



**BA-ritgerð
í lögfræði**

Eftirlit dómstóla með framkvæmdarvaldinu

Endurskoðun dómstóla á skipun í dómaraembætti

Kolbrún Birna Hallgrímsdóttir Bachmann

Ásgerður Ragnarsdóttir

Apríl 2019



HÁSKÓLI ÍSLANDS
FÉLAGSVÍSINDASVIÐ

LAGAÐEILD

**BA-ritgerð
í lögfræði**

Eftirlit dómstóla með framkvæmdarvaldinu
Endurskoðun dómstóla á skipun í dómaraembætti

Kolbrún Birna Hallgrímsdóttir Bachmann

Ásgerður Ragnarsdóttir

Apríl 2019

Efnisyfirlit

1	Inngangur	3
2	Endurskoðunarvald dómstóla með framkvæmdarvaldinu	3
2.1	Grunnur endurskoðunarvalds og rök að baki því.....	3
2.2	Þróun endurskoðunarvalds.....	4
2.3	Umfang endurskoðunarvalds	5
3	Stjórnvaldsákvæðanir um ráðningar í opinber störf	7
3.1	Almennt um veitingu opinberra starfa	7
3.2	Sjónarmið sem hafa þarf í huga við ráðningu í opinber störf	9
4	Ákvæðanir sem lúta að skipun í dómaraembætti	10
4.1	Almennt um matskenndar ákvæðanir varðandi ráðningu í opinber störf	10
4.2	Ákvörðun um skipun dómara.....	10
4.3	Hæfnismat – hvað felst í því og hvernig fer það fram?	12
5	Dómaframkvæmd sem varðar endurskoðun á ákvörðun um skipun dómara	13
5.1	Skilyrði þess að dómstólar endurskoði ákvæðanir stjórnvalda	13
5.2	Endurskoðun dómstóla á ákvörðun um skipun dómara.....	13
5.3	Hvaða þættir eru teknir til endurskoðunar, út frá dómaframkvæmd?.....	18
6	Niðurstöður	22
	Heimildarskrá.....	23

1 Inngangur

Í þessari ritgerð verður fjallað um eftirlit dómstóla með framkvæmdarvaldinu, þ.e. endurskoðunarvald dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum. Verður vikið að endurskoðun dómstóla á matskenndum ákvörðunum líkt og ráðningum í opinber embætti og þá sérstaklega við skipun í embætti dómara. Litið verður til uppruna endurskoðunarvaldsins, þróunar þess og umfangs. Ásamt því verður fjallað almennt um þær matskenndu stjórnvaldsákvörðanir sem ráðningar í opinber störf eru og það hvernig slíkt ferli fer fram, auk þeirra lagareglna sem um slíkar ákvarðanir gilda. Sérstaklega verður vikið að skipun dómara og hvernig mat á hæfni þeirra fer fram við ráðningu í embætti. Verður tekið mið af þremur Hæstaréttardómum um þetta álitaefni og litið til þess til hvers endurskoðunarvaldið tekur, þ.e.a.s. hvaða þættir stjórnvaldsákvörðana eru endurskoðaðir af dómstólum og hvaða þættir ákvarðana eru alfarið í höndum framkvæmdarvaldsins.

2 Endurskoðunarvald dómstóla með framkvæmdarvaldinu

2.1 Grunnur endurskoðunarvalds og rök að baki því

Endurskoðunarvald dómstóla á athöfnum framkvæmdarvaldsins er byggt á 60. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (hér eftir stjkskr.) og eru dómstólar taldir úrskurðarbærir um staðarleg og málefnisleg valdmörk stjórnvalda, um það hvort ákvörðun stjórnvalds sé lögmæt að formi og efni til, hvort gætt hafi verið rétttra aðferða við töku hennar, hvort stjórnvald hafi verið vanhæft til ákvörðunar o.fl. Leiðir þetta vald einnig af 70. gr. stjkskr., sem kveður á um rétt borgara til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur með réttlátri málsmeðferð innan hæfilegs tíma, fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli.

Endurskoðunarvald dómstóla er einnig byggt á hugmyndinni um þrígreiningu ríkisvaldsins sbr. 2. gr. stjkskr. sem oftast er kennd við franska stjórnspekinginn Montesquieu. Í meginráttum felur kenningin í sér að greinar ríkisvaldsins skiptast í löggjafarvald, framkvæmdarvald og dómsvald sem fara með ólík valdsvið en valdhafar hafa eftirlit hver með öðrum auk úrræða til að tempra vald hinna valdhafanna, til að koma í veg fyrir að vald þeirra sé misnotað. Hafa sjónarmið um réttaröryggi ýtt undir kröfuna um að dómstólum sé skylt að taka afstöðu til þess hvort framkvæmdarvald og löggjafarvald hafi gengið of langt í skerðingu á stjórnarskrárvörðum réttindum borgaranna eða hvort slík takmörkun hafi lagastöð.¹

¹ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur: Undirstöður og handhafar ríkisvalds*, bls. 628.

2.2 Þróun endurskoðunarvalds

Endurskoðunarvald dómstóla á framkvæmdarvaldsathöfnum hefur ekki alltaf verið viðurkennt og áður fyrr túlkuðu ýmsir fræðimenn kenninguna um þrískiptingu ríkisvaldsins á þann hátt að hver hinna þriggja handhafa ríkisvaldsins ætti að vera sjálfstæður og óháður hinum og þar af leiðandi ættu dómstólar ekki að geta úrskurðað um ákvarðanir yfirvalda né um valdamörk þeirra.²

Eftirlit dómstóla með stjórnvöldum var talið afar takmarkað á síðustu áratugum einveldisins en dómur Landsyfírréttarins frá 25. febrúar 1889, *Ds. III. bls. 445*, er talinn vera fyrsti dómurinn hérlendis þar sem tekið er svo til orða að stjórnvöld hafi skort heimild til þess að taka íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun. Í því máli var deilt um álagningu aukaútsvars sem lagt hafði verið á mann sem hafði látið selja fyrir sig vörur í skúr á lóð sinni á Borðeyri, en hann átti ekki lögheimili þar. Ekki var talið að lögheimili viðkomandi hafi verið á Borðeyri þrátt fyrir söluna og taldi Landsyfírréttur hreppsnefndina í Bæjarhreppi hafa skort heimild til að leggja aukaútsvar á hann. Af dómaframkvæmd að ráða hefur sú ályktun verið dregin að Landsyfírréttur hafi ótvírætt talið sig bærán til að skera úr um það hvort stjórnvaldsákvæðanir væru byggðar á viðhlítandi lagaheimildum og í samræmi við lög frá því undir lok 19. aldar.³

Líkt og almennt í þróun stjórnsýsluréttar og réttarfars voru Íslendingar eftirbátar Dana í réttarþróuninni að þessu leyti.⁴ Má hér líta til *UfR. 1881 bls. 327* sem er einn af fyrstu dönsku dómunum sem skar úr um það að lögætisreglan hefði verið brotin, þar sem stjórnvöld skorti lagaheimild til að taka stjórnvaldsákvörðun.⁵

Um miðja 19. öld voru uppi tvær megin skoðanir um hvað ákvæði 1. mgr. 63. gr. dönsku stjórnarskrárinnar um eftirlit dómstóla með embættistakmörkum fæli í sér, en hún er fyrirmynd og efnislega samhljóða 60. gr. stj.skr. Sú skoðun sem innihélt rýmri merkingu ákvæðisins festi sig fljótlega í sessi en hún fól í sér að dómstólar hefðu vald til að endurskoða lögætti stjórnvaldsákvæðana en gætu hins vegar ekki haggð við því frjálsa mati sem stjórnvaldsákvörðun væri reist á. Hafa auknar kröfur verið gerðar til framkvæmdar dómstólanna til þess að stjórnvaldsákvæðanir hvíli á málefnalegum sjónarmiðum og hefur greinarmunur milli matskenndra ákvæðana og annarra ákvæðana minni þýðingu. Ásamt því hefur réttarþróunin hérlendis stefnt í þá átt að rýmka úrskurðarvald dómstóla.⁶

² Ólafur Jóhannesson: *Stjórnarfráséttur II*, bls. 157-159

³ Ólafur Jóhannes Einarsson: *Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum*, bls. 18-19.

⁴ Ólafur Jóhannes Einarsson: *Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum*, bls. 16.

⁵ Poul Andersen: *Om ugyldige Forvaltningsakter*, bls. 245-246.

⁶ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur: Undirstöður og handhafar ríkisvalds*, bls. 630.

2.3 Umfang endurskoðunarvalds

Dómstólar eru ekki aðeins taldir bærir til að úrskurða um staðarleg og málefnisleg takmörk stjórnvalda, heldur einnig um það hvort stjórnvaldsákvörðanir séu lögmætar, hvort efni þeirra sé lögum samkvæmt og hvort réttra málsmeðferðarreglna hafi verið gætt við töku þeirra samkvæmt ákvæðum stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 (hér eftir ssl.). Dómstólar endurskoða ekki einungis hvort stjórnvaldsákvörðun sé andstæð lögum eða skorti lagastoð, heldur einnig hvort lögmæt og málefnaleg sjónarmið liggi henni til grundvallar.⁷

Endurskoðunarvald dómstóla er talið taka til ákvörðana stjórnvalda og stjórnarframkvæmda yfirleitt, óháð því hvort ákvörðanir séu almenns eðlis, líkt og reglugerðir, samþykktir o.fl. eða um einstök atvik eða lögskipti sé að ræða, líkt og stjórnarathafnir. Tekur valdið jafnt til ákvörðana hjá æðri og lægri stjórnvöldum og geta dómstólar því t.d. dæmt um lögmæti samþykktar sem hafa hlotið staðfestingu ráðherra.⁸

Við endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðun er meðal annars lagt mat á það hvort ákvörðun hafi verið tekin á grundvelli málefnalegra sjónarmiða sbr. *Hrd. 384/1998* sem kvað orðrétt á um að dómstólar ættu endanlegt mat um það hvort skattyfirvöld hafi fylgt málefnalegum sjónarmiðum við endurákvörðun. Þegar dómstólar endurskoða hvort matskenndar stjórnvaldsákvörðanir séu byggðar á málefnalegum sjónarmiðum ber fyrst að greina það hvaða sjónarmið teljast málefnaleg og er heimilt að leggja til grundvallar ákvörðunum í hverju máli. Við þessa greiningu er litið til allra þeirra réttarheimilda sem geta haft þýðingu ásamt því að litið er til lögskýringargagna og lögskýringarsjónarmiða. Ef ekki er unnt að greina hvaða sjónarmið teljast málefnaleg með þessum hætti er yfirleitt reynt að leiða þau af markmiðum viðkomandi heimildarlaga.⁹

Dómstólar leggja einnig mat á það, hvort stjórnvöld hafi lagt til grundvallar svokölluð skyldubundin sjónarmið, þ.e. þau sjónarmið sem þeim er skylt að leggja til grundvallar samkvæmt lögum. Er hér um að ræða sjónarmið sem koma fram í lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum, en einnig ber að líta til sjónarmiða sem eru til þess fallin að ná markmiði þeirra laga sem ákvörðunin byggir á, ásamt sjónarmiðum sem fela í sér verndun mannréttinda. Við matið er einnig gjarnan litið til svokallaðra almennra sjónarmiða, þ.e. réttmætrar væntingar borgarans og sjónarmiða sem miða að því að hindra eyðileggingu verðmæta. Einnig er litið til þess sem aðili máls færir fram máli sínu til stuðnings ásamt þeim sjónarmiðum sem aflað er með álitsumleitan. Við mat á því hvaða sjónarmið ber að leggja til

⁷ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur: Undirstöður og handhafar ríkisvalds*, bls. 630-631.

⁸ Ólafur Jóhannesson: *Stjórnarfrarsréttur II*, bls. 165.

⁹ Ólafur Jóhannes Einarsson: *Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum*, bls. 62-63.

grundvallar verður að hafa hliðsjón af jafnræðisreglu 11. gr. ssl. Hafi stjórnvald lagt ákveðin sjónarmið til grundvallar við úrlausn máls ber að afgreiða sambærileg mál sem koma upp síðar meir á grundvelli sömu sjónarmiða.¹⁰

Sjónarmiðin sem hér um ræðir leiða ekki alltaf til sömu niðurstöðu og geta þau haft mismikið vægi en meginreglan er sú að stjórnvald hafi val um það hvaða vægi það ljær einstökum sjónarmiðum. Nokkrar undantekningar eru á þeirri meginreglu og geta lög, lögskýringargögn eða stjórnvaldsfyrirmæli leitt í ljós að ákveðin sjónarmið eigi að hafa aukið vægi. Hér er um að ræða forgangsreglur, þ.e. reglur sem mæla fyrir um aukið vægi vissra sjónarmiða. Má hér m.a. nefna regluna um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla sem nú er að finna í lögum nr. 10/2008. Dómstólar veita stjórnvöldum gjarnan ákveðið svigrúm að þessu leyti þar sem dómstólar haggja yfirleitt ekki við þeim málefnalegu sjónarmiðum sem stjórnvöld leggja sjálf til grundvallar ákvörðunum sínum.¹¹

Þegar um er að ræða stjórnvaldsákvörðanir sem eru matskenndar að einhverju leyti ber ætíð að gæta þess að meðalhófsreglunnar sé gætt, sem nú er lögfest í 12. gr. ssl. og teljast dómstólar bærir til að leggja mat á það hvort svo sé gert. Reglan er talin vera þrífætt en endurskoðunarheimild dómstóla nær yfir regluna alla og skiptir því ekki máli hvaða þátt hennar reynir á. Matið á öllum hlutum hennar fer eins fram og ber dómstólum að leggja sjálfsætt mat á atvik máls, hvort þær aðgerðir sem stjórnvöld gripu til hafi verið nauðsynlegar og hvort þeim hafi verið beitt hóflega. Þarf hér að hafa í huga að dómstólum ber að setja sig í spor stjórnvalda í þessum aðstæðum og líta á atvik máls frá þeirra sjónarhorni og byggir matið þá á aðstæðum eins og þær voru þegar ákvörðun var tekin en ekki á grundvelli nýrra upplýsinga. Þegar máli er skotið til æðra stjórnvalds er almenna reglan sú að það geti metið hvort það hefði tekið sömu ákvörðun en dómstólar leggja þó ekki mat á það hvort hentugra hefði verið að taka einhverja aðra ákvörðun eða hvort umrædd ákvörðun sé í samræmi við stefnumörkun stjórnvalda.¹²

Endurskoðun á stjórnvaldsákvörðun lýtur einnig að því að mat stjórnvalda verður að vera forsvaranlegt, jafnvel þó það sé byggt á málefnalegum sjónarmiðum. Dómstólar hafa gefið mismikið svigrúm hvað þetta varðar en fræðimenn líkt og Ólafur Jóhannesson og Max Sørensen hafa talið að dómstólar geti felld úr gildi stjórnvaldsákvörðanir sem séu „bersýnilega ósanngjarnar“. Réttarstaðan hér á landi hefur verið talin slík að dómstólar séu bærir til að ógilda ákvarðanir sem eru ósanngjarnar. Erfitt er að fastsetja hversu strangt slíkt mat skuli

¹⁰ Ólafur Jóhannes Einarsson: *Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum*, bls. 64-66.

¹¹ Ólafur Jóhannes Einarsson: *Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum*, bls. 66-68.

¹² Ólafur Jóhannes Einarsson: *Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum*, bls. 70-72.

vera en talið hefur verið rétt að haga máli með þeim hætti að þeim sjónarmiðum sem byggt var á sé stillt upp og reynt sé að sýna fram á hver eðlileg ályktun væri út frá þeim og öðrum staðreyndum máls. Ef í ljós kemur að ákvörðunin víkur töluvert frá þeim er ekki ólíklegt að dómstólar geri strangari kröfur til stjórnvalda.¹³

Síðast en ekki síst ber að benda á að það er óskráð grundvallarregla í stjórnslurétti að stjórnvaldsákvörðun skuli vera ákveðin og skýr að efni til en óskýrleiki stjórnvaldsákvörðana getur leitt til þess að þær verði ekki taldar lögmætar. Er markmið reglunnar að viðtakandi geti skilið ákvörðunina og réttarstöðu sína út frá henni. Má hér líta á *Hrd. 215/1997* þar sem til álita kom ákvörðun um að færa skrifstofustjóra til milli starfa en viðkomandi hélt að einungis hefði verið um að ræða breytingar á þeim verkefnum sem hann vann að. Var ósannað að hann hefði gengist undir það að verða fluttur um stöðu og var talið að lögmæt ákvörðun um þann flutning hafi ekki verið tekin og voru honum því dæmdar bætur. Stjórnvaldsákvörðanir sem fela í sér skipun ríkisstarfsmanna verða að vera ákveðnar og skýrar og var því skilyrði engan veginn talið fullnægt í þessu máli, hvorki af héraðsdómara né Hæstarétti. Almennt yrðu óljósar stjórnvaldsákvörðanir túlkaðar aðila í hag og ef um óljósa íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun er að ræða yrði hún talin ógildanleg.¹⁴

3 Stjórnvaldsákvörðanir um ráðningar í opinber störf

3.1 Almenn um veitingu opinberra starfa

Við veitingu opinberra starfa ber m.a. að fylgja ssl. sem fjalla um þær málsmeðferðar- og efnisreglur sem gilda um stjórnslumál, ásamt óskráðum meginreglum stjórnsluréttarins. Fela ssl. og óskráðu reglurnar í sér lágmarksreglur sem ætlað er að tryggja réttaröryggi borgaranna við ráðningu. Verður einnig að tryggja að framkvæmdin sé í samræmi við vandaða stjórnsluhætti sem leiðir til þess að ríkari kröfur verður að gera til þess að málsmeðferð og samskipti stjórnvalda við borgaranna séu góð, heppileg eða æskileg.¹⁵ Í upphaf ráðningarferlis verður að liggja fyrir hvort um sé að ræða starf í embætti, sbr. 22. gr. starfsmannalaga nr. 70/1996 (stml.), eða aðra starfsemi ríkisins og gilda ólíkar reglur um þessar mismunandi tegundir starfa hjá ríkinu.¹⁶ Finna má reglur um almenn skilyrði þess að fá skipun eða ráðningu í opinbert starf í 6. gr. stml.

¹³ Ólafur Jóhannes Einarsson: *Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum*, bls. 72-74.

¹⁴ Ólafur Jóhannes Einarsson: *Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum*, bls. 74-75.

¹⁵ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 47.

¹⁶ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 48.

Veitingarvaldshafi, þ.e. aðili sem ræður í opinbert starf, hefur heimild til að ákveða á hvaða sjónarmiðum mat á hæfni umsækjenda er byggt og hefur í stjórnábyrgð verið byggt á því að unnt verður að vera að staðreyna að veitingarvaldshafi hafi dregið forsvaranlegar ályktanir af fyrirliggjandi upplýsingum.¹⁷ Hafi löggjafinn tekið afstöðu til þess hvaða almennu hæfisskilyrði eiga við um tiltekið starf, t.d. í sérlögum, er veitingarvaldshafa almennt ekki heimilt að gera strangari kröfur. Með sama hætti er veitingarvaldshafa almennt ekki heimilt að bæta við almennum hæfisskilyrðum ef löggjafinn hefur mælt fyrir um þau í lögum með tæmandi hætti. Er stjórnvöldum því almennt ekki heimilt að útiloka umsækjendur frá því að koma til greina í starf með vísan til strangari almennra hæfisskilyrða eða viðbótarskilyrða við þessar aðstæður. Þó er stjórnvöldum heimilt að ákveða lágmarkskröfur og hafa þau töluvert svigrúm til að túlka hvað felst í slíkum kröfum. Mynda þessar lágmarkskröfur ásamt hæfisskilyrðum og hæfnissjónarmiðum svokallaðan matsgrundvöll sem byggt er á við val á umsækjendum. Stjórnvöldum ber að miða að því að ráða hæfustu umsækjendurna til að vinna að lögbundnum verkefnum í þágu almannahagsmuna út frá faglegum forsendum og miðar því allt ráðningarferlið að því að hæfasti umsækjandinn hljóti starfið. Ræðst það af matsgrundvöllinum hverju sinni hvaða umsækjandi telst hæfastur til að gegna stöðunni.¹⁸

3.2 Meginreglan um að velja skuli hæfasta umsækjendann

Við ráðningu í opinbert starf ber almennt að ráða hæfasta umsækjendann samkvæmt óskráðri meginreglu stjórnábyrgðar. Þarf því mat á umsækjendum að fara fram með faglegum hætti og styðjast við málefnaleg sjónarmið samkvæmt lögum og eðli starfs. Hafa ýmis stjórnvöld og ráðningarfyrtæki farið þá leið síðustu ár að tilgreina þau sjónarmið sem lögð eru til grundvallar við mat á umsækjendum og gefa þeim svo ákveðið vægi. Eru umsækjendum síðan gefin stig fyrir hvert sjónarmið og heildarstig reiknuð út og telst sá umsækjandi sem hlýtur flest stig vera hæfastur að mati veitingarvaldshafans. Þessi tilgreining sjónarmiða og ákvörðun um innbyrðis vægi þeirra áður en umsækjendur eru metnir er almennt talin vera í góðu samræmi við það að meta umsækjendur á grundvelli faglegra verðleika.¹⁹ Umboðsmaður Alþingis taldi í skýrslu sinni frá 2016 að miðað við eðli þeirrar matskenndu ákvörðunar sem ráðning í opinbert starf er og þau sjónarmið sem til greina kemur að byggja á

¹⁷ UA 3. desember 2008 (5520/2008) og 4. desember 2008 (5230/2008).

¹⁸ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 50-51.

¹⁹ Skýrsla UA 2016, bls. 17-18.

við slíka ákvörðun þurfi að gæta varfærni þegar sú leið er farin við mat á umsækjendum að láta niðurstöðuna ráðast af tölulegu mati. Gagnrýndi umboðsmaður þessa aðferð í skýrslu sinni frá 2016 fyrir það að leiða oft ósjálfrátt til þess að skortur sé á efnislegum samanburði á verðleikum umsækjenda og hæfni þeirra og getur því vafi skapast um hvort hæfasti umsækjandinn til að gegna starfinu hafi hlotið flest stig við mat.²⁰

3.2 Sjónarmið sem hafa þarf í huga við ráðningu í opinber störf

Sjónarmiðin sem hér þarf að hafa í huga skiptast í almenn sjónarmið sem eiga almennt við um stjórnsýslumál og starfsemi hins opinbera og svo sérstök sjónarmið sem eiga sérstaklega við um ráðningarmál. Stjórnvöld verða ekki rekin eins og fyrirtæki á einkamarkaði og byggjast almennu sjónarmiðin á því að stjórnvöld eru rekin fyrir opinbert fé, í þágu opinberra hagsmuna og markmiða og hafa þau ákveðnar valdheimildir til að framfylgja því. Stjórnvöld geta tekið einhliða og íþyngjandi stjórnvaldsákvarðanir sem hafa áhrif á líf og hagsmuni borgaranna og starfa þau í þágu allra borgaranna að þeim verkefnum og með þeim aðferðum sem Alþingi hefur ákveðið með lögum. Sérstöku sjónarmiðin sem eiga hér við eru nánari útfærsla hinna almennu sjónarmiða á sviði opinbers starfsmannaréttar og er eitt af meginatriðum hans svokallað faglegt embættismannakerfi. Það felur það í sér að opinberir starfsmenn og embættismenn eru ráðnir á faglegum forsendum en ekki pólitískum, þó með nokkrum undantekningum líkt og varðandi aðstoðarmenn ráðherra. Faglegt embættismannakerfi byggist á óskráðri meginreglu sem kallast verðleikareglan, sem felur það í sér að hinu opinbera ber almennt að ráða hæfasta umsækjandann í starfið og byggja niðurstöðu sína á faglegum verðleikum umsækjenda. Auk þess er íslenska stjórnsýslukerfið opið embættismannakerfi sem felur í sér að allir þeir sem fullnægja lágmarksskilyrðum geta komið til greina við val í opinbert starf.²¹

Þær reglur stjórnsýsluréttarins sem hafa áhrif á ráðningarferlið skiptast í efnisreglur, þ.e. reglur sem hafa áhrif á efni eða niðurstöðu ákvörðunar, og svo málsmeðferðar- og formreglur. Þær efnisreglur sem skipta hér helst máli eru réttmætisreglan, jafnræðisreglan, meðalhófsreglan og lögmætisreglan, en vikið hefur verið að þeim að framan.²²

²⁰ Skýrsla UA 2016, bls. 17-18

²¹ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 51.

²² Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 57-58.

4 Ákvarðanir sem lúta að skipun í dómaraembætti

4.1 Almennt um matskenndar ákvarðanir varðandi ráðningu í opinber störf

Áður fyrr var það algeng skoðun að dómstólar gætu ekki skorið úr um það hvort hæfasta umsækjandanum hefði verið veitt staða, þegar um var að ræða stjórnvaldsákvarðanir sem lutu að ráðningu í opinber störf. Meginreglan er sú að dómstólar hrófli yfirleitt ekki við því hvaða málefnalegu sjónarmið stjórnvald leggur til grundvallar eða þeim áherslum sem stjórnvald leggur við matið, svo lengi sem tekið hafi verið tillit til þeirra sjónarmiða sem eru skyldubundin. Byggist reglan á þeim rökum að almennt er það í verkahring veitingarvaldshafa að ákveða hvaða kostir eru æskilegir í fari umsækjanda og gagnast best viðkomandi stjórnvaldi. Miklu máli skiptir að stjórnvöld vandi undirbúning að ráðningu, svo að þar liggi skýrt fyrir hvaða málefnalegu sjónarmið eru lögð til grundvallar og hvernig þeim er beitt. Sé slíkt ekki gert getur það valdið því að dómstólar beiti ónákvæmum og breiðum matsgrundvelli með því að draga inn önnur sjónarmið í matið og eru þá mun meiri líkur á því að tveir eða fleiri umsækjendur teljist jafnhæfir. Getur slíkt valdið því að talið verði að stjórnvöld hafi brotið gegn jafnréttislögum þegar dómstólar telja umsækjendur af sitt hvoru kyninu vera jafn hæfa, á grundvelli víðtækara mats. Þessu geta stjórnvöld auðveldlega komist hjá með því að vanda ákvörðunartöku og sýna hvaða sjónarmið voru lögð til grundvallar og með hvaða vægi.²³

4.2 Ákvörðun um skipun dómara

Ríkari kröfur eru gerðar til faglegrar hæfni dómara eftir að eftirlitshlutverk dómstólanna var fest í sessi og er því leitast við að tryggja sem best sjálfstæði dómstóla gagnvart öðrum valdpáttum. Endurspeglast þessar kröfur í skýringum með lögum nr. 45/2010 sem breyttu reglum dómstólalaga um skipun dómara en þar sagði að hlutverk dómstóla væri að skera úr um réttindi og skyldur manna ásamt því að þeim væri ætlað að hafa eftirlit með löggjafarvaldinu og framkvæmdarvaldinu, sbr. m.a. 60. gr. stjkskr. Einnig var fjallað um 70. gr. stjkskr. um rétt manna til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli og í ljósi þess mikilvæga hlutverks væri brýnt að vanda vel alla málsmeðferð við skipun þeirra.²⁴

Áður fyrr var ráðherra ekki bundinn af álitum dómnefndar um hæfni umsækjenda samkvæmt ákvæðum 3. og 4. mgr. 12. gr. laga nr. 15/1998, eins og þau voru fram til ársins

²³ Ólafur Jóhannes Einarsson: *Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum*, bls. 82-83.

²⁴ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur: Undirstöður og handhafar ríkisvalds*, bls. 628.

2010. Þó að álitid væri ekki talið bindandi var eigi að síður lagt til grundvallar að ef ráðherra teldi ástæðu til að víkja frá álitu dómnefndar þá væri engu að síður óhjákvæmilegt að ákvörðun hans væri reist á frekari rannsókn eftir 10.gr. ssl, sbr. *Hrd. 412/2010*, sjá umfjöllun í kafla 5.2. Bæri ráðherra þá m.a. að taka tillit til eigin fyrirmæla í reglugerð um þau atriði sem ráða skyldu hæfnismati og einnig tryggja það að sérþekkingar nyti við sem væri sambærileg sérþekkingu dómnefndar. Þessum lögum var breytt með 2. gr. laga nr. 45/2010 og voru reglur um störf dómnefndar til að fjalla um hæfni umsækjenda í dómaraembætti leiddar í lög með 4. gr. a. þeirra laga. Þar kemur skýrt fram í 1. másl. 3. mgr. 4. gr. að óheimilt sé að skipa í dómaraembætti einstakling sem dómnefnd hefur ekki talið hæfastan meðal umsækjenda. Þó er heimild til að víkja frá þessu í 2. másl. sömu málsgreinar ef Alþingi samþykkir tillögur ráðherra um heimild til að skipa annan umsækjenda sem fullnægir að mati dómnefndar þeim skilyrðum sem er að finna í 2. og 3. mgr. 4. gr. laganna.

Áður en reglur um dómnefndir til að meta hæfni umsækjenda um dómaraembætti nr. 620/2010 voru leiddar í lög hvíldi sú skylda á dómismálaráðherra skv. 10. gr. ssl. að sjá til þess að atriði sem skiptu máli við mat á hæfni umsækjenda væru nægjanlega upplýst áður en ákvörðun yrði tekin um veitingu dómaraembættis. Í 12. gr. nógildandi laga um dómstóla nr. 50/2016 (dstl.) er þessari rannsóknarskyldu létt af ráðherra og er hún lögð á dómnefnd sem skipuð er með tilliti til þess að tryggt sé að hún búi yfir sérþekkingu við mat á hæfni umsækjenda um dómaraembætti. Samkvæmt lögskýringargögnum hafði þessi lagasetning það markmið að styrkja sjálfstæði dómstóla og auka traust almennings á því að dómaraar væru óháðir handhöfum framkvæmdarvaldsins. Kemur því rannsókn dómnefndar í stað rannsóknar sem ráðherra hefði borið að framkvæma samkvæmt 10.gr. ssl. en til þess að tryggja að stjórnvald skipi hæfasta umsækjandann í embætti er það bundið almennum reglum stjórnsýsluréttar um undirbúning stöðuveitingar og mat á hæfni umsækjenda

Dómnefnd gefur ráðherra skriflega og rökstudda umsögn um umsækjendur um embætti dómara og í henni skal tekin afstaða til þess hvaða umsækjandi sé hæfastur til að hljóta embættið en heimilt er að setja tvo eða fleiri umsækjendur jafna. Þessi skipan er einnig í samræmi við þá óskráðu meginreglu sem áður hefur verið nefnd, að ráða skuli hæfasta umsækjandann. Telji nefndin að einhverjir séu jafnhæfir kemur það í hlut veitingarvaldshafans að taka afstöðu til þess hvern eða hverja beri að skipa í dómaraembætti, á grundvelli fullnægjandi rannsóknar og málefnalegra sjónarmiða. Samkvæmt 2. mgr. 12. gr. dstl. er óheimilt að skipa mann í dómaraembætti sem dómnefnd hefur ekki talið hæfastan meðal umsækjenda. Til staðar er þó heimild ráðherra til að leggja tillögu fyrir Alþingi um að

víkja frá niðurstöðu dómnefndarinnar.²⁵ Líkt og fram kemur í 2. málsl. 2. mgr. 12. gr. dstl. má víkja frá álitni dómnefndar ef Alþingi samþykkir tillögu ráðherra um heimild til að skipa í embættið annan nafngreindan umsækjanda sem fullnægir að mati dómnefndar öllum skilyrðum til að hljóta skipun í embættið. Ber ráðherra þá að leggja fram slíka tillögu fyrir Alþingi innan tveggja vikna frá því að hann fær umsögn dómnefndar afhent eða innan þess tíma frá því að Alþingi kemur næst saman eftir að umsögn dómnefndar er fengin. Verður tillaga ráðherra að vera samþykkt innan mánaðar frá því að hún er lögð fram svo ráðherra sé heimilt að víkja frá mati dómnefndar, ella er ráðherra bundinn umsögn dómnefndar.²⁶ Af dómaframkvæmd að ráða ber ráðherra að gera sjálfstæða tillögu fyrir hverja tilnefningu sem vísur frá mati dómnefndar, líkt og nánar verður fjallað um í kafla 5.

4.3 Hæfnismat – hvað felst í því og hvernig fer það fram?

Faglegu og hlutlausu mati er ætlað að tryggja að hæfasti umsækjandinn verði valinn hverju sinni til að gegna dómarastarfi og eiga aðrir þættir ekki að hafa þar áhrif. Dómari sem metinn er vel hæfur til að gegna dómarastöðu á faglegum grundvelli af hlutlausum aðila ætti að njóta fyllsta trausts en dómstólarnir njóta ekki trausts nema borið sé traust til hvers og eins dómara. Því er augljóslega mikið í húfi en hagsmunirnir eru þeir að allir geti treyst því að vel og réttilega sé staðið að því að velja dómara í embætti. Ef þess er ekki gætt er hætt á að traust til dómstóla og úrlausna þeirra rýrni. Hefur því verið haldið fram að annars standi dómstólar tæpast undir þeim kröfum sem gerðar eru til þeirra í réttarríkinu.²⁷

Mikilvægir hagsmunir eru að baki því að skipun dómara ráðist eingöngu af faglegum sjónarmiðum, m.a. til þess að tryggja sjálfstæði þeirra. Löggjafinn hefur því komið því á að meginreglan um skipan í dómarastörf byggist á faglegu hæfnismati óháðrar nefndar. Þurfa því öll frávík frá því mati að byggja á sérstökum rökstuðningi, brýnum og gagnsæjum ástæðum, sem og vandaðri meðferð við undirbúning ákvörðunar og má því geðþótti ráðherra eða sjónarmið valin af hentugleikum í hvert sinn aldrei ráða vali umsækjenda.²⁸ Hafa sjónarmið verið leidd í ljós, m.a. af IV. bráðabirgðaákvæði laga nr. 50/2016 og ákvæðum laga nr. 15/1998 um hlutverk dómnefnda til að meta hæfni umsækjenda um dómaraembætti sem mæla gegn því að ráðherra sem telur að umsögn dómnefndar sé haldin efnislegum annmörkum hafi óheft svigrúm til að leggja tillögur sínar fyrir Alþingi án þess að leita fyrst

²⁵ Þskj. 1068, 138. lögb. 2009-2010, bls. 1 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

²⁶ Þskj. 1068, 138. lögb. 2009-2010, bls. 1 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

²⁷ Sigríður Ingvarsdóttir: „Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“, bls. 490.

²⁸ Hrd. 591/2017

eftir því að dómnefndin bæti úr sömu anmörkum. Ákvæðum laga um störf dómnefndar er ætlað að styrkja sjálfstæði dómstólanna gagnvart framkvæmdarvaldinu sem mikilvægt er til að skapa sátt í samfélaginu. Einnig er þeim ætlað að tryggja eins og kostur er að tilhögun á skipun dómara sé gegnsæ og byggð á hlutlægum viðmiðum.²⁹

Varðandi starf dómnefndar um mat á hæfni umsækjenda um dómaraembætti ber að líta til reglugerðar nr. 620/2010. Í 4. gr. hennar kemur fram hvaða málefnalegu sjónarmið skuli lögð til grundvallar við mat dómnefndar á hæfni umsækjenda. Líkt og kemur fram í 1.-5. tölul. 4. gr. reglugerðarinnar er lagt mat á menntun, starfsferil og fræðilega þekkingu, aukastörf og félagsstörf, almenna og sérstaka starfshæfni og loks andlegt atgervi. Niðurstaðan er byggð á heildstæðu mati á grundvelli þessara málefnalegu sjónarmiða og ber dómnefnd að gæta þess við mat sitt að samræmis og jafnræðis sé gætt. Er hér um að ræða bindandi reglur sem stjórnvöld setja sér gjarnan þegar þeim er falið að taka ákvarðanir á grundvelli matskenndra lagaheimilda.³⁰

5 Dómaframkvæmd sem varðar endurskoðun á ákvörðun um skipun dómara

5.1 Skilyrði þess að dómstólar endurskoði ákvarðanir stjórnvalda

Sá sem stjórnvaldsathöfn beinist að getur borið gildi hennar undir dómstóla en almennt eru allir umsækjendur um opinbert starf taldir aðilar að því stjórnsýslumáli og veita stjórnsýslulög umsækjendum því ákveðin réttindi í málinu.³¹ Dómstólar hafa almennt heimild til að ógilda stjórnvaldsákvarðanir en skilyrðum þess í málum sem lúta að ráðningum í opinber störf er sjaldnast fullnægt, þar sem sá sem hefur hlotið starfið er oftast í góðri trú og hefur hagsmuni af því að þeirri ákvörðun verði ekki breytt. Þess í stað lúta dómkröfur oftast að því að sá umsækjandi sem hlaut ekki starfið krefst miskabóta eða skaðabóta en viðkomandi verður þá að sýna fram á að ráðningarferlið eða önnur samskipti hafi falið í sér ólögmeta meingerð gegn persónu sinni, sbr. b.-lið 2.mgr. 26. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993. Getur aðili einnig farið fram á viðurkenningu á því að stjórnvaldsákvarðun teljist ólögmet.³²

5.2 Endurskoðun dómstóla á ákvörðun um skipun dómara

Upp hafa komið nokkur nýleg dómsmál þar sem dómstólar voru krafðir um að endurskoða ákvörðun stjórnvalda varðandi skipun í dómaraembætti. Má hér helst nefna *Hrd.* 591/2017 og

²⁹ Þskj. 1045, 138. lögþ. 2009-2010, bls. 2 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

³⁰ Ólafur Jóhannes Einarsson: *Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum*, bls. 68.

³¹ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 57.

³² Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 76.

Hrd. 592/2017 en í þessum dómum er vitnað í eldri dóm *Hrd. 412/2010* sem fyrst verður litið til.

Í *Hrd. 412/2010* hafði ráðherra farið fram hjá G við skipun í embætti héraðsdómara og skipað aðila sem stóð honum að baki samkvæmt umsögn dómnefndar um mat á hæfi umsækjenda, sem starfaði á grundvelli þágildandi 4. mgr. 12. gr. laga nr. 15/1998 um dómstóla. Í kjölfar þess höfðaði G mál gegn íslenska ríkinu og settum dóms- og kirkjumálaráðherra þar sem hann krafðist viðurkenningar á skaðabótaskyldu þeirra gagnvart sér ásamt greiðslu bóta, þ.á.m. miskabóta. Taldi hann að umrædd skipun hefði ekki verið nægilega vel undirbúin af hálfu ráðherra með vísan til jafnræðisreglu og rannsóknarreglu stjórnarsýsluréttar, sbr. 10. gr. ssl. Einnig taldi hann að umrædd embættisfærsla hefði ekki byggst á málefnalegum, gildum og löglegum sjónarmiðum miðað við umsögn og álit dómnefndar ásamt því að rökstuðningur ráðherra væri ekki í samræmi við kröfur og ákvæði 22. gr. ssl. um efni slíks rökstuðnings.

Í málinu var ekki deilt um að umsögn dómnefndar á hæfni umsækjenda væri ekki bindandi fyrir ráðherra við skipan dómara, samkvæmt þágildandi 3. mgr. og 4. mgr. 12. gr. laga nr. 15/1998 né um að ráðherra hefði borið að velja hæfasta umsækjandann samkvæmt meginreglum stjórnarsýsluréttar. Snerist deilan fyrst og fremst um það hvort að ráðherra hefði fylgt þessum reglum við skipan dómara. Um þetta sagði í dómi Hæstaréttar:

Þótt álit dómnefndarinnar hafi ekki verið bindandi fyrir ráðherra, svo sem tekið var fram í 7. gr. reglna nr. 693/1999, verður að gæta sérstaklega að því að rannsókn hennar kom lögum samkvæmt í stað rannsóknar, sem ráðherra hefði ella borið að gera. Af því leiðir að hafi ráðherra talið efni til að víkja frá álit dómnefndarinnar við skipun í embætti héraðsdómara var óhjákvæmilegt að ákvörðun hans yrði reist á frekari rannsókn eftir 10. gr. stjórnarsýslulaga, þar sem tekið yrði meðal annars tillit til fyrirmæla hans sjálfs í reglum nr. 693/1999 um þau atriði varðandi umsækjendur, sem ráða skyldu hæfnismati, og jafnframt tryggt að sérþekkingar nyti þar við í sambærilegum mæli og við störf dómnefndarinnar. Í þeim efnum bar einnig sérstaklega að gæta að því að við veitingu embættis héraðsdómara tók ráðherra ekki ákvörðun um starf, sem átti undir boðvald hans, heldur stöðu, sem heyrir til annarrar greinar ríkisvaldsins og sérstakar reglur um sjálfstæði gilda um samkvæmt 1. málslíð 61. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 1. mgr. 24. gr. laga nr. 15/1998.

Tók Hæstiréttur fram að ekkert hefði komið fram í málinu um frekari rannsókn ráðherrans eða annarra á hans vegum á atriðum sem vörðuðu veitingu embættisins. Taldi rétturinn því að þessi rannsókn væri með öllu ófullnægjandi til að upplýsa málið nægilega svo að honum gæti verið fært að taka aðra ákvörðun um hæfni umsækjenda en dómnefnd, sem skipuð var sérfróðum mönnum. Hefði ráðherra mátt vera ljóst að ákvörðun hans væri af þessum sökum andstæð 10. gr. ssl. og var m.a. litið til áralangrar embættisreynslu hans.

Ekki var fallist á kröfu G um viðurkenningu á skaðabótaskyldu vegna fjártjóns hans þar sem ekkert lá fyrir um að G hefði staðið nær en aðrir umsækjendur sem taldir voru hæfastir til að hljóta dómaraembættið. Taldi Hæstiréttur þó að ekki yrði litið fram hjá því að ráðherra hefði mátt vera ljóst að ákvörðun hans gætu að ófyrirsynju bitnað á orðspori G og orðið honum þannig að meini jafnvel þó að ráðherra hefði ekki látið orð falla til að veða að persónu eða æru G. Var því talið að skilyrðum b. liðar 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993 væri fullnægt þrátt fyrir að G hefði ekki átt lögvarinn rétt á að hljóta embættið. Ekki var talið að ákvæði laga girtu fyrir að ráðherra gæti orðið skaðabótaskyldur eftir almennum reglum vegna stjórnsýsluákvörðunar sinnar og voru ráðherra og íslenska ríkið því dæmd til að greiða G miskabætur í sameiningu.

Dómar *Hrd. 591/2017* og *Hrd. 592/2017* lutu báðir að skipun 15 dómara í embætti við Landsrétt en alls sóttu 33 einstaklingar um embættin og voru stefnendur í málunum á meðal þeirra.

Í þessum málum skorti einnig á rannsókn ráðherra líkt og í *Hrd. 412/2010*, en vísað var til hans í dómsorðum Hæstaréttar og er rökstuðningur Hæstaréttar fyrir niðurstöðu sams konar að ákveðnu leyti. Líkt og í máli *Hrd. 412/2010* hafði dómsmálaráðherra vikið frá niðurstöðum dómnefndar, sem starfaði hér á grundvelli reglugerðar nr. 620/2010. Í málinu var vikið frá álitni nefndarinnar um þá fimmtán aðila sem töldust hæfastir að hennar mati og voru fjórir aðrir aðilar sem stóðu þeim að baki skipaðir í stöðurnar. Alþingi samþykkti tillögur ráðherra og höfðuðu þeir aðilar sem ekki voru skipaðir mál í kjölfarið. Verður hér fyrst og fremst litið til *Hrd. 591/2017* en dómarnir eru efnislega sambærilegir, enda kröfur og málsatvik þau sömu.

Í *Hrd. 591/2017* krafðist stefnandi ógildingar á ákvörðunum ráðherra, viðurkenningar á skaðabótaskyldu og miskabóta. Var frávísun á ógildingarkröfu hans staðfest í *Hrd. 451/2017* og var því einungis deilt um viðurkenningu á bótaskyldu íslenska ríkisins og rétt stefnanda til miskabóta í umræddu máli. Hélt stefndi því fram í vörn sinni að málsmeðferð ráðherra hefði ekki verið ábótavant og hefði málið verið rannsakað með fullnægjandi hætti. Einnig var því haldið fram að annmarkar hefðu verið á umsögn dómnefndar og hefði ráðherra auk þess haft svigrúm til að víkja frá niðurstöðum nefndarinnar.

Dómnefndin sem starfaði á grundvelli reglna nr. 620/2010 skilaði umsögn um hæfni umsækjenda um dómaraembætti þann 19. maí 2017 sem var alls 117 blaðsíður að lengd og skiptist í sex kafla. Þar var fjallað um hverjir væru umsækjendur ásamt almennum upplýsingum um þá og mat nefndarinnar á þeim, þau sjónarmið sem nefndin byggði mat sitt á og málsmeðferð fyrir nefndinni ásamt niðurstöðum hennar um þá 15 umsækjendur sem

nefndin taldi hæfasta í embættin. Fram kom m.a. í bréfi formanns dómnefndar til dómsmálaráðherra 28. maí 2017 sem hann staðfesti fyrir dómi að nefndin hafi rætt vægi einstakra matsþátta sem heildarmat nefndarinnar var reist á oftari en einu sinni og að vægið hafi verið það sama í formannstíð hans frá miðju ári 2013. Kvað formaðurinn á um þá meginreglu að finna ætti hæfasta umsækjandann en nefndin hafði talið rétt að fylgja henni meðan munur væri sjáanlegur og var umsækjendum raðað eftir þeim. Bar ráðherra þá hugmynd undir formann nefndarinnar að greina frá 20 hæfustu umsækjendum sem ráðherra gæti valið á milli við skipun í umrædd 15 dómaraembætti. Taldi formaðurinn það fela í sér að ráðherra gæti þá tekið mann í tuttugasta sæti og sett hann inn í fimmtán manna hópinn sem myndi þá í rauninni færa hæfnismatið frá nefndinni, sem hafði það hlutverk samkvæmt lögum, og yfir í hendur ráðherra. Var þeirri hugmynd ráðherra því hafnað.

Þann 29. maí 2017 afhenti dómsmálaráðherra bréf til forseta Alþingis með tillögum um þá 15 umsækjendur sem skipa skyldi dómara og vék ráðherra þar frá niðurstöðum nefndarinnar varðandi fjóra umsækjendur. Fram kom að ráðherra hefði talið málsmeðferð nefndarinnar vera í samræmi við lög, en þótt nefndin ekki hafa gefið dómaraareynslu nægjanlegt vægi í umsögn sinni. Taldi ráðherra því eðlilegt að aukið vægi væri á dómaraareynslu í ljósi þess að um væri að ræða nýtt millidómsstig, sem ráðherra taldi vera bæði lögmætt og málefnalegt sjónarmið. Var það því niðurstaða ráðherra að fleiri umsækjendur hefðu komið til greina en þeir fimmtán sem nefndin hefði tekið fram, sem gerðu alls 24 umsækjendur sem teldust hæfastir að mati ráðherra.

Af IV. bráðabirgðaákvæði laga nr. 50/2016 og ákvæðum laga nr. 15/1998 um hlutverk dómnefnda til að meta hæfni umsækjenda um dómaraembætti eru sjónarmið leidd sem mæla gegn því að ráðherra sem telur að umsögn dómnefndar sé haldin efnislegum annmörkum hafi óheft svigrúm til að leggja tillögur sínar fyrir Alþingi án þess að leita fyrst eftir því að dómnefndin bæti úr sömu annmörkum. Ákvæðum laga um störf dómnefndar er ætlað að styrkja sjálfstæði dómstólanna, auka traust almennings á því að dómara séu óháðir handhöfum framkvæmdarvalds og koma í veg fyrir að skipun dómara ráðist af geðþótta eða sérstökum hagsmunum þess sem fer með veitingarvaldið. Með vísan til þessara sjónarmiða var talið að frávik frá reglum laga nr. 15/1998 og 50/2016 ásamt reglum stjórnisýsluréttarins leiddi til þess að ráðherra yrði að axla sönnunarbyrðina fyrir því að málsmeðferðarreglum hefði verið fylgt.

Í dómsorðum sínum kom Hæstiréttur m.a. inn á óskráðu meginregluna um að stjórnvaldi bæri að skipa hæfasta umsækjandann við ráðningu í opinbert starf eða embætti. Hefði sú skylda áður hvílt á dómsmálaráðherra að sjá til þess að þau atriði sem skiptu máli við matið

væru nægjanlega upplýst en við gildistöku reglna um dómnefndir til að meta hæfni umsækjenda um dómaraembætti hefði þeirri rannsóknarskyldu verið létt af ráðherra að verulegu leyti og lögð á sjálfstæða og óháða dómnefnd. Hefði verið lagt til grundvallar í dómafrankvæmd að ef dómsmálaráðherra gerði tillögu til Alþingis um að vikið yrði frá álitum dómnefndar þá væri óhjákvæmilegt að sú ákvörðun ráðherra væri reist á frekari rannsókn eftir 10. gr. ssl.

Við endurskoðun á ákvörðun ráðherra var litið til skjals sem fylgdi með tillögum dómsmálaráðherra um skipun í dómaraembætti sem hafði að geyma rökstuðning fyrir þeirri ákvörðun. Í skjalinu var að finna hvenær ráðherra hafði borið álit dómnefndar ásamt drögum að álitinu, hvaða reglur giltu um störf dómnefndar, hversu yfirgripsmikið álit nefndarinnar var, að ítarleg umfjöllun væri í álitinu um þá þætti sem auðvelt væri að meta hlutlægt og að umrædd veiting dómaraembætta í Landsrétt væri án fordæma ásamt því að vikið var að hlutverki Landsréttar.

Hæstiréttur taldi að rökstuðningur ráðherra í fylgiskjali með bréfi til forseta Alþingis 29. maí 2017 fullnægði ekki þeim lágmarkskröfum sem gera verður. Ráðherra afhenti einnig minnisblað til stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar Alþingis 30. maí 2017 sem hafði þó ekkert nýtt að geyma umfram það sem kom fram í álitum dómnefndar og því var ekki tekin afstaða til þess hvort ráðherra hafi getað bætt með því úr þeim annmörkum sem voru á rannsókn hennar, rökstuðningi og tillögugerð. Telur Hæstiréttur einnig að sjónarmið á grundvelli laga nr. 10/2008, um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, hafi ekki getað komið til álita við veitingu dómaraembætta nema tveir eða fleiri umsækjendur hefðu áður verið metnir jafnhæfir til að gegna því.

Var niðurstaðan sú að rannsókn ráðherra taldist ófullnægjandi til að upplýsa málið nægilega, svo að ráðherra yrði fært að taka aðra ákvörðun um hæfni umsækjenda en dómnefnd hafði áður tekið og var málsmeðferð ráðherra því andstæð 10. gr. ssl. að þessu leyti. Taldi Hæstiréttur að ráðherra hefði því að lágmarki borið að gera samanburð á hæfni annars vegar þeirra fjögurra umsækjenda sem dómnefnd hafði metið meðal 15 hæfustu en ráðherra gerði ekki tillögu um, og hins vegar þeirra fjögurra sem ráðherra gerði tillögu um í stað hinna í ljósi rannsóknarskyldu sinnar skv. 10. gr. ssl. Ef þessi samanburður hefði gefið tilefni til hefði ráðherra borið að rökstyðja þá ákvörðun sína að leita eftir samþykki Alþingis fyrir því að vikið yrði frá álitum dómnefndar. Ráðherra bar að gera sjálfstæða tillögu um sérhvern þeirra fjögurra sem hún lagði til en voru ekki í hópi þeirra 15 sem dómnefnd hafði metið hæfastan, samkvæmt þessu og í samræmi við fyrirmæli 1. mgr. ákvæðis IV til bráðabirgða við lög nr. 50/2016. Á þetta einnig stoð í orðalagi niðurlagsákvæðis 2. mgr. sama

ákvæðis sem felur í sér að samþykki Alþingi ekki tillögu ráðherra um tiltekna skipun skuli ráðherra leggja nýja tillögu til Alþingis til samþykktar.

Hefði Alþingi aðeins þannig getað rækt hlutverk sitt í ferlinu á réttum grundvelli og tekið afstöðu til mats ráðherra andstætt mati dómnefndar. Bæru gögn málsins ekki með sér að slík rannsókn eða samanburður hefði farið fram af hálfu ráðherra. Hefði málsmeðferð ráðherra samkvæmt því verið andstæð 10. gr. ssl. sem leiddi til þess að meðferð Alþingis á tillögu ráðherra hefði einnig verið andstæð 10. gr. ssl., þar sem ekki hefði verið bætt úr þeim annmörkum sem málsmeðferð ráðherra var haldin. Taldi Hæstiréttur þó að málsmeðferðin fyrir Alþingi væri ekki háð annmörkum hvað varðaði þá ellefu dómara sem dómnefnd hefði tilnefnt. Hefði ráðherra hins vegar borið að gera sjálfstæða tillögu um sérhvern þeirra fjögurra sem lagðir voru til sem ekki voru meðal þeirra fimmtán sem dómnefnd hefði talið hæfasta til að gegna embættinu. Sækir það stoð í orðalag niðurlagsákvæðis 2. mgr. ákvæði IV sem lagt var til bráðabirgða við lög nr. 50/2016, um tillögu ráðherra um heimild til að skipa annan nafngreindan umsækjanda.

Varðandi annmarka á mati dómnefndar féllst Hæstiréttur á að annmarkar hefðu verið til staðar varðandi tiltekna matsþætti en taldi að vegna þess hve óverulegt vægi sá þáttur hafði í heildarstigafjölda dómnefndar gat sá annmarki einn og sér ekki gefið tilefni til að víkja frá dómnefndarálitinu.

Talið var að stefnandi hefði ekki lagt fram fullnægjandi gögn í málinu til sönnunar á því að hann hefði orðið fyrir tjóni og var viðurkenningarkröfu hans því hafnað, hins vegar taldi Hæstiréttur að skilyrðum b. liðar 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga væri fullnægt, líkt og í *Hrd.* 412/2010 og voru honum dæmdar miskabætur úr hendi íslenska ríkisins.

5.3 Hvaða þættir eru teknir til endurskoðunar, út frá dómaframkvæmd?

Dómstólar eru ekki í sömu stöðu og veitingarvaldshafi þegar kemur að ráðningu í opinber störf og er hlutverk þeirra því ekki að taka nýja ákvörðun í stað þeirra né endurmeta umsækjendur út frá eigin skoðunum á sjónarmiðum eða lýsa því yfir hvort þeir séu sammála mati veitingarvaldshafa á því hvaða umsækjendur teljast hæfastir. Líkt og áður hefur komið fram er verkefni þeirra fólgið í því að endurskoða ákvörðunina út frá því hvort stjórnvöld hafi fylgt settum lögum við úrlausn máls. Leggja þeir almennt mat á það hvort fullnægjandi upplýsingar hafi verið fyrir hendi á grundvelli rannsóknarreglunnar, að gætt hafi verið að öðrum málsmeðferðarreglum, hvort sjónarmiðin sem lögð voru til grundvallar og vægi þeirra hafi verið málefnalegt á grundvelli réttmætisreglunnar og hvort að ályktanir og mat

stjórnvalda teljist forsvaranlegt.³³ Er því um að ræða bæði efnisreglur og svo form- og málsmeðferðarreglur sem litið er til sem er að finna í settum lögum ásamt óskráðum meginreglum stjórnvíslyuréttar, líkt og sjá má í niðurstöðu Hæstaréttar í máli *Hrd. 592/2017*:

Það er og hefur lengi verið óskráð meginregla íslensks réttar að stjórnvaldi sem skipar í opinbert starf eða embætti ber hverju sinni að velja hæfasta umsækjandann, sbr. til dæmis dóma Hæstaréttar 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010 og 5. nóvember 1998 sem birtur er í dómasafni það ár á blaðsíðu 3599. Í fyrirnefnda dóminum, þar sem deilt var um lögmati skipunar í embætti héraðsdómara, var tekið fram að samkvæmt 10. gr. stjórnvíslyslulaga nr. 37/1993 beri stjórnvaldi sem veitir starf í þjónustu ríkisins eða embætti að sjá til þess að atriði sem máli skipta séu nægilega upplýst áður en það tekur ákvörðun um veitinguna. Í þeim síðarnefnda var komist svo að orði að valdi ráðherra væru þau mörk sniðin sem leiði af lögum og almennum reglum í stjórnvíslyurétti um undirbúning stöðuveitingar og mat á hæfni umsækjenda.

Í þeim dómum sem fjallað var um í kafla 5.2 er ljóst að dómstólar töldu að brotið hefði verið gegn málsmeðferðarreglum við ákvörðunartöku, þ.e. um væri að ræða brot gegn rannsóknarreglunni sbr. 10. gr. ssl. Má hér aftur nefna að meginreglan er sú að dómstólar hrófla yfirleitt ekki við því hvaða málefnalegu sjónarmið stjórnvald leggur til grundvallar eða þeim áherslum sem stjórnvald leggur við matið, svo lengi sem tekið hafi verið tillit til þeirra sjónarmiða sem eru skyldubundin. Áréttar Hæstiréttur það að dómnefnd sé heimilt að setja viðmið um vægi einstakra matsþátta, líkt og hún gerði, enda stuðli slíkt að samræmi í mati. Ekki er tekin afstaða til þess í *Hrd. 591/2017* eða *Hrd. 592/2017* hvort að það hafi verið málefnalegt af ráðherra að leggja meira vægi á reynslu umsækjanda hvað varðaði dómaraströrf og leggur Hæstiréttur ekki sitt eigið mat á umsækjendur. Er hæfnismatið því ekki endurskoðað efnislega að þessu leyti.

Þó er komist að þeirri niðurstöðu að annmarki hafi verið á álitu dómnefndar varðandi stigafjölda í þeim matsþætti er laut að hæfni til að stjórna þinghöldum og semja dóma, þar sem allir umsækjendur fengu fimm stig þar án þess að dómnefndin legði sjálfstætt mat á þessa þætti. Til þess er hins vegar litið að þessi tiltekni matsþáttur hafði óverulegt vægi í heildarstigafjölda dómnefndar og gat sá annmarki einn og sér því ekki gefið tilefni til að víkja frá dómnefndarálitinu að mati Hæstaréttar. Tekur Hæstiréttur ekki sjálfur afstöðu til þess hvaða vægi þessi tiltekni þáttur ætti að hafa né leggur mat á það hversu mörg stig hver umsækjandi ætti að fá við mat á þessum þætti, heldur er talið að um annmarka sé að ræða sem virðist falla undir formþátt ákvörðunar, þ.e. að hér hafi vantað upp á vinnubrögð

³³ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 75.

dómnefndar en ekki er tekin efnisleg afstaða til matþáttarins sjálfs. Virðist sú endurskoðun því einnig fela í sér eftirlit með form- og málsmeðferðarreglum en ekki um efni ákvörðunar.

Virðist Hæstiréttur ekki efast um hæfni eða heimild ráðherra til þess að leggja sitt eigið mat á umsækjendur og leggja meira vægi á önnur sjónarmið. Líkt og fram kemur er ráðherra heimilt að víkja frá matinu en þarf þó ávallt að fylgja meginreglunni um að skipa beri hæfasta umsækjendann. Áréttað er í *Hrd. 591/2017* og *Hrd. 592/2017* að ef dómsmálaráðherra gerir tillögu til Alþingis um að vikið verði frá álitum dómnefndar um veitingu dómaraembættis er óhjákvæmilegt að slík ákvörðun sé reist á frekari rannsókn ráðherra eftir 10. gr. ssl. Báru gögn málsins ekki með sér að ráðherra hefði sinnt rannsóknarskyldu sinni hvað varðar hæfnismatið og taldist mat ráðherra því ófullnægjandi að því leyti. Einnig bar að tryggja að að fyrir hendi væri sambærileg sérþekking líkt og sú sem var til staðar hjá dómnefnd og að tekið væri tillit til fyrirmæla ráðherra í reglum nr. 620/2010 um þau atriði sem skipta máli við hæfnismat. Hæstiréttur taldi að brýnni ástæða væri til þess en ella þegar álit dómnefndar bindur hendur ráðherra og óheimilt er að skipa í embætti umsækjanda sem dómnefnd hefur ekki metið hæfastan nema að fengnu samþykki Alþingis. Sérstaklega er vikið að því að dómsmálaráðherra tekur ekki ákvörðun um starf sem á undir hans boðvald við veitingu dómaraembættis, heldur er þetta ákvörðun um stöðu sem tilheyrir þeirri grein ríkisvaldsins sem fer með eftirlitshlutverk gagnvart öðrum greinum þess samkvæmt stjórnsýslulögum, sem er tryggt sjálfstæði í 1. másl. 61. gr. stjkskr., sbr. 1. mgr. 24. gr. laga nr. 15/1998. Felur þetta ekki í sér endurskoðun dómstóla hvað efni ákvörðunar varðar, heldur er hér fyrst og fremst verið að líta til markmiða þeirra laga sem um þessar ákvarðanir gilda og hvort þeim hafi verið fylgt.

Málsmeðferðin sjálf sætir endurskoðunarvaldi dómstóla og má hér líta á röksemdir í *Hrd. 591/2017* og *Hrd. 592/2017* hvað varðar meðferð ákvörðunar fyrir Alþingi. Var litið til bráðabirgðaratkvæðis IV laga nr. 50/2016 sem kvað á um að ráðherra skyldi leggja tillögu sína um hverja skipun fyrir Alþingi til samþykktar. Alþingi samþykkti hins vegar allar 15 tillögurnar í einu og taldi stefnandi að það hefði ekki falið í sér lögmætt samþykki, sem leiðir jafnframt til þess að ráðherra hefði ekki fengið lögmætt samþykki fyrir því að víkja frá niðurstöðum dómnefndar. Líkt og áður sagði þá hefði Alþingi aðeins getað rækt hlutverk sitt í ferlinu á réttum grundvelli ef ráðherra hefði rannsakað málið og borið fram tillögu með réttum hætti. Taldi Hæstiréttur að ráðherra hefði borið að gera sjálfstæða tillögu um hvern umsækjanda þar sem vikið var frá álitum dómnefndar, líkt og fram kom í kafla 5.2.

Af þessu má draga þá ályktun að við endurskoðun á matskenndum ákvörðunum um skipun í dómaraembætti fer Hæstiréttur ekki í efni ákvörðunar, þ.e. ekki er lagt sjálfstætt mat

á þá þætti sem leggja ber til grundvallar við hæfnismat. Er hér fyrst og fremst litið til þess hvort lögum og reglum hafi verið fylgt, hvort gætt hafi verið þeirra markmiða sem stefnt er að í lögum og loks hvort réttum málsmeðferðar- og formreglum hafi verið fylgt við ákvörðunartöku. Er því ljóst að hæfnismatið sjálft á umsækjendum og þau sjónarmið sem veitingarvaldshafi telur að leggja beri til grundvallar eru enn í höndum stjórnvalda og taka dómstólar ekki yfir það vald við endurskoðun ákvörðunar.

6 Niðurstöður

Stjórnvöldum ber almennt að skipa hæfasta umsækjandann í dómaraembætti á grundvelli faglegra og málefnalega sjónarmiða og ber að gæta að ýmsum reglum við mat á hæfni, m.a. óskráðum meginreglum stjórnisýsluréttar og stjórnisýslulögum og er það mat almennt í höndum dómnefndar sbr. reglur nr. 620/2010. Líkt og fram hefur komið er ráðherra heimilt að víkja frá matinu en það þarf að gerast í samræmi við stjórnisýslulög og aðrar málsmeðferðarreglur sem fylgja ber við slíka embættisskipan.

Dómstólar hafa eftirlit með þessum ákvörðunum sbr. fyrri umfjöllun og meta hvort að umræddum reglum hafi verið fylgt við ákvarðanatöku og hvort ákvörðun sé lögmat. Skiptir þetta eftirlit einkar miklu máli þegar um er að ræða ákvarðanir um skipun í embætti sem falla ekki undir framkvæmdarvald, heldur aðra valdhafa líkt og dómssvald. Þó svo að dómstólar hafi ekki vald til að taka nýjar stjórnvaldsákvarðanir eða víkja aðilum úr embættum og skipa aðra í þeirra stað geta þeir skorið úr um það hvort ákvarðanir séu ógildar og ákvarðað skaðabætur vegna tjóns sem hlýst af ólögmatum stjórnvaldsákvarðunum. Er þetta eftirlit bæði mikilvægt og málefnalegt og kemur í veg fyrir að vald stjórnvalda sé misnotað og að ákvarðanir á borð við þessar séu teknar á grundvelli ómálefnalega sjónarmiða. Skiptir það gríðarlega miklu máli þegar um er að ræða skipan í dómaraembætti að mat á hæfni umsækjenda sé byggt á málefnalegum sjónarmiðum og að ákvörðun sé tekin af óháðum og sjálfstæðum aðilum, m.a. til að koma í veg fyrir spillingu innan dómskerfisins. Byggist það m.a. á þeirri grundvallarreglu sem lögfest er í 70. gr. stjkskr. um rétt borgara til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli. Meiri líkur eru á því að þessi réttindi séu tryggð þegar dómstólar hafa heimild til að endurskoða þessar ákvarðanir og þegar að ákvörðun er tekin af óháðri og sjálfstæðri nefnd og er nægilega vel rökstudd og rannsökuð sbr. 10. gr. ssl. Sé þessum reglum ekki fylgt getur það leitt til þess að borgarar dragi úrlausnir dómstóla í efa, ef skipun dómara þeirra er ekki samkvæmt lögum sbr. *MDE, Guðmundur Andri Ástráðsson gegn Íslandi, 12. mars 2019 (26374/18)*. Getur það leitt til réttaróvissu sem grefur undan réttarríkinu.

HEIMILDARSKRÁ

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og handhafar ríkisvalds*. Reykjavík, 2015.

Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“. *Stjórnmal & stjórnsýsla* <http://hdl.handle.net/1946/23363>, desember 2014 (skoðað 27. mars 2019).

Sigríður Ingvarsdóttir: „Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“. *Úlfljótur*, 4. tbl. 2004, bls. 465-499.

Poul Andersen, *Om ugyldige Forvaltningsakter. Med særligt henblik paa ugyldighedsgrundene*. Arnold Busk Kjøbenhavn 1924.

Ólafur Jóhannes Einarsson: *Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum*. Bókaútgáfa Úlfljóts, Reykjavík 2005.

Ólafur Jóhannesson: *Stjórnarfarsréttur II*. 2. útgáfa. Reykjavík 1974.

DÓMASKRÁ

Hæstaréttardómar:

Hrd. 215/1997.

Hrd. 384/1998.

Hrd. 412/2010.

Hrd. 451/2017.

Hrd. 591/2017.

Hrd. 592/2017.

Héraðsdómar:

Hérd. Rvk. 15. september 2017 (E-2014/2017).

Dómar Landsyfirréttar:

Ds. III. bls. 445.

Dómar Ugeskrift for Retsvæsen:

UfR. 1881 bls. 327.

Umboðsmaður Alþingis:

Skýrsla UA 2016.

UA 3. desember 2008 (5520/2008).

UA 4. desember 2008 (5230/2008).