

# Í takt við tímann – lagasetningarvald dómstóla

Lokaverkefni til ML prófs

Svanhildur Másdóttir

Leiðbeinandi: Björn Þorvaldsson

Háskólinn á Bifröst

Vor 2012

Staðfesting lokaverkefnis til ML gráðu í lögfræði

Lokaverkefnið:

Í takt við tímann – lagasetningarvald dómstóla

eftir:

Svanhildi Másdóttur, kt. 260771-5669

hefur verið metið og varið á málsvörn frammi fyrir dómnefnd þriggja dómnefndarmanna samkvæmt reglum og kröfum Háskólans á Bifröst

og hefur hlotið lokaeinkunnina: \_\_\_\_\_.

Bifröst hinn \_\_\_\_\_ dag \_\_\_\_\_ mánaðar, á því herrans ári \_\_\_\_\_.

---

Rektor

## Ágrip

Þegar talað er um lagasetningarvald dómstóla halda flestir að um rökvillu sé að ræða, hér sé jú þrískipting valdsins við lýði og dómstólarnir eigi því ekki að vera að vasast í lagasetningu sem er á verksviði löggjafans. Skiptar skoðanir hafa verið um efnið hjá fræðimönnum og sitt sýnist hverjum. Í ritgerðinni er farið yfir dómstólana, hlutverk þeirra og sjálfstæði, réttarheimildirnar, með sérstaka áherslu á fordæmi og svo lagasetningu. Einnig er auðgunarbrotakafli almennra hegningarlaga sérstaklega skoðaður og dómar sem fallið hafa vegna brot á honum skoðaðir með tilliti til andlags þeirra. Í ritgerðinni er leitast við að svara því hvort dómstólar setji lög með því að breyta merkingu lagaákvæða í dómsniðurstöðum sínum og hvort dómstólar hafi í tilfalli auðgunarbrot breytt andlagi þeirra í takt við tímann og breytta viðskiptahætti.

## **Formáli**

Ritgerð þessi er 30 ect. eininga lokaritgerð til meistaraþráðu við lögfræðideild Háskólans á Bifröst. Ritgerðin er unnin af undirrituðum nemanda á árunum 2011 og 2012. Viðfangsefnið er lagasetningarvald dómstóla og var unnið undir leiðsögn Björns Þorvaldssonar, hrl.

Er það von höfundar að ritgerðin muni auka skilning og vekja áhuga lesanda á viðfangsefninu. Öflun heimilda, vinnsla og ritun ritgerðarinnar fór fram frá nóvember árið 2011 til apríl árið 2012. Höfundur vill þakka öllum þeim sem lögðu hönd á plóg og þá sérstaklega Sæmundu Fjeldsted, Ósk Elísdóttur og Áslaugu Björk Björnsdóttur fyrir yfirlestur og aðra aðstoð og Sigurði Fannari Ólafssyni fyrir prófarkalestur.

Ritgerðina tileinka ég börnunum mínum, Agli Má og Oddnýju Ýri.

## **Yfirlýsing**

Ég undirrituð lýsi því yfir, að ég er ein höfundur ritgerðarinnar og er hún afrakstur eigin framlags. Ritgerðin er að öllu leyti á mína ábyrgð.

Kópavogur, 11. apríl 2012

---

Svanhildur Másdóttir

## Efnisyfirlit

1	Í takt við tímann – lagasetningarvald dómstóla.....	1
2	Dómsvaldið.....	3
2.1	Ákvæði stjórnarskrárinnar um dómsvaldið.....	3
2.1.1	2. grein – Einn af þremur þáttum ríkisvaldsins.....	3
2.1.2	59. grein – Skipan dómsvaldsins verður eigi ákveðin nema með lögum.....	5
2.1.3	60. grein – Úrskurðarvald um embættistakmörk yfirvalda.....	7
2.1.4	61. grein – Dómendur skulu einungis fara eftir lögnum.....	9
2.2	Rétturinn til að bera mál undir dómstóla .....	11
2.3	Hlutverk og sjálfstæði dómstóla .....	12
2.4	Dómsúrlausnir.....	15
2.4.1	Samning dóma .....	16
2.4.2	Hvað þarf að rökstyðja? .....	17
2.4.3	Hvers vegna skal rökstyðja? .....	18
2.4.4	Hvernig skal rökstyðja .....	19
2.4.5	Innihald og efni rökstuðnings .....	20
2.4.6	Ófullnægjandi rökstuðningur .....	21
2.4.7	Fyrir hvern er rökstuðningur? .....	22
2.5	Samantekt.....	24
3	Lagasetningarvald dómstóla .....	25
3.1	Réttarheimildirnar .....	25
3.1.1	Sett lög .....	25
3.1.2	Réttarvenja .....	26
3.1.3	Fordæmi .....	27
3.1.4	Lögjöfnun.....	31
3.1.5	Meginreglur laga.....	32
3.1.6	Eðli máls .....	32
3.1.7	Þjóðréttarsamningar .....	33
3.1.8	Vægi réttarheimilda .....	33
3.2	Um lagasetningu .....	34
3.2.1	Geta sett lög svarað öllum álitaefnum?.....	35
3.3	Hlutur Hæstaréttar í mótun löggjafar .....	36
3.3.1	Þar sem engin lög eru fyrir.....	36
3.3.2	Lagaákvæði beitt í fyrsta sinn .....	41

3.3.3	Vikið frá fordæmi og ný regla mynduð .....	43
3.3.4	Hægfara þróun .....	46
3.4	Helsti munurinn á löggjafarvaldi og dómsvaldi.....	47
3.5	Samantekt.....	51
4	Auðgunarbrot.....	52
4.1	Andlag auðgunarbrot.....	54
4.2	246. gr. – Ólögmet meðferð á fundu fé.....	55
4.3	247. gr. - Fjárdráttur.....	56
4.4	248. gr. - Fjársvik.....	57
4.5	249. gr. - Umboðssvik.....	58
4.6	249. gr. a - Tölvusvik.....	59
4.7	250. gr. - Skilasvik.....	60
4.8	Þróun andlags auðgunarbrot samkvæmt dómaframkvæmd .....	62
4.9	Samantekt.....	68
5	Niðurstöður.....	69
6	Heimildaskrá.....	72
6.1	Vefheimildir.....	75
7	Lagaskrá.....	76
7.1	Reglugerðir .....	77
7.2	Álit og úrskurðir.....	78
7.3	Alþjóðasamningar og fleira.....	78
8	Dómaskrá.....	79
8.1	Dómar úr dómasafni Landsyfirréttar .....	79
8.2	Hæstaréttardómar .....	79
8.3	Dómar sakadóms Reykjavíkur.....	80

## 1 Í takt við tímann – lagasetningarvald dómstóla

Oliver Wendell Holmes sagði eitt sinn að það væri á stundum mjög einmanalegt að reyna að leika Guð en hann sat sem dómari í Hæstarétti Bandaríkjanna Norður-Ameríku í þrjátíu ár. Jón Steinar Gunnlaugsson dómari við Hæstarétt Íslands hefur einnig skrifað um guðlegt vald. Í grein í Tímariti lögfræðinga 2010 fjallar hann um að dómarar séu venjulegt fólk og til að leysa verkefni sitt sem dómari þurfi þeir ekki guðlegt innsæi, heldur einungis að svara þeirri spurningu hvað hafi sannast í málinu.<sup>1</sup> Ef til vill er hægt að segja það sama um hlutverk löggjafans á Alþingi og embættismanna í ráðuneytum. Þeir þurfa hins vegar að svara spurningunni á hvaða sviði þarf að setja löggjöf og hvað hún þurfi að innihalda. Ekki er hægt að ætla þeim guðlegt innsæi til að sjá fyrir öll möguleg tilvik sem geta orðið að þrætuepli þannig að hægt sé að bregðast við með lagasetningu.

Þegar talað er um lagasetningarvald dómstóla halda flestir að um rökvillu sé að ræða, hér sé jú þrískipting valdsins við lýði og dómstólarnir eigi því ekki að vera að vasast í lagasetningu sem er á verksviði löggjafans. Skiptar skoðanir hafa verið um efnið hjá fræðimönnum og sitt sýnist hverjum. Þeir fræðimenn sem mest er vitnað til í ritgerðinni eru á öndverðum meiði hvað þetta varðar. Jón Steinar Gunnlaugsson, hæstaréttardómari, segir til að mynda að þrátt fyrir að settum réttarreglum sé ekki til að dreifa verði dómstólarnir að ljúka málum með dómum. Þá leiti þeir til „réttlægri“ heimilda og niðurstöðurnar byggji á þeim eins og nauðsyn sé til.<sup>2</sup> Sigurður Líndal hefur aftur á móti sagt að dómstólar hafi lagasetningarvald og að hlutur þeirra fari frekar vaxandi í þeim efnum.<sup>3</sup>

Hugmyndin að þessari ritgerð er sprottin úr séráliti Jóns Steinars í Hrd. 184/2011, en þar segir hann að það geti ekki verið hlutverk dómstóla að breyta merkingu refsíákvæða vegna breytinga á almennum viðskiptaháttum. Upp úr þessu spruttu tvær spurningar. Annars vegar spurning um hvort dómstólar setji lög með því að breyta merkingu lagaákvæða í dómsniðurstöðum sínum og hins vegar spurning um hvort dómstólar hafi í tilfelli auðgunarbrotu breytt andlagi þeirra í takt við tímann og breytta viðskiptahætti.

Ritgerðinni er skipt í fimm kafla. Í fyrsta kafla er inngangur þar sem efnistöð er afmörkuð. Í öðrum kafla er farið almennt yfir dómstólana, þau stjórnarskrárákvæði sem snúa að þeim, réttinn

<sup>1</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, 2010.

<sup>2</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, 2003, bls. 12.

<sup>3</sup> Sigurður Líndal, 2002a, bls. 102.

til að bera mál undir þá, hlutverk og sjálfstæði þeirra og að síðustu er farið yfir dómsniðurstöður og rökstuðning fyrir þeim.

Í þriðja kafla er umfjöllun um lagasetningarvald dómstólanna. Byrjað verður á að fjalla um réttarheimildirnar, með sérstakri áherslu á fordæmi og síðan um lagasetningu. Þá verður farið yfir dóma þar sem talið er að Hæstiréttur hafi sett reglur, annað hvort nýjar reglur eða þegar hann er talinn hafa mótað fyrirbyggjandi löggjöf og þannig sett nýjar reglur. Einnig verður vikið að dómum þar sem dómstólarnir hafa horfið frá fyrri fordæmum sínum og hvernig dómaframkvæmd í ákveðnum málaflokkum hefur tekið breytingum yfir nokkurra áratuga tímabil. Því næst verður fjallað um hver eðlismunurinn sé á lagasetningu frá löggjafanum og dómstólunum.

Í fjórða kafla er fjallað um auðgunarbrot. Farið verður yfir þau ákvæði auðgunarbrotakafla almennu hegningarlagna sem eru viðfangsefni ritgerðarinnar og einkenni þeirra skoðuð. Þá verður farið yfir andlag auðgunarbrot og að síðustu verður farið yfir dóma og það rannsakað hvort dómstólar hafi þróað andlag auðgunarbrot miðað við þær tækniframfarir sem orðið hafa síðan almenn hegningarlög voru sett árið 1940 og hvort andlag auðgunarbrot hafi breyst, frá því að vera líkamlegir, hreyfanlegir hlutir með fjárgildi í það að verða fjárhæð á tölvuskjá sem aldrei meðhöndlast og er þar af leiðandi ekki hreyfanleg.

Loks eru niðurstöður ritgerðarinnar teknar saman í fimmta og síðasta kafla hennar.



## 2 Dómsvaldið

Í upphafi var það hlutverk dómstólana að setja niður deilur milli aðila og tryggja frið í samfélaginu. Það var ekki fyrr en seinna sem nútíma skilgreining á hlutverki dómstólanna í réttarríkinu, kenningar um þrjúgreiningu ríkisvaldsins og kröfur um sjálfstæða dómstóla komu fram.<sup>4</sup> Í þröngri skilgreiningu má lýsa valdi dómstólanna sem valdi til að leysa úr ágreiningi um réttindi og skyldur manna að lögum. Í rýmri skilgreiningu er valdið ekki einungis til að leysa úr ágreiningi um réttindi og skyldur manna að lögum heldur einnig til að knýja fram efndir réttinda sem engin ágreiningur er um, fullnustuvald.

Aðalákvæði stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, um dómsvaldið og dómendur eru auk 2. gr. að finna í V. kafla hennar, 59. – 61. gr. og miða einkum að því að tryggja sjálfstæði dómstólanna gagnvart handhöfum framkvæmdavaldsins.

### 2.1 Ákvæði stjórnarskrárinnar um dómsvaldið

#### 2.1.1 2. grein – Einn af þremur þáttum ríkisvaldsins

Í 2. gr. stjórnarskrárinnar kemur fram að dómendur fari með þriðja þátt ríkisvaldsins, dómsvaldið. Þar er að finna þá grundvallarreglu að það sé dómenda að skera úr um ágreiningsefni á sviði laga og réttar nema í undantekningartilvikum.<sup>5</sup> Stjórnarskráin er að öðru leyti fáorð um hlutverk og eðli dómsvaldsins, en nokkur ákvæði hennar ljá þó dómstólunum ákveðin hlutverk, svo sem 67. gr. þar sem bann er lagt við því að menn séu settir í gæsluvarðhald nema með dómsúrskurði, 71. gr. sem segir að það þurfi dómsúrskurð til húsleitar eða til að kyrrsetja og rannsaka skjöl, og 74. gr. sem segir að ekkert félag verði leyst upp nema með dómi, svo dæmi séu tekin.<sup>6</sup> Stjórnarskráin býður þó að til skuli vera sérstakar stofnanir, dómstólar, sem hafa skuli með höndum þennan þátt ríkisvaldsins samkvæmt 2. gr. Í lögum um dómstóla nr. 15/1998 kemur fram í 1. gr. að Hæstiréttur Íslands sé æðsti dómstóll ríkisins og að hann sé áfrýjunardómstóll. Í 2. gr. sömu laga kemur fram að til séu dómstólar í héraði og í 3. gr. er taldir upp „aðrir dómstólar“, Félagsdómur og Landsdómur. Hvaða skilyrði stofnun þurfi að fullnægja til að teljast dómstóll er ekki tekið fram í stjórnarskránni en það er þó víst að um slíkan dómstól þurfa að vera í gildi lög samkvæmt 59. gr. hennar..

<sup>4</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2004, bls. 470.

<sup>5</sup> Gunnar G. Schram, 1999, bls. 423.

<sup>6</sup> Ólafur Jóhannesson, 1978, bls. 388.

Með lögum nr. 92/1989 um aðskilnað dómssvalds og umboðssvalds í héraði var lögfest, að sömu menn skyldu ekki fara með dómssvald og umboðssvald. Lögin tóku gildi 1. júlí 1992 og var þá frekari aðskilnaði á milli dómssvalds og framkvæmdavalds komið á.<sup>7</sup> Forsaga lagsetningarinnar var sú að í Hrd. 1990 bls. 2 (nr. 120/1989) komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu, að skýra bæri hæfisreglur þágildandi laga nr. 74/1974 um meðferð opinberra mála á þá leið að viðkomandi dómara hefði borið að víkja sæti vegna vanhæfis. Sú regla sem byggt var á í dómi Hæstaréttar var að dómari gæti ekki talist hæfur til að fara með mál ef hann eða yfirmaður hans hafði einnig farið með formlega stjórn lögreglurannsóknar þess máls er fyrir dómnum lá.

Dómssvald hefur verið skilið undan lögsögu dómstóla í tilteknum málum. Í nokkrum lögum er að finna ákvæði sem mæla fyrir um „fullnaðarúrskurðarvald“ stjórnvalda um ákveðin málefni. Í Hrd. 1987, bls. 473 (nr. 95/1986) fór sóknaraðili fram á að úrskurður dómismálaráðuneytisins um greiðslu meðlags yrði felldur úr gildi. Hann hélt því fram máli sínu til stuðnings að löggjafinn hefði með því að veita dómismálaráðuneytinu úrskurðarvald í meðlagsmálum fengið handhafa framkvæmdavalds úrlausn um málefni sem í eðli sínu væri dómismál, sem færi í bága við 2. gr. stjórnarskrárinnar. Hæstiréttur fjallaði ekki sérstaklega um heimild dómstóla til að fjalla um gildi hins umdeilda úrskurðar eða endurskoðaði niðurstöðu hans, en taldi að það væri ekki andstætt stjórnarskránni að fela stjórnvöldum að taka ákvarðanir þær sem mælt er fyrir um í IV. kafla barnalaga nr. 76/2003.

Einnig hefur verið deilt um það fyrir dómstólum hvort heimilt sé að fá öðrum stofnunum en dómstólum dómssvald í hendur. Í dómi Hrd. 1994, bls. 748 (nr. 300/1991) var deilt um agaviðurlög, en í þágildandi lögum nr. 48/1988 um fangelsi og fangavist kom fram í 26. gr. að við brot á reglum fangelsis mætti beita agaviðurlögum, þar á meðal einangrun og að forstöðumaður skyldi ákveða þau. Í dómnum sagði:

Samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar fara dómendur með dómssvaldið. Í því hlutverki felst meðal annars að ákvarða mönnum refsivist vegna ólögætrar hegðunar, og eru ekki aðrir handhafar ríkissvalds bærir til þess. Er það grundvallarregla íslensks réttar, sem meðal annars á sér stoð í 65. gr. stjórnarskrárinnar, að enginn verður sviptur frelsi sínu nema úrskurður dómara komi til. Jafnframt verður málsmeðferðin, sem leiðir til þess úrskurðar, að uppfylla ákveðin skilyrði, sem nú koma aðallega fram í lögum nr. 19/1991 um

<sup>7</sup> [www.althingi.is](http://www.althingi.is), 111. löggjafarþing, þskj. 204, 182. mál.

meðferð opinberra mála, en á þeim tíma er getur í málinu í lögum nr. 74/1974 um sama efni. Ákvæði 26. gr. laga nr. 48/1988, er lengdi refsivist og fékk forstöðumönnum fangelsa ákvörðunarvald þar um, var því í andstöðu við framangreind ákvæði stjórnarskrár.

### 2.1.2 59. grein – Skipan dómsvaldsins verður eigi ákveðin nema með lögum

Áskilnaður um lagafyrirmæli er að finna í ýmsum ákvæðum stjórnarskrárinnar og er 59. gr. hennar slíkt ákvæði. Þar segir að skipun dómsvaldsins verður eigi ákveðin nema með lögum. Markmið slíkra stjórnarskrárákvæða er að tryggja að viðkomandi atriði verði ekki ráðið með fyrirmælum framkvæmdavaldsins hvort sem er í mynd reglugerða, samþykka eða á annan hátt. Það er hins vegar ekkert því til fyrirstöðu að heimildarákvæði fyrir ráðherra eða önnur stjórnvöld, til þess að setja nánari reglur um útfærslu og framkvæmd viðkomandi laga, séu í lögum.<sup>8</sup>

Samkvæmt 59. gr. stjórnarskrárinnar felur stjórnarskrárgjafinn almenna löggjafanum ákvörðunarvald um skipun dómsvaldsins. Hugtakið „skipun dómsvaldsins“ segir ekki mikið, en vafalaust er hér átt við hvaða dómstólar skuli vera til, hversu mörg dómstigin skuli vera, hve marga dómara skuli skipa við hvern fyrir sig, hæfisskilyrði dómara, hvenær og hvernig mál skuli lögð dómstólana og hvernig megi áfrýja þeim málum til næsta dómstigs.<sup>9</sup> Dómstólalög nr. 15/1998 tóku gildi 1. júlí 1998. Í frumvarpi með lögunum segir að megingilgangur frumvarpsins sé „að styrkja stöðu og sjálfstæði dómstólanna sem þriðju valdstoð ríkisins og meðal annars auka þannig tiltrú almennings á starfsemi þeirra.“<sup>10</sup> Í lögunum segir til um dómstólaskipan í 1. – 3. gr. en þar kemur fram í 1. gr. að Hæstiréttur Íslands sé æðsti dómstóll ríkisins, að hann sé áfrýjunardómstóll og að hann hafi aðsetur í Reykjavík. Í 2. gr. er upptalning á héraðsdómstólum, heiti þeirra, aðsetri og umdæmi og í 3. gr. eru taldir upp „aðrir dómstólar“, Félagsdómur og Landsdómur.<sup>11</sup> Um Félagsdóm gilda lög nr. 80/1938 um stéttarfélög og vinnudeilur og um Landsdóm gilda lög nr. 3/1963 um Landsdóm.

Dómstigin á Íslandi eru tvö. Fyrri dómstigið er hjá héraðsdómstólunum og hið síðara (áfrýjunardómstig) hjá Hæstarétti.

<sup>8</sup> Gunnar G. Schram, 1999, bls. 398.

<sup>9</sup> Ólafur Jóhannesson, 1978, bls. 275-276.

<sup>10</sup> [www.althingi.is](http://www.althingi.is), 122. löggjafarþing, þskj. 176, 176. mál.

<sup>11</sup> Ólafur Jóhannesson, 1978, bls. 279-280.

Í Hæstarétti sitja samkvæmt 1. mgr. 4. gr. dómstólalaganna, 9 dómarar, skipaðir ótímabundið af forseta Íslands, samkvæmt tillögu ráðherra. Með lögum nr. 12/2011 um breyting á lögum um dómstóla, nr. 15/1998, með síðari breytingum, var fjölda hæstaréttardómara fjölgað í 12 frá 1. mars 2011, en þar segir einnig að ekki skuli skipa í embætti hæstaréttardómara, sem losna eftir 1. janúar 2013, fyrr en þess gerist þörf til að ná þeirri tölu sem mælt er fyrir um í 1. mgr. 4. gr. Samkvæmt 1. mgr. 12. gr. dómstólalaganna eru dómarar í héraði 38 talsins, skipaðir ótímabundið af ráðherra. Dómurum var fjölgað með lögum nr. 147/2009 í 43 frá gildistöku laganna, 21. desember 2009, og í 48 frá 1. mars 2011 með lögum nr. 12/2011. Einnig segir þar að ekki skuli skipa í embætti héraðsdómara, sem losna eftir 1. janúar 2013 fyrr en þess gerist þörf til að ná þeirri tölu sem mælt er fyrir um í 1. mgr. 12. gr. Fjölgun dómara í Hæstarétti og við héraðsdómstólana er því tímabundin. Í Félagsdómi sitja fimm menn sem skipaðir eru til þriggja ára eins og fram kemur í 39. gr. laga nr. 80/1938 um stéttarfélag og vinnudeilur. Í Landsdómi sitja 15 dómarar og eru það þeir fimm dómarar við Hæstarétt sem hafa átt þar lengst sæti, dómstjórinn í Reykjavík, prófessorinn í stjórnskipunarrétti við Háskóla Íslands og átta menn sem kosnir eru af sameinuðu Alþingi með hlutfallskosningu til 6 ára í senn, eins og fram kemur í a og b lið 1. mgr. 2. gr. laga um Landsdóm nr. 3/1963.

Hæfisskilyrði hæstaréttardómara koma fram í átta töluliðum í 2. mgr. 4. gr. dómstólalaganna. Þar segir að ekki megi skipa mann í embætti hæstaréttardómara nema viðkomandi sé orðinn 35 ára, sé með íslenskan ríkisborgararétt, þannig á sig kominn líkamlega og andlega að hann geti gegnt embættinu, að hann sé lögráða og hafi aldrei misst forræði á búi sínu. Einnig segir þar að hann megi ekki hafa gerst sekur um refsivert athæfi eða sýnt af sér þá háttsemi sem rýrt geti það traust sem dómarar verði að njóta. Þá þarf hann að hafa lokið embættisprófi í lögfræði eða háskólaprófi í þeirri grein sem metið verður því jafngilt, hafa starfað í minnst þrjú ár sem héraðsdómari, hæstaréttarlögmaður, prófessor í lögum, lögreglustjóri, sýslumaður, ríkissaksóknari, vararíkissaksóknari, saksóknari, ráðuneytisstjóri, skrifstofustjóri í ráðuneytinu, umboðsmaður Alþingis eða hafa gegnt öðru líku starfi sem veitir hliðstæða lögfræðilega reynslu. Þá þarf hann að teljast hæfur í ljósi starfsferils síns og lögfræðilegrar þekkingar og í 2. mgr. kemur fram að hann má ekki vera giftur, hafa verið giftur eða skyldur, mægður að feðgatali, niðjatali eða öðrum lið til hliðar við sitjandi dómara í Hæstarétti.

Hæfisskilyrði dómara við héraðsdómstól koma fram í átta töluliðum í 2. mgr. 12. gr. dómstólalaganna. Viðkomandi þarf að vera orðinn 30 ára, hafa íslenskan ríkisborgararétt, vera

Þannig á sig kominn líkamlega og andlega að hann geti gegnt embættinu, vera lögráða og hafa aldrei misst forræði á búi sínu. Einnig segir að hann megi ekki hafa gerst sekur um refsivert athæfi eða sýnt af sér þá háttsemi sem rýrt geti það traust sem dómarar verða að njóta. Þá þarf hann að hafa lokið embættisprófi í lögfræði eða háskólaprófi í þeirri grein sem metið verður því jafngilt, hafa starfað í minnst þrjú ár sem alþingismaður, stundað málflutningsstörf að staðaldri eða gegnt lögfræðistörfum að aðalstarfi hjá ríkinu eða sveitarfélagi. Þá þarf hann að teljast hæfur í ljósi starfsferils síns og lögfræðilegrar þekkingar.

Eins og áður hefur verið komið inn á eru dómarar við Landsdóm 15. Af þeim eru 7 þar vegna stöðu sinnar annað hvort hjá Hæstarétti eða annarsstaðar í stjórnslunni og eru taldir hæfir af þeim sökum. Þeir 8 sem sameinað Alþingi kýs þurfa að vera orðnir 30 ára en mega ekki vera eldri en 70 ára, vera lögráða og hafa forræði fjár síns, hafa óflekkað mannorð, íslenskan ríkisborgararétt og heimili á Íslandi. Viðkomandi má ekki vera alþingismaður eða starfsmaður í stjórnarráðinu eins og fram kemur í 3. gr. laga um Landsdóm.

Dómendur við Félagsdóm skulu vera íslenskir ríkisborgarar, hafa fjárráð og óflekkað mannorð. Þeir tveir, sem skipaðir eru af Hæstarétti, skulu hafa lokið embættisprófi í lögfræði eins og kemur fram í 42. gr. laga nr. 80/1938 um stéttarfélög og vinnudeilur.

Réttarfarsreglur um hvenær og hvernig mál skuli lögð fyrir dómstóla og hvernig megi áfrýja málum til næsta dómstigs koma fram í lögum um meðferð einkamála nr. 91/1991 og lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008.

Um skipan dómsvaldsins er að litlu leyti kveðið á um í stjórnvaldsfyrirmælum. Í lögum um dómstóla nr. 15/1998 er vísað til reglugerðar nr. 395/1998 um dómþinghár og þingstaði í 2. mgr. 2. gr. og 21. gr., í 4. gr. a er vísað til reglugerðar nr. 620/2010 um störf dómnefndar sem fjallar um hæfni umsækjenda um dómaraembætti, í 26. gr. er vísað til reglugerðar nr. 463/2000 um aukastörf héraðs- og hæstaréttardómara og eignarhlut þeirra í félögum og atvinnufyrirtækjum og í 42. gr. er vísað til reglugerðar nr. 473/2009 um umdæmi héraðsdómstóla vegna sameiningar sveitarfélaga.

### **2.1.3 60. grein – Úrskurðarvald um embættistakmörk yfirvalda**

Í kröfugerðum gegn ríkinu eru þær kröfur algengastar að tiltekna ákvarðanir eða athafnir ríkisins verði dæmdar ógildar eða ólögmatar. Slíkar kröfugerðir eiga sér stoð í 60. gr. stjórnarskrárinnar

og eftir atvikum einnig í 1. mgr. 70. gr. hennar.<sup>12</sup> Samkvæmt 60. gr. stjórnarskrárinnar tekur úrskurðarvald dómenda til ágreinings um embættistakmörk yfirvalda og á það jafnt við um stjórnvöld og framkvæmdavaldshafa. Í því felst að undir dómstóla má bera hvort tiltekið mál skuli sæta fullnaðarúrlausn stjórnvalda eða dómstóla. Dómendur fá ekki einungis úrskurðarvald um valdatakmörk yfirvalda í 60. gr. heldur er greinin jafnan skýrð þannig að hún taki til sérhvers ágreinings um hvort yfirvöld hafi farið löglega að við framkvæmd starfa sinna. Sú skýring á greininni leiðir einnig til víðtækari verndar borgurunum til handa.<sup>13</sup> Þetta þýðir að dómstólar eru úrskurðarhæfir um staðarleg og málefnisleg valdmörk stjórnvalda og einnig um það hvort ákvörðun stjórnvalds sé lögmæt að formi, efni og aðferð og bægni stjórnvalds til að taka hana. Það er jafnan skilyrði fyrir því að fá úrskurð dómstóla um lögmæti ákvarðana og athafna stjórnvalds að ágreiningurinn sé borinn undir dómstóla af bærum aðila og að ágreiningurinn sé í sambandi við ákveðið sakarefni. Þar af leiðir að ekki er hægt að leggja fyrir dómstóla könnun á því hvort stjórnvaldsákvörðun er lögmæt og ekki er hægt að fá úrskurð um lögmæti hennar fyrr en hún er komin til framkvæmdar.<sup>14</sup>

Í Hrd. 1992, bls. 1962 (nr. 129/1991) þar sem tekist var á um gildi bráðabirgðalaga um launamál nr. 89/1990, segir að dómstólar eigi úrskurðarvald um það, hvort almenn lög samrýmist ákvæðum stjórnarskrárinnar og hvort þau hafi orðið til á stjórnskipulegan hátt. Eðlisrök leiði til þess, að hið sama gildi um bráðabirgðalög.

Það hefur verið byggt á þeirri meginreglu að dómendur eigi úrskurðarvald um lögmæti en ekki réttmæti stjórnvaldsákvæðana, það er að þeir geti úrskurðað um lögbundnar ákvarðanir, en ekki þær ákvarðanir sem eru háðar mati. Það hefur þó verið talið að dómendur eigi úrskurðarvald um form stjórnvaldsákvæðana, þótt matskenndar séu, en ekki efni þeirra.<sup>15</sup> Það má lesa úr úrlausnum íslenskra dómstóla þá meginreglu að sá, sem hnekkja vill stjórnvaldsákvörðun, verði að sýna fram á ólögmæti hennar.<sup>16</sup> Má orða það svo að dómstólar eigi úrlausn um allar ákvarðanir og athafnir stjórnvalda, hverjar sem þær eru, nema þær séu sérstaklega teknar undan lögsögu þeirra með lögum eða eðli máls.<sup>17</sup> Hæstiréttur orðaði þessa meginreglu í Hrd. 1982, bls. 192 (nr.

<sup>12</sup> Róbert R. Spanó, 2005, bls. 70-71.

<sup>13</sup> Ólafur Jóhannesson, 1978, bls. 394-395.

<sup>14</sup> Ólafur Jóhannesson, 1978, bls. 395.

<sup>15</sup> Eiríkur Tómasson, 1994, bls. 215.

<sup>16</sup> Eiríkur Tómasson, 1994, bls. 215-216.

<sup>17</sup> Róbert R. Spanó, 2005, bls. 70 og Eiríkur Tómasson, 1994, bls. 183.

96/1980)<sup>18</sup> og er hún lögfest með almennum hætti í 1. mgr. 24. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, sbr. áður 66. gr. laga nr. 85/1936 um meðferð einkamála í héraði.

Helstu álitaeftin um stjórnskipuleg valdmörk dómstóla gagnvart framkvæmdarvaldinu skapast í þeim tilvikum þegar krafist er að viðurkennd verði skylda stjórnvalds til athafna. Slíkt dómsorð hefði í för með sér að dómstóllinn væri að kveða upp endanlegan úrskurð um lyktir í réttarsambandi milli borgarans og stjórnvaldsins. Með viðurkenningu slíkrar kröfu væri dómstóll að taka, með bindandi hætti, afstöðu til þess að stjórnvald skuli taka ákvörðun sem lög gera ráð fyrir að sé verkefni stjórnvaldsins. Dómstóllinn veitir þannig borgaranum réttindi sem löggjafinn hefur veitt stjórnvaldinu að fjalla um í hverju tilviki. Dómstólar geta ekki breytt ákvörðun sem stjórnvald hefur tekið eða tekið nýja ákvörðun með því að viðurkenna dómkröfur stefnanda þegar lagaheimild að baki ákvörðuninni eða athöfninni er matskennd. Dómstólar yrðu að vísa slíkum kröfum frá dómi á grundvelli 1. mgr. 24. gr. laga nr. 91/1991.<sup>19</sup>

#### 2.1.4 61. grein – Dómendur skulu einungis fara eftir lögum

Í 61. gr. stjórnarskrárinnar er kveðið á um að dómendur skulu í embættisverkum sínum fara einungis eftir lögum. Dómstólum er samkvæmt þessu „...fyrst og fremst óskyldt og óheimilt að fara eftir fyrirmælum framkvæmdarvaldshafa um það, hvernig dæma skuli í einstökum málum...“<sup>20</sup>

En hvað eru lög? Í lögfræði getur hugtakið lög haft ýmsar merkingar. Í sinni víðtækustu mynd er merking þess allar þær reglur sem hvíla á réttarheimild og er þá einnig oft talað um gildandi rétt. Auk þess er hægt að tala um lög í þrengri merkingu og er þá einungis verið að tala um sett lög frá Alþingi, en með lögum í víðtækri merkingu er átt við sett lög frá Alþingi auk almennra reglna stjórnvalda, svo sem reglugerðir. Í flokk laga í þrengri merkingu falla þær reglur sem handhafar lagasetningarvaldsins setja og í flokk laga í víðari merkingu falla þær reglur sem handhafar framkvæmdavaldsins setja, með stoð í lögum.<sup>21</sup>

Sett lög í þrengri merkingu eru stjórnarskráin og önnur lög sett af Alþingi, eftir þeim reglum sem stjórnarskráin setur. Helstu flokkar laga sem hér um ræðir eru grundvallarlög, almenn lög,

<sup>18</sup> Í dóminum segir orðrétt: „Það er meginregla íslenskra laga að þau mál sæti úrlausn dómstóla sem eigi eru skýrlega undan dómsögu þeirra tekin, sbr. 2. gr. stjórnarskrár nr. 33/1944 og 60. gr. hennar að því er tekur til tengslanna milli dómstóla og stjórnvalda.“

<sup>19</sup> Róbert R. Spanó, 2005, bls. 71.

<sup>20</sup> Ólafur Jóhannesson, 1978, bls. 276.

<sup>21</sup> Ingibjörg Þorsteinsdóttir, 2010, bls. 27-28 og Sigurður Líndal, 2002b, bls. 3-5.

bráðabirgðalög, fjárlög og fjáraukalög. Lögunum er raðað eftir mikilvægisröð og fer stjórnarskráin þar fremst í flokki. Í 2. gr. stjórnarskrárinnar kemur fram sú regla að forsetinn og Alþingi fari saman með lagasetningarvaldið. Skör neðan við stjórnarskránnu eru lög sett af Alþingi og byggja þau gildi sitt á stjórnarskránni. Settur réttur í víðari merkingu eru ýmis stjórnsýslufyrirmæli eða stjórnvaldsfyrirmæli. eru það handhafar framkvæmdarvaldsins sem setja slík fyrirmæli en í 2. gr. stjórnarskrárinnar kemur fram að forseti Íslands og önnur stjórnvöld samkvæmt stjórnarskránni og öðrum landslögum fari með framkvæmdarvaldið. Helstu flokkar stjórnsýslufyrirmæla eru forsetaúrskurðir og tilskipanir, stjórnsýslufyrirmæli Alþingis í formi þingsályktana og stjórnsýslufyrirmæli framkvæmdarvaldsins svo sem reglugerðir. Reglugerðir eru almennar reglur gefnar út af ráðherrum og verða að hafa stoð í lögum og flokkast því skör lægra en lög sett af Alþingi. Lög eru misrétthá til að skera úr um ágreining ef um ósamrýmanleg lög er að ræða. Gilda þá þær reglur sem réttærri eru.<sup>22</sup>

Almenn skilyrði fyrir því að sakarefni verði borið undir dómstóla koma fram í 1. mgr. 24. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, sbr. áður 66. gr. laga nr. 85/1936 en í greininni kemur fram að lög og landsréttur þurfa að ná til sakarefnisins. Í H 1965:193 (nr. 34/1965) fer Helgi Hóseasson fram á að skírn og fermingu sé rift. Í niðurstöðum dómsins segir „Sakarefni er þess eðlis, að það heyrir ekki undir lögsögu dómstóla. Ber því að vísa máli þessu frá dómi ex officio samkvæmt 66. gr. laga nr. 85/1936.“

Í Hrd. nr. 1967, bls. 1011 (nr. 85/1967) er krafist greiðslu á erlendri skattaskuld. Hæstiréttur staðfestir niðurstöðu héraðsdóms, um að málinu skuli vísað frá. Hæstiréttur metur stefnubirtingu varhugaverða og vísar málinu frá á þeirri forsendu, en í niðurstöðum héraðsdóms segir:

Í 61. gr. stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33 frá 17. júní 1944 segir, að „Dómendur skulu í embættisverkum sínum fara einungis eftir lögunum“. Hér er fyrst og fremst átt við íslensk lög og landsrétt. Við úrlausn á kröfu þeirri, sem hér er höfð uppi, yrði hins vegar að dæma eftir erlendum rétti, sem dómariinn hvorki þekkir né ber embættisleg skylda til að kynna sér af sjálfsdáðum. eru því eigi fyrir hendi nauðsynlegar forsendur til könnunar á réttmæti skattkröfunnar, sem ákveðin er einhliða af hálfu skattayfirvalda og verður því eigi jafnað til borgaralegra krafna.

<sup>22</sup> Ingibjörg Þorsteinsdóttir, 2010, bls. 29-35 og Sigurður Línadal, 2002b, bls. 79 og áfram.



Af reglunni að ekkert megi hafa áhrif á dómsúrlausnir annað en löggin leiðir að dómara verða að vera hlutlausir, sem aftur þýðir að dómara þurfi að vera sjálfstæðir í störfum sínum.<sup>23</sup>

Það er almennt talið að lagahugtak 61. gr. stjórnarskrárinnar taki til settra réttarreglna sem og annarra réttarreglna sem eiga sér uppruna í réttarvenju, fordæmi, eðli máls og meginreglum laga.<sup>24</sup>

## 2.2 Rétturinn til að bera mál undir dómstóla

Ákvæði 70. gr. stjórnarskrárinnar hljóðar svo:

Öllum ber réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur eða um ákæru á hendur sér um refsiverða háttsemi með réttlátri málsmeðferð innan hæfilegs tíma fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli. Dómþing skal háð í heyranda hljóði nema dómari ákveði annað lögum samkvæmt til að gæta velsæmis, allsherjarreglu, öryggis ríkisins eða hagsmuna málsaðila.

Hver sá sem er borinn sökum um refsiverða háttsemi skal talinn saklaus þar til sekt hans hefur verið sönnuð.

Ákvæðið var fyrst sett í stjórnarskrána með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995. Voru flest réttindi sem þar koma fram þegar tryggð í réttarfarslögum með löggjöf um meðferð einkamála og meðferð opinberra mála, nú sakamálalaga. Meginmarkmið ákvæðisins er að tryggja jafnræði manna fyrir dómstólum og að ákvarðanir sem dómstólar taka um réttindi og skyldur manna hvíli á hlutlægum grundvelli.<sup>25</sup> Með greininni er úrlausn dómstóla tryggð með tvennum hætti. Í fyrsta lagi vísar greinin til ágreinings af einkaréttarlegum toga: „Öllum ber réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur...“. Þessi meginregla kemur einnig fram í 24. gr. einkamálalaganna.<sup>26</sup> Í öðru lagi er réttur manna tryggður til að fá úrlausn „um ákæru á hendur sér um refsiverða háttsemi“ og er hér bæði átt við háttsemi samkvæmt almennum hegningarlögum sem og

<sup>23</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2004, bls. 469.

<sup>24</sup> Ármann Snævarr, 1989, bls. 59-60 og Sigurður Líndal, 2002b, bls. 3.

<sup>25</sup> Gunnar G. Schram, 1999, bls. 517.

<sup>26</sup> 24. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála: Dómstólar hafa vald til að dæma um hvert það sakarefni sem lög og landsréttur ná til nema það sé skilið undan lögsögu þeirra samkvæmt lögum, samningi, venju eða eðli sínu. Eigi sakarefni ekki undir dómstóla vísar dómari máli frá dómi.

sérrefsilögum. Aðgangi að dómstólum fylgir þó sá áskilnaður að um lögvarða hagsmuni sé að ræða.<sup>27</sup>

Í Hrd. 2000, bls. 83 (nr. 19/2000) segir: „Í 70. gr. stjórnarskrárinnar felst sjálfstæð regla um að menn skuli almennt eiga rétt á að bera mál sín undir dómstóla. Ákvæði í almennum lögum, sem takmarka þennan rétt, verður að skýra með hliðsjón af því“.

Orðalag ákvæðisins er um margt líkt 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu og má skýra greinina með hliðsjón af efni hennar. Samningurinn um verndun mannréttinda og mannfrelsis var fullgiltur af Íslands hálfu 19. júní 1953, sbr. auglýsingu nr. 11/1954 í C - deild Stjórnartíðinda. Samningurinn ásamt viðaukum hefur síðan verið lögfestur hér á landi með lögum nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 25/1998.

Aðild Íslands að sáttmálanum hefur haft margvísleg áhrif á þróun íslensks réttar. Skýrsla Mannréttindanefndar Evrópu frá 8. mars 1989 í máli Jóns Kristinssonar gegn Íslandi, sem einkum fjallaði um íslenska dómstólaskipan í ljósi 1. mgr. 6. gr. sáttmálans, flýtti fyrir setningu laga um aðskilnað dómsvalds og umboðsvalds í héraði, nr. 92/1989, en þau tóku gildi 1. júlí 1992. Í ársbyrjun 1990 felldi Hæstiréttur Íslands dóm þar sem fallist var á með Mannréttindanefnd Evrópu að almennt yrði ekki talin næg trygging fyrir óhlutdrægni í dómstörfum ef sami maður kæmi að málinu sem lögreglustjóri og dómari. Var refsidómur sem fulltrúi sýslumanns kvað upp því ómerktur vegna vanhæfis hans. (Hrd. 1990 bls. 2)<sup>28</sup> Það sem vekur athygli er að hér dæma dómstólar á grundvelli þjóðarréttarlegs samnings sem ekki hafði verið lögfestur í íslenskum rétti og taka hann þannig fram fyrir íslensk lög. létu dómstólar álitid sem féll 1990 ganga framur íslenskum lögum og gegn fyrri fordæmum sínum.

### 2.3 Hlutverk og sjálfstæði dómstóla

Hlutverk dómstóla í réttarríkinu er að tryggja að stjórnvöld fari að lögum. Ákvarðanir löggjafarvalds og framkvæmdavalds ráðast að verulegu leyti af pólitískum sjónarmiðum en dómendum er ætlað að taka ákvarðanir einungis á grundvelli lagaraka. Dómari á aðeins að byggja ákvörðun sína á lögum en ekki persónulegum sjónarmiðum, eigin geðþótta, stéttar- né flokkssjónarmiðum.<sup>29</sup> Það að skorið sé úr um réttindi og skyldur manna af dómstólum sem eru

<sup>27</sup> Markús Sigurbjörnsson, 2005, bls. 117.

<sup>28</sup> Sigurður Tómas Magnússon, 2005, bls. 137.

<sup>29</sup> Friðgeir Björnsson, 1993, bls. 142-143.

óháðir öðrum handhöfum ríkisvaldsins og aðilum máls, er eitt af grundvallaratriðum í réttarríki nútímans.<sup>30</sup> Dómstólar eru ein mikilvægasta stofnunin í hverju því ríki sem kennir sig við hugmyndir réttarríkisins. Þeir eru forsenda þess að „rétturinn ríki“ en ekki geðþótti eða aðrir hagsmunir aðila í samfélaginu.<sup>31</sup> Hlutverk dómstóla er afmarkað í stjórnarskránni, lögum um meðferð einkamála nr. 91/1991, lögum um meðferð sakamála nr. 88/2008 og lögum um dómstóla nr. 15/1998. Dómendur fara með dómsvaldið samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar og skera úr um réttarágreiningu samkvæmt því sem gert er ráð fyrir í 1. mgr. 24. gr. laga um meðferð einkamála og öðrum réttarfarsreglum. Þeir ákveða einnig refsingar og önnur viðurlög eftir því sem fyrir er mælt í lögum, sbr. 1. og 3. gr. laga um meðferð sakamála. Einnig fara dómstólar með það hlutverk að skera úr um allan ágreiningu um embættistakmörk yfirvalda samkvæmt 60. gr. stjórnarskrárinnar.

Hlutverk Félagsdóms er að dæma í réttarágreiningu aðila vinnumarkaðarins. Í 44. gr. laga um stéttarfélag og vinnudeilur nr. 80/1938, er kveðið á um verkefni Félagsdóms í þremur liðum. Í fyrsta lagi er það hlutverk Félagsdóms að dæma í málum, sem rísa út af kærnum um brot á lögnum og tjóni, sem orðið hefur vegna ólögmetra vinnustöðvana. Í öðru lagi að dæma í málum, sem rísa út af kærnum um brot á vinnusamningi eða út af ágreiningu um skilning á vinnusamningi eða gildi hans. Í þriðja lagi er það hlutverk Félagsdóms að dæma í öðrum málum milli verkamanna og atvinnurekenda, sem aðilar hafa samið um að leggja fyrir dóminn, enda séu að minnsta kosti 3 af dómendum því meðmæltir. Í 2. mgr. kemur fram að heimilt sé að leita úrskurðar Félagsdóms um hvort starfsemi geti talist vera iðnaður og til hvaða iðngreinar hún taki.

Félagsdómur er sérdómstóll og er ekki heimilt að flytja mál fyrir almennum dómstólum sem höfða má fyrir Félagsdómi nema Félagsdómur hafi neitað að taka málið til meðferðar, sbr. 47. gr. áðurgreindra laga. Þá eru úrskurðir og dómar Félagsdóms endanlegir og verður almennt ekki áfrýjað. Málsmeðferð fyrir Félagsdómi fer að miklu leyti eftir lögum um meðferð einkamála en er þó frábrugðin í nokkrum atriðum, einkum að því er lítur að hraða í málsmeðferð. Fjöldi mála fyrir Félagsdómi hefur verið um 9 mál á ári á árunum 2002 - 2011.<sup>32</sup>

Hlutverk Landsdóms er að dæma í þeim málum sem Alþingi ákveður að höfða gegn ráðherrum út af embættisrekstri þeirra eins og fram kemur í 1. gr. laga um Landsdóm nr. 3/1963 og 14. gr.

<sup>30</sup> Eiríkur Tómasson, 1999, bls. 139.

<sup>31</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2004, bls. 465-466.

<sup>32</sup> Fjöldi mála Félagsdóms er fengin af [rettarheimild.is](http://rettarheimild.is)

stjórnarskrárinnar. Landsdómur dæmir í málum þeirra sem voru ráðherrar þegar hið saknæma atferli átti sér stað og skipti þá ekki máli hvort þeir eru enn ráðherrar þegar málshöfðun er ákveðin af Alþingi. Landsdómur er ekki dómbær í öðrum málum og fjallar þar af leiðandi ekki um mál einstaklinga gegn ráðherrum, þau mál falla undir venjulega dómstóla.<sup>33</sup> Ákvörðun Alþingis um málshöfðun gegn ráðherra skal gerð með þingsályktun í sameinuðu þingi og skulu kæruatriðið nákvæmlega tiltekin í þingsályktuninni, enda sé sókn málsins bundin við þau eins og fram kemur í 13. gr. laga um Landsdóm.

Alþingi samþykkti 28. september 2010 tillögu til þingsályktunar um málshöfðun gegn ráðherra, þar sem ákveðið var samkvæmt 14. gr. stjórnarskrárinnar og 13. gr. laga um Landsdóm að höfða bæri sakamál fyrir Landsdómi á hendur Geir H. Haarde vegna refsiverðar háttsemi hans í embættisfærslu sinni á árinu 2008<sup>34</sup> en ekki var ályktað um málshöfðun á hendur öðrum ráðherrum. Er þetta í fyrsta skipti sem mál kemur fyrir Landsdóm. Byggði sú ákvörðun Alþingis að höfða mál á hendur Geir, fyrir brot á lögum um ráðherraábyrgð nr. 4/1963, á skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis frá 2010. Samkvæmt 40. gr. laga um Landsdóm verður ákærður aðeins dæmdur fyrir þær sakir sem tilgreindar eru í ályktun Alþingis, en dómurinn er hins vegar ekki bundinn við refsikröfur saksóknara. Saksóknari Alþingis og varasaksóknari voru kosnir af Alþingi 12. október 2010 til að sækja fyrir hönd Alþingis það mál sem þingið ákvað að höfða á hendur Geir. Kosningu hlutu Sigríður J. Friðjónsdóttir sem saksóknari Alþingis og Helgi Magnús Gunnarsson sem varasaksóknari Alþingis. Þann 10. maí 2011 var ákæra í sex liðum gefin út á hendur Geir en með úrskurði Landsdóms nr. 3/2011, var tveimur ákæruliðum vísað frá. Aðalmeðferð málsins hófst 5. mars 2012. Dóms Landsdóms er að vænta um miðjan apríl 2012.<sup>35</sup> Samkvæmt 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 1. mgr. 8. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995 og 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994, eiga dómstólar að vera óháðir og óhlutdrægir. Í 24. gr. dómstólalaganna nr. 15/1998 segir að dómara séu sjálfstæðir í dómstörfum og leysi þau af hendi á eigin ábyrgð. Við úrlausn mála fari þeir eingöngu eftir lögum og lúti aldrei boðvaldi annarra. Einnig segir að dómsathöfn verði ekki endurskoðuð af öðrum nema með málskoti til æðra dóms. Markmið meginreglunnar sem fram kemur í 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar, 1. mgr. 8. gr. laga um meðferð einkamála og 1. mgr. 10. gr. sakamálalaganna,

<sup>33</sup> Ólafur Jóhannesson, 1978, bls. 172-173.

<sup>34</sup> Þingsályktunartillaga, 138. löggj. 706. mál.

<sup>35</sup> [www.althingi.is](http://www.althingi.is), tillaga til þingsályktunar, 138. löggjafarþing, þskj. 1503, 707. mál.

um að þinghöld skuli háð í heyranda hljóði, nema í sérstökum lögbundnum undantekningartilfellum sem fram koma í réttarfarslögum, er samkvæmt frumvarpi til stjórnskipunarlaga nr. 97/1995, að veita borgurunum rétt til að fylgjast með því hvort dómara starfi í raun eftir lögunum. Slíkt eftirlit er ekki hægt ef leynd hvílir yfir því sem fram fer í dómsölum og er reglunni því ætlað að veita dómendum aðhald í störfum sínum við að kveða á um réttindi og skyldur borgaranna.<sup>36</sup>

Það leiðir af 61. gr. stjórnarskrárinnar um að ekkert annað en lögin megi hafa áhrif á dómsúrlausnir, að dómara verða að vera hlutlausir. Til að dómendur geti verið hlutlausir þurfa þeir fyrst og fremst að vera sjálfstæðir í störfum. Þjónar sú regla þeim tilgangi að ekkert annað en lögin hafi áhrif á dómara þegar hann leysir úr máli. Löggjafarvaldið bindur þannig dómsvaldið en reglunni er auk hlutleysisreglunnar ætlað að tryggja að ekki verði lagt einstaklingsbundið mat á úrlausnarefni dómsins, en slíkt færi í bága við reglur réttarríkisins.<sup>37</sup> Sjálfstæði dómstóla er meðal grundvallarskilyrða réttarríkisins. Slíkir dómstólar, „óháðir öðrum handhöfum ríkisvaldsins, þykja hvarvetna meðal stjórnfrjálsra þjóða bezta tryggingin fyrir réttvísi og réttaröryggi.“<sup>38</sup> Montesquieu hélt því fram að dómstólar ættu að vera óháðir bæði löggjafarvaldinu og framkvæmdarvaldinu og einskorða sig við að framfylgja lögunum á óhlutdrægan og yfirvegaðan hátt. Með því móti einu gæti dómsvaldið sem Montesquieu kallar „hræðilegt vald“, orðið „ósýnilegt“.<sup>39</sup>

Megintilgangur dómstólalaganna, samkvæmt athugasemdum með upphaflegu frumvarpi, var að „styrkja stöðu og sjálfstæði dómstólanna sem þriðju valdstoð ríkisins og meðal annars auka þannig tiltrú almennings á starfsemi þeirra.“<sup>40</sup>

## 2.4 Dómsúrlausnir

Í 183. gr. laga um meðferð sakamála nr. 88/2008 og 114. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 kemur fram að ef dómsmál verði ekki fellt niður, því vísað frá eða um það gerð sátt skuli um það saminn dómur þar sem forsendur fylgja dómsorði. Er greinin í sakamálalögum

<sup>36</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2000, bls. 177.

<sup>37</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2004, bls. 469.

<sup>38</sup> Ólafur Jóhannesson, 1978, bls. 275.

<sup>39</sup> Montesquieu, 2002, bls. 153.

<sup>40</sup> [www.althingi.is](http://www.althingi.is), 122. löggjafarþing, þskj. 176, 176. mál.

nýmæli þar sem samsvarandi ákvæði var ekki í lögum um meðferð opinberra mála nr. 19/1991 og er hún sett eftir fyrirmynd í upphafsmálslið 114. gr. einkamálalaganna.<sup>41</sup>

Í f.- og g.- liðum 1. mgr. 183. gr. sakamálalaganna segir að greint skuli frá röksemdum dómara fyrir því hvað teljist sannað í málinu og með hverjum hætti, sem og röksemdir dómara fyrir niðurstöðu um önnur atriði máls, þar á meðal um viðurlög. Þetta kemur einnig fram í f.-lið 1. mgr. 114. gr. einkamálalaganna, að í forsendum skuli greina rökstudda niðurstöðu um sönnunaratriði og lagaatriði.

Ekki kemur að öðru leyti fram hvernig rökstuðningi dómara skuli háttað en það þýðir þó ekki að dómari geti hagað rökstuðningi að eigin vild.<sup>42</sup>

#### 2.4.1 Samning dóma

Í XVI. kafla einkamálalaganna, í ákvæðum 111. – 116. gr., er fjallað um dómsúrlausnir héraðsdóms. Í 114. gr. er fjallað um dómsúrlausnina sjálfa og hvað þurfi að koma fram í henni. Þar segir: Í upphafi dóms skal koma fram heiti og númer máls, svo og hvar og hvenær hann sé kveðinn upp, en í forsendum skal síðan greina;

a) hvenær mál var höfðað og dómtekið, b) nöfn og heimili aðila, c) kröfur aðila, d) stutt yfirlit um atvik að baki máli og ágreiningsefni í því, e) helstu málsástæður aðila og réttarheimildir sem þeir byggja á, f) rökstudda niðurstöðu um sönnunaratriði og lagaatriði, g) athugasemdir um rekstur máls og réttarfarssektir, h) málskostnað, i) nöfn dómenda og hver sé dómsformaður ef dómur er fjölskipaður, svo og starfsheiti meðdómsmanna.

Í 2. mgr. kemur fram að í dómsorði skuli aðalniðurstaða máls dregin saman, svo sem sýkna ef sýknað er af öllum efniskröfum, kröfur stefnanda sem eru teknar til greina o.s.frv.

Í 3. mgr. segir að dómar skuli vera stuttir og glöggir.

Sakamálalögin geyma sambærilegt ákvæði í 183. gr.

Haraldur Henrysson, fyrrverandi sakadómari, sagði dómasamningu vera kjarna dómara starfsins. Þó svo að önnur störf, sem flest væru undirbúningur fyrir þennan lokapátt, væru fyrirferðameiri í störfum dómarsins, þá væri dómari tunin sá hluti sem gerði mestar kröfur. Hann bendir á að varast

<sup>41</sup> [www.althingi.is](http://www.althingi.is), 135. löggjafarþing, þskj. 252, 233. mál.

<sup>42</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2000, bls. 174-175.

skuli að hafa form dóma of stíft, heldur láta hvert og eitt mál ráða för. Þungamiðja dómsins sé dómsorðið sem kveði á um úrslit máls.<sup>43</sup>

#### 2.4.2 Hvað þarf að rökstyðja?

Það er meginreglan að dómari þarf ekki að taka afstöðu til annars en þess sem tekist er á um í málinu sem fyrir honum liggur.<sup>44</sup> Ef atvikalýsingu er ekki mótmælt þarf dómari ekki að rökstyðja hana frekar en að atvik séu óumdeild.<sup>45</sup> Dómarinn er óbundinn af tilvísunum málsaðila til réttarreglna og þarf hann því ekki að taka afstöðu til lögfræðilegra útlistana á þeim eða útskýra hvernig hann beitir réttarreglum við úrlausn málsins. Það er ekki venja að vísa til fræðirita í dómum og ekki er alltaf vísað til dómafordæma, þrátt fyrir að þau hafi haft áhrif á niðurstöðuna. Það er hins vegar nauðsynlegt að vísa til lagaákvæða eða annarra réttarheimilda sem úrlausnin er byggð á. Ef ein af tveimur eða fleiri málsástæðum aðila leiða til þess að krafa hans nær fram að ganga eða þegar gallar á málalíbúnaði leiða til þess að máli er vísað frá dómi þarf dómari að jafnaði ekki að taka afstöðu til annarra málsástæðna en þeirra sem þegar leiða til þess að niðurstaða fæst í málinu. Hafi málsaðili hins vegar teft fram fleiri en einni málsástæðu, sem hver og ein nægir ekki til þess að krafa hans verði tekin til greina, þarf dómarinn að taka afstöðu til hvers atriðis fyrir sig, þar til niðurstaða er fengin. Það sama á við um mótmæli, dómari þarf að taka afstöðu til þeirra með sambærilegum hætti.<sup>46</sup>

Það er veigamikill þáttur í rökstuðningi að meta málsatvikin og hvaða ályktanir sé hægt að draga af þeim. Dómari þarf að taka afstöðu til þess sem tekist hefur að sanna ef deilt er um málsatvik en einnig til annarra ágreiningsefna, til dæmis bótaskyldu og til þess hvað verður lagt til grundvallar í úrlausninni. Það á að vera hægt að sjá af röksemdum dómara að tekin hafi verið afstaða til allra atriða sem skipt geta máli fyrir úrlausnina. Dómari á hins vegar ekki að taka afstöðu til neins annars en þess sem skiptir máli við niðurstöðu máls á grundvelli þeirra krafna sem gerðar eru í málinu.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Benedikt Sigurjónsson og Haraldur Henrysson, 1978, bls. 69.

<sup>44</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2000, bls. 205.

<sup>45</sup> Þór Vilhjálmsson, 1988, bls. 381.

<sup>46</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2000, bls. 205.

<sup>47</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2000, bls. 206.

### 2.4.3 Hvers vegna skal rökstyðja?

Meginreglan er sú að þinghöld eru háð í heyranda hljóði samkvæmt 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 1. mgr. 8. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995, 1. mgr. 10. gr. sakamálalaganna og 1. mgr. 8. gr. laga um meðferð einkamála, nema í sérstökum lögbundnum undantekningartilfellum, en reglur um það eru í réttarfarslögum. Í greinargerð með frumvarpi til framangreindra stjórnskipunarlaga kemur fram að markmið reglunnar sé að veita borgurunum rétt til að fylgjast með því hvort dómara starfi í raun eftir lögnum, en það sé ekki unnt ef leynd hvíli yfir því sem fram fari í dómsölum. Reglunni sé þannig öðrum þræði ætlað að veita dómendum aðhald í störfum sínum þegar þeir kveði á um réttindi og skyldur borgaranna.<sup>48</sup> Dómar skulu vera skriflegir og þeir færðir í dómabækur sbr., 1. mgr. 114. gr. og 1. mgr. 12. gr. laga um meðferð einkamála og 1. mgr. 183. gr. og 13. gr. sakamálalaganna.

Fleiri ástæður eru fyrir því að dómara skuli rökstyðja dóma sína. Það verður að vera hægt að sjá hvernig niðurstöðu var náð í tilteknu máli og hver rétturinn var talinn vera. En ástæðurnar eru fleiri. Þannig er komið í veg fyrir að dómara misnoti vald sitt og fari eftir fyrir mælum annarra, til dæmis stjórnvalds, við úrlausn mála eða láti eigin geðþótta, afstöðu til málsaðila, eða nokkuð annað en lög hafa áhrif á niðurstöðuna. Rökstuðningurinn sýnir þannig fram á að dæmt hafi verið eftir lögnum án utanaðkomandi áhrifa og endurspeglar þannig sjálfstæði og óhlutdrægni dómara.<sup>49</sup> Úrlausn dómsins á líka að endurspeglar að allir séu jafnir fyrir lögum eins og jafnræðisregla 1. mgr. 65. gr. stjórnarskrárinnar<sup>50</sup> mælir fyrir um, sbr. 1. mgr. 3. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995. Lög eru almenn og gilda því á sama hátt um alla sem eins er ástatt fyrir. Það leiðir af jafnræðisreglunni og öðrum grundvallarreglum réttarríkisins að dómstólar verða að gæta samræmis í úrlausnum. Verður það ekki gert nema niðurstöður dómsúrlausna séu rökstuddar og þannig sýnt fram á hvað það var sem skipti máli og eftir hverju var farið þegar dæmt var. Þá sést einnig hvort tilvik séu sambærileg en ef þannig er háttað eiga þau að leiða til sömu niðurstöðu að lögum og eykur það réttaröryggið vegna úrlausna mála fyrir dómstólum.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> [www.althingi.is](http://www.althingi.is), 119. löggjafarþing, þskj. 1, 1. mál.

<sup>49</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2000, bls. 178.

<sup>50</sup> 65. gr. stjórnarskrárinnar hljóðar svo: Allir skulu vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis, trúarbragða, skoðana, þjóðernisuppruna, kynþáttar, litarháttar, efnahags, ætternis og stöðu að öðru leyti. Konur og karlar skulu njóta jafns réttar í hvívetna.

<sup>51</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2000, bls. 178.



Það getur haft þýðingu við túlkun og greiningu á því hvernig réttarheimildum er beitt hvernig dómari rökstyður dómsúrlausn en í rökstuðningnum kemur jafnan fram hver rétturinn er í því tilviki sem um ræðir hverju sinni. Á þetta sérstaklega við í dómum Hæstaréttar. Einnig geta röksemdir fyrir dómsniðurstöðu haft þýðingu þegar metið er hvort dómur hafi fordæmisgildi vegna sambærilegra atvika og hafa sérstaklega mikið vægi þegar dómur er talinn hafa fordæmisgildi. Röksemdir í dómsúrlausnum geta þannig orðið grundvöllur réttarreglu. Þá má oft draga margvíslegan lærdóm af röksemdum dómara þó svo hverri dómsúrlausn sé einungis ætlað að hafa bindandi réttaráhrif fyrir aðila málsins, þá getur rökstuðningur í dómi haft almenna þýðingu, m.a. fyrir réttarþróunina og lögfræðina sem fræðigreini.<sup>52</sup>

#### 2.4.4 Hvernig skal rökstyðja

Í forsendum dóma þarf rökstudd niðurstaða um sönnunaratriði og lagaatriði að koma fram eins og fram kemur í 114. gr. einkamálalaganna og 183. gr. sakamálalaganna. Að ýmsu þarf að huga þegar framangreind lagaákvæði eru túlkuð. Fyrst verður að líta svo á að reglurnar beri að skýra í samræmi við sögulegan bakgrunn og þann tilgang sem þeim er ætlað að þjóna. Í annan stað þarf að túlka reglurnar í samræmi við þau réttarfarsákvæði sem fjalla um form og efni dóma sem og aðrar lagareglur sem binda dómara í rökfærslunni eða hafa áhrif á það hvernig reglunum verður beitt. Í þriðja lagi þarf að huga að venjum sem geta ráðið nokkru um það hvernig rökstuðningi er hagað í dómsúrlausn. Verða reglurnar því að skýrast í samræmi við þær venjur sem dómstólar hafa mótað í þessum efnum. Að síðustu þarf að skilgreina hugtök, sem koma fram í lagatextanum, eins og rökstudd niðurstaða og röksemdir dómara, með tilvísun til hugtaka og aðferða rökfræðinnar. Málsaðilar leggja grundvöll að dómsmáli eftir settum lagareglum. Það er síðan verkefni dómsins að komast að niðurstöðu með því að leysa úr ágreiningsefninu, meta sök, taka afstöðu til þess hvað er talið sannað og dæma kröfur á lagalegum grunni. Dómurinn þarf að setja fram rökstuðning fyrir þessu með tilliti til sakarefnisins og viðeigandi réttarreglna. Almenn viðhorf og væntingar, aðstæður í þjóðfélaginu, tíðarandinn eða þjóðfélagsþróunin geta einnig haft áhrif á það hvernig dómari rökstyður niðurstöður sínar í dómsmáli. Einnig geta eigin viðhorf dómara haft áhrif á aðferðir eða leiðir sem dómari velur í rökstuðningi fyrir dómsniðurstöðu. Auk þeirra atriða sem nefnd hafa verið geta réttarreglur og önnur atriði staðið í vegi fyrir því að dómari ráði hvernig hann hagar rökstuðningi sínum. Rökstuðningur dómara þarf að vera í

<sup>52</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2000, bls. 179.

samræmi við reglur um óhlutdrægni og sjálfstæði dómstóla. Það þýðir að dómari er sjálfstæður gagnvart stjórnvöldum en þýðir ekki að hann geti látið einstaklingsbundin sjónarmið ráða mati á því hvernig hann leysir úr málum. Leiðir þetta af reglunni um óhlutdrægni, sem þýðir að matið sé ekki byggt á einstaklingsbundnum viðmiðum heldur almennum.<sup>53</sup>

#### 2.4.5 Innihald og efni rökstuðnings

Innihald og efni rökstuðnings fer eftir atvikum þeim sem tekist er á um fyrir dóminum og er tilefni hans að leysa úr réttarágreiningu um tiltekið sakarefni.<sup>54</sup>

Í 3. mgr. 114. gr. einkamálalaganna kemur fram að dómar skuli vera stuttir og glöggir. Dómar skulu vera stuttir þannig að betra yfirlit fáiist yfir bæði sakarefnið og úrlausnina og þeir skulu vera glöggir til þess að séð verði hvernig niðurstaðan var fengin. Markmiðið með þessu er að sýna fram á með skýrum og skilmerkilegum hætti hvað leiddi til niðurstöðunnar. Gert er ráð fyrir því í 1. mgr. 114. gr. að dómur skiptist í forsendur og dómsorð. Í d-, e- og f-liðum segir að í forsendum skuli m.a. greina stutt yfirlit um atvik að baki máli og ágreiningsefni í því, helstu málsálstæður aðila og réttarheimildir sem þeir byggi á og rökstuddar niðurstöður um sönnunatriði og lagaatriði. Ekki má skírskota í dómi til sannana eða atvika sem kunna síðar að koma fram, sbr. 4. mgr. ákvæðisins. Í 2. mgr. 183. gr. sakamálalaganna segir að í dómi skuli m.a. greina sakarefni, lýsingu málsatvika í aðalatriðum og röksemdir dómara um niðurstöðu og viðurlög. Í röksemdum skuli skýrlega koma fram hvað dómari telji sannað og með hvaða hætti. Dómari má ekki fara út fyrir kröfur aðila í dómi samkvæmt 1. mgr. 111. gr. einkamálalaganna, nema um atriði sé að ræða sem honum ber að gæta af sjálfsdáðum, og hann má ekki byggja niðurstöðu á málsástæðu eða mótmælum sem hefðu mátt koma fram en gerðu það ekki við meðferð málsins, sbr. 2. mgr. sömu greinar. Samkvæmt 180. gr. sakamálalaganna má hvorki dæma ákærða fyrir aðra hegðun en þá sem í ákæru greinir né heldur dæma aðrar kröfur á hendur honum.

Rökstuðningi skal hagað með tilliti til reglunnar í 1. mgr. 116. gr. einkamálalaganna en þar segir að dómur sé bindandi um úrslit sakarefnisins milli aðila og þeirra sem koma að lögum í þeirra stað, um þær kröfur sem eru dæmdar þar að efni til. Samkvæmt 1. mgr. 186. gr. sakamálalaganna bindur dómur ákærða, ákæranda og aðra um þau atriði sem þar eru dæmd. Dómur hefur fullt

<sup>53</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2000, bls. 176-178.

<sup>54</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2000, bls. 204.

sönnunargildi um þau málsatvik sem í honum greinir þar til það gagnstæða er sannað, sbr. 4. mgr. 116. gr. einkamálalaganna og 4. mgr. 186. gr. sakamálalaganna. Það er því mikilvægt að fram komi hvað lagt sé til grundvallar úrlausn mála því ef það er óljóst getur orðið erfitt að túlka hvaða þýðingu eða réttarverkun dómurinn hefur, þar sem til vandræða getur horft ef deilur spretta um þýðingu dómsins eftir að hann er fallinn eða um það hvað lá til grundvallar við úrlausn hans. Það þarf því að koma skýrt fram í rökstuðningi við úrlausn dómsmáls hvað leiddi til niðurstöðunnar en annað þarf almennt ekki að koma fram. Öllum atriðum þarf þó að vera gerð skil þannig að ekki þurfi að leita annað eftir upplýsingum eða útskýringum um niðurstöðuna og þarf dómurinn að þessu leyti að geta staðið sjálfstæður. Hins vegar er ekki ætlast til að dómur sé lögfræðileg álitsgerð og ekki verða dómstólar krafðir um álit um tiltekin atvik, nema að því leyti sem nauðsynlegt er til úrlausnar um ákveðna kröfu í dómsmáli, sbr. 1. mgr. 25. gr. einkamálalaganna.<sup>55</sup>

Samkvæmt grundvallarreglum og kröfum réttarríkisins er nauðsynlegt að gæta þess að allir njóti jafnræðis í lagalegu tilliti, bæði samkvæmt lögum og fyrir dómstólum. Í jafnræðisreglunni felst að dómstólar gæti samræmis við meðferð og úrlausnir mála og er reglunni ætlað að tryggja sömu réttindi fyrir alla sem eins er ástatt um. Reglunni um að dóma þurfi að rökstyðja er ætlað að sjá til þess að unnt sé að sjá hvernig niðurstaðan hefur verið fengin, að einungis hafi verið farið að lögum og að óhlutrægni og jafnræðis hafi verið gætt. Þannig er rökstuðningnum ætlað að koma í veg fyrir að dómsúrlausnir séu byggðar á geðþóttaákvörðunum dómarans. Slíkar reglur verða að tryggja réttláta málsmeðferð fyrir dómi.<sup>56</sup>

#### 2.4.6 Ófullnægjandi rökstuðningur

Hæstiréttur gagnrýnir á stundum rökstuðning héraðsdómara í athugasemdum sínum. Þar getur verið um að ræða að rökstuðning vanti alveg, að honum sé áfátt eða að röksemdir séu óviðunandi. Jón Steinar Gunnlaugsson, nú hæstaréttardómari, sagði um rökstuðning Hæstaréttar í bók sinni „Deilt á dómara“ sem kom út 1987:

Það er athyglisvert í flestum málanna, að dómurarnir koma með niðurstöður sínar án nokkurs rökstuðnings að heitið geti. Lagðar eru fyrir þá spurningar um þýðingarmikil grundvallaratriði, og rökum er teflt fram. En rökin eru yfirleitt ekki virts svars. Við það er

<sup>55</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2000, bls. 181-182.

<sup>56</sup> Sigríður Ingvarsdóttir, 2004, bls. 470.

látið sitja að fella órökstudda eða lítt rökstudda dóma. Láí mér hver sem vill þó að ég segi, að ekki sé mikil reisin yfir slíku dómsstarfi. Í réttarfarslögum eru raunar ákvæði um, að niðurstaða dóms skuli vera rökstudd. Varla er í annan tíma meiri ástæða til rökstuðnings heldur en þegar deilt er um grundvallaratriði sjálfrar stjórnarskrárinnar. Með órökstuddum dómsniðurstöðum eru dómarmar í raun að segja: „Valdið er okkar. Við höfum ákveðið að fara svona með það. Rök fyrir niðurstöðum okkar skipta ekki máli“.

Niðurstaðan fæst, en rökin vantar. Þar sem ég þekki til erlendis háttar þessu á annan veg. Þar eru rökin aðalatriðið. Niðurstaðan er ekki annað en það, sem óhjákvæmilega leiðir af rökum.<sup>57</sup>

Eftir þetta brutust út ritdeilur um dóma Hæstaréttar bæði hvort og hvernig þeir eru rökstuddir og einnig um það fyrir hvern Hæstiréttur væri að rökstyðja og er það rakið í næsta kafla.

#### 2.4.7 Fyrir hvern er rökstuðningur?

Hjördís Björk Hákonardóttir skrifaði grein í Skírni að vori 1988. Þar gerði hún að umtalsefni bók Jóns Steinars Gunnlaugssonar „Deilt á dómaramana“ og segir að gagnrýni Jóns Steinars, sem beinist að rökum fyrir dómsniðurstöðum, sé bæði réttmæt og tímabær. Hjördís segir meðal annars um rökstuðning dómsniðurstöðu:

Með rökstuðningi er sýnt fram á að niðurstaðan sé rétt og réttlát. Sé dómur órökstuddur eða lítt rökstuddur er ekki hægt að vita hvort niðurstaðan fullnægir þessum skilyrðum. Rökin eru það tæki sem við höfum til þess að sanna rétta niðurstöðu og sú skylda er lögð á dómarmar með ofangreindri starfsreglu, að sanna að hann hafi leyst starfið vel.<sup>58</sup>

Grein Hjördísar virðist hafa hrundið af stað þó nokkurri umræðu um rökfærslur í dómum og þótti sitt hverjum. Þór Vilhjálmsson, ritar grein í hausthefti Skírnis árið 1988, þar sem hann kemur með athugasemdir við grein Hjördísar. Þar lýsir hann dómsstörfum og bendir á fjölbreytileika þeirra. Hann lýsir þeirri skoðun sinni að dóma eigi ekki að semja eftir föstum reglum heldur beri að taka mið af því hve flókið hvert og eitt mál er og hverjir eru taldir hafa áhuga á dómnum eða hver það sé sem hafi hagsmuni af því sem þar er um fjallað. Þór telur að „áhuginn á forsendum dóma, þ. á m. röksemdum dómara, er vafalaust oft lítill, jafnvel engin, og bundinn við aðilana og lögmennt þeirra.“ Það ætti því oftast að nægja og væri jafnvel æskilegt „að miða rökfærslu í

<sup>57</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, 1987, bls. 134-135.

<sup>58</sup> Hjördís Björk Hákonardóttir, 1988, bls. 167.

dómum við það að hún sé skiljanleg lögmönnum aðila.“ Almennitur láti sig dóma litlu skipta og að aðilar máls séu þeir einu sem lesi dóminn, ef þá þeir.<sup>59</sup>

Björn Þ. Guðmundsson prófessor skrifar grein um efnið í 4. tb. Tímarits lögfræðinga 1988. Hann er ekki sammála Þór um að skrifa eigi dóma „fyrir einhvern“ og telur jafnvel að rökfærsla í dómum sé ekki nauðsynleg heldur einungis niðurstaðan sjálf, dómsorðið. Einnig kemur fram í grein Björns að hann telji að dómara eigi fullt í fangi með að skrifa forsendur dóma þannig að lögmenn aðila skilji þá, hvað þá allur almennitur. Hann tekur þó undir með Hjördísi og Þór að í réttarríki þurfi að skrifa forsendur dóma en vill hafa þá sem allra stysta en góða.<sup>60</sup>

Í 2. tb. Tímarits lögfræðinga 1989 birtust tvær greinar sem svar við grein Björns. Önnur frá Hjördísi Björk Hákonardóttur og hin frá Jóni Steinari Gunnlaugssyni. Í grein Hjördísar bendir hún á að kjarninn í fyrstu grein hennar hafi verið sá að öruggan skilning væri ekki hægt að leggja í hlut sem ekki væri sagður glögglega. Hún sagði góðar forsendur þurfa að uppfylla tvö skilyrði en það væri í fyrsta lagi að lúta lögmálum fræðigreinarinnar þannig að þær leiði til réttlátrar niðurstöðu að gildandi rétti og í annan stað að sýna hverjum skynsömum manni sem hafa vill hvers vegna niðurstaðan er þessi.<sup>61</sup> Jón Steinar andmælir harðlega því sjónarmiði að rökstuðningur fyrir dómsniðurstöðum skipti ekki miklu máli. Hans reynsla sé sú að mikill áhugi sé fyrir því hvernig dómsniðurstaða sé fengin og sé „oft grundvallaratriði varðandi það hvort málsaðili sættir sig auðveldlega við niðurstöðu í máli sem hann hefur tapað.“ Ekkert sé betra til að vernda borgarana fyrir röngum niðurstöðum en skylda dómara til að rökstyðja niðurstöður sínar.<sup>62</sup>

Að síðustu skrifaði Garðar Gíslason grein í Tímarit lögfræðinga og lagði fram sitt innlegg í umræðuna. Garðar tekur undir með Hjördísi, Þór og Jóni Steinari um að röksemdir fyrir niðurstöðu í deilu manna skipti sköpum. Réttlæti hljóti að vera að hver fái það sem honum ber og að niðurstaðan sjálf segi eingöngu til um það hver fái til dæmis bæturnar eða hver sé sýknaður af slíkum kröfum. Rökleiðslan er aðferð réttarríkisins til að menn sjái hvort réttlætinu sé fullnægt og verður til þess að málsaðilar sjá hvort þeir áttu að tapa málinu eða ekki.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Þór Vilhjálmsson, 1988, bls. 383.

<sup>60</sup> Björn Þ. Guðmundsson, 1988, bls. 268-269.

<sup>61</sup> Hjördís Björk Hákonardóttir, 1989, bls. 133-135.

<sup>62</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, 1989, bls. 135-136.

<sup>63</sup> Garðar Gíslason, 1989, bls. 146-147.

Það er álit höfundar að rökstuðningur dóma sé grundvallaratriði og að dómur sé aðallega samdir fyrir aðila málsins. Einnig er rökstuðningur mikilvægur sem vernd fyrir borgarana, þannig að hægt sé að sjá hvað liggja til grundvallar fyrir niðurstöðu dómara og sem lögskýringargagni vegna fordæmisgildi dóma. Nauðsynlegt er að hægt sé að sjá hvaða réttarheimildir lágu þar til grundvallar bæði þegar fordæmi er staðfest og sér í lagi ef dómurinn fer gegn fyrra fordæmi sínu. Nánar verður fjallað um fordæmi í næsta kafla.

## 2.5 Samantekt

Í kaflanum hefur verið farið yfir dómsvaldið og dómstólana, dómsniðurstöður og rökstuðning fyrir þeim. Í ákvæðum stjórnarskrárinnar kemur fram í 2. gr. að dómendur fari með dómsvaldið; í 59. gr. að skipan dómsvaldsins verði ekki ákveðin nema með lögum; 60. gr. segir að dómstólar hafi úrskurðarvald um embættistakmörk yfirvalda; 61. gr. segir að í embættisverkum sínum skuli dómendur einungis fara að lögum og í 70. gr. er kveðið á um réttinn til að bera mál undir dómstóla. Hlutverk dómstólanna er að skera úr um rétt manna og skyldur þegar ágreiningur rís sem og að dæma sekt og viðeigandi viðurlög verði menn ákærðir og sekir fundnir um refsivert athæfi. Um þetta fjalla dómsniðurstöður réttarins og skal hún vera rökstudd. Mikilvægt er fyrir aðila máls að dómsniðurstöður séu vel rökstuddar. Einnig er það liður í réttaröryggi að ljóst sé hvernig dómurinn komst að niðurstöðu og hver sé talinn gildandi réttur sem síðar getur verið grundvöllur fordæmis.

### 3 Lagasetningarvald dómstóla

Í kafla 2.1.4 var fjallað um 61. gr. stjórnarskrárinnar, þar sem kemur fram að dómendur skulu í embættisverkum sínum fara einungis eftir lögunum. Til að átta okkur betur á því hvað átt er við með „lög“ verður í þessum kafla farið yfir helstu réttarheimildirnar sem dómstólar vinna eftir í störfum sínum. Sérstaklega verður réttarheimildin fordæmi skilgreind þar sem hún er sú réttarheimild sem dómendur skapa með dómum sínum. Í öðru lagi verður farið yfir lagasetningu, í hverju hún felst, hverju þarf að huga að við framkvæmd hennar og hvort sett lög geti svarað öllum spurningum. Farið verður yfir hlut Hæstaréttar í mótun löggjafar gegnum dóma hans og sýnt fram á með dómareifunum hvernig dómstóllinn hefur myndað lagareglur. Eins verður fjallað um þann eðlismun sem er á lagasetningu löggjafarvalds og dómvalds

#### 3.1 Réttarheimildirnar

Samkvæmt skilgreiningu Sigurðar Líndal eru réttarheimildir „þau viðmið – gögn, sú háttsemi, þær hugmyndir og hvaðeina annað – sem almennt er viðurkennt að nota skuli eða nota megi til rökstuðnings þegar réttarreglu er slegið fastri eða hún mótuð almennt eða í ákveðnu tilfalli.“<sup>64</sup>

Þegar talað er um gögn sem viðmið við notkun réttarheimildar er verið að vísa til áþreifanlegra gagna, einkum laga og dóma. Háttsemi á við venju og hugmyndir við viðmið sem ekki hafa mótast til hlítar eins og meginreglna laga og eðlis máls. Réttarheimildirnar, sett lög og venja eru sagðar bindandi heimildir og í raun eru dómur það líka. Öðrum réttarheimildum er frjálst að beita þ.e. það er háð mati þess sem ákvarða vill efni réttarreglu hvort hann beitir þessum heimildum.<sup>65</sup>

Verður hér farið yfir þær réttarheimildir sem helst eru taldar gilda í íslenskum rétti; sett lög, réttarvenja, fordæmi, lögjöfnun, meginreglur laga og eðli máls.

##### 3.1.1 Sett lög

“Með settum rétti er átt við skráðar réttarreglur, sem stafa frá handhöfum allsherjarvalds, er til þess hafa heimild að stjórnlögum eða öðrum lögum að skipa fyrir um slíkar reglur.”<sup>66</sup> Greina má á milli reglna sem handhafar lagasetningarvalds setja samkvæmt stjórnlögum og reglna sem handhafar framkvæmdavaldsins setja. Settur réttur skiptist í tvo flokka, settur réttur í þröngri merkingu og settur réttur í rýmri merkingu. Settur réttur í þröngri merkingu eru stjórnarskráin og

<sup>64</sup> Sigurður Líndal, 2002b, bls 75-76.

<sup>65</sup> Sigurður Líndal, 2002b, bls. 76-77.

<sup>66</sup> Ármann Snævarr, 1989, bls. 161.

önnur lög sett af Alþingi, eftir þeim reglum sem stjórnarskráin setur. Helstu flokkar laga sem hér um ræðir eru almenn lög, grundvallarlög, bráðabirgðalög, fjárlög og fjáráukalög. Lögnum er raðað eftir mikilvægisröð og fer stjórnarskráin þar fremst í flokki. Settur réttur í víðari merkingu eru lög sett af Alþingi sem og reglur sem sprottnar eru frá handhöfum framkvæmdarvaldsins. Um er að ræða ýmis stjórnsýslufyrirmæli eða stjórnvaldsfyrirmæli og eru helstu flokkar stjórnsýslufyrirmæla forsetaúrskurðir og tilskipanir, þingsályktanir Alþingis og stjórnsýslufyrirmæli framkvæmdavaldsins, eða reglugerðir. Reglugerðir eru algengasta form stjórnsýslufyrirmæla framkvæmdarvaldsins, en um er að ræða almennar reglur gefnar út af ráðherrum. Reglugerðum er almennt ætlað að binda borgarana og eru lagaákvæðum til fyllingar um til dæmis framkvæmd laga. Löggjafarvaldið framselur valdi til framkvæmdarvaldsins með því að heimila setningu reglugerða en framkvæmdarvaldið er oft á tíðum betur í stakk búið til að setja nánari reglur um viss atriði þar sem þau eru kunnari því efni sem lagaákvæðin fjalla um. Reglugerði verða að hafa stoð í lögum og flokkast því lægri en almenn lög sett af Alþingi.<sup>67</sup>

Til að skera úr um hvaða lagaákvæði skal nota er stuðst við lögskýringu. Fyrsta stig lögskýringarferlisins er að afmarka hvaða lagaákvæði koma til greina við úrlausnina og skal þá litið til forgangsreglnanna *lex superior*, *lex posterior* og *lex specialis*. Áður en það er gert skal þó leitast við að túlka slík ákvæði þannig að þau verði samrýmanleg. Forgangsreglan, *lex superior*, er í eðli sínu lýsing á samspili tveggja eða mismunandi réttarheimilda með sama efnisinntak, það er um rétt hæð þeirra innbyrðis. Ef árekstur er milli almennra laga annars vegar og reglugerðar hins vegar, þá leiðir það af reglunni að leggja verður til grundvallar ákvæðið í almennum lögum sem er rétt hærri réttarheimild til að komast að niðurstöðu. *Lex posterior* forgangsreglan þýðir að yngri ákvæðið gengur framur því eldra ef ágreiningurinn er á milli tveggja greina í almennum lögum og með *lex specialis* reglunni er lagt til grundvallar að sérregla gengur framur almennri reglu.<sup>68</sup>

### 3.1.2 Réttarvenja

Yfirleitt er litið svo á að vissum skilyrðum uppfylltum geti venja verið réttarheimild. Þau skilyrði eru að venjunni hafi verið fylgt í langan tíma, að notkun hennar hafi verið stöðug og samkvæmni hafi gætt við notkun hennar. Í nútímanum, þar sem lög eru sett fyrirfram til að stýra æskilegri

<sup>67</sup> Ármann Snævarr, 1989, bls. 161-162 og 181.

<sup>68</sup> Róbert R. Spanó, 2007, bls. 77-80.



hegðun, er gildi réttarvenju minna en í eldri rétti.<sup>69</sup> Réttarvenja getur þó ekki alltaf komið að haldi sem réttarheimild. Þegar um er að ræða refsheimildir er það til dæmis áskilið að háttsemi þurfi að vera lýst refsiverð í lögum eða styðjast við fullkomna lögjöfnun, svo að refsingu verði beitt. Samkvæmt því er réttarvenja ekki fullnægjandi frumrefsheimild.<sup>70</sup>

Réttarvenja skiptist í nokkra flokka svo sem stjórnskipunarvenju, stjórnsluvenju, dómavenju, almannavenjur, staðbundna venju og viðskiptavenju.

### 3.1.3 Fordæmi

Samkvæmt skilgreiningu er fordæmi „að dómsúrlausn hafi gengið um tiltekið réttatriði og að hún sé notuð sem fyrirmynd í síðara dómsmáli“.<sup>71</sup> Ekki er ágreiningur um þessa skilgreiningu eða það að ekkert skyldar dómendur til að fylgja fordæmum en ef oft væri hvarflað frá þeim ylli það óvissu og skerti réttaröryggi.<sup>72</sup> Reynslan sýnir að Hæstiréttur fylgir oftast fyrri úrlausnum sínum og að aðrir dómsstólar fara að fordæmum Hæstaréttar. Í Hrd. 1987, bls. 373 (nr. 138/1986) er vísað til fordæmis sem varð til fyrir þann sama dag.<sup>73</sup> Í dómnum sátu tveir af þeim dómurum sem kváðu upp fyrri dóminn og voru í andstöðu við niðurstöðu hans og skiluðu séráliti.

Dómarnir töldu sig bundna af fordæminu og samþykktu niðurstöðuna í seinni dómnum, án þess að skila inn séráliti, þó svo þeir hafi í raun verið á annarri skoðun eins og fram kemur í séráliti þeirra í fyrri dómnum.

Í málum þar sem atvik máls eru einföld og óbrotin og lagaákvæði sem við eiga eru skýr þannig að enginn vafi leiki á um hver reglan er, verður tæplega vísað til fordæmis heldur þeirra lagagreina sem dómarnir byggir dómsúrlausn sína á. Til þess að dómur sé fordæmi þarf hann að „fela í sér sjálfstæða viðbót við þær réttarheimildir sem lagðar eru til grundvallar niðurstöðu dómsins og hafa eitthvað að geyma sem gefa ber gaum við úrlausnir síðari mála“.<sup>74</sup> Það er fyrst og fremst þar sem engum lagaákvæðum er fyrir að fara eða ákvæði þeirra eru óljós og dómstóllinn þarf að leysa úr málinu með því að skýra eða móta lagaregluna sem notuð er til að komast að niðurstöðu að fordæmi skapist. Ekki verður allur hluti dómsins að fordæmi heldur sá hluti hans þar sem úrslitarökin „ratio decidendi“ koma fram. Með því hugtaki er átt við „þær

<sup>69</sup> Ingibjörg Þorsteinsdóttir, 2010, bls. 82.

<sup>70</sup> Ármann Snævarr, 1989, bls. 209.

<sup>71</sup> Ármann Snævarr, 1989, bls. 213.

<sup>72</sup> Sjá t.d. Jón Steinar Gunnlaugsson, 2003, bls. 29 og Ingibjörg Þorsteinsdóttir, 2010, bls. 72.

<sup>73</sup> Hrd. 23/1986, vísað er til fordæmisins í séráliti í dómnum.

<sup>74</sup> Sigurður Línal, 2002b, bls. 193-194.

forsendur dóms sem ráða úrslitum um dómsniðurstöðuna þannig að hún yrði önnur ef þessar forsendur skorti.<sup>75</sup> Þar með er þó ekki sagt að sá hluti forsendna dómsins þar sem almennar hugleiðingar dómarans koma fram hafi ekki undir neinum kringumstæðum fordæmisgildi. Jón Steinar Gunnlaugsson segir um þetta:

Meira að segja er hugsanlegt að hin fordæmisskapandi dómstóll, á Íslandi Hæstiréttur, taki slíkan almennan kafla, sem ekki getur talist nauðsynlegur til úrlausnar þess tiltekna máls sem dæmt er, upp í dómsforsendur sínar gagnert í því skyni að veita vísbendingu um hvert teljist vera efni hins gildandi réttar á viðkomandi sviði. Slíkar hugleiðingar geta þá haft fordæmisgildi af þeirri einföldu ástæðu að þær veita vísbendingu um þá úrlausn sem réttarágreiningur um það efni myndi fá hjá dómstólnum ef hann yrði þar upp borinn. Fordæmisgildi dóms felst almennt einmitt í þessu.<sup>76</sup>

Fordæmi geta haft mismunandi gildi fyrir mismunandi aðila. Stjórnvöld eru til dæmis bundin af stjórnslufordæmum og úrskurðir yfirkattaneftndar eru bindandi fyrir nefndina sjálfa og önnur skattyfirvöld svo sem ríkisskattstjóra en dómstólar eru ekki bundnir af þessum fordæmum.<sup>77</sup> Það er talið að aðeins dómar Hæstaréttar teljist hafa eiginlegt fordæmisgildi. Það felst í því fyrirheit um sambærilega niðurstöðu að fyrirbyggjandi er úrlausn Hæstaréttar á ákveðnu álitafni. Það væri íþyngjandi fyrir málsaðila að þurfa að áfrýja til Hæstaréttar máli vegna þess að héraðsdómur fór ekki eftir fordæmi réttarins. Fullnægjandi þykir í síðari málum að vísa til þess dóms Hæstaréttar sem þegar hefur leyst úr álitafninu og gildir það bæði um héraðsdóm og Hæstarétt.<sup>78</sup>

Við mat á fordæmum er í ýmis horn að líta. Það þarf að huga að hvaðan fordæmi er komið þegar meta á vægi þess, aldur þess og fjölda tilvika þar sem það hefur verið notað, orðalag í dómi og hvort um sératkvæði er að ræða. Einnig skiptir fjöldi dómara máli og á hvaða sviði fordæmið er.

Í hverjum dómi er einungis verið að fjalla um afmarkað efni og verður því að kanna gaumgæfilega hvort atvik séu sambærileg til að meta fordæmisgildi dóms gagnvart öðru máli. Aðilar máls hafa forræði yfir því og ákveða því um hvað málið snýst, samanber

<sup>75</sup> Ingibjörg Þorsteinsdóttir, 2010, bls. 76.

<sup>76</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, 2003, bls. 56-57.

<sup>77</sup> Ingibjörg Þorsteinsdóttir, 2010, bls. 99.

<sup>78</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, 2003, bls. 59.

málsforræðisregluna.<sup>79</sup> Mikilvægt er að kanna hvað það sé í forsendum dóms sem talist getur hafa slíkt gildi að fordæmi myndist.

Orðalag dóms getur skipt máli um fordæmisgildi hans. Óljós rök fyrir niðurstöðunni eða fleiri en ein röksemd, sem hver og ein gæti verið fullnægjandi til að ráða úrslitum í málinu, rýrir fordæmisgildi hans. Til dæmis má taka dóm meirihluta Hæstaréttar í máli nr. 125/2000 (öryrkjadómurinn). Þar var deilt um hvort skerðing á örorkulífeyri til örorkulífeyrisþega í hjúskap stæðist 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar.<sup>80</sup> Meirihlutinn taldi að slíkt væri heimilt en að skerðingin mætti ekki verða meiri en svo að tryggður væri réttur „sérhvers einstaklings til að minnsta kosti einhverrar lágmarks framfærslu eftir fyrirfram gefnu skipulagi, sem ákveðið sé á málefnalegan hátt.“ Virtist þetta leitt af 65. gr. stjórnarskrárinnar. Löggjafinn þurfti að bregðast við úrlausn dómsins en óljóst þótti hvað í dómnum fælist, bæði hver réttaráhrif hans væru gagnvart aðilum málsins sem og fordæmisgildi hans.<sup>81</sup> Dómurinn varð síðar tilefni frekari málaferla, Hrd. 2000, bls. 1534 (nr. 12/2000) þar sem reyndi á túlkun fyrri dómsins.

Sem dæmi um skýra og vel orðaða niðurstöðu má nefna Hrd. 1988, bls. 1532 (nr. 239/1987) er sett fram almennt orðuð regla um túlkun þágildandi 69. gr., nú 75. gr. stjórnarskrárinnar um atvinnufrelsi, sem kveður á um að ekki megi leggja nein bönd á atvinnufrelsi manna nema almenningsheill krefji, enda þurfi lagaboð til. Í dómnum segir:

Með orðinu „lagaboð“ er átt við sett lög frá Alþingi. Reglugerðarákvæði nægja ekki ein sér. Lagaákvæði er takmarka mannréttindi verða að vera ótvíræð. Sé svo ekki ber að túlka þau einstaklingi í hag, því mannréttindaákvæði eru sett til verndar einstaklingum en ekki stjórnvöldum.

Svo skýrt framsett regla verður greinargott fordæmi í síðari dómum.<sup>82</sup>

Almennt má telja að gildi fordæma minnki með aldrinum, en varanlegt gildi þess ræðst einnig mjög af því á hvaða sviði það er. Grundvallarreglur á sviði stjórnskipunarréttar geta haft gildi um

<sup>79</sup> Í málsforræðisreglunni felst að aðilar máls hafa forræði á aðild, kröfugerð, röksemdum, þ. e. málsástæðum og lagarökum, ágreiningsefninu og sönnunarfærslu. Einnig hafa þeir forræði á því hvort mál er höfðað yfirleitt. Heimild Markús Sigurbjörnsson, 2005, bls. 20-25.

<sup>80</sup> 76. gr. stjórnarskrárinnar hljóðar svo: Öllum, sem þess þurfa, skal tryggður í lögum réttur til aðstoðar vegna sjúkleika, örorku, elli, atvinnuleysis, örbirgðar og sambærilegra atvika.

Öllum skal tryggður í lögum réttur til almennrar menntunar og fræðslu við sitt hæfi.

Börnum skal tryggð í lögum sú vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst.

<sup>81</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, 2003, bls. 57.

<sup>82</sup> Ingibjörg Þorsteinsdóttir, 2010, bls. 77.

langa hríð þar sem löggjöf hefur haldist stöðug og ekki er þess að vænta að hugsunarháttur manna hafi breyst mikið. Þar sem löggjöf breytist örar eða þar sem framfarir eru tíðari, til dæmis tækniframfarir, er líklegt að dómur hafi lítið sem ekkert fordæmisgildi.<sup>83</sup> Við athugun á gildi eldri fordæma verður að skoða þær réttarheimildir sem lágu til grundvallar og kanna hvort þær teljist enn hafa sama gildi.<sup>84</sup> Einnig getur „tíðarandinn“ valdið hægfara breytingum á hugsunarhætti manna og túlkun réttinda vissra þjóðfélagshópa breyst. Í þessu sambandi má nefna rétt kvenna til eignamyndunnar í sambúð en dómaframkvæmd sýnir ótvíræðar breytingar frá miðjum sjötta áratug til loka þess níunda á síðustu öld. Dómar um þetta efni eru reifaðir í kafla 3.3.4.

Fordæmi styrkist eftir því sem Hæstiréttur leysir oftar úr sama álitaefni. Sú meðferð réttarheimilda sem lá til grundvallar í fyrsta dómnum hefur þá fengið prófun og staðfestingu. Ef endurtekið er leyst úr sama lagaatriði á sama hátt er oft talað um að dómvenja hafi myndast, sem er fordæmi í upphafi sem síðan verður að dómvenju eftir endurtekna staðfestingu.<sup>85</sup> Dómvenja getur síðan orðið að undirstöðu að mikilvægari reglu og þannig haldið gildi sínu þó svo að alla jafna sé ekki vísað í dóminn heldur til reglunnar sem leidd var af honum. Dæmi um þetta er Hrd. 1934, bls. 862 (nr. 55/1934) en þar var sett regla um atvinnurekendaábyrgð, atvinnurekandi og eigandi tækis sem veldur tjóni ber ábyrgð á gáleysi starfsmanna sinna. Meginreglan var síðan ítrekuð í fjölda dóma og er nú lögfest í 23. gr. skaðabótaganna nr. 50/1993.

Stakar úrlausnir dómstóla hafa minna gildi og skyldi skoða þær úrlausnir gagnrýnni augum heldur en þær dómsúrlausnir þar sem fordæmi styðja hvort annað.<sup>86</sup>

Í 2. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 kemur fram að í héraðsdómi skipar einn dómari dóminn í hverju máli. Í tveimur tegundum tilvika er heimilt að kveðja til meðdómendur. Í fyrsta lagi þegar deilt er um staðreyndir sem eru bornar fram sem málsástæður og dómari telur þurfa sérkunnáttu í dómi til að leysa úr málinu, getur dómariinn þá kvatt til tvo meðdómsmenn sem hafa slíka sérkunnáttu. Í öðru lagi ef mál er umfangsmikið eða sakarefnið mjög mikilvægt frá almennu sjónarmiði þá getur dómstjóri ákveðið að þrjú héraðsdómarar skipi dóm í málinu eða tveir héraðsdómarar með einum sérfróðum meðdómsmanni.

<sup>83</sup> Sigurður Línadal, 2002b, bls. 280-281.

<sup>84</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, 2003, bls. 63-64.

<sup>85</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, 2003, bls. 61.

<sup>86</sup> Sigurður Línadal, 2002b, bls. 283-284.

Kveðið er á um fjölda dómara í Hæstarétti í 7. gr. dómstólalaganna nr. 15/1998 en þar segir :

Eftir ákvörðun forseta taka þrír eða fimm dómarar við Hæstarétt hverju sinni þátt í meðferð máls fyrir dómi. Í sérlega mikilvægum málum getur forseti þó ákveðið að fleiri en fimm dómarar skipi dóm, en fjöldi þeirra skal þó standa á oddatölu.

Þeir dómur þar sem héraðsdómur er skipaður fleiri en einum dómara og sérstaklega þeir dómur þar sem þrír héraðsdómarar sitja og þegar fullskipaður Hæstiréttur dæmir í málum, með 7 dómurum, eru taldir hafa meira fordæmisgildi en aðrir dómur. Það sem gerir mál „sérlega mikilvæg“ í skilningi laganna er að sakarefnið er talið efnislega þýðingarmikið frá almennu sjónarmiði og sú staðreynd að fordæmi myndast við fyrstu úrlausn sem síðan er lagt til grundvallar annarra sambærilegra úrlausna síðar.<sup>87</sup> Einróma niðurstaða Hæstaréttar, þar sem fullskipaður dómur er sammála um niðurstöðu í dómsmáli, er sterkasta fordæmið. Jón Steinar segir í sératkvæði Hrd. 103/2012:

Dómar sem þrír hæstaréttardómarar standa að geta ekki talist hafa mikið fordæmisgildi, síst af öllu eftir að rétturinn hefur verið skipaður fjórfalt fleiri dómurum svo sem nú er. Fordæmisgildi dóma getur þar fyrir utan ekki gengið svo langt, að hafi einu sinni verið kveðinn upp rangur dómur sé upp frá því skylt að kveða upp ranga dóma um hliðstæð úrlausnarefni.

Fyrir kemur að dómarar eru ekki sammála um niðurstöðu máls og minnihlutinn skilar inn sératkvæði. Sératkvæðið hefur ekki áhrif á niðurstöðuna en getur haft áhrif á fordæmisgildi dómsins og veikt það ef um er að ræða ágreining um sjálfa niðurstöðuna en ekki einungis til dæmis um rökstuðning hennar.<sup>88</sup>

### 3.1.4 Lögjöfnun

Ekki eru allir sammála um hvort lögjöfnun skuli telja til réttarheimilda eða til lögskýringa en munurinn á milli lögjöfnunar og rýmkandi lögskýringar er oft óljós. Með lögjöfnun er átt við að ákvæði í settum lögum er beitt um ólögákvæðið tilvik sem samsvarar efnislega til þeirra tilvika sem lagareglan sjálf fjallar um.<sup>89</sup> Höfuðskilyrði þess að beita megi lögjöfnun á lagaákvæði er að ekki sé annað ákvæði í lögum sem taki til tilviksins, þ.e. engin lagaregla nær yfir tilvikið. Einnig

<sup>87</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, 2003, bls. 70.

<sup>88</sup> Ingibjörg Þorsteinsdóttir, 2010, bls. 78.

<sup>89</sup> Ingibjörg Þorsteinsdóttir, 2010, bls. 57-58.

verða að vera líkindi með því tilviki sem lagaákvæðið klárlega tekur til og þess ólögákvæðna, öll rök þurfa að standa til þess að sama regla skuli gilda í báðum tilvikum. Lögjöfnun er reist á því lagasjónarmiði að um tilvik sem eiga efnislega samstöðu skuli fara eftir sams konar réttarreglum. Stuðlar það að samræmi og samkvæmni í réttarkerfinu.<sup>90</sup>

### 3.1.5 Meginreglur laga

Meginregla laga er „óskráð réttarheimild sem vísar til einhverra grunngilda eða undirstöðuraka sem eiga sér einhverja stoð í ríkjandi siðferðis- eða gildismati.“ Meginreglur laga tengjast oft ákvæðum settra laga, annað hvort með því að um þær verður ályktað út frá einu eða fleiri lagaákvæðum eða út frá lagareglum á heilu réttarsviði eða lögnum í heild. Ýmis önnur hugtök eru notuð um meginreglur laga, svo sem grundvallarreglur, grunnreglur, undirstöðureglur, grunnrök eða undirstöðurök. Þegar niðurstöður dóma eru byggðar á meginreglum laga er það annað hvort sem frekari rökstuðningur við niðurstöðu sem er byggð á settum lögum eða öðrum réttarheimildum.<sup>91</sup>

### 3.1.6 Eðli máls

Almennt má segja að réttarheimildinni eðli máls sé aðeins beitt þegar ekki finnast aðrar réttarheimildir sem ná yfir það efni sem viðkomandi mál snýst um, efni málsins er ólögfest. Eðli máls er þannig sú réttarheimild sem er síðast leitað til. Einnig er eðli máls notað við lögskýringar. Þegar ekki finnast aðrar réttarreglur um viðkomandi ágreiningsefni kveður dómari upp dóm sinn samkvæmt eðli málsins. Hann tekur ákvörðun sína út frá sanngirnis- og réttlætissjónarmiðum og þjóðfélagslegri hagkvæmni. Sagt hefur verið að eftir eðli máls sé leitast við að finna þá reglu sem ætla má að löggjafinn hefði sett um þetta efni, ef til hefði komið eftir öllum gildandi lögum, lagasögunni, venjum og skynsamlegum rökum. Reglan leitast þannig við að skýra ólögfest atriði eftir því sem telst eðlilegt og sanngjarnt. Þó svo að eðli máls sé yfirleitt sú réttarheimild sem síðast er leitað til, byggja flestar aðrar réttarheimildir á eðli máls að einhverju leiti.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> Ármann Snævarr, 1989, bls. 232.

<sup>91</sup> Ingibjörg Þorsteinsdóttir, 2010, bls. 95-97.

<sup>92</sup> Sigurður Línadal, 2002b, bls. 206.

### 3.1.7 Þjóðréttarsamningar

Í seinni tíð hefur vaknað sú spurning hvort þjóðréttarsamningar geti talist til réttarheimilda í íslenskum rétti. Í lögum nr. 62/1994 segir að Mannréttindasáttmáli Evrópu skuli hafa lagagildi á Íslandi og samkvæmt 1. gr. laganna hefur sáttmálinn sömu stöðu og almenn lög. Fullgilding sammingsins þýðir að íslenska ríkið er bundið að þjóðarétti án þess að ákvæði hans teljist hluti landslaga. Það felur í sér að landslög ganga framur ákvæðum sammingsins ef misræmi er.<sup>93</sup> Í hefðbundnum fræðikenningum er sagt að á Íslandi sé við lýði kenningin um tvíeðli þjóðaréttar og landsréttar. Samkvæmt því er þjóðaréttur og landsréttur sjálfstæð réttarkerfi og þjóðarétturinn verður ekki sjálfkrafa hluti af landsrétti, heldur þarf að taka reglur þjóðaréttar upp í landsrétti með því að festa ákvæði alþjóðlegra samninga í lög eða stjórnarskrá. Kenningin felur því í sér að einstaklingar geta ekki byggt rétt sinn á þjóðréttarsamningum fyrir en reglur þeirra hafa með einhverjum hætti verið leiddar í landslög.<sup>94</sup>

### 3.1.8 Vægi réttarheimilda

Það má skipta þeim réttarheimildum sem um hefur verið fjallað hér að ofan í tvo flokka. Settur réttur og fordæmi fara þá í annan flokkinn og réttarvenja, lögjöfnun, meginreglur laga og eðli máls í hinn. Í fyrri flokknum er um að ræða réttarheimildir sem byggja á áþreifanlegum gögnum, lögum og dómum. Í síðari flokknum eru réttarheimildir sem byggja á háttsemi, hugmyndum og hverju öðru.

Sett lög og fordæmi er réttærri en réttarvenja, lögjöfnun, meginreglur laga og eðli máls þar sem þau byggja á áþreifanlegum gögnum og má rökstyðja það með skírskotun til lýðræðis – að löggjörnin fulltrúar setja reglurnar og löghelga þær með þeim hætti. Sett lög eru einnig í nánnum tengslum við réttarríkið með því að geyma almennar reglur sem mæla skilmerkilega fyrir um hvað bannað sé og leyft. Komið er í veg fyrir að lagareglur verði háðar geðþótta með því að tiltekna ákvarðanir eru felldar undir lagareglu og afleiðingar þeirra má sjá fyrir. Enn frekar stuðlar birting laga og beiting þeirra í heyranda hljóði að frekara réttaröryggi.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> Sigurður Línal, 2002b, bls. 83.

<sup>94</sup> Ingibjörg Þorsteinsdóttir, 2010, bls. 42-44.

<sup>95</sup> Sigurður Línal, 2002b, bls. 79 og áfram.

### 3.2 Um lagasetningu

Lög skulu vera almenn, þ.e.a.s. að þau mismuni ekki, heldur gangi jafnt yfir alla sem eins er ástatt um. Þau skulu vera framvirk en ekki afturvirk. Ekki er hægt að hegða sér í samræmi við lög sem ekki hafa verið sett þegar athafnir eiga sér stað. Það gæti verið réttlæt看legt að ívilnandi lög væru afturvirk en ekki nema í algjörum undantekningartilfellum með íþyngjandi lög.<sup>96</sup> Einnig er ekki hægt að hegða sér í samræmi við gildandi rétt ef hann er ekki gerður opinber með birtingu. Lögin þurfa að vera stöðug, aðgengileg og skýr. Tíðar lagabreytingar, tvíræð eða illskiljanleg lög valda óvissu um gildandi rétt og skerða réttaröryggið og möguleikann á því að hegða sér í samræmi við þau. Ekki mega vera mótsagnir í lögum þannig að menn brjóti eitt lagaákvæði með því að fara eftir öðru og lög mega ekki boða eitthvað sem ógerningur er að fara eftir. Yfirvöld verða að fara fyrir með góðu fordæmi og vera jafn bundin við lögin og þegnarnir og sýna góða stjórnarsýsluhætti og setja ekki stjórnarsýslufyrirmæli nema þau eigi stoð í lögum.<sup>97</sup>

Tæknilegar framfarir í þjóðfélagi skapa nauðsyn á nýjum reglum. Ákvæði umferðarlaga hafa til dæmis tekið miklum breytingum vegna tækniframfara og eins má nefna þjófnæð, þegar orkufordí ymiskonar kom til sögunnar. Álitamál var um hvernig tekið skyldi á óheimili nýtingu manns á orkufordá annars. Breytingar á viðskiptaháttum skipta hér einnig miklu máli þar sem nú gætir yfirleitt miklu meir auðgunar- og annarra efnahagsbrota.<sup>98</sup>

Til að lögin nái þessum markmiðum þarf sérstaklega að búa vel að dómstólum. Eins og fram kom í 2. kafla þá er dómstólum veitt heimild til endurskoðunar á lagasetningu löggjafarþings og stjórnarsýslureglum í 60. gr. stjórnarskrárinnar. Er það gert til að tryggja að lögin uppfylli framangreind skilyrði að kallast lög. Í 61. gr. stjórnarskrárinnar er sjálfstæði dómenda og dómstóla tryggt og einnig fjalla lög nr. 15/1998 um dómstólana eins og áskilið er í 59. gr. stjórnarskrárinnar. Að þinghöld dómstóla skulu vera haldin í heyranda hljóði og að dómstóll skuli vera óháður og óhlutdrægur kemur fram í 70. gr. og einnig að allir skuli hafa aðgang að

<sup>96</sup> Sem dæmi um þetta má nefna lög nr. 151/2010 um breytingu á lögum um vexti og verðtryggingu o. fl. nr. 38/2001 þar var vöxtum á gengistryggðum lánum sem höfðu verið dæmd ólögæt breytt afturvirk í lægstu vexti Seðlabanka Íslands. Lögin voru íþyngjandi að því leyti að samningar lánanna gerðu ráð fyrir að vextir væru mun lægri en Seðlabankavextirnir. Enn eru málaferli fyrir dómstólum þar sem tekist er á um gild lagabreytingarinnar.

<sup>97</sup> Sigurður Línal, 2002b, bls. 51-52.

<sup>98</sup> Ármann Snævarr, 1968, bls. 11.



dómstólum. Þessi regla kemur einnig fram í 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu sem var lögfest á Íslandi með lögum nr. 62/1994.

### 3.2.1 Geta sett lög svarað öllum álitaeftum?

Með settum lögum er ekki hægt að svara öllum þeim álitaeftum sem upp geta komið í samskiptum manna. Er þá átt við lög í þeirri merkingu er fyrir var lýst, sem framvirkum, skýrum, stöðugum og framkvæmanlegum. Lögin leysa þó flestan þann vanda sem upp kemur þar sem samskipti manna falla að jafnaði í tiltölulega staðlað og oftast einfalt ferli, en ef svo væri ekki væri upplausnarástand í þjóðfélaginu. En fjölbreytileikinn er meiri en svo að allt falli innan túlkunar lagaákvæða, merkingar orða eða hugtaka.<sup>99</sup> Að setja reglur um öll möguleg álitaefti kann ekki góðri lukku að stýra, en fyrir því eru nokkrar ástæður. Fyrst skal nefna hættuna á því að lög geti orðið of flókin og þannig illskiljanleg. Uppfylla þau þá ekki skilyrðin sem talin voru upp hér að framan. Þau kunna að verða til trafala og skerða ef til vill frelsi manna að nauðsynjalausu. Lögin þurfa einnig að fullnægja réttlætinu en erfitt getur verið að orða lög þannig að tekið sé á öllum álitaeftum og réttlætinu þannig fullnægt. Því er mörkuð megin stefna með lagasetningu og almennar reglur settar.<sup>100</sup>

Huga þarf að því hvernig þjóðfélagi vilji er til að búa í. Hversu mikil eiga afskipti ríkisvaldsins að vera? Er vilji til þess að ríkisvaldið seilist inn á öll svið mannlífsins og stofni svo eftirlit með því að reglunum sé framfylgt eða er vilji til þess að hafa sem fæstar reglur og leyfa mönnum að stjórna sér að megin stefnu sjálfir og fylgja sínum markmiðum? Of mikið frjálsræði er líklegt til að leiða til átaka milli manna og líklega verður þá brugðist við því með því að setja reglur og eftirlit með þeim. Of mikið af reglum loka fyrir að menn geti notið frelsis eða frumkvæðis og eykur á málafjölda dómstóla. Ágreiningurinn endar fyrir dómstólum og dómstólar móta skýrari reglur en fyrir voru. Örar breytingar í nútíma tækniþjóðfélagi gera löggjafanum erfitt fyrir að laga löggjöfina nógu hratt að nýjum aðstæðum. Hætt er við að lagbreytingar verði of tíðar, lög verði brotakennd og tímabundin, sem leiðir til óstöðugleika. Einnig er hætt við að eyður verði í löggjöfinni þannig að hún veiti enga úrlausn. Hvort tveggja vinnur gegn stöðugleika og fyrirsjáanleika laganna og skerðir þannig réttaröryggið. Þá kemur til kasta dómstóla að móta reglur og fylla upp í eyður. Það er að nokkru leiti afleiðing lýðræðis, fjölmennningar og fjölhyggju að menn setja traust sitt á lögin en ekki siðgæði. Þetta leiðir til þess að lagasetning einkennist að

<sup>99</sup> H.A.L. Hart, 1997, bls. 124.

<sup>100</sup> Sigurður Línal, 2002b, bls. 300-301.

einhverju leiti af málamiðlun milli stjórn málaflókka og þrýstihópa sem aðhyllast ólíkar hugmyndir og fylgja ólíkum hagsmunum. Þetta bitnar á orðalagi og öðrum ytri búningi laganna, þar sem sett eru mjög almennt orðuð ákvæði og vísireglur og lögin fullnægja ekki því skilyrði að vera skýr og afdráttarlaus. Með þessu vísar löggjafinn vandanum til dómstólanna en hann gæti einnig farið þá leið að framselja vald sitt til stjórn sýslunnar með reglugerðaheimildum. Á endanum verður það samt sem áður alltaf dómstólanna að leysa úr þeim ágreiningi sem upp kemur. Það er gjarnan ályktað að þar sem túlka þurfi lög þá sé ekki verið að setja reglu, heldur ákvarða efni reglu sem þegar sé til. Verður þetta sífellt erfiðara eftir því sem löggjöfin verður meiri og flóknari og svigrúm dómstólanna til að setja reglu eykst. Af þessum sökum er óhjákvæmilegt að dómstólar auki við löggjöfina eftir því sem þurfa þykir.<sup>101</sup>

### 3.3 Hlutur Hæstaréttar í mótun löggjafar

Ýmislegt kemur til álita þegar hlutur Hæstaréttar í mótun löggjafar er metinn, svo sem hversu mikið svigrúm dómstólum er gefið í stjórn skipuninni, hversu virkur löggjafinn er og hversu mikið svigrúm lög veita dómstólum. Dómstólar móta einkum nýjar lagareglur þegar 1) þeir taka afstöðu til álitaefna sem engin lög ná til, 2) þegar lagaákvæði er beitt í fyrsta sinn, 3) þegar vikið er frá fordæmi og ný regla mynduð og 4) jafnvel þegar venju er fylgt. Verður þetta nú skoðað nánar og dómar reifaðir sem ætlað er að sýna fram á að Hæstiréttur taki þátt í mótun löggjafar með því að setja reglur í dómum sínum.

#### 3.3.1 Þar sem engin lög eru fyrir

Iðulega koma upp ágreiningsefni fyrir Hæstarétti þar sem engin lög eru fyrir. Þá er einkum leyst úr þeim á grundvelli réttarheimilda eins og eðlis máls og meginreglna laga. Þegar dómstólar leysa þannig úr ágreiningsefni í fyrsta sinn setja þeir reglu eins og áður hefur verið komið inn á og skapa þannig fordæmi sem síðar verður lagt til grundvallar í öðrum dómsúrslausnum. Hefur það verið raunin um ýmsar reglur fjármuna-, skaðabóta- og stjórn sýsluréttar. Hér næst verða skoðaðir nokkrir dómar þessu til stuðnings og munu þeir raktir í aldursröð, þeir elstu fyrst.

Fyrstan skal nefna dóm frá Landsyfirrétti frá 1871. Um er að ræða dóm um jafnræðisregluna, en hún er nú lögfest í 11. gr. stjórn sýslulaganna nr. 37/1993. Landsyfirréttardómar og hæstaréttardómar í íslenskum málum XI, 1871 - 1874, bls. 130.

<sup>101</sup> Sigurður Línadal, 2002a, bls 110-111.

Í reglugerð frá 17. júlí 1782 var svo mælt að prestar og aðrir geistlegir menn sem embættum þjóni skyldu einungis greiða tíund af tíundarbæru fé sínu til fátækra, en í því fólst að þeir voru undanþegnir greiðslu tíundar til kirkna. Prestsekkjan G var krafín um kirkjutíund og mál höfðað. G var sýknuð með þeim rökum meðal annars að eðlilegast væri að álíta að löggjafinn hafi viljað veita ekkjum presta fullt jafnrétti og því einnig hið sama tíundarfrelsi sem mönnum þeirra, þó eigi sé með berum orðum tekið fram að svo skyldi vera.<sup>102</sup>

Hér er í raun aukið við reglugerðina þannig að Landsyfírrétturinn setur reglu í samræmi við óskráða almennt viðurkennda jafnræðisreglu og skírskotar í vilja löggjafans.

Hrd. 1934, bls. 862 (nr. 55/1934).

Verið var að skipa upp kolum við Reykjavíkurböfn með kolakrana. Vegna hvassviðris rann kraninn út af teinum og rakst á skip sem verið var að tæma og skemmdi meðal annars framsigli þess og reykþáf. Eigandi kranans var krafinn skaðabóta og féllu orð svo í dómi Hæstaréttar um þá kröfu. „Eftir reynslunni fyrr um daginn mátti þeim, sem af hálfu áfrýjanda [eiganda kolakranans] unnu við kolakranann, vera það ljóst, að samfara vinnu með honum í því hvassvirðri, sem var kl. 19.45 hlaut að vera allmikil hætta, og áhættuna á þeirri ráðstöfun verður áfrýjandi að bera, eins og á stóð.“<sup>103</sup>

Hér er tekið af skarið með atvinnurekendaábyrgð. Atvinnurekandi og eigandi tækis sem veldur tjóni ber ábyrgð á gáleysi starfsmanna sinna. Meginreglan var síðan ítrekuð í dómum nr. H 1935, bls. 48 (nr. 26/1934) og Hrd. 1935, bls. 85 (nr. 136/1934). Reglan hefur síðan verið margítrekuð og er lögfest í 23. gr. skaðabótaganna nr. 50/1993.

Hrd. 1940, bls. 59 (nr. 106/1939)

K sem var undir áhrifum áfengis hóf að syngja fullum rómi í anddyri Hótel Borgar þegar hann var að yfirgefa staðinn. Lögreglumaðurinn S skipaði honum að þegja, en K herti söng sinn og varð þetta upphaf átaka milli K og S sem lyktaði þannig að S með fulltingi lögreglumannsins Þ færði K inn í lögreglubifreið. Þar handjárnuðu þeir hann og fluttu í fangageymslur. Var honum komið fyrir í stökk ætluðum ölvuðum mönnum í æstu skapi. Daginn eftir kvartaði K yfir vanlíðan og í ljós kom að hann hafði fengið heilahristing og

<sup>102</sup> Reifun dóms Sigurður Línadal, 1995, bls. 75.

<sup>103</sup> Reifun dóms Sigurður Línadal, 2002b, bls. 221-222.

önnur meiðsl. Lá hann rúmfastur um nokkurt skeið. Opinbert mál var höfðað gegn S og Þ vegna meðferðar þeirra á K. Í dómi Hæstaréttar var talið sannað að S hefði þegar hann bauð K að hætta söng sínum ekki farið að honum „með þeirri lipurð eða prúðmennsku, er lögreglumanni hæfir, eftir því sem á stóð“. Framferði K virtist ekki hafa verið þannig lagað að það veitti ákærða næga ástæðu til að leggja þegar í stað á hann hendur. „Áður en til slíkra aðgerða kæmi, bar ákærða [S] að reyna að ná takmarki sínu með vægara móti“.<sup>104</sup>

Hér mótar Hæstiréttur meðalhófsreglu í samskiptum lögreglu og handtekings manns, þess efnis að velja skuli vægasta úrræðið sem í boði er. Hafa margir dómar fallið sem staðfesta þessa reglu og hún nú lögfest í meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

Með dómi Hrd. 1943, bls. 256 (nr. 87/1942) mótar Hæstiréttur reglu um fébótaábyrgð ríkisins um að velja skildi úrræði sem hæfði þeim hagsmunum sem í húfi væru og ekki gengið lengra en nauðsyn bæri til.

Tveir lögreglumenn tóku L þar sem hann var ör af víni fyrir utan veitingahús. Ekki var það talið lögreglumönnum til áfellis þótt þeir tækju L fastan. Hins vegar þótti sýnt að þeir hefðu tekið L of föstum tókum, jafnvel þótt hann hefði reynt að veita mótspyrnu. L höfðaði skaðabótamál meðal annars gegn fjármálaráðherra f.h. ríkissjóðs og í dómi Hæstaréttar sagði þetta: „Réttlátt þykir og eðlilegt, að þjóðfélagið beri ábyrgð á mistökum sem þessum að því leyti sem þau teljast opinberum starfsmönnum til ógætni, en verða ekki rekin til háttsemi þess aðila, sem tjónið bíður. Virðist sú meðferð máls og leiða til aukins öryggis þjóðfélagsþegnum og miða til varnaðar“. – Voru L samkvæmt þessu dæmdar bætur.<sup>105</sup>

Í Hrd. 1993, bls. 2061 (nr. 291/1993) kemur til álita hvernig skuli háttá meðferð aflaheimilda við skattskil. Ríkisskattanefnd hafði áður fallist á það með aðaláfrýjanda í úrskurði nr. 545/1992, að heimilt væri að gjaldfæra kaupverð veiðiheimilda sem rekstrarkostnað á kaupári þeirra m.a. vegna þess „að engum sérstökum ákvæðum er til að dreifa um meðferð veiðiheimildanna í skattskilum“. Í forsendum Hæstaréttar segir:

<sup>104</sup> Reifun dóms Sigurður Línadal, 1995, bls. 77.

<sup>105</sup> Reifun dóms Sigurður Línadal, 1995, bls. 72.

Í 31. gr. laga nr. 75/1981 segir um frádrátt frá tekjum af atvinnurekstri. Í 1. tl. er heimilað að draga frá rekstrarkostnað, „það er þau gjöld, sem eiga á árinu að ganga til að afla teknanna, tryggja þær og halda þeim við“. Nefnd eru ýmis atriði í þessu sambandi, þar á meðal er fyrning eigna.

Þetta ákvæði heimilar ekki aðaláfrýjanda að gjaldfæra í skattframtali sínu fyrir 1989 59.254.000 krónur, þar sem réttindin, sem keypt voru fyrir þessa fjárhæð, voru ætluð til tekjuöflunar á mörgum árum. Eigi er í öðrum lagaákvæðum berum orðum veitt heimild til frádráttar kostnaðar við kaup á aflahlutdeild, en sérstök ákvæði um, að hann sé óheimill, eru ekki heldur í lögum. Bendir og ríkisskattanevnd á, „að engum sérstökum ákvæðum er til að dreifa um meðferð veiðiheimildanna í skattskilum“.

Að þessu athuguðu verður að kanna, hvort ákvæði skattalaga verði skýrð svo, að þau taki þrátt fyrir framanskráð til ágreiningsefnisins í þessu dómsmáli. Verður þá að hafa í huga, að í 40. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944 segir meðal annars: „Engan skatt má á leggja né breyta né af taka nema með lögum.“ Getur verið álitamál, hvort þetta ákvæði takmarkar það svigrúm, sem dómstólar hafa til að beita viðteknum lögskýringarreglum í dómsmálum um skatta.

Í niðurstöðum dómsins segir:

Aflahlutdeildin verður að sönnu ekki eftir strangri orðskýringu talin „rýrna að verðmæti við eðlilega notkun eða aldur“. Svo er ekki heldur um þau verðmæti, sem talin voru í 4. tl. og 5. tl. greinarinnar. Túlka verður orðalag greinarinnar um „helstu flokka“ fyrnanlegra eigna svo, að fleiri eignir geti talist fyrnanlegar en þær einar, sem taldar voru upp í töluliðum 1 - 5. Er ekki varhugavert að telja réttindin, sem fjallað er um í þessu dómsmáli, fyrnanleg. Eins og mál þetta horfir nú við, verða dómstólar að kveða á um fyrningarhlutfallið, en það varðar skattstofninn.

Samkvæmt 7. tl. 38. gr. laga nr. 75/1981, sbr. lög nr. 8/1984, skyldi fyrna réttindi, sem talin voru í 4. og 5. tl. 32. gr., þannig, að fyrningarhlutfallið væri 20%. Réttindi þau, sem mál þetta varðar, eru eðlislík þeim réttindum, sem talin voru í þessum töluliðum.

Þegar tekið er tillit til þeirrar óvissu, sem er um fégildi aflaheimildarinnar eftir kaupin, og litið til 4. mgr. 98. gr. laga um hlutafélög nr. 32/1978 og til álits reikningsskilanefndar

Félags löggiltra endurskoðenda frá 26. ágúst 1991 varðandi góðar reikningskilavenjur um gjaldfærslu kaupverðs óáþreifanlegra eigna, er rétt að staðfesta þá niðurstöðu héraðsdóms, að fyrningarhlutfallið skuli vera 20%.

Í viðtali Morgunblaðsins 9. janúar 1994 við Þór Vilhjálmsson hæstaréttardómara, sem var einn af dómendum í málinu, var Þór spurður hvort hann teldi löggjafann vera í kreppu og valdi ekki hlutverki sínu, og hvort hann teldi það hafa áhrif á störf dómstólanna þar sem þeir yrðu að geta meira í eyðurnar. Þór svaraði:

Ég get nú ekki sagt að ég hefi skýrar hugmyndir um hvort þetta hafi breyst. Það er alltaf hægt að finna dæmi um það að dómarnir hefðu viljað að afstaða væri tekin í þinginu. Nýlegur dómur hér í Hæstarétti um skattlagningu vegna kvótakaupa er fyrir mér persónulega skýrt dæmi um þetta. Ég held að þingið hefði átt að segja til um þetta með ótvíræðari hætti en raun bar vitni. En af því að það gerði það ekki urðu dómstólarnir að beita fremur ómarkvissum lagaákvæðum samkvæmt þeim reglum sem gilda um skyldur þeirra í samfélaginu. Vitanlega krefst fjölbreyttara þjóðfélag fjölbreyttari laga. Þingið er ekki bara lagasetningarstofnun heldur stofnun þar sem umræður fara fram um aðstæður í þjóðfélaginu. Sumum finnst að þær taki of mikinn tíma og ég er í þeim hópi.<sup>106</sup>

Hæstiréttur setur hér nýja reglu á svið skattaréttar þrátt fyrir ákvæði stjórnarskrárinnar um að engan skatt megi leggja á, breyta eða taka af, nema með lögum eins og fram kemur í 40. gr. hennar. Dómurinn reifar þessi sjónarmið og segir að það geti verið „álitamál, hvort þetta ákvæði takmarkar það svigrúm, sem dómstólar hafa til að beita viðteknum lögskýringarreglum í dómsmálum um skatta.“ Svo virðist sem sú grundvallarregla um að niðurstöðu verði að fá í dómsmáli fari hér framur ákvæði stjórnarskrárinnar og lögum um skatta breytt þrátt fyrir ákvæði hennar til hins gagnstæða. Þetta má einni lesa úr orðum Þórs Vilhjálmssonar í viðtali við Morgunblaðið þess efnis að dómstólarnir hafi þurft að beita „fremur ómarkvissum lagaákvæðum samkvæmt þeim reglum sem gilda um skyldur þeirra í samfélaginu.“ Löggjafinn brást við dómnum með lögum nr. 118/1997, um breytingu á lögum um tekjuskatt og eignarskatt, nr. 75/1981, með síðari breytingum. Í athugasemdum við frumvarpið segir að það sé „afar þýðingarmikið að löggjafarvaldið taki af skarið og setji skýrar reglur í þessum efnun.“<sup>107</sup>

<sup>106</sup> [www.mbl.is](http://www.mbl.is), skoðað 15. mars 2012.

<sup>107</sup> [www.althingi.is](http://www.althingi.is), 122. löggjafarþing, þskj. 427, 338. mál.

Breytingarnar tóku til 14. og 50. gr. laganna og er tekið fyrir fyrningu á réttindum sem ekki rýrna vegna notkunar.

### 3.3.2 Lagaákvæði beitt í fyrsta sinn

Færri dómum er fyrir að fara í þessum flokki. Hér er framlag dómstólanna ekki eins fyrirferðarmikið heldur meira um að hnykkt sé á reglu eða hún túlkuð til þrengingar eða víkkunar ákvæðis.

Í Hrd. 1967, bls. 16 (200/1966), var ákærði kærður fyrir að hafa reynt að aka bifreið með því „að taka hana lítið eitt af stað út á götuna.“ Ákærði var m.a. talinn hafa brotið gegn 2., sbr. 3. mgr. 25. gr. umferðarlaga nr. 26/1958. Ákærði hafði sest upp í bifreiðina með félaganum og gangsett hana. Ákærði hélt því fram að hann hefði ekki gangsett bifreiðina í þeim tilgangi að aka henni heldur einungis til þess að hita hana upp og hlusta á útvarpið. Var hann sakfelldur í héraði samkvæmt ákæru og var dómurinn staðfestur í Hæstarétti með þeirri athugasemd að gangsetning bifreiðar yrði að teljast þáttur í akstri hennar, sbr. 1. gr. umferðarlaga.

Hér er aukið við regluna í 25. gr. þannig að gangsetningin ein og sér skuli teljast þáttur í akstri bifreiðar. Í ákvæðinu segir að enginn megi neyta áfengis við akstur vélknúins ökutækis og að enginn megi aka eða reyna að aka vélknúnu ökutæki ef hann vegna áfengisneyslu verður eigi talinn geta stjórnað því örugglega. Í 1. mgr. 1. gr. umferðarlaganna segir að ákvæði laganna gildi um umferð á vegum, en bifreiðin var við götu í Reykjavík.<sup>108</sup>

Í Hrd. 2000, bls. 4394 (nr. 419/2000) reyndi í fyrsta skipti á ákvæði stjórnskipunarlaga nr. 97/1995, 3. gr. sem varð 65. gr. og 8. gr. sem varð 70. gr. en báðar voru reglurnar nýmæli sem hertu á óskráðum grundvallarreglum. Í dómnum var tekist á um viðurkenningu faðernis barns en maður sem taldi sig vera faðir barnsins fór fram á viðurkenningu þess. Konan krafðist þess að málinu væri vísað frá héraðsdómi vegna aðildarskorts mannsins en aðilar faðernismáls væru tæmandi taldir í 43. gr. barnalaga nr. 20/1992 en þar kemur fram í 1. mgr. að sóknaraðili í faðernismáli sé móðir barns eða barnið sjálft. Maðurinn hafði leitt líkur að því að hann væri faðir barnsins og mikilvægir þjóðfélagslegir hagsmunir væru bundnir við að barn væri rétt fedrað og síðast en ekki síst ríkir hagsmunir barnsins sjálfs.

<sup>108</sup> Sigurður Líndal, 2002a, bls. 226.

Við úrlausn málsins var litið til þess að mikilsháttar breytingar höfðu orðið á íslenskum rétti sem snertu þann ágreining sem til úrlausnar var frá því að barnalög voru sett og var sérstaklega vísað til breytinga á stjórnarskránni með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995. Í 65. gr. stjórnarskrárinnar er mælt fyrir um jafnræði þegnanna og sérstaklega áréttað í 2. mgr. að karlar og konur skuli njóta jafns réttar í hvívetna, sbr. 14. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Í 70. gr. er mönnum mæltur réttur til að bera mál sín undir dómstóla. Niðurstaðan var sú að ákvæði 43. gr. barnalaganna takmarkaði rétt mannsins til að fá úrlausn dómstóla um málefni sem varðaði hagsmuni hans og bryti það gegn 70. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Ekki voru heldur taldar nægar málefnalegar forsendur til þeirrar mismununar sem birtist í reglum barnalaga um málsaðild í faðernismálum og það samrýmdist ekki jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 14. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Með vísan til 70. gr. stjórnarskrárinnar var ekki talið að þær takmarkanir á aðild faðernismáls sem kveðið væri á um í 1. málslíð 1. mgr. 43. gr. barnalaga gætu staðið í vegi fyrir að maðurinn gæti fengið efnisúrlausn um kröfur sínar.<sup>109</sup>

Í nýjum barnalögum nr. 76/2003 hefur málsaðildarákvæðinu verið breytt. Í 1. mgr. 10. gr. nýju laganna segir „Stefnandi faðernismáls getur verið barnið sjálft, móðir þess eða maður sem telur sig föður barns, enda hafi barnið ekki verið feðrað”.

Að síðustu verður hér reifaður Hrd. 2002, bls. 1024 (nr. 397/2001). Í dómnum, svokölluðum minnisblaðadómi, er tekist á um rétt Öryrkjabandalagsins að fá aðgang að minnisblaði sem fylgt hafði bréfi forsætisráðuneytis um skipun starfshóps í kjölfar hæstaréttardóms 19. desember 2000, Öryrkjadómsins. Í skipunarbréfinu, sem ráðuneytið hafði veitt Öryrkjabandalaginu aðgang að, var vitnað til hjálagðs minnisblaðs. Um afhendingu minnisblaðsins var niðurstaða meirihluta Hæstaréttar sú að það hefði verið gert að hluta erindisbréfs til starfshópsins og þannig lagt grundvöll að starfi hans. Forsætisráðuneytið hefði engan fyrirvara gert í skipunarbréfinu um meðferð minnisblaðsins þegar það var sent til aðila utan Stjórnarráðsins. Að svo búnu hefði ráðuneytið ekki getað vænst þess að minnisblaðið hefði stöðu skjals sem tekið hefði verið saman fyrir ráðherrafund og nyti af þeim ástæðum einum verndar gagnvart upplýsingarétti almennings, sbr. 1. tl. 4. gr. upplýsingalaga nr. 50/1996. Ekki þótti mega gagnálykta svo frá 3. tl. 4. gr. laganna<sup>110</sup> sem geymdi sérstaka reglu um vinnuskjöl stjórnvalda til eigin afnota, að takmörkun á

<sup>109</sup> Sigurður Línadal, 2002a, bls. 228-229.

<sup>110</sup> Ákvæði 1. og 3. tl. 4. gr. hljóðar svo: „Réttur almennings til aðgangs að gögnum tekur ekki til: 1. fundargerða ríkisráðs og ríkisstjórnar, minnisgreina á ráðherrafundum og skjala sem tekin hafa verið saman fyrir slíka fundi; 3.



aðgangi að skjali samkvæmt 1. tl. gæti ekki fallið niður við breyttar aðstæður. Samkvæmt þessu þótti undanþáguregla 1. tl. 4. gr. upplýsingalaga ekki lengur eiga við um minnisblaðið eftir að stjórnvöld höfðu í verki fengið því annað hlutverk og þannig í raun veitt að því ríkari aðgang en upphaflega var ætlunin, sbr. 3. mgr. 3. gr. laganna. Bæri því að beita meginreglu 1. mgr. 3. gr. laganna um rétt almennings til aðgangs að gögnum í opinberri stjórnsýslu, sbr. 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, en það ákvæði hefði meðal annars verið skýrt svo að það ætti að tryggja að lagaákvæði sem veittu almennan aðgang að upplýsingum yrðu aðeins takmörkuð á þann hátt sem nauðsynlegt teldist í lýðræðisþjóðfélagi til verndar löglegum almanna- og einkahagsmunum. Samkvæmt þessu var viðurkenndur réttur Öryrkjabandalagsins til að fá minnisblaðið afhent.<sup>111</sup>

### 3.3.3 Víkið frá fordæmi og ný regla mynduð

Hæstiréttur víkur sjaldan frá fyrri fordæmum sínum þó svo ekkert bindi réttinn til að fylgja þeim. Það má þó finna nokkur dæmi um það að Hæstiréttur víki frá fordæmum sínum en með því að víkja frá fyrri fordæmum sínum má segja að Hæstiréttur setji nýja reglu. Í Hrd. 1990, bls. 2 (nr. 120/1989), vék Hæstiréttur frá fordæmi sínu en tveir dómar um sama efni höfðu báðir farið á annan veg aðeins nokkrum árum áður.

Í Hrd. 1985, bls. 1290 (nr. 77/1985), J var ákærður fyrir of hraðan akstur og brot gegn stöðvunarskyldu. Var hann dæmdur í sakadómi Akureyrar til greiðslu sektar í ríkissjóð. Verjandi ákærða krafðist þess fyrir Hæstarétti að dómurinn yrði ómerktur og máli vísað heim í hérað til nýrrar meðferðar og dómsálagningar. Reisti hann kröfur sína meðal annars á því að málið hefði ekki verið dæmt af hlutlausum dómara, „en sá háttur að sami maður hefi afskipti af málinu sem lögreglustjóri (fulltrúi lögreglustjóra) og dómari (fulltrúi dómara) brjóti í bága við meginreglur 2. og 61. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Evrópuráðssamningsins um verndun mannréttinda og mannfrelsis.“ Um þessa málsástæðu sagði þetta í dómi Hæstaréttar:

Samkvæmt íslenskri dómstólaskipan er dómsvald í héraði utan Reykjavíkur í höndum bæjarfógeta og sýslumanna, sem hafa jafnframt lögreglustjórn á hendi. Þykir héraðsdómur eigi verða ómerktur af þeim sökum, að fulltrúi bæjarfógetans á Akureyri fór

Vinnuskjala sem stjórnvald hefur ritað til eigin afnota; þó skal veita aðgang að vinnuskjöllum ef þau hafa að geyma endanlega ákvörðun um afgreiðslu máls eða upplýsingar sem ekki verður aflað annars staðar frá;“

<sup>111</sup> Sigurður Línadal, 2002a. bls. 229-230.

með mál þetta. Þá hefur heldur eigi verið sýnt fram á nein sérstök atriði, sem valdi vanhæfi bæjarfógetans né þessa fulltrúa hans.

Var J sakfelldur í Hæstarétti fyrir of hraðan akstur, en sýknaður af ákæru fyrir brot gegn stöðvunarskyldu.

Í Hrd. 1987, bls. 356 (nr. 273/1986), var bóndi ákærður fyrir að hafa rifið niður og fjarlæggt svonefnda hreppagirðingu og fundinn sekur í sakadómi Vestur-Skaftafellssýslu fyrir eignaspjöll. Fyrir Hæstarétti var þess krafist að dómur þessi yrðu ómerktur og málinu vísað heim í hérað til dómsálagningar að nýju. Þau rök voru færð fyrir ómerkingarkröfunni að héraðsdómarinn í málinu, sem var sýslumaður Skaftafellssýslu, og hafði dæmt í málinu hafi ekki mátt skipa dómarasæti í málinu með því að hann sé jafnframt lögreglustjóri í umdæmi sínu. Þessi skipan brjóti gegn 2. og 61. gr. stjórnarskrárinnar, svo og 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Í dómi Hæstaréttar segir:

Ákvæði 2. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, sbr. 2. gr. stjórnarskrár konungsríkisins Íslands nr. 9/1920 og 1. gr. stjórnarskrár um hin sérstöku málefni Íslands frá 5. janúar 1874 hefðu ekki verið talin standa í vegi fyrir þeirri lögmæltu skipan að sýslumenn og bæjarfógetar sem hefðu á hendi lögreglustjórn færu jafnframt með dómssvald í héraði...Er og beinlínis gert ráð fyrir því í 61. gr. stjórnarskrárinnar frá 1944, sbr. áður 57. gr. stjórnarskrárinnar nr. 9/1920 og 44. gr. stjórnarskrárinnar frá 5. janúar 1874, að dómendur geti haft umboðsstörf á hendi. Ákvæðum 6. greinar Evrópusamnings um verndun mannréttinda og mannfrelsis, sbr. auglýsingu nr. 11 frá 9. febrúar 1954 hefur ekki verið veitt lagagildi hér á landi. Breyta þau ekki þeirri lögbundnu skipan sem að framan var greind. Þar sem hinn áfrýjaði dómur var samkvæmt þessu kveðinn upp af héraðsdómara, sem til þess var bær að íslenskum lögum, verður hann ekki ómerktur af þeirri ástæðu sem hér er um fjallað þótt í málinu hafi verið lagðar fram skýrslur sem lögreglumáður í umdæmi héraðsdómara hafi tekið.

Var héraðsdómur staðfestur. En einn dómari skilaði sératkvæði og vildi sýkna bóndan þar sem hann taldi ekki að brot hans félli undir það refsíákvæði sem birtist í kæru. Í báðum ofangreindum dómum er Hæstiréttur skipaður þremur dómurum.

Í Hrd. 1990, bls. 2 (nr. 120/1989), kvað við nýjan tón. Þar var maður ákærður fyrir svik og dæmdur í sakadómi Árnassýslu sekur um brot gegn 248. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.

Fyrir Hæstarétti krafðist verjandi mannsins að dómurinn yrði ómerktur og málinu vísað heim í hérað til dómsálagningar að nýju. Fulltrúinn sem kvað upp héraðsdóminn starfaði á ábyrgð sýslumannsins í Árnessýslu. Lögreglan í Árnessýslu rannsakaði málið, en fulltrúinn sem kvað upp dóminn hafði þau ein afskipti af málinu að hann sendi málið til fyrirsagnar ríkissaksóknara. Í málinu lágu fyrir Hrd. 1985, bls. 1290 (nr. 77/195), og Hrd. 1987, bls. 356 (nr. 273/1986), þar sem því var slegið föstu að hvorki 2. gr. stjórnarskrárinnar né ákvæði mannréttindasáttmála Evrópu stæðu þessari lögmæltu skipan í vegi. Í forsendum Hæstaréttar var rakið álit Mannréttindanefndar Evrópu í máli Jóns Kristinssonar (sbr. Hrd. 1985, bls. 1290) og sátt íslenska ríkisins við Jón í kjölfar álitsins. Vísað var til þess að ný lög hefðu verið sett um aðskilnað dóms- og umboðsvalds í héraði og ættu þau lög að taka gildi 1. júlí 1992, um einu og hálfu ári síðar. Þá sagði orðrétt í forsendum Hæstaréttar:

Í stjórnarskrá lýðveldisins er byggt á þeirri meginreglu, að ríkisvaldið sé þríþætt og að sérstakir dómara fari með dómsvaldið. Þær sérstöku sögulegu og landfræðilegu aðstæður, sem bjuggu því að baki, að sömu menn fara utan Reykjavíkur oftsinnis bæði með stjórnarsýslu og dómstörf, hafa nú minni þýðingu en fyrr, meðal annars vegna greiðari samgangna en áður var. Alþingi hefur sett lög um aðskilnað dómsvalds og umboðsvalds í héraði, sem taka eiga gildi 1. júlí 1992. Ísland hefur að þjóðarétti skuldbundið sig til að virða mannréttindasáttmála Evrópu. Mannréttindanefnd Evrópu hefur einróma ályktað, að málsmeðferðin í máli Jóns Kristinssonar, sem fyrr er lýst, hafi ekki verið í samræmi við 6. gr. 1. mgr. mannréttindasáttmálans. Í 36. gr. 7. tl. laga nr. 85/1936 um meðferð einkamála í hérað segir meðal annars, að dómari skuli víkja úr dómaraæti, ef hætta er á því, „að hann fái ekki litið óhlutdrægt á málavöxtu“. Þessu ákvæði ber einnig að beita um opinber mál samkvæmt 15. gr. 2. mgr. laga nr. 74/1974 um meðferð opinberra mála. Í máli þessu er ekkert fram komið, sem bendir til þess, að dómarafulltrúinn, sem kvað upp héraðsdóminn, hafi litið hlutdrægt á málavöxtu. Hins vegar verður að fallast á það með Mannréttindanefnd Evrópu, að almennt verði ekki talin næg trygging fyrir óhlutdrægni í dómstörfum, þegar sami maður vinnur bæði að þeim og lögreglustjórn.

Niðurstaða Hæstaréttar var sú að viðkomandi dómari gæti ekki talist hæfur til að fara með mál, ef hann, eða yfirmaður hans, hafði farið með formlega stjórn lögreglurannsóknar.

Í Hæstarétti sátu að þessu sinni 7 dómarar og var dómurinn því fullskipaður og aðeins 1 dómari af 7 hafði dæmt í fyrri málunum tveimur. Sama niðurstaða varð í dómi Hrd. 1990, bls. 92 (nr. 31/1990). Gagnrýni kom fram á dóminn m.a. frá Jóni Steinari Gunnlaugssyni sem farið verður yfir í kafla 3.4. Í Hrd. 1989, bls. 594 (nr. 98/1989), sem féll 5. nóvember 1991, er tekið fram að Mannréttindasáttmáli Evrópu hafi ekki öðlast lagagildi á Íslandi.

Einnig má benda á Hrd. 184/2011 þar sem bent er á það í séráliti að til sé fordæmi um álitamálið og að niðurstaða réttarins sé í andstöðu við það. Umfjöllun um dóminn sem og þann dóm sem vísað er til, og þeir reifaðir í kafla 4.8.

### 3.3.4 Hægfara þróun

Stundum er ekki hægt að benda á einhvern einn dóm þar sem stakkaskipti eru höfð á túlkun laga heldur er að merkja hægfara breytingar yfir ákveðið tímabil. Þannig er því farið við fjárskipti vegna slita á óvígðri sambúð. Verða hér nokkrir dómar reifaðir um þetta efni.

Fyrstan er að nefna Hrd. 1954, bls. 577 (nr. 62/1952), en þar eru dæmd ráðskonulaun vegna sambúðarslita í fyrsta skipti. Maður og kona voru í sambúð í sex ár og eignuðust tvö börn. Dómurinn taldi manninn ekki hafa brotið 3. gr. laga nr. 39/1921 eins og konan hélt fram en dæmdi manninn til að greiða konunni fyrir vinnu hennar á heimilinu að teknu tilliti að maðurinn hafði lagt til fæði, klæði og húsnæði.

Í Hrd. 1963, bls. 41 (nr. 89/1962) töldust ekki nægar sannanir fyrir því að konan hefði öðlast eignarrétt að hluta í fasteigninni og ætti því ekki rétt til hluta söluandvirðis hennar þó svo að konan hefði lagt fram fé til íbúðarinnar. Henni bæri þó að fá laun fyrir vinnu sína á heimilinu að teknu tilliti til einkaeyðslu hennar og að hún hefði unnið og haft tekjur.

Fleiri dóma má nefna í þessu samhengi Hrd. 1964, bls. 843 (nr. 106/1964) var karlmanni dæmd þóknun fyrir vinnu í þágu sameiginlegs heimilis og Hrd. 1969, bls. 92 (nr. 143/1968) er hefðbundinn ráðskonukaupsdómur.

Á árinu 1978 kemur fram sérálit í Hrd. 1978, bls. 893 (nr. 32/1976) þess efnis að konu er dæmt hlutdeild í fjármunamyndun á sambúðartíma áþekkt og um hjón væri að ræða. Í sérálitinu sagði:

Um eignauppgjör við lok óvígðrar sambúðar eru eigi skráðar lagareglur hér á landi. Hins vegar hafa verið lögfest nokkur lagaákvæði, sérstaklega á vettvangi félagsmálalöggjafar, er gera hlut sambúðarfólks svipaðan því, sem lögmaelt er um hjón. Þegar þessa er gætt og

höfð er hliðsjón af löggjöf og lagareglum um fjárskipti við lok hjúskapar, þykja lagarök standa til þess, að aðaláfrýjandi [konan] öðlist hlutdeild í þeirri fjármunamyndun, sem varð á meðan sambúð málsaðiljanna stóð. Hafa ber hér m.a. í huga, að aðaláfrýjandi hafði dóttur sína á heimilun og að aðaláfrýjandi lagði fram fé og vinnu vegna þeirra tveggja eigna, sem að framan greinir.

Meirihluti dómsins dæmdi að hefðbundnum hætti manninn til að greiða konunni fyrir vinnuframlag á sameiginlegu heimili.

Á árinu 1981 í Hrd. 1981, bls. 128 (nr. 6/1978) dæmir meirihluti Hæstaréttar konu hlutdeild í eignum sem urðu til á sambúðartímanum, enda taldar líkur á að hún hafi lagt fram fé og vinnu við húsbygginguna. Ekki var skírskotað til launa fyrir vinnuframlag á sameiginlegu heimili eins og héraðsdómur gerir og minnihluti Hæstaréttar vill staðfesta. Í minni hluta Hæstaréttar sem vildi dæma konunni fyrir vinnuframlag voru tveir dómendur sem áður höfðu verið í meirihluta í slíkum dómum.

Meirihluti Hæstaréttar dæmir í Hrd. 1982, bls. 1141 (nr. 1/1980) konunni jafna eignahlutdeild í eignum sem til höfðu orðið á sambúðartímanum. Dómurinn skiptist að því er rökstuðning greindi en var sammála um niðurstöðu málsins. Í dómnum var einn dómari sem áður hafði verið í meirihluta um að dæma fyrir vinnuframlag.

Dómarnir hér að framan eru einnig dæmi um hvernig mannabreytingar í Hæstarétti geta orðið til áherslubreytinga í dómaframkvæmd.

### 3.4 Helsti munurinn á löggjafarvaldi og dómsvaldi

Það er almennt viðurkennt í lýðræðisþjóðfélögum að allt vald ríkisins komi frá þjóðinni.

Fulltrúar löggjafarþingsins eru kosnir lýðræðislega og koma svo, beint eða óbeint, að því hverjir fara með framkvæmdavaldið og jafnvel dómsvaldið. Sett lög sem þessir fulltrúar setja á þinginu eru þannig löghelguð og um leið talin mikilvægasta réttarheimildin.<sup>112</sup> Það er því hægt að segja að því nær lýðræðinu sem réttarheimildirnar eru því mikilvægari eru þær taldar.

Þó svo löggjafinn hafi viss áhrif á skipan dómsvaldsins hefur dómsvaldið sérstöðu sem er bundin í stjórnarskránni. Ein meginástæða þeirrar tregðu að viðurkenna hlut dómstóla í að setja almennar reglur er að þeir eru ekki taldir hafa sambærilegt umboð og löggjafarvaldið, og sé þeim

<sup>112</sup> Sigurður Línadal, 2002b, bls. 102-103.

því einungis ætlað að finna út vilja löggjafans í störfum sínum.<sup>113</sup> Með lagasetningu fari dómssvaldið framhjá því lýðræðislega ferli sem ætlað er að lög fari í gegnum í meðförum löggjafarþingsins og að réttaröryggi skerðist vegna afturvirkni dóma og kunni það að leiða til réttaróvissu.<sup>114</sup>

Rökstuðningur dómara fyrir niðurstöðum sínum tryggir lýðræðislegt aðhald að nokkru leyti. Dómarnir eru síðan birtir og eru aðgengilegir öllum, bæði fræðimönnum sem og almennum borgurum, og má segja að með þessum hætti standi dómara reikningsskap gerða sinna. Samleikur löggjafans og dómstólanna getur mótað nýjar reglur þar sem það þarf. Beinn aðgangur allra að dómstólum - þar sem þjóðfélagshópar sem standa höllum fæti jafnt sem aðrir, geta fengið áheyrn og úrlausn á sínum málum - ásamt kosningarétti, viðheldur þeirri tilfinningu borgaranna að þeir hafi áhrif og taki þannig þátt í lýðræðinu. Dómstólar skulu samt vera óhlutdrægir og þeir dæma einungis um afmarkaða kröfu aðila sem hefur lögvarða hagsmuni af úrlausn. Dómstólar þurfa að vera óháðir og allir þurfa að hafa að þeim jafnan aðgang. Til þess að hægt sé að segja að starfsemi dómstólanna sé lýðræðisleg verður að huga sérstaklega vel að vali dómara og þarf allt ráðningarferlið að vera hafið yfir gagnrýni. „Með þetta að leiðarljósi getur starfsemi dómstólanna verið lýðræðisleg, en þó einungis að tveimur skilyrðum fullnægðum: Að þannig sé valið í dómarastöður að allir eigi aðgang að þeim, enda sé nauðsynlegum kröfum um menntun fullnægt og að allir hafi aðgang að menntuninni og dómstólunum.“<sup>115</sup>

Lagasetning dómstóla er að ýmsu leyti annars eðlis en löggjafans. Dómstólar taka á sérstökum álitafnum sem fyrir þá eru lögð og birtast reglur þeirra í fordæmum. Þeir setja regluna þegar tilefni hefur gefist eða nauðsyn knýr á og þróa þannig réttinn. Það er galli á reglusetningu dómstóla að reglur þeirra virka afturvirk. Þau atvik sem eru til meðferðar hjá dómstólum eru um garð gengin og niðurstaðan tekur því til liðinna atburða og getur það sett réttaröryggi í hættu. Mál koma ekki til kasta dómstólanna nema ágreiningur standi um gildandi rétt sem nær til atvika málsins.<sup>116</sup>

Ábyrgð dómenda er önnur en ábyrgð þeirra sem fara með löggjafarvaldið, að því leyti að þeir bera ekki pólitíska ábyrgð. Dómendur vinna fyrir opnum tjöldum og undir aga löggjafarinnar en

<sup>113</sup> H.A.L. Hart, 1997, bls. 135-136.

<sup>114</sup> Sigurður Línadal, 2002b, bls. 103.

<sup>115</sup> Sigurður Línadal, 2002b, bls. 125-127.

<sup>116</sup> Sigurður Línadal, 2002a, bls. 122-123.

lögjafinn og hans pólitíska ábyrgð beinist frekar að stjórn mála flokknum sem slíkum heldur en einstaklingnum.<sup>117</sup>

Jón Steinar Gunnlaugsson setti fram harkalega gagnrýni á Hrd. 1990, bls. 2 (nr. 120/1989),<sup>118</sup> í Tímariti lögfræðinga í desember 1991. Væmir hann þar dómara í Hæstarétti um að láta pólitískar ástæður ráða dómsniðurstöðu og ræðst þar að óhlutdrægni dómstólsins. Jón Steinar segir að ekki hafi verið um að ræða hlutlæga beitingu réttarheimildanna, í skilgreiningu lögfræðinnar, sem réð niðurstöðu réttarins. Hann segir tilgang niðurstöðunnar hafa verið þá að fá Mannréttindadómstól Evrópu til þess að fella niður mál Jóns Kristinssonar (Hrd. 1985, bls. 1290 (nr. 77/1985))<sup>119</sup> sem Mannréttindanefnd Evrópu hafði vísað til dómstólsins eftir að hafa komist að þeirri niðurstöðu 8. mars 1989 að hin íslenska dómaraskipan bryti í bága við 1. mgr. 6. gr. mannréttinasáttmálans. Jón Steinar segir í lok greinarinnar: „Dómarar (a.m.k. í Hæstarétti) hika ekki við að komast að niðurstöðum sem þeim finnast pólitískt æskilegar, hvað sem réttarheimildum líður.“<sup>120</sup>

Reglusetning dómstóla kann að hafa það í för með sér að ríkissjóður verði fyrir útgjöldum og þarf dómurinn að fara varlega í að fara ekki út fyrir valdsvið sitt og inn á valdsvið þess sem hefur fjárveitingavaldið. Í grein Davíðs Oddssonar í Tímariti lögfræðinga 2002 kemur fram gagnrýni á dómstólana vegna Hrd. 2000, bls. 4480 (125/2000), Öryrkjabandalagsdóminn.<sup>121</sup> Telur hann að með dómnum hafi dómsvaldið flutt fjárstjórnarvaldið yfir til sín með því að leggja á ríkið skyldu til athafna. Davíð telur að það hafi ekki verið vilji lögjafans að bæta í teljandi mæli við efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskránni, það er að segja þau réttindi sem fela í sér jákvæð og kostnaðarsöm réttindi, heldur hafi áhersla verið lögð á að færa þau réttindi sem fyrir voru til nútímans. Það hafi verið áréttað að sú stefna væri mörkuð við ákvörðun um það hvaða

<sup>117</sup> Sigurður Línadal, 2002a, bls. 123-124.

<sup>118</sup> Hrd. 1990, bls. 2 (nr. 120/1989), farið er yfir dóminn í kafla 3.3.3.

<sup>119</sup> Hrd. 1985, bls. 1290 (nr. 77/1985), dómurinn er reifaður stuttlega í kafla 3.3.3.

<sup>120</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson, 1991, bls. 242-244.

<sup>121</sup> Hrd. 2000, bls. 4480 (nr. 125/2000). Öryrkjabandalag Íslands höfðaði mál til viðurkenningar á því annars vegar að Tryggingastofnun hefði verið óheimilt að skerða tekjutryggingu örorkulífeyrisþega í hjúskap vegna tekna maka, sem ekki var lífeyrisþegi og hins vegar að slík skerðing hefði verið óheimil eftir að hún var lögfest í janúar 1999. Var í málinu leyst úr þeim ágreiningi hvort ákvæði reglugerðar um skerðingu tekjutryggingar örorkulífeyrisþega vegna tekna maka hefðu haft næga stoð í þágildandi lögum um almannatryggingar. Dómurinn taldi að ekki hefði verið nægjanleg heimild í lögum um almannatryggingar fyrir ráðherra að setja reglugerð, sem skerti bótarétt vegna tekna maka. Einnig var talið að lög yrðu að geyma skýr og ótvíræð ákvæði um að skerða mætti greiðslur úr sjóðum almannatrygginga samkvæmt reglugerð. Skipulag réttinda örorkulífeyrisþega samkvæmt almannatryggingalögum var enn fremur ekki talið tryggja öryrkjum nægilega þau lágmarksréttindi sem fælust í 76. gr. stjórnarskrárinnar á þann hátt að þeir fengu notið þeirra mannréttinda sem 65. gr. hennar mælti þeim, sbr. 26. gr. samnings um borgaraleg og stjórn mála leig réttindi og 9. gr. samnings um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi.

réttindum skyldi bætt við stjórnarskrána, að leggja fyrst og fremst áherslu á borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi, það eru neikvæð réttindi, sem skuldbinda ríkið einkum til að sýna af sér ákveðið athafnaleysi. Þessar skýringar hafi einnig átt við um „hina svonefndu jafnræðisreglu“ sem dómstólar vísi einatt til þegar þeir ætli sér að víkja af þeirri leið sem löggjafinn hafi valið. Telur Davíð að dómstólarnir hafi tilhneigingu til „að ljá hinni settu jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar annað og meira gildi en stjórnarskrárgjafinn ætlaðist til, og leitt af henni jákvæðar skyldur langt umfram það, sem lögskýringargögn renna stoðum undir og stjórnskipun ríkisins gerir sjálf ráð fyrir.“<sup>122</sup> Með dóminum telur Davíð að dómstólarnir hafi snúið allri stjórnskipaninni á hvolf og farið langt út fyrir valdsvið sitt.

Meginmunurinn á löggjafarvaldi og dómsvaldi liggur í því að löggjafinn setur almennar reglur, en dómstólar skera úr ákveðnum ágreiningsefnum. Löggjafinn ákveður sjálfur, hvenær og um hvað hann setur reglur, dómstólar þurfa að skera úr þeim ágreiningsefnum sem lögð eru fyrir þá með réttmætum hætti og komast að niðurstöðu. Dómstólar fá engu ráðið um hvernig mál eru lögð fyrir þá en löggjafinn hefur frjáltsari hendur. Dómstólar eru bundnari af viðurkenndum réttarheimildum, sem oft á tíðum veita ekki fullnægjandi svör um ágreiningsefnið þannig að dómstólar þurfa að móta löggjöfina og jafnvel setja nýjar reglur þar sem engar eru fyrir. Einnig er tímarammi dómstólanna mun knappari en löggjafans og eru því reglur þær sem þeir móta eða setja annars eðlis bæði um uppruna og verkan.<sup>123</sup>

Annar grundvallarmunur á viðfangsefnum dómstóla og löggjafa er að löggjafinn býr til réttareglur sem dómstólinn getur svo þurft að kveða upp um hvernig verði beitt í tilteknu tilviki. Helsta einkenni löggjafarvaldsins er að það setur almennar reglur, sem ýmist veita mönnum ákveðin réttindi eða leggja á þá tilteknar skyldur. Löggjafinn slær því ekki föstu að ákveðinn maður eigi tiltekinn rétt eða beri tiltekna skyldu, heldur setur hann reglu sem leiðir af sér að allir, sem eru í sambærilegri stöðu, njóta þess réttar sem um ræðir eða bera viðkomandi skyldu. Löggjafinn tekur heldur ekki afstöðu til ágreinings milli tveggja tiltekinna aðila, en hann setur reglur, sem geta verið fallnar til að leiða slíkan ágreining til lykta. Dómstólar hafa hins vegar það hlutverk að beita slíkum almennum reglum til að kveða á um tiltekinn rétt aðila á hendur öðrum og leysa eftir atvikum úr ágreiningi milli þeirra á grundvelli réttarreglna. Yfirleitt búa dómstólar ekki til ný réttindi, sem ekki voru fyrir hendi áður, heldur staðfesta þeir aðeins með úrlausnum

<sup>122</sup> Davíð Oddsson, 2002.

<sup>123</sup> Sigurður Línadal, 2002a, bls. 124-125.



sínum tilvist réttinda sem þegar voru til, á grundvelli almennra réttarreglna. Dómstólar ganga beinlínis inn á verksvið löggjafans þegar þeir beita viðurkenndri heimild sinni til að hliðra settum lögum á þeirri forsendu að þau stríði gegn stjórnskipunarlögum og löggjafinn gengur inn á verksvið dómstóla þegar hann beitir valdi sínu samkvæmt 46. gr. stjórnarskrárinnar til að skera úr um það hvort alþingismaður sé réttilega kjörinn eða hafi misst kjörgengi. Einnig getur löggjafinn nálgast mörk valds síns í þeim tilvikum sem hann setur lög nánast til höfuðs dómsúrlausn.<sup>124</sup> Í verkum sínum eru bæði löggjafinn og dómsvaldið bundin af stjórnarskrárákvæðum og þeim almennu meginreglum sem leggja má að jöfnu við þau.<sup>125</sup>

### 3.5 Samantekt

Í kaflanum var byrjað á því að fara yfir þær réttarheimildir sem taldar eru gildandi að íslenskum rétti og vægi þeirra skilgreint. Sérstaklega var farið fyrir réttarheimildina fordæmi þar sem það eru dómstólar sem setja fordæmi og að það fellur undir skilgreiningu á hugtakinu lög í 61. gr. stjórnarskrárinnar. Farið var yfir dóma þar sem dómstólar hafa sett reglur. Er um að ræða reglur settar þar sem engar voru fyrir, reglur sem reynt hefur á með sérstökum hætti og þannig myndast nýjar reglur. Einnig voru nefnd dæmi þar sem Hæstiréttur féll frá fyrra fordæmi sínu og hvernig dómaframkvæmd getur breyst yfir lengra tímabil. Að síðustu var farið yfir þann eðlismun sem liggur í lagasetningu dómstóla og löggjafans.

<sup>124</sup> Markús Sigurbjörnsson, 2005, bls. 29-30.

<sup>125</sup> Sigurður Línadal, 2002a, bls. 127.

#### 4 Auðgunarbrot

Auðgunarbrot koma fram í XXVI. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940 sem tóku gildi 12. ágúst 1940. Þau beinast að tilteknu verknaðarandlagi og felast í ólögsmætri yfirfærslu fjárverðmæta til annarra manna eða lögaðila, sem ekki hafa rétt til þeirra.<sup>126</sup> Hér verður áhersla lögð á 246., 247., 248., 249. og 250. gr. auðgunarbrotakafans. Verður fyrst farið almennt yfir auðgunarbrot, einkenni þeirra, saknæmisskilyrði og andlag og því næst stuttlega fjallað um þau ákvæði sem upp eru talin hér að framan. Að síðustu verður farið yfir dómaframkvæmd í auðgunarbrotum með áherslu á að skoða andlag þeirra.

Ástæður þess að farið verður hér yfir dómaframkvæmd í auðgunarbrotum eru nokkrar. Í fyrsta lagi var það dómur um auðgunarbrot sem vakti áhuga höfundar á efninu. Hér er um sérálit Jóns Steinars Gunnlaugssonar í Hrd. 184/2011 að ræða og farið verður yfir síðar en í sérálitinu segir hann að það geti ekki verið hlutverk dómstóla að breyta merkingu refsíákvæða vegna breytinga á almennum viðskiptaháttum. Er því ætlunin að skoða dómaframkvæmd út frá andlagi auðgunarbrotanna og rannsaka hvort dómstólar hafi með dómsniðurstöðum sínum breytt andlagi auðgunarbrotanna í takt við breytingar á almennum viðskiptaháttum, sem hafa verið miklar frá setningu laganna. Í öðru lagi hefur XXVI. kafli almennra hegningarlaga breyst mjög lítið frá setningu laganna og því auðvelt að sjá þá þróun sem orðið hefur í dómaframkvæmd án þess að taka þurfi tillit til lagabreytinga og ástæðna þar að baki.

Þær breytingar sem gerðar hafa verið á þeim ákvæðum auðgunarkafla almennu hegningarlaganna sem hér um ræðir eru fáar. Megin viðbótin við kaflann kom með 5. gr. laga nr. 30/1998, um breyting á almennum hegningarlögum (tölvubrot), en með þeim var lögfest nýtt ákvæði, 249. gr. a, um tölvusvik. Varðhaldsrefsing var felld úr 246. gr. með 131. gr. laga nr. 82/1998 um breyting á almennum hegningarlögum (afnám varðhaldsrefsingar) og smávægileg breyting varð á 3. t. l. 1. mgr. 250. gr. um skilasvik, sbr. 182. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl.

Nokkur atriði eru sameiginleg fyrir auðgunarbrot.

Er þar í fyrsta lagi að nefna auðgunarásetning sem fram kemur í 243. gr. almennu hegningarlaganna en þar segir: Fyrir brot þau, er í þessum kafla getur, skal því aðeins refsa, að þau hafi verið framin í auðgunarskyni. Í athugasemdum greinargerðar er auðgunarásetningur

<sup>126</sup> Jónatan Þórmundsson, 1999, bls. 62.

skilgreindur sem ásetningur brotamanns til að afla sér og öðrum fjárvinnings á þann hátt, að annar maður bíði ólöglega fjártjón að sama skapi.<sup>127</sup> Ávinningur eins þarf að vera tjón annars. Aðgreining auðgunarbrotá frá öðrum hagnaðarbrotum hvílir aðallega á þessari grein og er efni hennar tvíþætt. Annars vegar hlutrænir efnisþættir auðgunar og hins vegar huglæg afstaða hins brotlega til auðgunar og er ásetningur áskilinn. Til þess að um auðgun sé að ræða þurfa þrjú meginskilyrði að vera uppfyllt:

- 1) efnisleg skerðing, þá þarf háttsemi að leiða til fjártjóns eða fela í sér aðra efnislega réttarröskun á verðmætum sem geta talist andlag brots
- 2) röskun á fjárskiptagrundvellingum, sem þýðir að ráðstöfun geranda þarf að leiða til rýrnunar, á eignum þess sem misgert er við, eða kröfu hans um endurgjald fyrir vinnu eða þjónustu, og leiða til fjárvinnings eða fjártjóns og hafa þannig í för með sér röskun á fjárskiptagrundvellingum
- 3) ólögmæt fjármunayfirfærsla þarf að fara fram, úr umráðum eiganda eða vörslumanns til hins brotlega eða einhvers annars sem ekki hefur umráðarétt og hefur þannig í för með sér röskun á eignaskiptingunni.

Um huglæga afstöðu hins brotlega til auðgunar segir í athugasemdum við greinargerð við 243. gr. hegningarlaganna að ásetningur þurfi að taka til hinna hlutrænu efnisþátta, sem nefndir eru hér að ofan, þ. e. efnislegrar skerðingar á fjárskiptagrundvellingum er leiðir til ólögmætrar fjármunayfirfærslu.

Í öðru lagi er sameiginlegt einkenni auðgunarbrotá að saknæmisstig þeirra er ásetningur. Ásetningsskilyrðið kemur fram í 18. gr. almennu hegningarlaganna og skiptir stig ásetnings ekki máli, en gáleysisheimild er ekki að finna auðgunarbrotakaflanum. Ásetningur auðgunarbrotá sem saknæmisskilyrði er tvíþætt. Annars vegar er fjallað um ásetning til auðgunar samkvæmt 243. gr. hegningarlaganna og hins vegar sem ásetning til allra efnisþátta í verknaðarlýsingu einstakar auðgunarbrotá sbr. 18. gr. hegningarlaganna.

Í þriðja lagi hefur andlag auðgunarbrotá ávallt fjárhagslegt gildi og ekki er skilyrði að verðmætin rýrni við brotið heldur einungis að yfirráðin á þeim færast til aðila sem ekki eiga rétt á þeim.

---

<sup>127</sup> Alþt. 1939, A-deild bls. 394.

Í fjórða lagi eru auðgunarbrot tjónsbrot í eðli sínu, eins og felst í verknaðarlýsingu ákvæðanna. Tjónsbrot teljast ekki fullframin fyrr en á því tímamarki að afleiðing kemur fram. Þó er í sumum tilfellum fullframningarstigið fært fram og telst þá brotið fullframið áður en afleiðingarnar koma fram en ásetningur geranda þarf að ná til fullframningar. Fullframningarstig allra auðgunarbrota er fært fram og sumra meira enn annarra eins og til dæmis 3. tl. 1. mgr. 250. gr. almennu hegningarlaga. Í ákveðnum tilvikum er tjónshugtakið rýmkað nokkuð þannig að kröfu um efnislega skerðingu, raunverulegt fjártjón, er ekki haldið til streitu, heldur nægir að sýna fram á að um verulega fjártjónshættu hafi verið að ræða.<sup>128</sup>

Auðgunarbrot má flokka eftir því hvort atbeini eða tilverknaður brotaþola sé áskilinn til framningar brotsins eða hvort um einhliða aðgerðir geranda er að ræða. Til einhliða brota teljast þjófnaður, gripdeild, ólögmat meðferð fundins fjár, fjárdráttur, umboðssvik, skilasvik, rán (að hluta) og hylming. Til tvíhliða brota teljast fjársvik, fjárkúgun, rán (að hluta) og misneyting. Skilin þarna á milli eru ekki alltaf skýr í réttarframkvæmd. Einhliða og tvíhliða brotum má svo skipta í nokkra flokka innan hvors flokks fyrir sig. Einhliða brotum má skipta miðað við framsetningu þeirra á verknaðaraðferðum og fullframningarstigi. Fyrst skal nefna tókubrot, en þar er um að ræða þjófnað, gripdeild og rán að hluta, í öðru lagi er um að ræða brot sem eru fullframin við ólögmæta tileinkun verðmæta, ólögmat meðferð fundins fjár, fjárdráttur og hylming að nokkru og í þriðja lagi er um ólöglegar ráðstafanir að ræða, umboðssvik, sem er misnotkun á aðstöðu, og skilasvik þar sem fullframningarstig er fært fram með ýmsum hætti.<sup>129</sup>

#### 4.1 Andlag auðgunarbrota

Það er eitt af sameiginlegum einkennum auðgunarbrota að andlag þeirra hlýtur að hafa fjárhagslegt gildi. Andlagið getur því ekki verið verðlítill eða verðlaus munur, né verðmæti sem standa öllum til boða þeim að kostnaðarlausu. Munir sem hafa eingöngu minja- eða persónulegt gildi geta einnig ekki verið andlag auðgunarbrota. Það gildir jafnvel þó verðlaus munur sé notaður til ólöglegrar fjáröflunar, til dæmis fölsun á stolnum ávísunareyðublöðum eða fjárkúgun með einkabréfi. Andlag auðgunarbrota er mis víðtækt og er andlag sumra þeirra þrengt þannig að það nær ekki til allra verðmæta sem hafa fjárgildi svo sem þjófnaður, gripdeild, ólögmat meðferð á fundnu fé, fjárdráttur og rán, hvort sem brotið er framið með töku fjármuna eða öðrum

<sup>128</sup> Jónatan Þórmundsson, 2008, 403-411, Jónatan Þórmundsson, 2001, bls. 339-344, Jónatan Þórmundsson, 1999, bls. 76 og Gizur Bergsteinsson, 1955, bls. 3-4.

<sup>129</sup> Jónatan Þórmundsson, 2008, bls. 412-413.

sambærilegum verknaði. Andlag þessara brota er í stórum dráttum það sama, fjármunir sem hér merkja líkamlegir, hreyfanlegir hlutir með fjárgildi. Önnur ákvæði gera ráð fyrir mun víðtækara andlagi eða til hvers kyns fjárverðmæta eins og fram kemur í athugasemdum með greinargerð með 248. gr. almennra hegningarlaga, en þar segir „Með orðinu fé er átt við hvers kyns fjárverðmæti, þar á meðal fasteignir, munnlegar fjárkröfur o.s.frv. Hinsvegar nær greinin ekki til annarra svika en þeirra, er að fjárverðmæti lúta.“<sup>130</sup> Andlag flestra ákvæðanna fela í sér beinan eignarrétt í þrengri merkingu, það er á áþreifanlegum verðmætum sem fyrir hendi eru, sbr. 244. gr. – 247. gr., 251. gr. og að jafnaði 252. gr., sbr. 254. gr. Fáein dæmi um að andlag auðgunarbroti feli í sér óbein eignarréttindi eru að finna í 2. tl. 1. mgr. 250. gr., 248. gr., 251. gr. og að hluta 252. gr., sbr. 254. Kröfuréttindi njóta verndar samkvæmt 1., 3. og 4. tl. 1. mgr. 250. gr. og að nokkru marki 248. gr., 249. gr., 251. gr. og 253. gr.<sup>131</sup>

Betur verður nú farið í ákvæði þeirra greina sem eru sérstaklega til athugunar í þessari ritgerð en það eru ákvæði almennra hegningarlaga nr. 246. gr., ólögmat meðferð á fundnu fé, 247. gr., fjárdráttur, 248. gr., fjársvik, 249. gr., umboðssvik, 249. gr. a, tölvusvik og 250. gr. skilasvik. Sérstaklega verður hugað að skilgreiningu ákvæðanna og andlagi þeirra.

#### 4.2 246. gr. – Ólögmat meðferð á fundnu fé

246 gr. hljóðar svo: „Ef maður kastar eign sinni á fundna muni eða muni, sem án aðgerða hans eru komnir í vörslur hans, þá varðar það sektum eða fangelsi allt að 3 árum.“

Hér er um tvær verknaðaraðferðir að ræða, annars vegar að fundinn er vörslulaus munur og eign er kastað á hann og hins vegar að munur komi í vörslur án nokkurra aðgerða. Brot samkvæmt 246. gr. hefur verið skilgreint sem: „Auðgunarbrot, sem fólgir er í einhliða og ólögmatrí tileinkun fjármuna, sem eru eign annars manns, en eru ýmist vörzlulausir, er hinn brotlegi finnur þá og tekur þá í vörslur sínar, eða þeir eru komnir í vörslur hans án aðgerða hans.“<sup>132</sup> Það er ekki sagnæmt samkvæmt greininni að taka hina fundnu muni í vörslur sínar eða að fá muni í vörslur án aðgerða, það er þegar gerandi slær eign sinni á munina að athæfið verður refsivert.<sup>133</sup> Andlag 246. gr., eins og annarra auðgunarbroti og áður hefur komið fram, verður að hafa fjárhagslegt gildi.

<sup>130</sup> Alþt. 1939, A-deild bls. 395

<sup>131</sup> Jónatan Þórmundsson, 2008, bls. 413-414.

<sup>132</sup> Jónatan Þórmundsson, 1975, bls. 90.

<sup>133</sup> Gizur Bergsteinsson, 1955, bls. 6.

### 4.3 247. gr. - Fjárdráttur

247. gr. hljóðar svo:

Dragi maður sér fjármuni eða önnur verðmæti, sem hann hefur í vörslum sínum, en annar maður er eigandi að, án þess þó að verknaðurinn varði við 246. gr., þá skal hann sæta fangelsi allt að 6 árum.

Hafi maður notað peninga annars manns heimildarlaust í sjálfs sín þarfir, þá skal honum refsað fyrir það samkvæmt 1. mgr., hvort sem honum hefur verið skylt að halda peningunum aðgreindum frá sínu fé eða ekki.

Samkvæmt greininni skal refsa fyrir það er maður kastar eign sinni á lausafjármuni sem hann hefur í vörslu sinni en eru eign annars manns enda varði brotið ekki við 246. gr. (meðferð fundins fjár). Það er ekki skilyrði að brotamanni hafi verið trúað fyrir hlutnum. Hlutur sem kominn er einhliða í vörslur manns til dæmis björgunarmanns, samkvæmt neyðarrétti eða til afnota án þess að ætla sér að kasta eign sinni á hann en ákveður síðar að kasta eign sinni á hann, á að sæta refsingu samkvæmt 247. gr.

2. mgr. tekur á því ef maður dregur sér heimildarlaust peninga annars manns sem hann hefur í vörslu sinni. Hafi hann átt að halda peningunum aðskildum frá sínum eigin, þá er ótvírætt um brot á 1. mgr. að ræða.<sup>134</sup> Ef heimilt var að blanda þeim saman við sitt eigið fé gegnir öðru máli. Aðal sjónarmiðið hér er hvort vörslumaður fjárins (gerandinn) sá að hann stofnaði peningunum í hættu með eyðslunni – hann er skyldugur til að haga eyðslu sinni þannig að hann sé ávallt fær um að greiða eigandanum peningana til baka.<sup>135</sup>

Skilgreining á fjárdrætti er „einhliða og ólögmat tileinkun sérgreindra fjárverðmæta eða peninga, sem eru eign annars manns (eða lögaðila) að nokkru leyti eða öllu, en í vörslum hins brotlega sjálfs að einhverju leyti, enda sé tileinkun verðmætanna af ásetningi og í auðgunarskyni gerð.“<sup>136</sup>

Eitt af grundvallareinkennum andlags samkvæmt 247. gr. er skilyrði um eignaraðild annars manns en geranda en annars er andlag fjárdráttarbrotisins þrengra en margra annarra

<sup>134</sup> Lögmönnum er skylt að hafa sérstakan vörslufjárreikning í viðurkenndri bankastofnun og gilda starfsábyrgðartryggingu sbr., 12. gr. laga um lögmenn nr. 77/1998.

<sup>135</sup> Alþt. 1939, A-deild bls. 395.

<sup>136</sup> Jónatan Þórmundsson, 2007a, bls. 539.

auðgunarbrota og er bundið við fjármuni sem eru líkamlegir, hreyfanlegir hlutir með fjárgildi samkvæmt 1. mgr. en peninga samkvæmt 2. mgr.<sup>137</sup>

Fjárdráttur er dæmigert tileinkunnarbrot. Tileinkun getur birst bæði í athöfnum og athafnaleyfi og miðast við það tímamark þegar brotamaður fer með verðmætin sem eigin eign.

Tileinkunnarverknaður beinist að fjárverðmætum sem gerandi hefur sjálfur í vörslu sinni þegar tileinkun á sér stað, sbr. 1. mgr. 247. gr. Vörsluhafi þarf því að hafa aðgang að fjárverðmætum til þess að geta nýtt sér þau og haft aðstöðu til að ráðstafa þeim. Vörslur geranda í aðdraganda fjárdráttarbrotastofnast langoftast í reynd á löglegan hátt við afhendingu verðmæta samkvæmt samkomulagi eða samningi.<sup>138</sup>

Brot samkvæmt 247. gr. eru fullframinn við ólögmeta tileinkun verðmæta, ef ásetningur stendur bæði til tileinkunnar og auðgunar, sbr. 18. gr. og 243. gr. almennra hegningarlaga. Fullframning fjárdráttarbrotastofnast þegar: 1) gerandi ráðstafar verðmætum annars manns úr vörslum sínum til þriðja manns með sölu eða á annan hátt og er brotið fullframið þegar salan hefur farið fram og er nægilegt að samningur hafi verið undirritaður; 2) þegar gerandi neytir hlutar, eyðir honum eða eyðileggur telst fjárdráttarbrot fullframið; 3) ef um er að ræða langvarandi eða varanlega nýtingu verðmæta í eigin þágu án vörsluofs og skiptir þá miklu að efni samnings eða samkomulags sem liggur vörslustofnun til grundvallar. Ytri atvik eins og launung, rangar eða villandi yfirlýsingar eða synjun um móttöku verðmæta veita líkur að ólögmetri tileinkun.<sup>139</sup>

#### 4.4 248. gr. - Fjársvik

248. gr. hljóðar svo:

Ef maður kemur öðrum manni til að hafast eitthvað að eða láta eitthvað ógert með því á ólögmetan hátt að vekja, styrkja eða hagnýta sér ranga eða óljósa hugmynd hans um einhver atvik, og hefur þannig fé af honum eða öðrum, þá varðar það fangelsi allt að 6 árum.

Andlag fjársvika er hvers konar fjárverðmæti, kröfur bæði munnlegar og skriflegar, lausafé og fasteignir og er því mjög víðtækt. Útgáfa afsals, sem fengin er með fjársvikum varðar þar af

<sup>137</sup> Jónatan Þórmundsson, 2009, bls. 11.

<sup>138</sup> Jónatan Þórmundsson, 2007a, bls. 571.

<sup>139</sup> Jónatan Þórmundsson, 2007a, bls. 579-580.

leiðandi við 248. gr. Hins vegar nær greinin ekki til annarra svika en þeirra sem lúta að fjárverðmætum.<sup>140</sup>

Fjársvik má skilgreina sem „tvíhliða brot þar sem hinn brotlegi sýnir af sér auðgunarásetning strax í upphafi verknaðarferils, viðhefur blekkingar gagnvart öðrum manni og kemur honum þannig ólöglega til athafna eða athafnaleysis.“<sup>141</sup>

Í refsirétti og í réttarframkvæmd eru fjársvik talin alvarlegri brot en bæði fjárdráttur og umboðssvik og tæma því sök gagnvart þessum brotum ef á reynir. Ástæðan er væntanlega sú að fjársvik eru tvíhliðabrot þar sem hinn brotlegi sýnir af sér auðgunarásetning strax í upphafi verknaðarferils, viðhefur blekkingar gagnvart öðrum manni og kemur honum þannig ólöglega til athafna eða athafnaleysis.<sup>142</sup>

Það er sérkenni fjársvika að sá sem er blekkur framkvæmir þá athöfn sem leiðir til ólögmetrar auðgunar. Sá sem er blekkur kann að vera sá sami og sá sem bíður tjónið, en einnig getur annar beðið tjónið en sá sem er blekkur. Blekkingin getur eins og fram kemur í greininni falist í því að röng hugmynd er vakin, villa er styrkt eða að villa sé hagnýtt. Getur því bæði verið um athöfn og athafnaleysi að ræða. Refsiskilyrði ákvæðisins er að á ólögmetan hátt hafi verið vakin, styrkt eða hagnýtt röng eða óljós hugmynd manns um eitthvert efni og hann á þann hátt blekkur til framkvæmda, er annar hlaut af ólögmetan fégróða. Með ólögmetis fyrirvaranum er áréttað að undir það falli ekki eðlileg viðskipti.<sup>143</sup>

#### 4.5 249. gr. - Umboðssvik

249. gr. hljóðar svo:

Ef maður, sem fengið hefur aðstöðu til þess að gera eitthvað, sem annar maður verður bundinn við, eða hefur fjárreiður fyrir aðra á hendi, misnotar þessa aðstöðu sína, þá varðar það fangelsi allt að 2 árum, og má þyngja refsinguna, ef mjög miklar sakir eru, allt að 6 ára fangelsi.

Greinin tekur til þess er fjárhaldsmenn og menn í fyrirsvari fyrir félög og stofnanir misnota aðstöðu sína þeim til féttjóns, sem þeir eru í fyrirsvari fyrir, en öðrum til hagsbóta.

<sup>140</sup> Gizur Bergsteinsson, 1955, bls. 9.

<sup>141</sup> Jónatan Þórmundsson, 2008, bls. 429.

<sup>142</sup> Jónatan Þórmundsson, 2008, bls. 429.

<sup>143</sup> Gizur Bergsteinsson, 1955, bls. 9.



Umboðssvik eru skilgreind sem einhliða og ólögmat misnotkun aðstöðu eða trúnaðar til þess að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert, sem annar maður eða lögaðili verður bundinn við, enda sé verkið af ásetningi unnið og í auðgunarskyni.<sup>144</sup>

Umboðssvik eru einhliða ráðstöfun en slíkri verknaðaraðferð er lýst sem ólögmatrí ráðstöfun fjárverðmæta með löggerningi af hálfu geranda, oftast í skjóli aðstöðu, sem er tilkomin með löglegum hætti. Ólögmat ráðstöfun kann að vera fólgin í undirritun skuldbindingar eða jafngildi hennar, þannig að endanlegt tjón þarf ekki að hafa hlotist af. Umboðssvik lúta ekki eingöngu að ólögmatrí ráðstöfun fjárverðmæta sem fyrir hendi eru í vörslum geranda, heldur engu síður að ólögmatrí öflun fjárvinnings, sem hvorki hinn brotlegi né annar viðtakandi á lögmætt tilkall til. Umboðssvik eru trúnaðarbrot og það þurfa ekki að vera fyrir hendi sérgreind eða áþreifanleg verðmæti í vörslum hins brotlega. Umboðssvik geta verið framin með athafnaleysi sem er þá yfirleitt vegna eftirlitsskorts, en slíkt er ekki algengt. Í umboðssvikum er nóg að fjártjónshætta hafi verið fyrir hendi og það nægir að hættan sé ekki komin fram. Fullframning umboðssvika miðast við misnotkun aðstöðu. Misnotkunin er yfirleitt fólgin í ólögmatrí ráðstöfun fjárverðmæta, þ.m.t. undirritun skuldbindingar.<sup>145</sup>

Andlag umboðssvika getur verið hvers konar áþreifanleg eða óáþreifanleg fjárverðmæti, sem hafa viðskiptagildi, svo sem lausafjármunir, peningar, fasteignir, óbein eignarréttindi eða kröfuréttindi.<sup>146</sup>

Mikilvægi ákvæðisins hefur aukist mjög síðustu ár. Ákvæðið nær í mörgum tilvikum betur en önnur ákvæði auðgunarbrotakaflans yfir brot sem framin eru í flóknu viðskiptaumhverfi. Það var áður talið eins konar varaskeifa fyrir önnur ákvæði en hefur í dag mikið sjálfstætt gildi.

#### 4.6 249. gr. a - Tölvusvik

Ákvæði 249. gr. a kom nýtt inn í lögin 1998 með 5. gr. laga nr. 30/1998. Greinin hljóðar svo:

Ef maður á ólögmatan hátt breytir, bætir við eða eyðileggur tölvuvélbúnað, eða gögn eða forrit sem geymd eru á tölvutæku formi, eða hefur með öðrum hætti gert ráðstafanir sem eru til þess fallnar að hafa áhrif á niðurstöðu tölvuvinnslu, varðar það fangelsi allt að 6 árum.

<sup>144</sup> Jónatan Þórmundsson, 2007b, bls. 173.

<sup>145</sup> Jónatan Þórmundsson, 2007b, bls. 180-184.

<sup>146</sup> Jónatan Þórmundsson, 2007b, bls. 177.

Þörf var talin á að setja inn í auðgunarbrotakaflann sér ákvæði vegna brota sem framin væru í gegnum tölvu þó svo að talið væri að brot af þessu tagi væru þegar refsiverð þótti ekki öruggt að ákvæði fjársvika og umboðssvika væru fullnægjandi. Í frumvarpinu segir:

Stafar þetta af því að fjársvik eru tvíhliða brot og atbeini brotþola eðli málsins samkvæmt nauðsynlegt. Sjálfvirk viðskipti mundu þannig falla utan fjársvikaákvæðisins í 248. gr. tilvik þar sem viðskipti eru sjálfvirk að því marki að ekki er um það að ræða að villt hafi verið um fyrir öðrum einstaklingi sem gerir tiltekna ráðstafanir á grundvelli hinna röngu upplýsinga.<sup>147</sup>

Fullframningarstig ákvæðisins er þegar, í auðgunarskyni, gögnum eða forritum er breytt, bætt er við þau eða þeim er eytt eða gerðar eru aðrar ráðstafanir sem eru til þess fallnar að hafa áhrif á niðurstöðu tölvuvinnslu í því skyni að afla sjálfum sér eða öðrum fjárhagslegs ávinnings. Um þetta segir í frumvarpinu: „Með því að færa fullframningarstigið fram með þessum hætti er dregið úr álitamálum sem kunna að koma upp um það hvar draga eigi mörkin milli tilraunar og fullframins brots.“ Ólögmat yfirfærsla fjármuna þarf ekki að hafa átt sér stað til að refsíabýrgð komi fram, heldur er nægilegt að grundvelli tölvuvinnslunnar hefi verið raskað, sem síðar gæti leitt til slíkrar yfirfærslu. Verksaðarlýsingu ákvæðisins er ætlað að taka til hvers konar athafna sem eru til þess fallnar að hafa áhrif á niðurstöðu tölvuvinnslu, hvort sem þær beinast að gögnum eða forritum sem geymd eru á tölvutæku formi eða að vélbúnaðinum sjálfum. Þá falla undir verksaðarlýsinguna ráðstafanir sem eru gerðar til þess að rangar upplýsingar verði færðar inn í tölvu, sem síðar geta leitt til þeirrar fjármunayfirfærslu sem að er stefnt.<sup>148</sup>

#### 4.7 250. gr. - Skilasvik

##### 250. gr. hljóðar svo:

Fyrir skilasvik skal refsa með allt að 6 ára fangelsi hverjum þeim, sem sekur gerist um eftirgreinda verknaði:

<sup>147</sup> Sem dæmi um þetta er þegar maður verður sér úti um aðgang að tölvukerfi án þess að vekja, styrkja eða hagnýta sér villu annars manns, til dæmis með því að nota lyklnúmer eða aðgangsorð, sem honum er óheimilt að nota, með það að markmiði að verða sér eða öðrum út um fjárhagslegan ávinning. Slík háttsemi verður ekki í öllum tilvikum felld undir 248. gr. þar sem skilyrðinu um að annar maður sé í villu, eða blekkingum beitt gagnvart honum, er ekki fullnægt. Þá verður slík háttsemi ekki í öllum tilvikum felld undir 249. gr. um umboðssvik. Af þessu leiðir að heppilegt verður að telja að sett verði í hegningarlögin sérstakt ákvæði sem taki af vafa í þessu efni. Heimild: [www.althingi.is](http://www.althingi.is), 122. löggjafarþing, þskj. 777, 444. mál.

<sup>148</sup> [www.althingi.is](http://www.althingi.is), 122. löggjafarþing, þskj. 777, 444. mál.

1. Synjar fyrir að hafa tekið við peningaláni eða öðru láni til eignar eða greiðslu, sem endurgjald á að koma fyrir, eða synjar efnda á skyldu með rangri notkun sönnunargagna.
2. Selur, veðsetur, tekur undir sig eða ráðstafar á annan hátt fjármunum sínum, sem annar maður hefur eignast þau réttindi yfir, að verknaðurinn verður ekki samrýmdur réttindum hans.
3. Hefst nokkuð það að, eftir að bú hans hefur verið tekið til skipta sem þrotabú, eða meðan hann hefur heimild til greiðslustöðvunar eða til að leita nauðasamnings án undanfarandi gjaldþrotaskipta, sem miðar að því, að eigur eða kröfur búsins komi ekki lánardrottnum þess að gagni.
4. Skerðir rétt einhvers lánardrottins síns til þess að öðlast fullnægju af eignum hans með því að gefa rangar upplýsingar, með undanskoti eigna, málamyndagerningum, ótilhlýðilega miklum gjöfum eða mikilli eyðslu, sölu eigna fyrir óhæfilega lágt verð, greiðslu eða tryggingu ógjaldkræfra krafna eða tiltölulega hárra gjaldkræfra krafna, stofnun nýrra skulda, sem að mun rýra efnahag hans, eða með öðrum svipuðum hætti.

Nú hefur verknaður, sem í 4. tölul. getur, verið framinn til þess að draga taum einhvers lánardrottins öðrum til tjóns, og skal þá því aðeins refsá lánardrottninum, að hann hafi komið skuldunaut til að framkvæma ívilnunina á þeim tíma, er lánardrottinn sá, að gjaldþrot eða greiðslustöðvun vofði yfir.

Nú hefur brot verið framið, sem lýst er í 4. tölul., án þess að nokkur sérstaklega tryggður réttur sé skertur eða án þess að árangurslaus aðfarargerð, gjaldþrot eða sammingsráðstafanir um nauðasamninga án gjaldþrotameðferðar hafi á eftir fylgt, og skal þá því aðeins mál höfða, að sá krefjist þess, sem misgert var við.

Ákvæðið hefur sérstöðu gagnvart öðrum ákvæðum um auðgunarbrot að því leyti að ákvæðinu er ætlað að vernda kröfuréttindi (1., 3. og 4. tl.), óbein og takmörkuð eignarréttindi (2. tl.) og fullnusturéttindi kröfuhafa (3. og 4. tl.) en önnur ákvæði varða fyrst og fremst beinan eignarrétt.

Fyrsti töluliður ákvæðisins varðar tvennskona brot. Í fyrsta lagi synjun fremjanda á því, að hann hafi tekið við láni til eignar, hvort sem um er að ræða peninga eða aðra fémuni eða greiðslu. Hér geta fémunir, vara eða vinna átt við, þar sem fémunir áttu að koma fyrir. Í öðru lagi að synja efnda á skyldu með rangri notkun á sönnunargögnum. Skyldan getur bæði hafa komið til vegna

samnings eða af öðrum ástæðum. Annar töluliður ákvæðisins ver hlutaréttindi manns í eignum annars, eiganda óbeinna eignaréttinda er veitt refsivernd fyrir ráðstöfunum eiganda fjármunanna sjálfra, þannig að þeim síðarnefnda er óheimilt að skerða þau. Mikilvægust þessara réttinda eru svonefnd tryggingaréttindi, svo sem veðréttindi, kyrrsetning og haldsréttur. Í þriðja tölulið eru hagsmunir skuldheimtumanna verndaðir. Verknaðurinn felst í því að viðhafa athafnir sem miða að því að eigur eða kröfur á hendur búinu verða fyrir skerðingu. Til dæmis ef hinn brotlegi hyggst reyna að ívilna einstökum kröfuhöfum eða nýta hin fjárhagslegu verðmæti í eigin þágu. Brotið er talið fullframið þegar fremjandi hefur reynt að skjóta eignum búsins undan og valda þannig lánadrottni tjóni eða reynir á annan hátt að svipta lánadrottinn rétti til eignanna. Í fjórða tölulið er öllum kröfuhöfum skuldara veitt vernd gegn óvenjulegum eða óforsvaranlegum ráðstöfunum skuldarans sem gerðar eru í því augnamiði að skerða fullnusturétt þeirra og er verndin óháð stöðu krafna í skuldaröð. Til verknaðaraðferða geta talist að gefa rangar upplýsingar, skjóta undan eignum, málamyndagerningar, ótilhlýðilegar gjafir, ótilhlýðilega mikil eyðsla, sala fyrir óhæfilega lágt verð, greiðsla eða trygging ógjaldkræfra krafna eða tiltölulega hárra gjaldkræfra krafna og stofnun nýrra skulda, sem rýra munu efnahag skuldarans.<sup>149</sup>

Í 2. og 3. mgr. koma fram sérstök hlutdeildarregla (2. mgr.) og málshöfðunarskilyrðisregla (3. mgr.).

Verknaðarandlag greinarinnar er eins og annarra auðgunarbrotá fjárverðmæti og er það túlkað rúmt.

#### **4.8 Þróun andlags auðgunarbrotá samkvæmt dómaframkvæmd**

Eftir að höfundur kannaði dóma sem fallið hafa í auðgunarbrotamálum kom í ljós að dómstólar veita andlagi auðgunarbrotá mjög litla athygli. Andlag auðgunarbrotá kom upp í sárafaum tilfellum og í meirihluta þeirra tilfella er verið að fjalla um fjárhæð andlagsins.<sup>150</sup> Hér á eftir verður fjallað um nokkra dóma sem sýna hvert andlag auðgunarbrotá er. Reifaðir verða þeir dómur þar sem umræða um andlag auðgunarbrotá kemur fram og síðan settir fram nokkrir dómur til viðbótar þar sem andlagið var ekki hreyfanlegir, líkamlegir hlutir með fjárverðmæti.

<sup>149</sup> Gizur Bergsteinsson, 1955, bls. 10-13 og Jón Þór Ólafsson, 2010.

<sup>150</sup> Höfundur gerði nokkuð ítarlega könnun á dómum Hæstaréttar, þar sem flett var upp öllum dómum sem komu upp þar sem leitað var eftir lagaákvæðum þeim sem hér er verið að rannsaka. Leitað var hjá Lánstrausti og Hæstarétti. Höfundur getur þó ekki ábyrgst að einhverjir dómur sem máli skipta hafi ekki komið upp við leitina og eru því ekki með hér.

Í Hrd. 1987, bls. 1773 (nr. 209/1987) var maður fundinn sekur um að hafa tekið út af kreditkorti sínu langt umfram heimild og bakað þannig Sparisjóði Hafnarfjarðar tjóni. Var hann sakfelldur fyrir brot á 249. gr. vegna úttekta umfram þær 20 þúsund krónur sem heimild hans hljóðaði upp á.

Í Hrd. 1990, bls. 110 (nr. 352/1988) var maður ákærður fyrir að hafa kastað eign sinni á ávísanahefti sem var í seðlaveski í vasa frakka sem hann hafði fengið afhentan fyrir mistök úr fatahengi skemmtistaðar í Reykjavík, en frakkanum og veskinu henti ákærði síðan. Ákærði var dæmdur eftir 246. gr. í héraðsdómi en í Hæstarétti sagði: „Í II. hluta ákæru er ákærða einungis gefið að sök að hafa slegið eign sinni á ávísanahefti hennar ...Ekkert liggur fyrir um verðmæti ávísanaheftisins, og hefur ekki verið sýnt fram á, að það geti talist andlag brots samkvæmt 246. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, sbr. dóm Hæstaréttar 1985,1376. Ber því að sýkna ákærða af ákæru um brot gegn nefndri lagagrein.“ Ákærði var sakfelldur fyrir fölsun samkvæmt 155. gr. almennra hegningarlaga. Í Hrd. 1985, bls. 1376 (nr. 177/1985), sem vísað var til sem fordæmis segir aðeins „Ekkert liggur fyrir um verðmæti tékkaheftisins, og hefur ekki verið sýnt fram á, að það geti talist andlag þjófnaðar.“ Ákært var fyrir brot á 244. gr. almennra hegningarlaga.

Hér er það staðfest að ávísanahefti sem slíkt getur ekki verið andlag auðgunarbrot þar sem ávísanaheftið í sjálfu sér er verðlítill hlutur.

Í dómi sakadóms nr. 399/1989 var maður dæmdur fyrir að nota tölvu við þjófnað samkvæmt 244. gr.<sup>151</sup> Voru atvik þau að starfsmaður reikningsstofu bankanna, sem vann þar sem kerfisforritari, útbjó tvö tölvuforrit sem gerðu honum kleift að eyða innistæðum á bankareikningum annars vegar og hins vegar að færa samsvarandi fjárhæðir yfir á reikninga í sinni eigu. Um var að ræða reikninga sem höfðu staðið óhreyfðir í nokkur ár. Nokkrum dögum síðar tók maðurinn peningana út af reikningi sínum með útgáfu tveggja ávísana og var ákærður fyrir fjársvik vegna þess. Hann var sýknaður af þeim ákærulið en í dómnum segir:

<sup>151</sup> 244. gr. almennra hegningarlaga hljóðar svo:

Þjófnaður á fjármunum eða orkuförða varðar fangelsi allt að 6 árum.

Ef þjófnaðarbrot er sérstaklega stórfellt, svo sem vegna verðmætis þess, sem stolið var, eða hvernig hinu stolna eða geymslu þess var háttað, vegna aðferðarinnar, sem höfð var við þjófnaðinn, eða hættu, sem honum var samfara, svo og þegar þjófnaður er framinn af mörgum í sameiningu eða sami maður hefur gerst sekur um marga þjófnaði, þá skal refsing að jafnaði ekki vera lægri en 3 mánaða fangelsi.

Útgáfa ákærða og framvísun hans á tékkunum tveim, sem lýst er í ákæru, í því skyni að fénýta sér framangreinda fjárhæðir, sem hann hafði lagt á reikninga síns, er ekki refsiverð, enda hafði ákærði þegar við framangreindar yfirfærslur fullframið þjófnað sinn á fjármununum. Var því fjárhæðin til staðar á reikningunum, þó tilbúin væri, og getur því notkun hans á tékkunum ekki talist til fjársvika.”

Við ákvörðun á refsingu var litið til þess að ákærði hafði gróflega misnotað aðstöðu sína sem starfsmaður Reikningsstofu bankanna í því skyni að afla sér fjár “með þeirri alvarlegu aðferð, sem lýst hefur verið.” Brotið beindist gegn þeim mikilvægu hagsmunum Reiknistofunnar og bankanna að treysta megi tölvutækninni.

Litið var á það alvarlegum augum að tölva hefði verið notuð við þjófnaðarbrot þar sem það þótti grafa undan þeirri trú sem menn höfðu á tölvutækninni. Ekki var sérstaklega fjallað um að þetta breyti að einhverju leyti skilgreiningu andlags auðgunarbrota þó svo fjármunirnir hefðu ekki verið í hendi. Hins vegar var sagt að þar sem fjárhæð var tilkomin inn á bankareikning geranda fyrir hans tilstilli þá gæti sú fjárhæð ekki verið andlag brots.

Hrd. 1993, bls. 1770 (nr. 334/1993) er dæmt fyrir umboðssvik. Þar er ákærðu gefið að sök að hafa bundið Íslandsbanka hf., til greiðslu á 17 tékkum, sem ákærða gaf út á þriggja daga tímabili og notaði í viðskiptum, enda þótt innistæða væri ekki á reikningi hennar, og hún hafði opnað skömmu áður gagnert til þess að komast yfir tékkhefti og svíkja út fé.

Í Hrd. 47/2008 var maður ákærður fyrir umboðssvik með því að hafa misnotað aðgang sinn að gjaldeyrisviðskiptakerfi í Netbanka hlutfélagsins Glitnis, með því að nýta sér með kerfisbundnum og sviksamlegum hætti kerfisvillu í gjaldeyrisviðskiptakerfinu, sem var til komin vegna mistaka starfsmanna félagsins við forritun þess sem leiddi til þess að kaup- og sölugengi víxlaðist. Maðurinn aflaði sér þannig fjármuna með færslum á gjaldeyrisreikningum sínum þar sem hann í öllum tilvikum keypti dollara fyrir evrur og seldi síðan strax aftur fyrir evrur. Vegna kerfisvillunnar fékk ákærði í öllum tilvikum í þessum viðskiptum til sín þá fjárhæð sem undir eðlilegum kringumstæðum rennur til bankans í formi álags. Í dómnum sagði “Með þessu misnotaði ákærði sér ekki einhliða aðgang sinn að netbankanum við gjaldeyrisviðskiptin og verður háttsemi hans því ekki heimfærð undir 249. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Verður ákærði því sýknaður af þeim sakargiftum, en hann hefur ekki í máli þessu verið borinn sökum um fjársvik samkvæmt 248. gr. laganna.” Engin umræða fór fram um andlagið sem slíkt

heldur var einungis fjallað um undir hvort ákvæði laganna brotið félli á grundvelli þess hvort um væri að ræða einhliða eða tvíhliða brot. Brotamaðurinn kemst aldrei í líkamlegt samband við brotaandlagið fyrr en eftir að brotið hefur verið framið og hann gæti tekið pening út í formi seðla, eða hann gæti áfram nýtt sér tæknina og greitt fyrir vörur eða þjónustu með debetkorti.

Í Hrd. nr. 480/2009 var maður fundinn sekur um fjársvik og tilraun til fjársvika með því að hafa svikið út inneign í farsíma, með því að gefa starfsmanni Vodafone upp greiðslukortanúmer sem ekki var í hans eigu og þannig í heimildarleysi látið skuldfæra andvirði inn á greiðslukortareikning annars manns. Einnig var hann sakfelldur fyrir að hafa tvívegis reynt að svíkja út inneignir í farsíma, með því að hringja í þjónustuver Vodafone og gefa upp greiðslukortanúmer annars manns og þannig í heimildarleysi reynt að skuldfæra andvirði varanna inn á greiðslukortareikning hans. Þetta var talið varða við 248. gr. og 248. gr., sbr. 20. gr. almennra hegningarlaga.

Í Hrd. 309/2010 er maður dæmdur fyrir að hafa svikið út í 10 skipti vörur og þjónustu með því að láta skuldfæra andvirðið heimildarlaust á greiðslukortareikning annars manns. Einnig er hann dæmdur fyrir að hafa stolið umræddu kreditkorti í innbroti þar sem hann stal meðal annars seðlaveski sem innihélt reiðufé og greiðslukort.

Hér er sími notaður til að komast yfir inneign í síma sem fyllt er á með tölvutækninni og svo er greitt með fjarfærslu á kreditkort. Hér er verknaðaraðferðin, skuldfærsluaðferðin og andlagið einungis til í tölvu.

Í Hrd. 184/2011 er kona ákærð fyrir brot gegn 246. gr. með því að hafa í heimildarleysi kastað eign sinni á 810.000 krónur sem bílaumboð lagði ranglega inn á bankareikning hennar en hún tók fjárhæðina út af reikningnum sama dag og millifærði hana inn á tvo aðra reikninga, annan í eigu fyrrverandi eiginmanns síns og hinn í eigu manns sem ákærða sagðist fyrir dómi ekki þekkja. Konan krafðist sýknu og hélt því fram að sú háttsemi sem henni var gefin að sök yrði ekki heimfærð undir umrætt refsíákvæði þar sem innstæða á bankareikningi gæti ekki talist brotaandlag samkvæmt því. Byggði hún sýknukröfu sína einnig á því að háttsemin hefði ekki verið framin í auðgunarskyni. Hæstiréttur vísaði til þess að miklar breytingar hafi orðið á viðskiptum frá því almenn hegningarlög voru sett með tilkomu rafrænna viðskiptahátta. Yrði að telja eðlilegt, miðað við upphaflegt markmið ákvæðisins, að skýra það svo að það næði til ólögmastrar ráðstöfunar á fé, sem ranglega hefði borist viðtakanda, án tillits til þess hvort um

væri að ræða reiðufé eða fjárhæð sem lögð hefði verið inn á bankareikning viðtakanda. Taldi Hæstiréttur því að háttsemin félli undir 246. gr. almennra hegningarlaga. Þá var jafnframt talið að konan hefði framið háttsemina í auðgunarskyni. Staðfesti Hæstiréttur niðurstöðu héraðsdóms um sakfellingu. Einn af dómurunum í Hæstarétti, Jón Steinar Gunnlaugsson, skilaði inn séráliti. Þar sagði hann:

Samkvæmt 246. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 er refsivert ef „maður kastar eign sinni á fundna muni eða muni sem án aðgerða hans eru komnir í vörslur hans.“ Með þessum lagatexta verður að ætla að átt sé við hluti sem menn geta haft einhvers konar líkamleg yfirráð yfir og þar með haft í vörslum sínum. Var sýnilega á þessum skilningi byggt í dómi Hæstaréttar 14. nóvember 1985, sem birtur er á blaðsíðu 1218 í dómasafni réttarins það ár, þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að innstæða á bankareikningi geti ekki talist brotaandlag samkvæmt þessari lagagrein. Það getur ekki verið hlutverk dómstóla að breyta merkingu refsiakvæða vegna breytinga á almennum viðskiptaháttum og gefa þeim þannig víðari merkingu en orðalag þeirra gefur tilefni til. Tel ég því að háttsemi sú sem ákærðu er gefin að sök rúmist ekki innan verknaðarlýsingar lagaákvæðisins og beri því að sýkna ákærðu af ákærinni.

Í séráliti sínu vísar Jón Steinar til Hrd. 1985, bls. 1218 (nr. 127/1985). Í dómnum er héraðsdómur staðfestur að niðurstöðu til. Atvik máls eru þau að vegna mistaka bankastarfsmanns voru 500.000 krónur lagðar inn á bankareikning ákærða í Landsbankanum í stað þeirra 50.000 króna sem hann hafði lagt inn. Í dómnum segir:

„Eigi verður talið, að 246. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 eigi við þetta atferli ákærða, en í greininni er m. a.: lögð refsing við því að slá eign sinni á muni, sem eru án aðgerða manns komnir í vörslur hans. Innstæða á bankareikningi er ekki brotaandlag samkvæmt grein þessari. Ef maður notar sér innstæðu, sem færð hefur verið á bankareikning hans af mistökum, kemur til greina að virða það sem fjárvik, þ. e. hagnýtingu á rangri hugmynd bankastarfsmanns um rétta innstæðu.

Það kom einnig til álita í dómnum hvort litið yrði svo á að við mistökin, að lagt var of mikið inn á ávísanareikning ákærða, að fjárhæðin hefði getað talist komin í vörslur ákærða þannig að jafna mætti til þeirra vörslu sem fram kemur í 246. gr. Það var ekki talið þar sem ljóst þótti „að reikningshafi ávísanareikninga hefur ekki til umráða með tékkaútgáfu annað fé en hann hefur eða



fyrir tilstilli hans hefur verið lagt inn á ávísanareikninginn.“ Ekki þótti því grundvöllur til að beita 246. gr. um ráðstöfun ákærða á þessum peningum með tékkaútgáfu, og var hann því sýknaður af ákærunum. Dómurinn sagði það hins vegar vera ljóst að ákærði, með því að gefa út og nota í viðskiptum í eigin þágu tékkaávísanir umfram raunverulega innistæðu hefði hann gerst brotlegur við 248. gr. almennra hegningarlaga. Ekki þóttu efni til að færa verknað ákærða undir þessi lagaákvæði þar sem ljóst hafi verið af framburði útíbússtjóra Landsbanka Íslands, að aldrei hafi staðið til að leiðrétta ávísanareikning ákærða fyrirvaralaust og kæra hann svo fyrir tékkamisferli. Skyldi gefa honum kost á að endurgreiða upphæðina og veita honum til þess lán, ef hann óskaði. Einnig var ákærði hvorki kærður né ákærður fyrir þennan verknað.

Hægt er að segja að með þessu setji Hæstiréttur tvær reglur. Í fyrsta lagi að ef fjármunir eru ekki tilkomnir inn á bankareikning eiganda fyrir hans tilstilli eða innlagðir af honum sjálfum, þ.e. ef þeir eru lagðir inn vegna mistaka, eru þeir ekki komnir í hans vörslur þar sem honum er ekki frjálst að fara með þá að vild. Í öðru lagi er hægt að leiða af þessum dómi þá reglur að ef fjárhæð hefur verið lögð inn á tékkareikning eða millifærð af reikningseiganda sjálfum eða hefur fyrir hans tilstilli verið lögð inn á tékkareikning hans þá sé hægt að líta á innistæðu á bankareikningi sem andlag auðgunarbrotis þó svo ekki sé um að ræða líkamlegan, hreyfanlegan hlut.

Hæstiréttur lítur alveg framhjá niðurstöðu réttarins frá 1985 þar sem fram kemur rökstuðningur fyrir því hvers vegna andlag 246. gr. skuli ekki vera innistæða á bankareikningi þegar svona stendur á. Rétturinn hverfur þarna frá fyrra fordæmi sínu án alls rökstuðnings og segir aðeins:

„Frá því að almenn hegningarlög voru sett hafa hins vegar orðið miklar breytingar á viðskiptum, ekki síst með tilkomu tölva og gerbreyttra fjarskiptahátta, þar sem greiðslur eru almennt nú orðið inntar af hendi með rafrænum hætti. Af þeim sökum verður að telja eðlilegt, miðað við upphaflegt markmið þessa refsíákvæðis, að það sé skýrt svo að það nái til ólögmætrar ráðstöfunar á fé, sem ranglega hefur borist viðtakanda, án tillits til þess hvort um sé að ræða reiðufé eða fjárhæð sem lögð hefur verið inn á bankareikning hans. Með vísan til þess fellur sú háttsemi, sem ákærðu er gefin að sök, undir 246. gr. almennra hegningarlaga.“

Í dómnum frá 1985 telur Hæstiréttur þó að andlag 247. gr., geti talist þeir fjármunir sem ákærði fór með af ólögmætum hætti, þó svo að um sé að ræða innistæða á bankareikningi sem síðan var notuð með útgáfu ávísana.

## 4.9 Samantekt

Hér hefur verið fjallað 246. gr. – 250. gr. almennra hegningarlaga um auðgunarbrot. Fyrst var fjallað almennt um auðgunarbrot og andlag þeirra og síðan farið yfir þau ákvæði sem eru til rannsókna í ritgerðinni og einkenni þeirra tiltekin. Að síðustu var farið yfir dóma sem fallið hafa í auðgunarbrotum í þeirri viðleitni að sýna fram á þróun andlags auðgunarbrot. Niðurstaðan úr þeirri rannsókn er sú að hvorki löggjafinn né dómstólarnir hafa veitt þessu mikinn gaum. Þær breytingar sem hafa orðið á viðskiptaumhverfinu og fjármálakerfinu öllu hafa ekki fengið aðra umfjöllun frá löggjafanum en þá sem kom fram þegar 249. gr. a var bætt við almennu hegningarlögin árið 1998. Dómstólarnir hafa fjallað um andlag auðgunarbrot í nokkrum dómum sem reifaðir hafa verið hér undan og virðast þeir hafa samþykkt breytta viðskiptahætti án mikilla umræðu. En ljóst er að miðað við upphaflegt form andlags auðgunarbrot, sem skildi vera líkamlegir, hreyfanlegir hlutir með fjárgildi, hafa orðið miklar breytingar. Í dag er andlag auðgunarbrot orðið allt sem hefur eitthvert fjárhagslegt gildi hvort sem það eru peningar í hendi eða fjárhæð á tölvuskjá.

## 5 Niðurstöður

Í ritgerðinni, sem skipt er upp í fimm kafla, hefur verið farið almennt yfir dómsvaldið og dómsstólana. Hlutur dómstólanna í lagasetningu og þróun andlags auðgunarbrotu verið rannsökuð og komist hefur verið að niðurstöðum sem farið verður yfir hér.

Í öðrum kaflanum var farið yfir dómsvaldið og dómstólana, dómsniðurstöður og rökstuðning fyrir þeim. Í ákvæðum stjórnarskrárinnar kemur fram í 2. gr. að dómendur fari með dómsvaldið; í 59. gr. að skipan dómsvaldsins verði ekki ákveðin nema með lögum; 60. gr. segir að dómstólar hafi úrskurðarvald um embættistakmörk yfirvalda; 61. gr. segir að í embættisverkum sínum skuli dómendur einungis fara að lögum og í 70. gr. er kveðið á um réttinn til að bera mál undir dómstóla. Hlutverk dómstólanna er að skera úr um rétt manna og skyldur þegar ágreiningur rís sem og að dæma sekt og viðeigandi viðurlög verði menn ákærðir og sekir fundnir um refsivert athæfi. Um þetta fjalla dómsniðurstöður dómara og skulu þær vera rökstuddar. Mikilvægt er fyrir aðila máls að dómsniðurstöður séu vel rökstuddar. Einnig er það liður í réttaröryggi að ljóst sé hvernig dómara komast að niðurstöðu og hver sé talinn gildandi réttur sem síðar getur verið grundvöllur fordæmis.

Í þriðja kafla var byrjað á því að fara yfir þær réttarheimildir sem taldar eru gildandi að íslenskum rétti og vægi þeirra skilgreint. Sérstaklega var farið yfir réttarheimildina fordæmi þar dómstólarnir setja fordæmi með dómum sínum og fordæmi falla undir skilgreiningu á lagahugtakinu í 61. gr. stjórnarskrárinnar. Farið var yfir dóma þar sem dómstólar hafa sett reglur. Er um að ræða reglur settar þar sem engar voru fyrir, reglur sem reynt hefur á með sérstökum hætti og þannig myndast ný regla. Nefnd dæmi þar sem Hæstiréttur fellur frá fyrra fordæmi sínu og svo hvernig dómaframkvæmd getur breyst yfir lengra tímabil. Að síðustu var farið yfir þann eðlismun sem liggur í lagasetningu dómstóla og löggjafans.

Í fjórða kaflanum var fjallað 246. gr. – 250. gr. almennra hegningarlaga um auðgunarbrot. Fyrst var fjallað almennt um auðgunarbrot og andlag þeirra og síðan farið yfir þau ákvæði sem eru til rannsóknar í ritgerðinni og einkenni þeirra tiltekin. Að síðustu var farið yfir dóma sem fallið hafa í auðgunarbrotum í þeirri viðleitni að sýna fram á þróun andlags auðgunarbrotu. Niðurstaðan úr þeirri rannsókn er sú að hvorki löggjafinn né dómstólarnir hafa veitt þessu mikinn gaum. Þær breytingar sem hafa orðið á viðskiptaumhverfinu og fjármálakerfinu öllu hafa ekki fengið aðra umfjöllun frá löggjafanum en þá sem kom fram þegar 249. gr. a var bætt við almennu

hegningarlögin árið 1998. Dómstólarnir hafa fjallað um andlag auðgunarbrot í nokkrum dómum sem reifaðir voru og virðast þeir hafa samþykkt breytta viðskiptahætti án mikillar umræðu.

Þó svo menn greini á um hvaðan vald dómstólana til lagasetningar komi, eða hvort lagasetning sé þeirra hlutverk, verður varla um það deilt að í raun setja dómstólar reglur og hafa sumar þeirra síðar orðið grunvöllur lagasetningar frá Alþingi og fests þannig í sessi.

Dómsúrlausnir eru birtar og aðgengilegar hverjum sem er. Það er því nauðsynlegt að þær séu vel rökstuddar svo hægt sé að átta sig á gildandi rétti og sjá á hvaða réttarreglum þær eru byggðar.

Rökstuðningur er bæði mikilvægur aðilum máls og vegna fordæmisgildi dóma.

Í 61. gr. stjórnarskrárinnar er kveðið á um að dómendur skuli í embættisverkum sínum einungis fara eftir lögnum. Með dómsniðurstöðum sínum setja dómstólar fordæmi sem falla undir lagahugtakið sem fram kemur í 61. gr. Það er ekki niðurstaða höfundar að dómstólar hafi óskorðað lagasetningarvald. Ef sú væri raunin væri slíkt heimilað í stjórnarskrá og þeir hefðu vald til að setja lög um hvað það, sem þeim þætti þörf á. Svo er ekki. Heimildir dómstóla ná einungis til þess réttarágreinings sem fyrir þá er lagður og þeim ber skylda til að leysa úr samkvæmt 1. mgr. 24. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Dómstólar leysa úr þeim ágreiningi á grundvelli þeirra réttarheimilda sem fyrir eru hvort sem það eru sett lög, fordæmi eða eðli máls, en fara eftir þeirri röð sem viðurkennd er í réttarheimildarfræðunum, þar sem stjórnarskrá og sett lög eru alltaf réttahæst. Í þeim tilfellum setja dómstólar reglur og sækja heimild til þess til 61. gr. stjórnarskrárinnar. Fordæmi eru talin til réttarheimilda. Dómstólar setja fordæmi, en samkvæmt 61. gr. stjórnarskrárinnar skulu dómara í embættisverkum sínum einungis fara eftir lögnum. Í víðum skilningi setja dómstólar því lög.

Sem svar við titli ritgerðarinnar þá eru dómstólarnir í takt við tímann, en kannski að öðru leyti en upp var lagt með þegar ritgerðarsmíðin hófst. Lagt var upp með að fjalla um lagasetningarvald dómstóla, hvort dómstólar settu lög í raun og hvernig sú lagasetning hefði þá haft áhrif á andlag auðgunarbrot. Niðurstaðan í þeirri rannsókn er sú að dómstólar hafa að vísu sett reglur um andlag auðgunarbrot en einungis með því að hafa tekið breytingar á viðskiptaháttum inn í löggjöf með því einu að mótmæla þeim ekki. Dómstólarnir hafa ekki tekið afstöðu til þess hvort breytingarnar standist ákvæði XXVI. kafla almennra hegningarlaga heldur hafa þessar breytingar að því er virðist fengið að fljóta með án þess að um þær hafi verið fjallað.

Þetta er gagnrýnivert bæði gagnvart löggjafarvaldinu sem og dómsvaldinu. Það verður áhugavert að sjá hvort þessi brotalöm eigi eftir að hafa áhrif á þau fjölmörgu mál sem nú eru í vinnslu, bæði á rannsóknarstigi hjá embætti sérstaks saksóknara og í dómskerfinu í tengslum við meint brot í viðskiptum sem fram fóru í aðdraganda efnahagshrunsins, en ljóst er að mikið mun mæða á auðgunarbrotakafli hegningarlagna í þeim málaferlum.

## 6 Heimildaskrá

Alþingistíðindi.

Ármann Snævarr. (1968). *Þættir úr refsirétti II, handrit til afnota við kennslu í Lagadeild*

*Háskóla Íslands*. Reykjavík: Offsetfjölritað.

Ármann Snævarr. (1989). *Almenn lögfræði*. Reykjavík: Bókaútgáfa Orators.

Benedikt Sigurjónsson og Haraldur Henrysson. (1978). Samning dóma. *Tímarit lögfræðinga*,

28(2), 66–86.

Björn Þ. Guðmundsson. (1988). Það á ekki að semja dóma “fyrir” einhvern. *Tímarit lögfræðinga*,

38(4), 266–269.

Davíð Oddsson. (2002). Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla. *Tímarit*

*lögfræðinga*, 52(1), 7–14.

Eiríkur Tómasson. (1994). Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda skv. 60. gr.

stjórnarskrárinnar. *Úlfjótur*, 37(4), 183–217.

Eiríkur Tómasson. (1999). *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi*. Reykjavík: Bókaútgáfa Orators.

Friðgeir Björnsson. (1993). Um valdsins þrískipta grein. *Tímarit lögfræðinga*, 43(3), 139–144.

Garðar Gíslason. (1989). Rökstuðningur dóma. *Tímarit lögfræðinga*, 39(3), 145–147.

Gizur Bergsteinsson. (1955). Auðgunarbrot. *Úlfjótur*, 8(2), 3–16.

Gunnar G. Schram. (1999). *Stjórnskipunarréttur* (2. ed.). Háskólaútgáfan.

H.A.L. Hart. (1997). *The Concept of Law* (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.

Hjördís Björk Hákonardóttir. (1988). Gagnrýni á dómstólana og forsendur dóma. *Skírnir. Tímarit*

*hins íslenska bókmenntafélags*, 162(1), 164–171.

Hjördís Björk Hákonardóttir. (1989). Um rök og réttlæti. *Tímarit lögfræðinga*, 39(2), 133–135.

- Ingibjörg Þorsteinsdóttir. (2010). *Lögfræði: réttarheimildir og aðferðir lögfræðinnar*. Bifröst: Háskólinn á Bifröst.
- Jón Steinar Gunnlaugsson. (1987). *Deilt á dómara*. Reykjavík: Almenna bókafélagið.
- Jón Steinar Gunnlaugsson. (1989). Rökstuðningur er ekki síst fyrir dómara sjálfan. *Tímarit lögfræðinga*, 39(2), 135–136.
- Jón Steinar Gunnlaugsson. (1991). Kenningar og raunveruleiki. *Tímarit lögfræðinga*, 41(4), 242–244.
- Jón Steinar Gunnlaugsson. (2003). *Um fordæmi og valdmörk dómstóla*. Reykjavík: Lagadeild Háskólans í Reykjavík.
- Jón Steinar Gunnlaugsson. (2010). Guðlegt vald? *Tímarit lögfræðinga*, 60(2), 201–205.
- Jón Þór Ólafsson. (2010). *Skilasvik og ýmis refsiréttarleg álitafni í tengslum við fall efnahagskerfisins*. Presented at the Lagadagurinn 2010.
- Jónatan Þórmundsson. (1975). *Auðgunarbrot og nokkur skyld brot* (Vol. fyrra hefti). Reykjavík: s. n.
- Jónatan Þórmundsson. (1999). *Afbrot og refsiaþbyrgð I*. Reykjavík: Háskólaútgáfan.
- Jónatan Þórmundsson. (2001). Auðgunarásetningur. *Líndæla - Sigurður Líndal sjötugur, 2. júlí 2001* (pp. 339–356). Reykjavík: Hið íslenska bókmenntafélag.
- Jónatan Þórmundsson. (2007a). Fjárdráttur. *Úlfljótur*, 60(3), 535–588.
- Jónatan Þórmundsson. (2007b). Umboðssvik. *Tímarit Lögréttu*, 4(2), 171–188.
- Jónatan Þórmundsson. (2008). Einkenni auðgunarbrot; tengsl þeirra innbyrðis og við önnur brot. *Tímarit lögfræðinga*, 58(4), 403–463.
- Jónatan Þórmundsson. (2009). *Þættir um auðgunarbrot*. Reykjavík.

- Markús Sigurbjörnsson. (2005). *Einkamálaréttarfar, hluti I*.
- Montesquieu. (2002). *The Spirit of Laws*. New York: Prometheus Books.
- Ólafur Jóhannesson. (1978). *Stjórnskipun Íslands* (2nd ed.). Reykjavík: Iðunn.
- Róbert R. Spanó. (2005). Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla. *Lögrétta*, 2(1), 67–85.
- Róbert R. Spanó. (2007). *Túlkun lagaákvæða*. Reykjavík: Codex.
- Saksóknari Alþingis.
- Sigríður Ingvarsdóttir. (2000). Rökstuðningur dómsúrlausna. *Tímarit lögfræðinga*, 50(3), 173–224.
- Sigríður Ingvarsdóttir. (2004). Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu. *Tímarit lögfræðinga*, 54(4), 465–499.
- Sigurður Líndal. (1995). Þáttur Hæstaréttar í réttarþróun á Íslandi. *Tímarit lögfræðinga*, 45(1), 64–97.
- Sigurður Líndal. (2002a). Um lagasetningavald dómstóla. *Tímarit lögfræðinga*, 52(2), 101–128.
- Sigurður Líndal. (2002b). *Um lög og lögfræði: grundvöllur laga - réttarheimildir*. Reykjavík: Hið íslenska bókmenntafélag.
- Sigurður Tómas Magnússon. (2005). Aðgangur að dómstólum á sviði einkamála. *Tímarit lögfræðinga*, 55(2), 133–182.
- Þór Vilhjálmsson. (1988). Rökfærsla í dómum og stjórnvaldsákvörðunum. *Skírnir. Tímarit hins íslenska bókmenntafélags*, (1).



## 6.1 Vefheimildir

Páll Þórhallsson (1994) Ekki æskilegt að þyngja refsinga. Viðtal við Þór Vilhjálmsson hæstaréttardómara. *Morgunblaðið* 9. janúar 1994.

Slóð;

[http://mbl.is/greinasafn/grein/120764/?item\\_num=7&searchid=f77897f3205b5161e0dafd1fce9c6858151bf0f0](http://mbl.is/greinasafn/grein/120764/?item_num=7&searchid=f77897f3205b5161e0dafd1fce9c6858151bf0f0), [Sótt, 15. mars 2012.]

## 7 Lagaskrá

Stjórnarskrá um hin sérstöku málefni Íslands, frá 5. janúar 1874.

Lög nr. 9/1920. Stjórnarskrá konungsríkisins Íslands.

Lög nr. 33/1944. Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands

Lög nr. 39/1921. Lög um stofnun og slit hjúskapar.

Lög nr. 85/1936. Lög um meðferð einkamála.

Lög nr. 80/1938. Lög um stéttarfélög og vinnudeilur

Lög nr. 19/1940. Almenn hegningarlög.

Lög nr. 26/1958. Umferðarlög.

Lög nr. 3/1963. Lög um Landsdóm.

Lög nr. 4/1963. Lög um ráðherraábyrgð.

Lög nr. 74/1974. Lög um meðferð opinberra mála.

Lög nr. 32/1978. Lög um hlutafélög.

Lög nr. 75/1981. Lög um tekjuskatt og eignarskatt.

Lög nr. 8/1994. Lög um breytingu á lögum nr. 75/1981 um tekjuskatt og eignarskatt.

Lög nr. 48/1988. Lög um fangelsi og fangavist

Lög nr. 92/1989. Lög um framkvæmdarvald ríkisins í héraði

Lög nr. 89/1990. Bráðabirgðalög um launamál.

Lög nr. 19/1991. Lög um meðferð opinberra mála.

Lög nr. 21/1991. Lög um gjaldprotaskipti.

Lög nr. 91/1991. Lög um meðferð einkamála.

Lög nr. 20/1992. Barnalög.

Lög nr. 37/1993. Stjórnsýslulög.

Lög nr. 50/1993. Skaðabótalög.

Lög nr. 62/1994. Lög um mannréttindasáttmála Evrópu.

Lög nr. 97/1995. Stjórnskipunarlög um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, með síðari breytingum.

Lög nr. 50/1996. Upplýsingarlög.

Lög nr. 118/1997. Lög um breytingu á lögum nr. 75/1981 um tekjuskatt og eignarskatt.

Lög nr. 15/1998. Lög um dómstóla

Lög nr. 25/1998. Lög um breyting á lögum um mannréttindasáttmála Evrópu, nr. 62 19. maí 1994.

Lög nr. 30/1998. Lög um breyting á almennum hegningarlögum, nr. 19 12. febrúar 1940 (tölvubrot).

Lög nr. 82/1998. Lög um breyting á almennum hegningarlögum, nr. 19 12. febrúar 1940, með síðari breytingum

Lög nr. 76/2003. Barnalög

Lög nr. 88/2008. Lög um meðferð sakamála.

Lög nr. 147/2009. Lög um breyting á lögum um dómstóla, nr. 15/1998, með síðari breytingum.

Lög nr. 12/2011. Lög um breyting á lögum um dómstóla, nr. 15/1998, með síðari breytingum.

## **7.1 Reglugerðir**

Reglugerð nr. 395/1998. um dómþinghár og þingstaði.

Reglugerð nr. 620/2010 um störf dómnefndar sem fjallar um hæfni umsækjenda um dómaraembætti.

Reglugerð nr. 463/2000 um aukastörf héraðs- og hæstaréttardómara og eignarhlut þeirra í félögum og atvinnufyrirtækjum.

Reglugerð nr. 473/2009 um umdæmi héraðsdómstóla vegna sameiningar sveitarfélaga.

## **7.2      Álit og úrskurðir**

Úrskurður Landsdóms nr. 3/2011

Úrskurður Ríkisskattanefndar nr. 545/1992.

## **7.3      Alþjóðasamningar og fleira**

Evrópuráðssamningur um verndun mannréttinda og mannfrelsis frá 4. nóvember 1950,  
(Mannréttindasáttmáli Evrópu).

## 8 Dómaskrá

### 8.1 Dómar úr dómasafni Landsyfirréttar

Lyfd. XI. (1871): ..... 130

### 8.2 Hæstaréttardómar

Hrd. 1935, bls. 48 (nr. 26/1934)..... 37

Hrd. 1935, bls. 85 (nr. 136/1934)..... 37

Hrd. 1934, bls. 862 (nr. 55/1934)..... 30, 37

Hrd. 1940, bls. 59 (nr. 106/1939)..... 37

Hrd. 1943, bls. 256 (nr. 87/1942)..... 38

Hrd. 1954, bls. 577 (nr. 62/1952)..... 46

Hrd. 1963, bls. 41 (nr. 89/1962)..... 46

Hrd. 1964, bls. 843 (nr. 106/1964)..... 46

Hrd. 1965, bls. 193 (nr. 34/1965)..... 10

Hrd. 1967, bls. 16 (nr. 200/1966)..... 41

Hrd. 1967, bls. 1011 (nr. 85/1967)..... 10

Hrd. 1969, bls. 92 (nr. 143/1968)..... 46

Hrd. 1978, bls. 893 (nr. 32/1976)..... 46

Hrd. 1981, bls. 128 (nr. 6/1978)..... 47

Hrd. 1982, bls. 192 (nr. 96/1980)..... 9

Hrd. 1982, bls. 1141 (nr. 1/1980)..... 47

Hrd. 1985, bls. 1218 (nr. 127/1985)..... 66

Hrd. 1985, 1290, (nr. 77/1985) ..... 43, 45, 49

Hrd. 1985, bls. 1376 (nr. 177/1985)..... 63

Hrd. 1987, bls. 356 (nr. 273/1986)..... 44, 45

Hrd. 1987, bls. 373 (nr. 138/1986)..... 27

Hrd. 1987, bls. 473 (nr. 95/1986)..... 4

Hrd. 1987, bls. 1773 (nr. 209/1987)..... 63

Hrd. 1988, bls. 1532 (nr. 239/1987).....	29
Hrd 1989, bls. 594 (nr. 98/1989).....	46
Hrd. 1990, bls. 2 (nr. 120/1989).....	4, 12, 43, 44, 49
Hrd. 1990, bls. 92 (nr. 31/1990).....	46
Hrd. 1990, bls. 110 (nr. 352/1988).....	63
Hrd. 1992, bls. 1962 (128/1991).....	8
Hrd. 1993, bls. 1770 (nr. 334/1993).....	64
Hrd. 1993, bls. 2061 (nr. 291/1993).....	38
Hrd. 1994, bls. 748 (nr. 300/1991).....	4
Hrd. 2000, bls. 83 (nr. 19/2000).....	12
Hrd. 2000, bls. 4394 (nr. 419/2000).....	41
Hrd. 2000. bls. 4480 (nr. 125/2000).....	29, 49
Hrd. 2000, bls. 1534 (nr. 12/2000).....	29
Hrd. 2002, bls. 1024 (nr. 397/2001).....	42
Hrd. nr. 47/2008.....	64
Hrd nr. 480/2009.....	65
Hrd. nr. 309/2010.....	65
Hrd. 184/2011 .....	1, 46, 52, 65
Hrd. 103/2012 .....	31

### 8.3 Dómar sakadóms Reykjavíkur

Dómur sakadóms Reykjavíkur nr. 399/1989 .....	63
---	----