orator, 1989), bls. 158.

15 Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði*, bls. 213.

16 Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði*, bls. 216.

heimild. Hefur einmitt verið bent á hversu mikilvægt er að gera þennan greinarmun, þ.e. á atvikum málsins og þeim réttarheimildum sem beitt var á þau. Aðeins sé þá afstaða dómsins til efnis réttarheimildarinnar sem hafi fordæmisgildi.<sup>17</sup> Á þetta verður fallist hér.

Tína má til margvísleg rök sem mæla með því að fordæmum sé fylgt. Nokkur atriði hafa verið nefnd. Í fyrsta lagi það að samræmi skuli vera í dómsúrlausnum, jafnræði sé með fólk. Í öðru lagi að fordæmin greiði fyrir úrlausn réttarágreinings og í þriðja lagi að fordæmin létti heilabrotum og ábyrgð, eins og það var orðað. Þá er bent á hið sígilda þrætuefni hver eru mörk dómsvalds og löggjafarvalds. Dómstólar kunna að eiga auðveldar með að fella réttarþróun að breyttum þjóðfélagsaðstæðum en síðan horfist þeir í augu við tiltekin mörk sem þeir treysti sér ekki til að fara yfir og ætla löggjafanum að ráða fram úr. Sjónarmið hafa einnig verið reifuð gegn þessari trú á gildi fordæma. Dómstólar kunni að torvelda réttarþróun með því að binda sig um of við fordæmi og einnig er bent á að óvissa kann að vera um fordæmið, hvernig á að skýra það.<sup>18</sup>

Sjónarmið til stuðnings því að fordæmi séu bindandi hefur einnig verið lýst þannig að með því haldist ákveðin festa í réttarframkvæmd sem stuðlar að samræmi. Af þessu leiðir einnig að dómsmál eru færri. Þá er einnig bent á að með því að víkja frá fordæmi er réttarreglum á vissan hátt beitt afturvirkт.<sup>19</sup> Allt eru þetta áþekk sjónarmið og lýst var fyrr.

Vísast kemur oftar í hlut dómstóla að ráða í óvissu laga en löggjafans að ráða í óvissu dómstóla. Hugmyndin um óbrigðulan Hæstarétt er sterk og væntingar til dómstóla eru miklar þegar á reynir. Geri dómarar atlögu að fordæmum og gildi þeirra almennt er aukið við réttarovissu og vafamál kunna að vakna um uppruna ríkisvalds og kenninguna um þrískiptingu þess. Dómstólar hafa verið taldir íhald-samar stofnanir í eðli sínu og margs konar skoðanir eru á því hvort þeir eiga að móta réttarreglur í meira mæli eða láta það löggjafanum eftir.

Leidd hafa verið rök að því að vægi fordæma hafi aukist og teljist mikilvægari réttarheimild en áður.<sup>20</sup> Löggjafarhlutverk dómstólanna hefur einnig vaxið til muna þótt umdeilt sé og til eru dómar þar sem reglur hafa verið mótaðar af nokkurri nákvæmni – jafnvel tölulega. Má þar t.d. vísa til dóma Hæstaréttar þar sem því er slegið föstu að ef uppsaga dóms tefst um meira en átta vikur sé óhjákvæmilegt að vísa mál-inu heim þar sem munnlegur málflutningur fari fram að nýju. Sé þá komið út fyrir þann ramma sem 115. gr. laga nr. 91/1991 kveður á um, um hvernig með skuli fara ef

17 Jón Steinar Gunnlaugsson, „Fordæmisgildi hæstaréttardóma,” *Tímarit lögfræðinga* 42 (1992), bls. 173-174. Sjá einnig umfjöllun í riti sama höfundar frá 2003.

18 Sjá grein Pórs Vilhjálmssonar þar sem hann reifar þessi sjónarmið í grein sinni „Fordæmi,” *Tímarit lögfræðinga* 42 (1992), bls. 169-171.

19 Sigurður Líndal, *Um lög og lögfræði*, bls. 288-290.

20 Sigurður Líndal, *Inngangur að lögfræði II. Réttarheimildir: fordæmi*, bls. 30.

dómsuppsaga tefst fram yfir fjórar vikur.<sup>21</sup> Eftir þessari reglu sem Hæstiréttur mótaði og kalla má átta vikna regluna hefur verið farið æ síðan.

Peir sem ritað hafa um fordæmi hafa bent á að fyrir kemur að dómstólar lýsi reglu með mjög almennum hætti.<sup>22</sup> Regla verður þannig til sem hluti af tilteknu réttarsviði, hvort sem lög gilda almennt um efnið eða ekki, og vísað er til fordæmisins. Dæmi um þetta er hrd. 2004, bls. 731 (323/2003), þar sem sagði:

Eins og greinir í héraðsdómi hefur áfrýjandi borið fyrir sig að brotinn hafi verið á honum andmælaréttur samkvæmt 13. gr. stjórnsýslulaga við málsméðferð stefnda. Áfrýjandi hefur í engu borið brigður á að þessa réttar hans hafi verið gætt við meðferð málsins fyrir áfrýjunarfnd samkeppnismála. Samkvæmt þessu og með vísan til dóms Hæstaréttar 30. október 2003 í máli nr. 37/2003 geta atriði, sem varða andmælarétt áfrýjanda á lægra stjórnsýslustigi, ekki varðað ógildingu úrskurðar áfrýjunarfndarinnar.

Í þessu tilviki er almenn regla leidd af fordæmi og hún orðuð beinlínis eins og lagabókstafur. Þarna er eins og byggt sé traustar undir fordæmið og reglan nær festu. Annað dæmi um það hvernig Hæstiréttur setur fram tiltekin viðmið um skýringu á lögum er hrd. 17. janúar 2006 í málinu nr. 538/2005, þar sem sagði: „Í dómafordænum Hæstaréttar kemur fram að ófrávíkjanlegt skilyrði þess að unnt sé að nýta sér réttarfarslagræði 1. mgr. 19. gr. laga nr. 91/1991 er að hver kröfuhafi geri sjálfstæða aðgreinda kröfu og varðar það frávísun máls af sjálfsdáðum sé þetta ekki gert, sbr. dóma réttarins 6. september 2005 í máli nr. 294/2005 og 21. október sama ár í máli nr. 439/2005.“ Það fer vel á að grípa þessar forsendur á lofti, því það var einmitt þessi túlkun á nefndri 19. gr. sem dómendur voru ekki sammála um þegar vandamálið snerist um aðild íslenska ríkisins í dómi réttarins frá 18. júní 2008.

Það hlýtur að koma upp öðru hvoru að lögfræðingar telja ekki fullt samræmi í dómaframkvæmd og líta þá svo á að fyrir hendi sé réttaróvissa. Dæmi um það eru úrlausnir dómstóla um það hvaða kröfur réttarfarslög gera til þess að unnt sé að krefjast einungis viðurkenningar á bótaskyldu. Þetta er klassískt vandamál. Er þá til skoðunar hversu ríkar kröfur verði að gera til reifunar máls og ekki síður hvaða sönnunarfærsla um ætlað tjón sé óhjákvæmileg, þótt bótakrefjandi telji ekki kleift að setja fram endanlega fjárkröfu og fullnægjandi gögn henni til stuðnings. Eru þá til skoðunar ákvæði 2. mgr. 25. gr. og 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991. Eru dæmi þess að viðurkenningarmálum af þessum toga hafi verið vísað frá en sum hafa talist tæk til efnismeðferðar. Ekki skal fullyrt að dómaframkvæmdin sé misvísandi þar sem tilvikin eru breytileg og einnig hagsmunir bótakrefjanda um að haga máli sínu á þann veg að krefjast einungis viðurkenningardóms. Í dómi Hæstaréttar frá 6. febrúar 2009 í málinu nr. 2/2009 er vísað til dómaframkvæmdar um þetta og rétturinn dregur saman tiltekin sjónarmið um þá reglu sem mótuð hafi verið með þessum orðum:

Á grundvelli heimildar í 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 leita sóknaraðilar með þessum kröfum dóms um viðurkenningu á skaðabótaskyldu varnaraðila án þess að staðreyni hafi

21 Sjá hrd. 1995, bls. 304.

22 Sjá t.d. Sigurður Líndal, *Um lög og lögfræði*, bls. 223 o.áfr.

verið hvert tjón þeirra kunni að geta talist. Samkvæmt dómaframkvæmd Hæstaréttar er mál um kröfu sem þessa tækt til efnisdóms ef afmarkað er nægilega hver þau atvik séu, sem geti leitt af sér kröfu um skaðabætur þeim til handa sem málið höfðar, og í hverju tjón hans geti verið fólgjöld, sbr. meðal annars dóm réttarins 17. nóvember 2005 í máli nr. 182/2005, sem birtur er í dómasafni þess árs á bls. 4506.

Hér eru rakin nýleg dæmi þess að fordæmi eru fest í sessi, Hæstiréttur dregur jafnvel saman hvað felst í dómaframkvæmd sem hugsanlega er vandskýrð á köflum. Þar kemur eflaust til sú viðleitni að auka samræmi í réttarframkvæmd og það er ein helsta röksemdir fyrir því að fylgja fordæmum.

Dæmi eru einnig um að Hæstiréttur hafi horfið frá fyrra fordæmi á einlægan og afgerandi hátt. Í domi Hæstaréttar frá árinu 2001 sagði: „Fyrri niðurstöður dómstóla um að áhættutaka, eins og hér er um fjallað, leiði til niðurfellingar bóta, hafa sem fyrr segir ekki byggst á lögfestri reglu heldur mólast af almennum viðhorfum og kenningum í skaðabótarétti og leitt til dómvenju, sem hefur verið talin bindandi. Þegar litið er til þess, sem að framan er rakið, þykja ekki efni til þess lengur að halda henni við.”<sup>23</sup> Þá má líka nefna dóma sem fallið hafa nýlega um fyrmingarákvæði 99. gr. umferðarlaga nr. 50/1987 þar sem deila má um hvort greinin sé skýrð á sama hátt í einstökum dómum.<sup>24</sup>

Prátt fyrir þetta er raunin sú að Hæstiréttur víkur alla jafna ekki frá fordæmum sínum þegar þau eiga við og að óbreyttum lögum. Hæstiréttur vísar sjálfur oft til dóma sinna þegar lýst er þeirri réttarreglu sem viðkomandi mál veltur á. Tæplega er um það deilt að lögfræðingar meta fordæmi Hæstaréttar sem veigamikla réttarheimild, bæði í rannsóknum sínum, álitsgerðum, ráðgjöf, margs konar ákvörðunum og málflutningi. Þessa trú á fordæmi sem réttarheimild endurspeglar Hæstiréttur sjálfur á ýmsan hátt. Um þetta má nefna fjölmörg dæmi, en tiltaka mætti nokkra dóma til að sýna hvaða orðalag kemur við sögu og hver efnistökin eru þegar rétturinn fjallar um fordæmi sín. Minnt skal á að hér er ekki um neina tæmandi útlistun að ræða heldur valdir dómar þar sem orðalagið er dæmigert. Og einnig verður að hafa í huga hin hefðbundu sjónarmið um mat á fordæmisgildi, aldur dómsins, hvort fordæmin eru mörg á sömu lund, orðalag í domi, fjolda dómara, á hvaða sviði sakarefnið er, hvort greitt var sératkvæði o.s.frv.<sup>25</sup>

Taka má dæmi þar sem Hæstiréttur kveður fast að orði. Í domi réttarins frá 2001 á bls. 4341 í dómasafni (197/2001) var til úrlausnar hvernig færí með rétt sjómanns til launa í uppsagnarfresti. Í domi Hæstaréttar sagði:

Við flutning málsins fyrir Hæstarétti hefur áfrýjandi einkum vísað til dóms réttarins 29. mars 2001 í máli nr. 326/2000 til stuðnings því að hann eigi rétt á aflahlut í uppsagnarfresti og þurfi ekki að sætta sig við að greiðsla kauptryggingar feli í sér fullnaðaruppgjör

23 Sjá hrd. 21. október 2001 í málinu nr. 129/2001.

24 Sjá um það nýlegan dóm Hæstaréttar frá 2. apríl 2009 í málinu nr. 418/2008, en þar er vísað til þriggja annarra dóma. Þeim til viðbótar má nefna hrd. 6. mars 2008 í málinu nr. 353/2007 og hrd. 13. nóvember 2008 í málinu nr. 77/2008.

25 Sigurður Líndal, *Inngangur að lögfræði II. Réttarheimildir: fordæmi*, bls. 58-64.

af hálfu stefnda. Ekkert er fram komið um að skipið hefði að óbreyttu ekki verið gert út á því tímabili, sem krafa áfrýjanda tekur til, og óumdeilt er að hann var ráðinn þar upp á aflahlut. Skipinu var lagt og það síðan selt, en af því leiddi að áfrýjandi fékk ekki lengur greiddan hlut af afla skipsins, enda ekki lengur um hann að ræða. Er fallist á með áfrýjanda að áðurnefndur dómur Hæstaréttar feli í sér fordæmi, sem hér beri að líta til, og leiðir til þeirrar niðurstöðu að áfrýjandi telst eiga rétt á aflahlut í uppsagnarfresti sínum.

Í hrd. 2002, bls. 4277 (319/2002) var einnig deilt um hver laun skyldi greiða sjómanni í uppsagnarfresti og varð að túlka ákvæði kjarasamnings þar að lútandi. Hæstiréttur sagði í forsendum sínum:

Framangreind ákvæði kjarasamningsins taka eingöngu til þess, þegar dráttur verður á því, að skipið fari í næstu veiðiferð en ekki til þess að útgerð skips til fiskveiða sé hætt. Í kjarasamningnum eru engin ákvæði um hvernig með launagreiðslur skuli fara, þegar þannig stendur á. Er fallist á með heraðsdómi, að dómur Hæstaréttar í máli nr. 326/2000 hafi fordæmisgildi í þessu máli.

Hér var vísað í sama fordæmið. Orðalagið má í báðum tilvikum túlka svo að við úrlausn málsins hafi verið óhjákvæmilegt að reisa niðurstöðu málsins á því fordæmi réttarins sem vísað var til.<sup>26</sup>

Um skýringu á tilteknu lagaskilyrði þar sem vísað er til fordæmis má nefna hrd. 9. júní 2005 í málinu nr. 72/2005, þar sem sagði: „Að virtum dómi Hæstaréttar 20. nóvember 2003 í máli nr. 333/2003 verður að telja það skilyrði fyrir upptöku á jafnvirði ávinnings af broti að sýnt sé fram á að fjármunir til upptöku séu fyrir hendi. Verður því ekki hjá því komist að sýkna ákærðu af kröfum ákærvalds um upptöku.“ Nefna má að þetta er einn fárra dóma í seinni tíð þar sem Hæstiréttur notar orðið *fordæmi* sem lykilordi í dómасafni.

Þegar fordæmi eru ítrekuð kemur fyrir að Hæstiréttur nefnir það sérstaklega til áréttингar. Í dómi frá 10. desember 2007 í málinu nr. 626/2007 kvað við þennan tón: „Samkvæmt áðurnefndri beiðni um fjárnám 3. apríl 2006 var höfuðstóll kröfunnar, sem leitað var fullnustu á, 17.923 danskar krónur. Skilyrði um áfrýjunarfjárhæð í 1. mgr. og 2. mgr. 152. gr. laga nr. 91/1991 verður beitt um kæru sem þessa, sbr. 4. mgr. 150. gr. laganna og 3. mgr. 95. gr. laga nr. 90/1989, svo sem ítrekað hefur verið í dómavirkvæmd Hæstaréttar eftir að dómur gekk, sem birtur er í dómасafni réttarins 1994, bls. 1101. Krafan, sem mál þetta varðar, nær ekki áfrýjunarfjárhæð samkvæmt fyrstnefnda lagaákvæðinu.“

Í raun má finna alls kyns orðalag í dóum þar sem fordæmum er beitt. Er stundum sagt að líta beri til fordæmis eins og dæmi var tekið um, dómur hafi fordæmisgildi, eða að vísað er í tiltekinn dóm „til hliðsjónar“, sbr. t.d. hrd. 20. desember 2007 í málinu 185/2007. Einnig sést orðalag þar sem sagt er að tiltekið ákvæði laga hafi verið skýrt á tiltekinn veg með hæstaréttardómi, einum eða fleirum (sjá t.d. hrd. 4. júní 2003 í málinu nr. 215/2003). Jafnvel lætur Hæstiréttur við það sitja að lýst er í stuttu máli réttarreglunni sem beitt er og síðan er vísað í dóminn með því að skamm-

26 Sjá einnig hrd. 29. nóvember 2001 í málunum nr. 198 og 214/2001.

stafa orðið samanber á undan. Dæmin eru mörg en til þess eins að hafa ekki sleppt því skal hér vísað til hrd. 9. febrúar 2009 í málínu nr. 47/2009. Þegar svo háttar til virkar orðalagið eins og að ekki sé um að villast að viðkomandi fordæmi eigi við. Og stundum er af nógu að taka og hnýtt er við orðið sbr. orðin *til dæmis* (sjá hrd. 11. október 2007 í málínu nr. 61/2007).

Stefnumarkandi dómar hafa einnig verið nefndir oft í málum sem risið hafa á tilteknu lagasviði, eins og oft hefur komið fram í málum er varða mörk þjóðlendu og eignarlanda. Í mörgum þeirra hefur t.d. dómur Hæstaréttar frá 21. október 2004 í málínu nr. 48/2004 (hrd. 2004, bls. 3796) ítrekað verið nefndur og lagaatriði sem þar reyndi á reifuð.

Þess eru dæmi að Hæstiréttur taki afstöðu til þess hvaða fordæmi er rétt að leggja til grundvallar af fleirum, sbr. hrd. 2003, bls. 4202 (217/2003):

Mál hafa áður verið borin undir dómstóla, þar sem ágreiningur reis milli kaupanda og seljanda fiskiskips um það hvorum veiðireynsla skipsins tilheyrði þegar takmarkanir voru settar á veiði á fisktegundum, sem áður mátti veiða án takmarkana, og ekki var kveðið á um það í samningi aðila. Þeir dómar Hæstaréttar, sem einkum koma til álita sem fordæmi í þessu sambandi, eru dómur 1996, bls. 126 í dómasafni réttarins það ár, dómur 1998, bls. 799 og dómur 21. júní 2001 í málí nr. 40/2001. Í fyrstnefnnda dóminum var skorið úr ágreiningi um það hvorum samningsaðila veiðireynsla í skarkolaveiðum tilheyrði, en til viðmiðunar um rétt til aflamarks og aflahlutdeilda í þessum veiðum var tekið tímabil meðan seljandi átti skipið. Varð niðurstaða málsins sú að seljandi ætti þennan rétt og hafi kaupanda borið að efna kaupsamninginn með því að framselja viðsemjanda sínum aflahlutdeild í skarkola, þegar kaupandinn fékk henni úthlutað eftir eigendaskiptin á skipinu. Aðstaðan í því málí, sem hér er til úrlausnar, er í meginatriðum sambærileg þeirri, sem var í áðurnefndu málí. Verður ekki komist hjá að fallast á með gagnáfrýjanda að líta beri til þessa dóms sem fordæmis við úrlausn um ágreining málsaðila nú. Verður samkvæmt því fallist á að gagnáfrýjandi hafi átt rétt á að fá í sinn hlut aflamark og aflahlutdeild, sem ágreiningur málsaðila snýst um. Aðaláfrýjandi kom í veg fyrir að gagnáfrýjandi gæti nýtt sér umrædd réttindi og er því skylt að svara gagnáfrýjanda skaðabótum vegna tjóns, sem hann varð fyrir af þeim sökum. Hinir dómarnir tveir, sem að framan var getið, breyta ekki þessari niðurstöðu, enda atvik þar ólík um mikilvæg atriði. Í málínu frá 1998 var deilt um veiðireynslu á steinbít, en gagngert var tekið fram í reglugerð um takmarkanir á heildarafla á þeirri fisktegund að hafi veiðileyfi verið flutt milli skipa fylgdi aflareynslan veiðileyfinu. Ekki var hins vegar kveðið á um þetta í reglugerð nr. 631/2001 varðandi takmörkun á heildarafla keilu, löngu og skötusels. Í málínu frá 2001 laut ágreiningurinn að veiðireynslu á úthafskarfa og þorski utan íslensku efnahagslögsögunnar. Var tekið fram í dómi Hæstaréttar að um væri að ræða veiðar utan íslensku lögsögunnar, þær hafi verið öllum frjálsar og ekki lotið heildarstjórnun stjórnavalda fyrr en um þremur árum eftir sölu umrædds skips og að seljandinn hafi átt skip, sem engan veiðirétt átti í íslensku lögsögunni. Gætu eldri dómar því ekki haft fordæmisgildi í því málí.

Um álagningu skatta og gjalda hefur Hæstiréttur vísað í fyrri fordæmi og metið hvort álagning gjalds, þótt hún væri með öðrum hundraðshluta og á öðrum tíma, stæðist eftir fyrri fordæmum. Bregða varð þá mælistiku þeirra á hið nýja sakarefni, sbr. hrd. 2000, bls. 2008 (501/1999):

Með domi Hæstaréttar 19. desember 1996 í máli þatabús S. Óskarssonar & Co. hf. gegn íslenska ríkinu, H.1996.4260, var komist að þeirri niðurstöðu, að álagning 190% og 120% jöfnunargjalds, sem ákveðið var í reglugerð nr. 223/1987, eins og henni var breytt með reglugerðum nr. 109/1988 og nr. 335/1989, hefði verið ólögmæt.

Í máli þessu reynir enn fremur á álagningu 90% jöfnunargjalds á sömu vörur samkvæmt reglugerð nr. 468/1993, sem byggð var á fyrrgreindu ákvæði laga nr. 99/1993. Um hana var fjallað í tveimur dómum Hæstaréttar 16. mars 2000, annars vegar í máli nr. 329/1999, Ástríður Hauksdóttir o.fl. gegn íslenska ríkinu og gagnsök, og hins vegar í máli nr. 359/1999, Dreifing ehf. gegn íslenska ríkinu. Varð niðurstaðan þar einnig á þann veg, að sú álagning hefði verið ólögmæt.

Með vísan til þessara dóma verður litið svo á, að sú álagning jöfnunargjalds á innflutning áfrýjanda og Garra ehf., sem endurgreiðslukröfur áfrýjanda lúta nú að, hafi verið ólögmæt.

Hér er augljóst að leitast er við að tryggja samræmi í dómum. Þegar sakarefni og raunar lögskýring er háð mati sýnast dómstólar einnig fara þessa leið, eins og sést af hrd. 2000, bls. 3986 og 3995 (159 og 160/2000):

Á þeim tíma, er áfrýjandi greiddi hið umdeilda lyfjaeftirlitsgjald, voru lög nr. 14/1905 um fyrning skulda og annarra kröfuréttinda talin ná til endurkrafna ofgreiddra gjalda í opinbera sjóði, en nú gilda um þetta efni lög nr. 29/1995 um endurgreiðslu oftekinna skatta og gjalda, sem öðluðust gildi 1. janúar 1996. Fyrningarfrestur samkvæmt þessum síðargreindu lögum er fjögur ár, og er í greinargerð með lögunum miðað við, að hann sé óbreyttur frá því, sem áður gilti. Rétt er að miða fyrningartíma hér við fjögur ár samkvæmt 5. tl. 3. gr. fyrningarlaga, sbr. og dóm Hæstaréttar 10. desember 1998, H.1998.4180.

Eins og nefnt var eru dómstólar ekki líklegir til að víkja frá fordæmum. Þeir virðast alla jafna fremur telja sig bundna af þeim þrátt fyrir að fram komi ný lagarök eða a.m.k. einhver blæbrigðamunur á því hvaða réttarheimildir eru bornar fram til stuðnings í nýju máli um hliðstæð atvik. Í einum þeirra dóma sem vörðuðu ákvæði skaðabótalaga nr. 50/1993 gagnvart stjórnarskrá (hrd. 2004, bls. 323 (283/2003)) voru svofelldar forsendur:

Með domi Hæstaréttar í máli nr. 127/2002 var skorið úr ágreiningi um uppgjör bóta fyrir missi framfæranda vegna banaslyss, sem varð eftir gildistöku laga nr. 37/1999. Verður ekki hjá því komist að fallast á með áfrýjanda að dómurinn sé skýrt fordæmi um að þær greiðslur úr almannatryggingum og 40% örorkulífeyris, sem áður hefur verið getið um, skuli koma til frádráttar við uppgjör bóta fyrir missi framfæranda. Verður samkvæmt því fallist á sýknukröfu áfrýjanda og fær tilvísun stefndu til 72. gr. og 65. gr. stjórnarskráinnar ekki breytt þeirri niðurstöðu. Er þá litið til þess að með gildistöku skaðabótalaga var verulega breytt reglum um bætur fyrir missi framfæranda, svo sem ítarlega var skýrt í athugasemdum, sem fylgdu frumvarpi til laganna. Samkvæmt því voru ákvæði um dánarbætur í aðalatriðum staðlaðar og um leið einfaldaðar að mun í samanburði við eldri reglur. Þáttur í stöðlun bótanna var að þær skyldu ekki nema lægri fjárhæð en 3.000.000 krónum og jafnframt litið framhjá því hvort tjónþoli í einstökum tilvikum væri sjálfur fær um að afla vinnutekna, hvort hann gerði það í raun og hve háður hann hafi annars verið framfærslu af hálfu hins látna. Hefur áður verið hafnað í nokkrum dómum Hæstaréttar að með setningu skaðabótalaga hafi verið brotið í bága við vernd aflahæfis manna samkvæmt stjórnarskrá á þeim grundvelli að löginn tryggi ekki fullar bætur, sbr. til dæmis dóm réttarins í máli nr. 311/1997 í dómاسafni 1998, bls. 1976.

Þetta horfir öðru vísi við ef bornar eru fram annars konar málsástæður. Með öðrum orðum má segja að fordæmisgildi dóms sé sterkt þegar um hliðstæð atvik er að ræða og að því marki sem byggt er á sömu málsástæðum. Þetta sjónarmið hefur komið skýrt fram í dónum, sbr. hrd. 2005, bls. 5217 (315/2005):

Svo sem getið er í héraðsdómi féll í Hæstarétti 17. desember 1998 dómur í máli nr.

166/1998: Gunnar Pétursson gegn íslenska ríkinu, sem birtur er á blaðsíðu 4406 í dóm-safni það ár. Áfrýjandinn í því máli krafðist þess að felld yrði úr gildi álagning iðnlána-sjóðsgjalds og iðnaðarmálagjalds á árunum 1995 og 1996. Málatilbúnaður áfrýjandans var reistur á málsástæðum, sem að verulegu leyti eru þær sömu og málsástæður áfrýjanda þessa máls. Er fallist á með stefnda að líta verði til þess dóms sem fordæmis í því máli, sem hér er til úrlausnar, að því marki sem leyst var úr málsástæðum í eldra málinu sem einnig er teft fram nú til stuðnings kröfu áfrýjanda.

Í dóminum frá 2004 sem nefndur var um ákvæði skaðabótalaga gagnvart stjórnarskrá sést að lögð var áhersla á að Hæstiréttur hefði fyrr skorið úr um hliðstætt sakarefni. Auðfundin eru dæmi um að Hæstiréttur sé líklegur til að halda fast við nýleg for-dæmi sem lúta að túlkun stjórnarskrárákvæða. Þetta má t.d. sjá af hrd. 2000, bls. 3239 (178/2000), en þar sagði:

Í domi Hæstaréttar 23. mars 2000 í málinu nr. 340/1999 var dæmt um kröfur sjóðfélaga stefnda, sem hóf töku örorkulífeyris á árinu 1995 eins og áfrýjandi. Krafðist hann örorku-lífeyris úr hendi stefnda á grundvelli laga nr. 49/1974 með síðari breytingum. Hélt hann því fram að fyrnefnd reglugerð sjóðsins frá 1994 hefði ekki verið gild heimild til skerð-ingar örorkulífeyris þess, sem hann hefði átt rétt á samkvæmt áðurgreindum lögum. Í niðurstöðu Hæstaréttar segir að heimild löggjafans til að skerða virk lífeyrisréttindi sé mun þrengri en þegar um sé að ræða réttindi, sem einungis séu væntanleg, þegar skerð-ingin öðlast gildi. Er þar og vísað til fjárhags stefnda, þegar hinum breyttu reglur voru settar, en greiðsluþrot hafi verið óumflýjanlegt að öllu óbreyttu. Var talið að skerðing allra óvirkra lífeyrisréttinda sjóðfélaga, svo sem hún birtist í fyrrgreindri reglugerð, hafi verið reist á almennum grundvelli og jafnræðis milli sjóðfélaga hafi nægjanlega verið gætt. Reglur þessar hafi verið samþykktar af samtökum sjómanna og vinnuveitenda þeirra. Var talið að sú skerðing lífeyrisréttinda, sem í reglunum fólst, hafi verið innan þeirra marka, sem 67. gr. stjórnarskráinnar nr. 33/1944, nú 72. gr. hennar, setur því að unnt sé að skerða eignarréttindi manna án þess að bætur komi fyrir. Með lögum nr. 45/1999 hefðu verið settar nýjar reglur um lífeyrisrétt sjóðfélaga stefnda. Fær um lífeyris-rétt viðkomandi sjóðfélaga samkvæmt þeim eftir 1. júlí 1999, en engum haldbærum rökum hefði verið skotið undir þá kröfu að réttur hans frá þeim tíma skyldi ráðast af lögum nr. 49/1974. Var stefndi sýknaður af kröfum sjóðfélagans.

Kröfur áfrýjanda í þessu máli lúta að sömu efnisatriðum og um var deilt í framan-greindu máli. Þegar litið er til þess fordæmis, sem felst í niðurstöðu Hæstaréttar í því, þykir verða að staðfesta hinn áfrýjaða dóm.

Við þessa stuttu könnun á því hvaða orð eða sjónarmið Hæstiréttur notar um gildi fordæma má hnýta við að til kasta Hæstaréttar kom eitt skiptið mál þar sem á meðal annars var deilt um hvernig ætti að skýra einn tiltekinn dóm. Lögum hafði verið breytt og lágu ljós fyrir, ákvæðum stjórnarskrár hafði verið beitt. Eftir stóð að fá dóm Hæstaréttar um það hvort lögin í þessu tilviki væru enn í uppnámi miðað við fyrri

dóm. Hér er vitaskuld átt við hrd. 2003, bls. 3411 (549/2002) sem kallað hefur verið öryrkjamálið hið síðara. Segja má að sakarefni þess máls hafi að stórum hluta snúist um að skýra dóm.

Réttarheimildin fordæmi er tíðum rannsökuð ítarlega. Eins og fyrr segir er sjónum þá beint að því hvaða gildi fordæmið hefur t.d. vegna aldurs þess, hvernig mál eru lögð fyrir réttinn, hve margir dæma og hvort ágreiningur hafi orðið með dómandum.<sup>27</sup> Þessi atriði hafa vitaskuld verið brotin til mergjar á skipulagðan hátt í nýlegum ritum og fjallað um hvernig Hæstiréttur metur fordæmi.<sup>28</sup> Tilgangurinn með samantektinni að framan var fremur sá að taka dæmi um hvort ráða mætti af orðalagi í forsendum dóma að Hæstiréttur telji fordæmi í reynd bindandi réttarheimild og skoðaðir eru nokkrir nýlegir dómar. Niðurstaðan af þessari könnun með dænum kemur ekki á óvart. Hæstiréttur virðist líta á fordæmi sem mjög þýðingarmikla heimild og að oftast nær sé óhjákvæmilegt að leggja hana til grundvallar, ef atvik eru hliðstæð, málið lagt fyrir með sama hætti og heimildir æðri fordæminu hafi ekki tekið breytingum. Þetta kemur vitaskuld einnig fram þegar sérstaklega er tekið fram að tiltekið fordæmi eigi ekki við, eins og dæmi eru um. Hvort heldur leit að dónum er handahófskennd eða kerfisbundin kemur í ljós sterk viðleitni æðsta dómsstólsins að fylgja fordænum. Mest gildi hafa þannig nýleg fordæmi og ólíklegt er að dómsstólar hörfi frá þeim.<sup>29</sup> Þá sjást dæmi um að Hæstiréttur leitast einnig við að skýra nánar dómaframkvæmd sína, dregur saman hvers efnis fordæmisreglan er.

#### 4. Dómari í hæstaréttarmáli skilar sératkvæði

Þessum fræðum til mikillar örvinar eru sjónarmið um gildi fordæma þegar Hæstiréttur klofnar sem kallað er, einn eða fleiri dómandur skila sératkvæði, enda gera lögin ráð fyrir þeim möguleika, sbr. 165. gr. laga nr. 91/1991. Við könnun á gildi fordæma með tilliti til sératkvæða þarf þó að rýna vel í hvers eðlis það er og hvernig dómurinn klofnaði.<sup>30</sup>

Oftar en ekki er aðeins einn dómari í minnihluta og skilar sératkvæði. Með því verður framlag dómarans af eðlilegum ástæðum persónulegra því það er við hann kennt með nafni. Hann er ekki lengur hópsál. Efnistökin og framsetningin getur því vikið frá íslensku hefðinni en samkvæmt henni er ekki kostur á að hengja forsendur og orðalag þeirra á einn frekar en annan í fjölskipuðum dómi. Sama er um hin fjölskipuðu stjórnvöld. Dómari, sem skilar atkvæði í minnihluta og er þar ósammála niðurstöðu meirihlutans um það úrlausnaratriði sem hefur grundvallarþýðingu, er

27 Sjá Sigurður Líndal, *Um lög og lögfræði*, bls. 280-286.

28 Sjá Sigurður Líndal, *Um lög og lögfræði*, bls. 221-231 og bls. 246-273 þar sem höfundur rekur dæmi um hvernig Hæstiréttur beitir fordænum, hvernig almennar reglur eru leiddar af dónum, hvernig dómar verða fyrirmyn dir annarra dóma, hvenær fordænum hefur verið hafnað eða þegar vikið er frá þeim. Sjá einnig í riti Jóns Steinars Gunnlaugssonar, *Um fordæmi og valdmörk dómsstóla*, einkum umfjöllun í 4. og 6. kafla bókarinnar.

29 Þetta er niðurstaða Sigurðar Líndal í könnun hans í ritinu *Um lög og lögfræði*, sjá bls. 283.

30 Sigurður Líndal, *Inngangur að lögfræði II. Réttarheimildir: fordæmi*, bls. 63.

við samningu þess og framlag meðvitaður um að hann leggur ekki það til málanna sem binda mun aðila í einkamáli. Sá sem er á öndverðum meiði við meirihlutann um refsinaðma háttsemi og viðurlög hvorki sakfellir né dæmir refsingu – og hann sýknar ekki ákærða heldur. Niðurstaða meirihlutans stendur.

Eins og fyrr var vikið að má spyrja hvort dómarí í hæstaréttarmáli, sem skilar sératkvæði, hljóti ekki að hallast á sveif með meirihlutanum og fylgja fordæmi þegar síðar er dæmt og fordæmið er talið eiga við. Um þetta er meðal annars fjallað í grein Jóns Steinars Gunnlaugssonar frá árinu 1992 og áðurnefndu riti hans frá 2003. Nefnir hann nokkra dóma um efnið. Þar koma fyrst við sögu hrd. 1987, bls. 362 og hrd. 1987, bls. 373, sem kveðnir voru upp sama dag. Í hinum síðarnefnda voru tveir dómendur sem létu þess getið að þeir teldu sig bundna af fyrri úrlausninni um tiltekið atriði, þar sem þeir voru í minnihluta. Annar lét þessa getið í forsendum meirihluta þar sem hann skipaði sér, en hinn í sératkvæði þar sem það tók til annarra atriða.<sup>31</sup> Í marsmánuði 1991 voru kveðnir upp af Hæstarétti allmargir dómar í hliðstæðum málum þar sem til úrlausnar var sakarefni um lögmæti gatnagerðargjalda. Í hrd. 1991, bls. 615 var G gert að greiða umkrafin gatnagerðargjöld, en var sýknaður af kröfunum í héraði. Tveir dómarar Hæstaréttar skiliðu sératkvæði. Annar vildi staðfesta hinn áfrýjaða dóm. Hinn var sammála niðurstöðu meirihlutans, en með öðrum rökstuðningi þó. Pennan dag voru kveðnir upp dómar í 14 öðrum hliðstæðum málum. Vísað var til hins fyrstnefnda um forsendur en sératkvæði dómaranna tveggja voru eðlisólík. Sá sem vildi staðfesta héraðsdóminn skilaði sératkvæði sama efnis. Hinn ítrekaði sératkvæði sitt einnig. Í þessu tilviki voru forsendur meirihluta Hæstaréttar settar fram í fyrsta málinu og svo vísaði sami meirihlutinn til þeirra í þeim sem á eftir komu. Ástæða þess að dómararnir tveir ítrekuðu sératkvæði sín kann að vera sú að dómararnir allir voru kveðnir upp sama dag. Það breytir því þó ekki að hugsanlega hefði verið eðlilegt að þeir fylgdu meirihlutanum í þeim málum sem á eftir komu. Tilvik sem þessi eru ekki óþekkt. Nefna má dóma er gengu í Hæstarétti 11. mars 1999 en þar var úrlausnarefnið hvort greiða ætti fyrrum starfsmönnum Áburðarverksmiðju ríkisins biðlaun. Sömu dómarar greiddu sératkvæði sama efnis í fleiru en einu máli um hliðstæð sakarefni.

#### **4.1. Sératkvæði hefur áhrif á löggjafann**

Fordæmi hafa orðið til þess að löggjafinn breytti settum lögum. En sératkvæði í dónum hafa einnig haft þau áhrif. Um hið fyrrnefnda eru allmörg dæmi, fordæmi leiða til lagabreytinga og þar má nefna réttarfarsbyltinguna á níunda og tíunda áratug síðustu aldar stig af stigi. Einnig má tína til lög nr. 1/1999 um breytingu á lögum um stjórn fiskveiða, sem leiða beinlínis af hrd. 1998, bls. 4076 (veiðileyfamál).<sup>32</sup> Sama

31 Jón Steinar Gunnlaugsson, *Fordæmisgildi hæstaréttardóma*, bls. 172-173; sami höfundur, *Um fordæmi og valdmörk dómstóla*, bls. 27 o.áfr.

32 Alþingistíðindi, 1998-1999 A, þskj. nr. 443, sjá almennar athugasemdir í frumvarpi til breytinga á lögum um stjórn fiskveiða.

er að segja um breytingu á lögum um almannatryggingar sem beina afleiðingu af hrd. 2000, bls. 4480 (öryrkjamál fyrra).

Sératkvæði með dómi Hæstaréttar hefur haft áhrif á löggjafann með skýrum hætti. Eitt sinn reyndi á hvort ríkið bæri bótaábyrgð ef ekki hefði verið staðið rétti-lega að lögskráningu sjómanns með þeim afleiðingum að lögboðin líf- og slystrygging reyndist ekki vera fyrir hendi. Fél dómur í Hæstarétti í nóvember 1978 (hrd. 1978, bls. 1186) þar sem niðurstaðan varð sú að bótaábyrgðin væri útgerðar-manns, en ekki ríkissjóðs. Lögunum sem þá giltu um lögskráningu sjómannna nr. 63/1961 var breytt og varaábyrgð ríkissjóðs gerð virk.<sup>33</sup> Í athugasemendum sem fylgdu frumvarpi að breytingalögnum var vísað til niðurstöðu dóms Hæstaréttar og að beðið hefði verið eftir henni. Sérstaklega var þó getið um afstöðu minnihlutaatkvæða tveggja hæstaréttardómara og forsendur þeirra tekna sérstaklega upp í athuga-semendum með frumvarpinu.<sup>34</sup> Óhætt er því að segja að sératkvæðið hafði mikil áhrif á þá lagabreytingu sem gerð var. Hvort einhuga niðurstaða Hæstaréttar um að hafna bótaskyldu ríkissjóðs við þessar aðstæður hefði haft sömu áhrif skal ósagt látið en röksemdir minnihlutans urðu ríkur og afgerandi þáttur við lagasetningu. Forsendur í sératkvæði urðu beinlínis að lögskýringargagni. Láti löggjafinn til sín taka að setja sérstakar reglur um hvernig beri að haga aðild ríkisins til varnar vegna stjórnvalds-ákvarðana, verður fróðlegt að sjá hvaða sjónarmið úr dóminum frá 18. júní 2008 verða ofan á. Rétt er að líta á nýleg tilvik þar sem greidd hafa verið sératkvæði og tekist var á um dómvenju eða fordæmi.

## 4.2. Ágreiningur um fordæmi í sératkvæði dómara

Til eru dæmi um að hæstaréttardómari skili sératkvæði í máli þar sem hann lýsir sig í raun ósammála því fordæmi sem hann telur sér þó skylt að fylgja. Fyrr er getið dóma þar sem tekist hefur verið á um mörk eignarlanda og þjóðlendna. Hæstiréttur hafði lagt grunninn að ýmsum grundvallarviðhorfum um sönnun eignarréttar, sönnunar-byrði og gildi margs konar gerninga eða heimilda um landsvæði. Ekki síður lagði Hæstiréttur grunn að því hvernig túlka bæri ákvæði laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afréttu, sérstaklega um það hvort löginn horfðu til breytinga á reglum um sönnun eignarréttar. Gengu fyrstu dómar Hæstaréttar í svonefndum þjóðlendumálum í októbermánuði 2004 og allmargir árin á eftir, allt þar til sératkvæði eins dómara birtist þann 4. október 2007 í málinu nr. 27/2007. Þar sagði meðal annars:

Fyrsti úrskurður óbyggðanefndar féll 21. mars 2002. Síðan hafa allmargir úrskurðir hennar gengið og dómsmál risið um gildi þeirra. Mál þetta var endurupptekið hjá óbyggðanefnd 8. nóvember 2004 og fengu þá lögmenn aðila að tjá sig um fyrstu dóma Hæstaréttar í þjóðlendumálum. Í fyrstu tveimur málum Hæstaréttar af þessu tagi sátu sjö dómrarar, en í 1. mgr. 7. gr. dómstólalaga nr. 15/1998 er heimild til að hafa þann háttinn á

33 Lög nr. 24/1980 um breytingu á lögum nr. 63/1961 um lögskráningu sjómannna.

34 Alþingistíðindi, 1979-1980 A, þskj. nr. 169, bls. 809-810.

þegar um sérlega mikilvæg mál er að ræða, sjá dóma Hæstaréttar í málunum nr. 47/2004 og nr. 48/2004, sem kveðnir voru upp 21. október 2004. Í þessum dómum og síðari dómum réttarins, þar sem fimm dómarar hafa jafnan skipað dóm, hafa verið lagðar meginlinur við skýringu á helstu atriðum laganna, og einnig meðal annars um þýðingu einstakra tegunda skjala, staðhátta og nýtingar á landi. Þá hafa verið skýrð ýmis eignarréttarhugtök og markaðar sönnunarreglur, en þessi atriði eru til meðferðar í því máli sem nú er til endurskoðunar. Óbyggðanefnd á enn eftir að taka til meðferðar stór svæði Íslands. Hún hefur á grundvelli dóma Hæstaréttar gefið út „almennar niðurstöður“ sínar sem hún lítur til við úrlausn einstakra mála. Þá hafa héraðsdómarar vísað til efnisúrlausna Hæstaréttar við rökstuðning fyrir niðurstöðum sínum, líkt og héraðsdómari gerir í því máli sem hér er til úrlausnar. Auk þess hefur rétturinn sjálfur oft vísað til fordæma sinna um einstök atriði, sbr. til dæmis að taka mál nr. 498/2005 og stundum einnig vísað til samræmissjónarmiða þannig að eignastaða tiltekins landsvæðis miðast við eignastöðu aðliggjandi svæðis, sbr. til dæmis mál nr. 48/2004.

Ég tel að í fyrrnefndum dómum Hæstaréttar hafi rétturinn á ýmsan hátt gert strangari kröfur til sönnunarfærslu um eignarréttindi að fasteignum en rétt hefði verið að gera og finna má einnig eldri fordæmi fyrir að áður hafi verið gert. Fordæmi Hæstaréttar er ekki bindandi réttarheimild þótt litið verði til fordæmis við úrlausn máls. Gildi fordæmis felst fyrst og fremst í því að í fordæminu kemur fram hvernig komist var að niðurstöðu í sambærilegu tilviki á grundvelli skráðra eða óskráðra réttarheimilda. Hins vegar verður ekki hjá því komist að líta til þess að fordæmi Hæstaréttar í þessum málaflokki hafa verið ítrekuð það oft í síðari dómum að telja má að dómvenja hafi skapast. Þá felast í jafnræðisreglu 1. mgr. 65. gr. stjórnarskráinnar kröfur um samræmingu í lagaframkvæmd, en tilgangur laga nr. 58/1998 er eins og áður segir einmitt samræming á eignarréttarlegri stöðu einstakra svæða landsins. Að þessu virtu tel ég að ekki verði hjá því komist að líta til dóma Hæstaréttar um þau meginatriði sem leggja ber til grundvallar þegar ákveðin eru mörk þjóðlendu og koma við sögu í þessu máli. Af þessum sökum er ég samþykkur niðurstöðu meirihluta dómenda um sýknu stefnda, íslenska ríkisins á kröfum áfrýjenda Guðjóns Stefáns Guðbergssonar og Sigríðar Hjartardóttur.

Bent hefur verið á að þegar dómari kýs að fylgja fordæmi, geri hann það vegna þess að hann telur sig bundinn af þeirri reglu sem dómkóðinn hefur mótað og felst í fordæminu. Breytir þá ekki öllu þótt hann sé í reynd annarrar skoðunar.<sup>35</sup> Sératkvæði geta verið margbrotin en einfaldast er að skipta þeim í tvennt. Annars vegar er við-komandi dómari eða dómarar ósammála meirihlutanum eða að hann eða þeir eru sammála meirihlutanum en með öðrum rökstuðningi. Hvort tveggja getur átt við um úrlausnina í heild sinni eða að hluta. Sératkvæðið hér að framan hrindir í raun þessari tilraun til að skipta sératkvæðum í tvennt með svo einföldum hætti sem reynt var. Dómarinn er í raun sammála meirihlutanum og þegar upp er staðið einnig á sömu forsendum. Hann segir fordæmi ekki bindandi réttarheimild en það skuli vera til hliðsjónar. Sératkvæðið er greitt með trega en huggunar leitað í jafnræðisreglu 1. mgr. 65. gr. stjórnarskráinnar. Spryja má hvaða tilgangi þessi skoðun í sératkvæðinu þjónaði fyrir sakarefni málsins? Var hugljómunin e.t.v. sú að kenningin um fordæm-isgildi dóma ætti sér sömu rætur og jafnræðisreglur? Dómarinn hefði einfaldlega getað dæmt með meirihlutanum við svo búið eða gert einfalda athugasemd.

35 Sigurður Líndal, *Inngangur að lögfræði II. Réttarheimildir: fordæmi*, bls. 219.

Athugasemdir einstakra dómara í forsendum eru þekktar án þess að um eiginlegt sératkvæði sé að ræða.

Nefna má annað sératkvæði í hæstaréttarmáli þar sem tveir dómendur fjölluðu um fordæmi á þann hátt að athygli hlýtur að vekja. Vonandi er ekki slitið úr samhengi þótt aðeins sé tekin upp eftirfarandi tilvitnun í það (sjá hrd. 10. desember 2007 í málínu nr. 634/2007):

Hvorugur þessara dóma hefur að okkar mati fordæmisgildi um þá lögskýringu sem hér er til meðferðar, þar sem í forsendum þeirra er ekkert að henni vikið, enda hafði þetta álitaefni ekki verið nefnt af hálfu þeirra manna sem borið höfðu framsalsúrskurði dómsmálaráðherra undir dóm í þeim tilvikum. Teljum við að ekki komi til greina að hæstaréttardómur teljist hafa fordæmisgildi um atriði sem ekki eru borin upp við meðferð máls og koma af þeirri ástæðu ekki til sérstakrar umfjöllunar í dómi. Gildir þetta jafnvel þó að um kunni að vera að ræða atriði sem dómstólnum ber að gæta af sjálfsdáðum en hefur láðst að gera.

Niðurlagið í þessari tilvitnun er allrar athygli verð. Þarna telja tveir dómarar að tiltekin fordæmi hafi ekki gildi þar sem úrlausnarefnin er frábrugðið, en virðast þó gefa ótvíraett í skyn að ekkert komi í veg fyrir að Hæstiréttur eigi að hafa fullt frelsi til að endurskoða eigin fordæmi. Eins og bent var á hafa fallið dómar þar sem fyrri niðurstöðum er gagngert snúið við að óbreyttum settum lögum. Það hefur hins vegar oftar komið til undir ýmsum áhrifum, breyttum áherslum við skýringu stjórnarskrár, fulltingi þjóðréttarlegra skuldbindinga og dómaframkvæmdar alþjóðadómstóla svo sem Mannréttindadómstóls Evrópu og áður Mannréttindanefndar. Peir dómar sem hér eru hafðir í huga eru hrd. 1990, bls. 2, hrd. 1995, bls. 1444 og hrd. 2001, bls. 3451 (129/2001).

### **4.3. Dómari í minnihluta situr fast við sinn keip**

Fyrr eru nefnd dæmi þess og viðhorf um að dómari í minnihluta telji sig síðar bundinn af fordæmi því sem meirihluti stóð að. En það er ekki alltaf svo eins og dæmin sanna. Í dómi Hæstaréttar frá 23. október 2008 í málínu nr. 491/2007 var til endurskoðunar sakfelling héraðsdóms fyrir brot á áfengislögum. Byggði sakfellingin á því að ákærði hefði sem ritstjóri blaðs bakað sér refsiábyrgð samkvæmt 20. gr., sbr. 27. gr. áfengisлага nr. 75/1998 með því að áfengisauglýsingar voru birtar í blaðinu. Var refsiábyrgðin lögð á ákærða sem ritstjóra á grundvelli 15. gr. laga nr. 57/1956 um prentrétt. Málið dæmuðu fimm dómendur. Hæstiréttur tók afstöðu til þeirra varna ákærða að refsiákvæði áfengisлага brytu í bága við 73. gr. stjórnarskrár um tjáningarfrelsí, sbr. 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Einnig þurfti að leysa úr þeirri viðbáru ákærða að jafnræðisregla stjórnarskrár gæti ekki umborið þá skipan laga að áfengisauglýsingar fengju að birtast almenningi óáreittar í erlendum tímaritum í skjóli undantekningarákvæða 20. gr. áfengisлага. Hæstiréttur tók afstöðu til þessara varna með ítarlegum rökstuðningi þar sem meðal annars var getið fordæma réttarins. Var nefndur dómur Hæstaréttar frá 1999 þar sem ákvæði áfengisлага voru metin gagn-

vart tjáningarfrelsískvæðum æðri laga.<sup>36</sup> Þá var vísað til hæstaréttardóms frá 14. júní 2007 (599/2006) hvað snerti skuldbindingar íslenska ríkisins vegna EES-samningsins. Um jafnræðisreglu stjórnarskráinnar og vörnum á henni byggðum vísaði meirihluti Hæstaréttar til hrd. 2006, bls. 1689 (220/2005) þar sem skorið var úr um það hvort bann við auglýsingum á tóbaki samkvæmt 7. gr. laga nr. 6/2002 um tóbaksvarnir væri andstætt almennri jafnræðisreglu vegna fráviks frá auglýsingabanni, samkvæmt 1. mgr. 7. gr. laganna um tóbaksauglýsingar í erlendum ritum. Taldi Hæstiréttur þá undantekningu hliðstæða þeirri sem væri í 1. tölulið 4. mgr. 20. gr. áfengislaga. Efnislega taldi meirihlutinn að vörn ákærða um að jafnræði yrði raskað með fráviki frá banni við áfengisauglýsingum væri efnislega hin sama og þegar hefði verið skorið úr um varðandi frávik frá banni við tóbaksauglýsingum. Málsvörn ákærða, sem á þessu var reist, var hafnað. Þá nefndi meirihlutinn einnig að þótt aðrir hefðu komist upp með háttsemi, sem fæli í sér brot gegn banni við auglýsingum á áfengi, gæti það ekki leitt til þess nú frekar en endranær að lögbrot annarra geri sambærilega háttsemi þess sem sætir ákæru refsilausa af þeim sökum. Dómur Hæstaréttar í þessu máli var skipulega studdur nýlegum fordæmum og forsendur meirihlutans hafa öll einkenni þess að vera einnig stefnumarkandi fordæmi.

Einn dómenda var niðurstöðunni hins vegar ósammála og taldi að ástæður lægju til þess að ekki skyldi gera ákærða refsingu fyrir þá háttsemi sem honum væri gefin að sök. Þar er á sannfærandi hátt varpað fram ýmsum staðreyndum sem gögn málsins endurspegluðu um það hversu áfengisauglýsingar- og kynningar voru allt um kring, ýmist óareittar af ákærvaldinu eða í skjóli þeirrar lögboðnu undantekningar að hin almenna bannregla skyldi ekki útiloka landið frá dreifingu erlendra tímarita. Um þetta sagði dómarinn meðal annars:

Í hæstaréttarmáli nr. 648/2006, sem dæmt var 14. júní 2006, var fjallað um ætlað brot gegn auglýsingabanni 20. gr. áfengislaga. Hinn ákærði hafði þar meðal annars varist á þeirri forsendu að með nefndum ákvæðum 20. gr. væri brotið væri [sic] gegn jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskráinnar. Hæstiréttur sýknaði ákærða af öðrum ástæðum. Í forsendum Hæstaréttar sagði allt að einu svo: „Með skírskotun til forsendna héraðsdóms er fram komið að birting auglýsingar þeirrar sem um getur í ákæru var andstæð 20. gr. áfengislaga.“ Í forsendum héraðsdómsins hafði verið komist svo að orði um það atriði sem hér er til umræðu: „Þá liggur fyrir það mat löggjafans að næsta vonlaust væri að banna allan innflutning á erlendum blöðum og tímaritum þar sem áfengisauglýsingar væru birtar eða láta fjarlægja auglýsingar úr innflutnum tímaritum. Er staða ákærða og erlendra aðila ekki sambærileg um þetta, en það er skilyrði fyrir beitingu ákvæðis 65. gr. stjórnarskráinnar að hún taki til einstaklinga eða lögaðila í sömu stöðu.“ Í þessum forsendum er að mínum dómi rökvilla. Ef svo stendur á að löggjafinn getur ekki komið fram viljaafstöðu sinni um tiltekið mállefni með setningu laga, án þess að brjóta gegn rétti borgara til jafnræðis sem nýtur sérstakrar verndar í stjórnarskrá, tel ég afleiðinguna vera þá að alls ekki sé unnt að koma viljaafstöðunni fram með lagasetningu. Ekki er með nokkru móti unnt að nota röksemrina um erfiðleika á að láta borgara njóta jafnræðis til þess að réttlæta misrétti. Ef löggjafinn telur ekki unnt að tryggja borgurum jafnræði við lögfestingu á undanþágu frá tjáningarfrelsi hlýtur afleiðingin einfaldlega að verða sú að undanþága telst óheimil.

Þá tók dómarinn einnig afstöðu til þess hvort hrd. 2006, bls. 1689 (220/2005) gerði út um þá vörn að ójafnræði fælist í því að heimila áfengisauglýsingar í erlendum tímaritum. Taldi dómarinn að ekki yrði séð að í forsendum þess dóms hafi verið fjallað sérstaklega um sjónarmið sem að þessu lytu þó að hitt væri rétt að málsástæðunni hafi verið hafnað. Taldi dómarinn að þegar af þeirri ástæðu hefði dómurinn ekki fordæmisgildi fyrir það mál sem til úrlausnar væri. Þessa vörn tók dómarinn því til sérstakrar skoðunar með þessum orðum:

Að öðru leyti tekur meirihlutinn undir tilgreindan málflutning af hálfu ákærvalds þegar þessari málsvörn ákærða er hafnað. Sá málflutningur lýtur einkum að því, að frávikið verði að teljast eðlilegt og það raski ekki meginmarkmiði bannsins, eins og komist er að orði. Þá megi ætla að rit á erlendum tungumálum eigi ekki jafn greiða leið að börnum og ungmennum eins og efni á íslensku. Ég tel þetta ekki geta réttlætt þá mismunun sem hér um ræðir. Börn og ungmenni eiga aðgang að erlendum blöðum og tímaritum rétt eins og þeir sem eldri eru. Auk þess eru áfengisauglýsingar birtar í öðrum fjölmöldum svo sem sjónvarpi, sem telja má að séu mun áhrifameiri gagnvart börnum en erlend blöð. Þar eru slíkar auglýsingar meðal annars birtar í tengslum við dagskrárefni sem börn og unglingar fylgjast mikið með svo sem íþróttæfni.

Dómarinn taldi því að í texta 20. gr. áfengisлага fælist brot gegn jafnræðisreglu, sem nytí verndar samkvæmt 73. gr. og 65. gr. stjórnarskrár og að ákvæðið gæti því ekki talist refsheimild að því er varðar þá háttsemi sem ákærða var gefin að sök. Í atkvæði hans var einnig tekin afstaða til þeirrar málsvarnar hversu ótt og titt aðrir hefðu komist upp með þá háttsemi sem honum skyldi refsað vegna. Sá hluti sér-atkvæðisins er athyglisverður:

Fallast má á að það geti að öllum jafnaði ekki verið málsvörn í refsímalí að aðrir hafi brotið af sér og komist upp með það. Í þessu máli eru aðstæður hins vegar afar sérstakar. Með gögnum þeim sem ákærði hefur lagt fram hefur hann sýnt fram á að aðrir en hann hafa í stórum stíl komist upp með sambærileg ætluð brot og hann er saksóttur fyrir án þess að löggregla eða ákærvald hafi brugðist við. Ákærði vísar í þessu efni meðal annars til auglýsinga Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins, sem lýst var í II kafla að framan, og enginn vafi er á að brjóta gegn texta 20. gr. áfengisлага. Í öllum þeim tilvikum sem ákærði nefnir er málum svo háttáð, að ætluð brot liggja fyrir í útgefnum blöðum og tímaritum. Það eiga því af þeim sökum varla að vera vandkvæði á að upplýsa þau svo draga megi þá sem að standa til ábyrgðar, rétt eins og ákærða. Verður ekki betur séð en bann áfengisлага við birtingu áfengisauglýsinga sé svo gott sem marklaust þar sem svo margir brjóta gegn því, að því er virðist daglega, án þess að brugðist sé við af hálfu þeirra sem halda eiga uppi refsivörslu í landinu. Meðal þeirra sem brjóta gegn banninu er eins og fyrr var greint sjálft íslenska ríkið við rekstur einkasölu á áfengi í ÁTVR.

Við mat á því hvort menn njóti jafnræðis gagnvart öðrum verður að mínu mati ekki með öllu litið fram hjá því hvernig refsivörslu á viðkomandi sviði er háttáð. Lögin geta ekki lifað í tómarúmi. Ef framkvæmd þeirra er með þeim hætti að mönnum er mismunað í reynd á jafn grófan hátt og hér um ræðir er í raun og veru verið að refs einum fyrir það sem yfirleitt er látið átölulaust hjá öðrum. Þegar svo rammt kveður að þessu sem raunin er í því máli sem hér er til úrlausnar tel ég að refsingu verði ekki við komið. Þessi ástæða ætti að mínu áliti að minnsta kosti að leiða til þess að ákærða yrði ekki gerð refsing fyrir þá háttsemi sem honum er gefin að sök.

Hæstiréttur kvað mjög stuttu síðar upp annan dóm þar sem leyst var úr ákæruratriðum sem reist voru á því að brotið hefði verið gegn 20. gr. áfengislaga. Ákærðu voru ritstjórar tveir. Dómur Hæstaréttar fíll 6. nóvember 2008 í málinu nr. 143/2008. Málið dæmdu þrír hæstaréttardómarar, þ.á m. sami dómarinn og greitt hafði sér-atkvæðið sem rýnt var í. Til úrlausnar voru mannréttindaákvæði stjórnarskrár og í domi Hæstaréttar sagði:

Hæstiréttur hefur komist að þeirri niðurstöðu að bann við áfengisauglýsingum brjóti hvorki gegn 73. gr. stjórnarskráinnar né skuldbindingum íslenska ríkisins samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, sem hefur lagagildi með lögum nr. 2/1993. Um þetta vílast til dóma réttarins í máli nr. 415/1998 á bls. 718 í dómasafni réttarins 1999, dóms í máli nr. 599/2006, sem kveðinn var upp 14. júní 2007, og dóms í máli nr. 491/2007, sem kveðinn var upp 23. október 2008.

Í málinu var einnig tekist á um skýrleika refsiheimilda með hliðsjón af ákvæðum laga um prentrétt, sem ástæðulaust er að reifa sérstaklega, en einn dómenda galt sér-atkvæði. Hann reifaði sératkvæði sitt í málinu frá 23. október sem fyrr er getið og taldi að í málinu ættu við öll sömu sjónarmið og grein var gerð fyrir þar. Nefndi hann sérstaklega að fyrir lægi að meirihluti Hæstaréttar í því máli hefði verið annarrar skoðunar um gildi refsiheimildarinnar, tilvitnuð lagaákvæði hefðu þar verið talin standast ákvæði stjórnarskrár og þeim beitt sem heimild til ákvörðunar refsingar í málinu. Dómarinn tók til sérstakrar skoðunar hvort sú niðurstaða væri bindandi fyrir Hæstarétt, og eftir atvikum einstaka dómara við réttinn í síðari málum þar sem reyndi á hliðstætt sakarefni og þá á grundvelli fordæmisreglu sem felist í dóminum. Um þetta sagði dómarinn:

Það er skoðun mín að fordæmi sé ekki sjálfstæð réttarheimild, sem dómkostlum sé skylt að beita án tillits til þeirrar réttarheimildar sem leiddi til niðurstöðunnar. Ég tel að fordæmi sé frekar afleidd heimild sem sé aðeins jafn bindandi og sú réttarheimild sem fordæmið byggist á. Dómkostlar hafa ekki að réttum stjórnlögum vald til að setja lagareglur. Þeirra hlutverk er að finna þær réttarheimildir sem í gildi voru á þeim tíma sem málsatvik urðu og leiða af þeim reglur sem beitt er við dómsúrlausn, sbr. 61. gr. stjórnarskráinnar. Á það jafnt við um sett lög sem aðrar réttarheimildir. Þó að Hæstiréttur komist þannig að ákveðinni niðurstöðu um beitingu réttarheimildar í tilteknu máli hefur það að mínum dómi ekki þá þýðingu að til hafi orðið ný lagareglu sem upp frá því sé skylt að beita í sambærilegum málum á sama hátt og skyld er að beita lögum sem stafa frá löggjafanum. Þrátt fyrir þetta kann að vera nauðsynlegt vegna sjónarmiða um jafnræði manna og samræmi í dómsúrlausnum að taka mið af fyrri úrlausnum Hæstaréttar þegar leyst er úr máli. Verður dómari að vega þessi sjónarmið saman þegar á reynir.

Í þessu máli er um að ræða sakarefni sem varðar að mínum dómi brot gegn stjórnarskrárvörðu tjáningarfrelsi og jafnræði borgara, sbr. 65. og 73. gr. stjórnarskrár. Tel ég brot bæði felast beinlínis í ákvæðum settra laga og einnig í framkvæmd laga svo sem lýst var í nefndu sératkvæði í máli nr. 491/2007. Að auki er hér um að ræða refsímál en stjórnarskráin hefur að geyma ákvæði í 69. gr. sem felur í sér sérstakar kröfur til skýrleika laga sem heimila refsingu. Við þessar aðstæður hlýt ég að komast að sömu niðurstöðu og í máli nr. 491/2007. Ber því að mínum dómi að sýkna ákærðu og leggja sakarkostnað vegna meðferðar málsins í heraði og fyrir Hæstarétti á ríkissjóð.

Í þessum tveimur málum er sami dómari með sératkvæði og heldur fast við sitt. Í fyrra málinu dæmdu fimm dómarar en í hinu síðara þrír. Sami dómari skilar sératkvæði í báðum málunum. Í hinu síðara eru hinir tveir ekki á meðal þeirra sem dæmdu í fyrra málinu. Dómarinn sem skilar sératkvæðinu telur fordæmi ekki bindandi réttarheimild og getur þess sérstaklega í síðara málinu. Best hefði verið að láta þess ógetið að í hlut á höfundur bókarinnar um fordæmi og valdmörk dómistóla frá árinu 2003 en það skiptir ekki öllu. Annars vegar á í hlut fræðimaður og hins vegar dómari. Þessi mörk verður að virða en ekkert mælir gegn því að bregða mælistiku bókarinnar á sératkvæðið. Sú skoðun kemur berum orðum fram í sératkvæði dómarans að dómistólar hafi ekki vald til að setja lagareglur. Það má hins vegar velta því upp hvort það að skila sératkvæði þessa efnis og gagnvart fyrri fordæmum sýni vilja til að auka hlutverk dómistóla við lagasetningu. Þessu er haldið fram sökum þess að annars hefði dómarinn átt að vera sammála meirihlutanum og við svo búið varpað því til löggjafans hvort breyta ætti lögum. Fordæmið var komið fram um það lagatriði sem á reyndi. Fordæmið var nýtt og þótt rétturinn hefði klofnað hið fyrra sinn var aðeins einn dómari af fimm sem skilaði sératkvæði.

Höfundur bókarinnar hafnar því ítrekað að til séu fleiri en ein mismunandi en jafn réttar niðurstöður.<sup>37</sup> Í sama riti kemur fram að ekki sé útilokað að minnihluti í sjö manna dómi geti síðar myndað meirihluta fyrir niðurstöðu sinni með dómara eða dómurum sem ekki áttu sæti í sjö manna dóminum. Hins vegar megi almennt ætla að dómarar, sem eru í minnihluta innan réttarins um ákveðna niðurstöðu, muni beygja sig fyrir fordæminu, einkum ef þeir vita að hreinn meirihluti er meðal dómara við réttinn fyrir því.<sup>38</sup> Áður er minnst á hvernig hugmyndin um gildi fordæma er sett fram í því riti. Þar er gerður fyrirvari um þýðingu fordæmis ef meðferð réttarheimildarinnar, sem réði niðurstöðunni í það skiptið, hafi verið röng. Dómarinn var vita-skuld á engan hátt bundinn af því sem hann hafði áður ritað um á vettvangi fræðanna. Og þegar borið er niður í riti hans, meðal annars því sem rakið er fyrr, er ekki að sjá að sératkvæðið geymi einhverjar þversagnir miðað við fræðiskrifin. Það hljóta þó að vakna álitamál um það hversu það samræmist kennungunni um hina einu réttu lögfræðilegu niðurstöðu að dómari hafni svo nýlegu og afgerandi fordæmi. Ef til vill fer það allt eftir því hvernig menn skilja orðin „ein rétt niðurstaða“, hvenær er hún rétt og hvenær var önnur niðurstaða röng? Átti dómarinn að beygja sig undir fordæmi meirihlutans? Meirihlutans í fyrra málinu og meirihlutans í seinna málinu?

Sakfelling ritstjórans með dóminum frá 23. október 2008 hefur að líkindum verið honum þungbær en eflaust var það honum til einhverrar sáluhjálpar að einn dómenda við Hæstarétt teldi á honum brotið vegna grundvallarréttinda hans sem ættu stoð í stjórnarskrá lýðveldisins. Ekki skal fullyrt hvaða skoðun þessi sami ritstjóri hefur haft á síðara málinu þar sem kollegar hans hlutu sömu örlög, sakfellingu og refsingu. Einhver hefði a.m.k. talið sálu sinni enn betur borgið í það skiptið þegar

<sup>37</sup> Sjá t.d. bls. 38-39 í ritinu.

<sup>38</sup> Sjá bls. 70 í nefndu riti.

enn var skilað sératkvæði. En það er ekki óhugsandi að sams konar ákærur- og lagaatriði komi á ný fyrir Hæstarétt. Aftur yrði tekist á um stjórnarskrárvæðin í því samhengi. Atvikin eru í öllum meginatriðum sams konar en aftur væri tekist á um lagaatriðið – réttarheimildina. Hugsanlega verða þá þrír dómarar, sá sem skilaði sératkvæðunum og einn eða tveir aðrir en dæmt höfðu áður. Túlkun þeirri sem haldið var á lofti í sératkvæðum yrði aflað fylgis við málflutning allan og viðkomandi sýknaður. Enn skulu ritstjóranum gerðar upp skoðanir eða viðhorf. Var hann frumkvöðullinn sem bar krossinn fyrir hina eða renna á hann tvær grímur og verður hann e.t.v. ekki jafn þakklátur líknara sínum og ætla mætti? Stofnunin var Hæstiréttur Íslands, sá hinn sami og dæmdi hann en sýknaði annan að óbreyttum lögum – og stjórnlögum.

Þegar þessi sératkvæði eru borin saman við hvernig Hæstiréttur klofnaði í málinu um aðild íslenska ríkisins í dóminum frá 18. júní 2008, sést við nánari athugun að í báðum tilvikum er viðfangsefnið hvort meðferð réttarheimilda í fyrri dómsúrlausnum hefði verið rétt eða röng. Það á ekki bara við um sératkvæði dómenndanna tveggja sem mynduðu minnihlutann, heldur líka hinna. Dómararnir þrír sem stóðu að niðurstöðu meirihlutans – einn þeirra með öðrum forsendum – voru að taka fyrri dómaframkvæmd til endurskoðunar. Þeir túlkuðu við þá athugun lög sem ekkert höfðu breyst.

## 5. Niðurlag

Dómurinn sem nefndur var í upphafi vakti athygli höfundar á því að sú staða kemur upp að löggjafinn þarf að leysa úr réttaróvissu sem segja má að dómsvaldið eigi upptökin að. Hæstiréttur tekst á við fordæmi sín, rétturinn þríklofnar og dówendur túlka fyrri fordæmi með ólíkum hætti, berja jafnvel eitthvað í brestina til að renna stoðum undir fyrri niðurstöðu. Ákallið til löggjafans birtist oftar – a.m.k. óþægilega oft – í því að lög hafa ekki staðist gagnvart stjórnarskrá og að gera varð á þeim breytingar. Þar hefur jafnræðisregla stjórnarskrár komið við sögu á afgerandi hátt. Hér er átt við dómana sem leiddu óhjákvæmilega af sér breytingar á lögum um stjórn fiskveiða og um almannatryggingar. Dómar af sama meiði geta einnig valdið því að ekki verður byggt á lögum með sama hætti aftur – þeim yrði þá aftur vikið til hliðar og réttindi eða réttarstaða kræf án tillits til þeirra.

Í sératkvæðinu sem fylgdi seinni dóminum um ákæruratriði vegna áfengis-auglýsinga var hins vegar skoðun dómarans sú að þótt Hæstiréttur kæmist að niðurstöðu um beitingu réttarheimildar í tilteknu máli hefði það ekki þá þýðingu að til hefði orðið ný lagaregla sem upp frá því væri skyld að beita í sambærilegum málum á sama hátt og skyld er að beita lögum sem stafa frá löggjafanum. Sagði dómarinn síðan: „Þrátt fyrir þetta kann að vera nauðsynlegt vegna sjónarmiða um jafnræði manna og samræmi í dómsúrlausnum að taka mið af fyrri úrlausnum Hæstaréttar þegar leyst er úr máli. Verður dómar að vega þessi sjónarmið saman þegar á reynir.“

Í dóminum sem nefndur var um þjóðlendumörk frá 2007 gekk einn dómari út frá því að fordæmi hefðu verið ítrekuð svo oft að komin væri á dómvenja og vísaði hann til 65. gr. stjórnarskrárinnar. Í hinu tilvikinu, um brot gegn 20. gr. áfengislagu, gerir dómarið jafnræðisregluna að eins konar varnagla en nefnir að vega verði þau sjónarmið saman þegar á reyni. Spyrja má hvort ekki hafi verið komin fram dómvenja eða a.m.k. skýr fordæmi um gildi refsheimildarinnar um brot við áfengis-auglýsingum gagnvart æðri lögum, rétt eins og meirihlutaákvæðin bera með sér. Sér-atkvæðið hið síðara í málum ritstjóranna tveggja hlýtur að teljast býsna markvert fyrir þær sakir að málið var dæmt aðeins tæpum tveimur vikum eftir að starfsbróðir þeirra hlaut sinn dóm. Hinu má ekki gleyma að dómarið sem stóð að sératkvæðinu var ekki bara að vega og meta áhrif jafnræðisreglu, hugsanlega stjórnarskrár, heldur var hann líka að túlka hana og önnur ákvæði stjórnarskrár í samhengi við gildi refsheimildarinnar. Hugsanlega taldi hann rétt af þeim ástæðum að halda sig við afstöðu sína og að fyrra fordæmi væri ekki rétt túlkun réttarheimilda. Hann virðist líta svo á að meðferð réttarheimilda og túlkun þeirra í dómsniðurstöðu hins fyrra máls hafi verið röng. Er slík afstaða í mótsögn við það sjónarmið að hafna beri því að fleiri en ein rétt niðurstaða sé til um sama sakarefnid að óbreyttum lögum? Það þarf ekki að vera. Dómarið taldi sig leita að hinni einu réttu niðurstöðu og hafnaði fordæminu. Og þá má spyrja hvort hin eina rétta lögfræðilega niðurstaða sæti huglægu mati. Ef svo er verður hún ekki einmana mjög lengi. Fordæmið sem dómarið hafnaði hlaut að vera sterkt og áhrifaríkt enda stóðu að því fjórir dómrarar af fimm. Var það ekki sú réttarheimild sem hlaut að vera afgerandi í leitinni að hinni einu réttu niðurstöðu? Almennt sýna dómarnir sem reifaðir voru að framan að afar mikið þarf til að koma ef Hæstiréttur víkur frá nýlegu fordæmi um stefnumarkandi skýringu á stjórnarskrá. Nefndar voru í dæmaskyni úrlausnir um ákvæði skaðabótalaga annars vegar og hins vegar skerðingu lífeyrisgreiðslna gagnvart stjórnarskrá. Í forsendum meirihluta Hæstaréttar um ákvæði 20. gr. áfengislagu gagnvart æðri heimildum kveður við sama tón.

Dómstólar beita jafnræðisreglum og hún höfðar til manna. Stjórnvöld eru í úrlausnum sínum bundin við jafnræðisreglu stjórnsýslulaga. Jafnræðisregla stjórnarskrárinnar heldur löggjafanum við efnið sem og öðrum. Í réttarfarinu er jafnræðis-regla einnig orðuð sem ein af meginreglum á því sviði. Henni er fremur ætlað að jafna tækifæri aðila við málarekstur fremur en að afla þeim réttinda. Og þá er rétt að varpa þeirri spurningu fram hvort jafnræðisregla stjórnarskrárinnar bindi hendur dómsvaldsins sérstaklega, ekki bara um það augljósa, að henni verði beitt við úrlausn máls, heldur einnig hvort dómstólar verði að fara eftir henni við beitingu dómsvalds. Og hér er þá aðeins átt við þá réttarheimild sem í fordæminu felst. Á einhvern hátt varð hún til með fordæminu, þ.e. dóminum. Minnast ber þess enn að flestir aðhyllast þá kenningu að í raun sé Hæstiréttur ekki bundinn af fordæmum sínum. En dóms-valdið er einn þáttur ríkisvalds og ákvæði stjórnarskrárinnar binda eftir atvikum alla þessa þrjá þætti þess. Hún leggur kvaðir á dómsvaldið, t.d. eins og kveðið er á um í

61. gr. og 70. gr. hennar. Er það framsækin skýring að 65. gr. stjórnarskráinnar leggi þá skyldu á herðar dómsvaldinu að fylgja fordænum?

Í greinargerð með frumvarpi að stjórnarskipunarlögum kemur fram að þótt jafnræðisreglan hafi ekki áður verið bundin í stjórnarskipunarlög með skýrum hætti hafi engu að síður verið litið svo á að hún væri ein helsta undirstaðan í íslenskri stjórnarskipun og almennt í íslenskum rétti. Í henni væru e.t.v. ekki fólgin ákveðin efnisréttindi en mikilvægi hennar fælist ofar öllu í því að vera almenn leiðbeiningarregla.<sup>39</sup> Í 11. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 er mælt fyrir um bann við að mismuna aðilum við úrslausr mála í stjórnsýslunni. Varpa má því fram hvort 65. gr. stjórnarskráinnar gerir ekki sambærilegar kröfur til dómsýslunnar. Hæstiréttur hefur sjálfur talið að mannréttindaskuldbindingar og mannréttindaákvæði stjórnarskráinnar geri tilteknar kröfur til dómstóla. Sagði t.d. í hrd. 1995, bls. 1444 að fallast yrði á „... að staða dómarafulltrúa, eins og henni er nú fyrir komið, uppfylli ekki grunnreglur stjórnarskrár um sjálfstæði dómsvaldsins, svo sem þær verða skýrðar með hliðsjón af 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu um sjálfstæða og óvilhalla dómara ...“ Þá má einnig nefna í dæmaskyni hrd. 2000, bls. 4394 (419/2000) þar sem horft var fram hjá þeim lögmæltu takmörkunum á rétti föður til að höfða faðernismál á þann hátt sem gert var í barnalögum. Var niðurstaða Hæstaréttar sú að takmörkunin bryti gegn 70. gr. stjórnarskráinnar, sbr. einnig 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Ekki voru fyrir hendi nægar málefnalegar forsendur til þeirrar mismununar sem birtist í reglum barnalaga um málsaðild í faðernismálum. Í málinu rökstuddi Hæstiréttur þessa niðurstöðu ítarlega með stuðningi í 70. gr. og 65. gr. stjórnarskrár, sem og ákvæðum Mannréttindasáttmála Evrópu sem lögfestur hafði verið. Um jafnræðisregluna sagði Hæstiréttur sérstaklega:

Í 65. gr. stjórnarskráinnar, þar sem kveðið er á um að allir skuli vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda, er sérstaklega áréttuð í 2. mgr. að konur og karlar skuli njóta jafns réttar í hvívetna. Sams konar bann við mismunun birtist í 14. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Í athugasemendum með frumvarpi að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 kom fram að í jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskráinnar væru ekki fólgin ákveðin efnisréttindi, heldur fælist mikilvægi hennar fyrst og fremst í því að henni væri ætlað að vera almenn leiðbeiningarregla um bann við mismunun, sem beri ávallt að hafa að leiðarljósi, ekki einvörðungu við setningu laga, heldur og við skýringu þeirra.

Í þessum málum sem nefnd voru í dæmaskyni, var ákvæðum stjórnarskrár beitt um þær kröfur sem gera verður til dómsvaldsins. Hvort sem um var að ræða stöðu dómarafulltrúa, eins og henni var háttuð, eða ákvæði um málsaðild í faðernismálum þá vörðu sakarefnin þær kröfur sem gera varð til laga um dómstólaskipanina og aðgang að dómstólam. Lagaframkvæmdin eða löggjöfin sjálf var ekki talin standast. Stjórnarskráin gerir þannig tilteknar kröfur til þessa valdþáttar sem nefnt er dómsvald og dómsvaldið sjálft verður að hlúa að þeim kröfum.

39 Alþingistíðindi, 1994-1995 A, þskj. nr. 389, bls. 2085.

Í nokkrum dómum, sem nefndir voru fyrr, koma fram í atkvæðum dómenda vangaveltur um gildi fordæma. Jafnræðisregla svífur þar yfir vötnum. Í sératkvæðinu sem fylgdi hrd. frá 4. október 2007 (27/2007) kom fram að í þjóðlendumálum hefðu fordæmi Hæstaréttar verið ítrekuð það oft í síðari dómum að telja mætti að dómvenja hefði skapast. Vísaði dómarinn þá til 1. mgr. 65. gr. stjórnarskrárinna sem gerði kröfur um samræmingu í lagaframkvæmd og að tilgangur þjóðlendulaganna væri einmitt samræming á eignarréttarlegrí stöðu einstakra svæða landsins. Hann taldi því ekki verða komist hjá að líta til dóma Hæstaréttar um þau meginatriði sem leggja beri til grundvallar þegar ákveðin væru mörk þjóðlendu og eignarlanda í mál-inu. Þetta niðurlag í sératkvæði dómarans sýnist verða að skýra svo að hann hafi ekki aðeins lagt áherslu á að löggjöfin um ákvörðun þjóðlendumarka og stjórnsýslan um þá framkvæmd gerðu ekki mannamun. Hann virðist beinlínis leggja til grundvallar að dómsvaldið verði að gæta þessa jafnræðis í úrlausnum sínum, við svo búið að dómvenja hafi skapast.

Fordæmi teljast til réttarheimilda. Þau renna styrkari stoðum undir beitingu laga og réttarreglan sem mótuð er verður traustari. Dómstólar móta líka réttarreglur úr öðrum réttarheimildum en stjórnarskrá og settum lögum – slá fastri venju, skýra vægi þjóðréttarskuldbindinga, beita meginreglum laga og eðli máls. Í þeim tilvikum einnig gerir fordæmið réttarheimildina sterkari á viðkomandi sviði og menn og stjórnvöld sjá betur fyrir um réttindi, heimildir eða skyldur. Hér verður þeirri skoðun lýst að löggjafinn sé betur til þess fallinn að móta nýjar, almennar réttarreglur. Það er vitað að þær kunna að þurfa skýringa við og taka ekki á öllum tilvikum. Til þeirra verka eru dómstólar bestir, þegar átök eru og ágreiningur utan réttar. En það virðast vera átök innan Hæstaréttar um fordæmisgildi dóma og eflaust munu margir hafa mismunandi skoðanir þar á. Kenningin um fordæmisgildi dóma byggir meðal annars á því að samræmis skuli gætt. Ekki er líklegt að menn myndu jálast undir þá tillögu að fordæmi yrði með lögum gert að bindandi réttarheimild. Svo flókin og vandmeðfarin hefur jafnræðisreglan verið að trauðla myndu menn heldur vilja finna réttarheimildinni fordæmi beina stoð í 65. gr. stjórnarskrárinna – þannig að bindandi væri. Jafnræðisreglan er þó greinilega samviska hins íhaldssama dómara og þess framsækna.

## Um höfundinn

Einar Karl Hallvarðsson er dósent við Háskólann á Bifröst og hefur starfað sem lögmaður við embætti ríkislögmans. Hann fékk réttindi til málflutnings fyrir héraðsdómi árið 1994 og fyrir Hæstarétti árið 1997. Netfang: einarkarl@bifrost.is.

## Heimildaskrá

Ármann Snævarr. *Almenn lögfræði*. Reykjavík: Orator, 1989.

Einar Karl Hallvarðsson. „Hvernig er þetta með ríkið?“ *Úlfþjótur* 58 (2005), bls. 495-525.

- Jón Steinar Gunnlaugsson. „Fordæmisgildi Hæstaréttardóma.“ *Tímarit lögfræðinga* 42 (1992), bls. 172-176.
- Jón Steinar Gunnlaugsson. *Um fordæmi og valdmörk dómstóla*. Reykjavík: Háskólinn í Reykjavík, 2003.
- Sigurður Tómas Magnússon. „Aðgangur að dómstólum á sviði einkamála.“ *Tímarit lögfræðinga* 55 (2005), bls. 133-182.
- Sigurður Líndal. *Inngangur að lögfræði. II. Réttarheimildir: fordæmi*. Bráðabirgðaútgáfa til kennslu. Reykjavík, 1996.
- Sigurður Líndal. *Um lög og lögfræði: grundvöllur laga – réttarheimildir*. 2. útgáfa. Reykjavík: Hið íslenska bókmenntafélag, 2003.
- Skúli Magnússon. „Er þörf á lagasetningu um aðild hins opinbera í dómsmálum?“ *Úlfljótur* 58 (2005), bls. 527-538.
- Ólafur Jóhannes Einarsson. „Réttarfarskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir domi.“ *Tímarit lögfræðinga* 57 (2007), bls. 39-81.
- Pór Vilhjálmsson. „Fordæmi.“ *Tímarit lögfræðinga* 42 (1992), bls. 168-171.