

125. löggjafarþing 1999–2000.
Þskj. 376 — 275. mál.

Skýrsla

forsætisráðherra um starfsskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlög við réttarbrotum í stjórnsýslu.

(Lögð fyrir Alþingi á 125. löggjafarþingi 1999–2000.)

Nefnd sem var skipuð í samræmi við ályktun Alþingis frá 2. júní 1998 til að kanna starfsskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlög við réttarbrotum í stjórnsýslu hefur skilað forsætisráðherra eftirfarandi skýrslu.

Í samræmi við nefnda ályktun er skýrslan lögð fyrir Alþingi á grundvelli 1. mgr. 45. gr. laga nr. 55/1991, um þingsköp Alþingis.

Efnisyfirlit.

1. INNGANGUR	7
1.1. Skipan og hlutverk nefndarinnar	7
1.2. Skýringar á efnistöku í skýrslu nefndarinnar	8
2. ALMENNAR EFNISREGLUR STJÓRNSÝSLURÉTTARINS	9
2.1. Almenn um starfsskilyrði stjórnvalda og lögmætisregluna	9
2.2. Greinarmunur á fastmótuðum og matskenndum lagaheimildum til töku stjórnvaldsákvæðana	12
2.3. Hvaða sjónarmið teljast málefnaleg?	14
2.3.1. Inngangur	14
2.3.2. Lög og lögskýringargögn	15
2.3.3. Sjónarmið sem leiða má af markmiðum laga	15
2.3.4. Samræmi og jafnrétti	17
2.3.5. Sjónarmið sem leidd verða af mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar og ákvæðum fjölbjóðlegra mannréttindasáttmála	17
2.3.6. Almenn sjónarmið	17
2.4. Hvaða sjónarmið teljast almennt ómálefnaleg?	18
2.4.1. Inngangur	18
2.4.2. Persónuleg sjónarmið	18
2.4.3. Stéttarleg sjónarmið	18
2.4.4. Pólitísk sjónarmið	19
2.4.5. Fjárhagsleg sjónarmið	20
2.4.6. Kynferði, litarháttur o.fl.	21
2.5. Lagaleg þýðing þess að sjónarmið telst ómálefnalegt	21
2.6. Reglugerðir og önnur stjórnvaldsfyrirmæli verða að eiga sér næga lagastöð og vera byggð á málefnalegum sjónarmiðum	21
2.7. Almenn um mat stjórnvalda	22
2.8. Hvaða sjónarmið ber að leggja til grundvallar við matið?	22
2.8.1. Almenn viðhorf	22
2.8.2. Jafnræðisregla stjórnvaldsreglanna	23
2.8.2.1. Meginreglan	23
2.8.2.2. Er hægt að bera fyrir sig ólögmæta ákvæðun við beitingu jafnræðisreglunnar?	23
2.8.2.3. Er breyting á venjubundinni stjórnvaldsreglu framkvæmd brot á jafnræðisreglu?	24
2.8.2.4. Áhrif stigskiptingar stjórnvaldsreglunnar á túlkun jafnræðisreglunnar	25
2.8.3. Skyldubundið mat stjórnvalda	25
2.9. Hvaða sjónarmið hafa aukið vægi?	26
2.9.1. Almenn viðhorf	26
2.9.2. Jafnræðisreglan	26
2.9.2.1. Almennar jafnræðisreglur	26
2.9.2.2. Sérstakar jafnræðisreglur	27

2.10. Matið verður að vera forsvaranlegt	27
2.11. Lög fela stjórnvöldum að meta hvert efni ákvörðunar skuli vera	27
2.11.1. <i>Inngangur</i>	27
2.11.2. <i>Meðalhófsreglan</i>	27
2.11.3. <i>Misbeiting valds við val á leiðum til úrlausnar máls</i>	29
2.11.4. <i>Efni stjórnvaldsákvörðunar skal vera bæði ákveðið og skýrt</i>	31
2.12. Sjálfstjórn sveitarfélaga	31
2.13. Almennar efnisreglur stjórnsýsluréttar og siðferði	33
2.13.1. <i>Lögbundin og málefnaleg stjórnsýsla</i>	33
2.13.2. <i>Lög og opinber stjórnsýsla</i>	33
2.13.2.1. <i>Almenn réttlætning laganna, lagasetningarvalds og opinberrar stjórnsýslu</i>	33
2.13.2.2. <i>Réttarríkið og opinber stjórnsýsla</i>	35
2.13.2.3. <i>Lögbundin stjórnsýsla</i>	36
2.13.2.4. <i>Siðferðilegt gildi lögmætisreglunnar</i>	37
2.13.3. <i>Matskenndar ákvarðanir stjórnvalda</i>	38
2.13.3.1. <i>Lög og réttarreglur</i>	38
2.13.3.2. <i>Matskenndar réttarreglur</i>	39
2.13.3.3. <i>Eiga valdheimildir stjórnvalda að vera fortakslausar?</i>	40
2.13.3.3.1. <i>Kostir reglna og reglufestu</i>	40
2.13.3.3.2. <i>Ókostir reglna og reglufestu</i>	41
2.13.3.3.3. <i>Ókostir reglna lagfærðir með reglum</i>	42
2.13.3.4. <i>Málefnaleg sjónarmið við frjálst mat stjórnvalda</i>	43
2.13.3.4.1. <i>Hvað eru málefnaleg sjónarmið?</i>	43
2.13.3.4.2. <i>Mat dómstóla á málefnalegum sjónarmiðum</i>	43
2.13.3.5. <i>Aðgreining laga og siðferðis</i>	44
2.13.4. <i>Eru efnisreglur íslensks stjórnsýsluréttar í samræmi við siðferðishugmyndir manna?</i>	45
2.14. Dæmi um leiðir sem færar eru til úrbóta	45
2.14.1. <i>Inngangur</i>	45
2.14.2. <i>Efnisreglur stjórnsýsluréttarins</i>	46
2.14.3. <i>Álitaefni er tengjast sjálfstjórn sveitarfélaga</i>	48
2.14.4. <i>Málsmeðferðarreglur</i>	49
2.14.5. <i>Lagaskrifstofa eða lagaráð?</i>	49
2.14.6. <i>Menntun og endurmenntun opinberra starfsmanna</i>	50
2.14.7. <i>Siðareglur opinberra starfsmanna</i>	51
3. STJÓRNSÝSLUKERFIÐ OG EFTIRLIT MEÐ STARFSEMI STJÓRNVALDA ..	53
3.1. Inngangur	53
3.2. Almenn um stjórnunar- og eftirlitsheimildir	53
3.2.1. <i>Almennt um eftirlit</i>	53
3.2.2. <i>Eftirlit í formi endurskoðunar á tiltekinni ákvörðun</i>	54
3.2.2.1. <i>Inngangur</i>	54
3.2.2.2. <i>Endurupptaka máls</i>	54

3.2.2.3. Stjórnsýslukæra	54
3.2.2.4. Afturköllun	55
3.2.2.5. Frumkvæðiseftirlit með lægra settum stjórnvöldum	55
3.2.2.6. Eftirlit við staðfestingu	55
3.3. Almenn um beitingu stjórnunar- og eftirlitsheimilda	56
3.3.1. Stjórnunar- og eftirlitsheimildir innan stjórnvalds	56
3.3.2. Stjórnunar- og eftirlitsheimildir innan stjórnsýslunefnda	56
3.3.3. Stjórnunar- og eftirlitsheimildir á milli stjórnvalda	56
3.3.3.1. Inngangur	56
3.3.3.2. Stjórnunar- og eftirlitsheimildir æðri stjórnvalda með lægra settum stjórnvöldum	57
3.3.3.3. Stjórnunar- og eftirlitsheimildir með sjálfstæðum stofnunum og stjórnsýslunefndum	57
3.4. Stjórnunar- og eftirlitsheimildir innan stjórnsýslukerfisins	57
3.4.1. Inngangur	57
3.4.2. Ráðherrar og ráðuneyti þeirra	58
3.4.3. Lægra sett stjórnvöld	59
3.4.4. Sjálfstæðar ríkisstofnanir	60
3.4.5. Sjálfstæðar stjórnsýslunefndir	61
3.4.6. Sveitarstjórnir	61
3.5. Sérstakir eftirlitsaðilar	62
3.6. Dómstólar	62
3.7. Eftirlit Alþingis og stofnana á vegum þess með stjórnvöldum	65
3.7.1. Eftirlit Alþingis með stjórnvöldum	65
3.7.2. Eftirlit umboðsmanns Alþingis með stjórnvöldum	67
3.7.3. Eftirlit Ríkisendurskoðunar með stjórnvöldum	68
3.8. Aðhald almennings og fjölmiðla að stjórnsýslunni	69
3.9. Dæmi um leiðir sem færar eru til úrbóta	69
3.9.1. Almenn um lagatæknilega útfærslu ákvæða um eftirlit	69
3.9.2. Mótun framtíðarstefnu um þróun stjórnsýslukerfisins	70
3.9.3. Stjórnsýsluleg staða stofnana verður að vera skýr	71
3.9.4. Endurskoðun laga nr. 73/1969, um Stjórnarráð Íslands	71
3.9.5. Frumkvæðiseftirlit æðra settra stjórnvalda með lægra settum stjórnvöldum	72
3.9.6. Frumkvæðiseftirlit með sveitarfélögum	72
3.9.7. Réttur alþingismanna til aðgangs að upplýsingum um opinber málefni	73
3.9.8. Málsmeðferð og endurskoðunarvald dómstóla	74
4. AFLEIÐINGAR RÉTTARBROTA Í STJÓRNSÝSLUNNI	75
4.1. Inngangur	75
4.2. Tilmæli umboðsmanns Alþingis	75
4.3. Ógilding stjórnvaldsákvarðana	76
4.4. Ábyrgð starfsmanna stjórnsýslunnar að starfsmannarétti	77
4.4.1. Inngangur	77
4.4.2. Ríkisstarfsmenn	78

4.4.3. Starfsmenn sveitarfélaga	79
4.5. Refsiábyrgð starfsmanna stjórnarsýslunnar	80
4.5.1. Inngangur	80
4.5.2. Eðli refsíbyrgðar og helstu einkenni	81
4.5.3. Lagasjónarmið að baki refsivernd og refsíbyrgð opinberra starfsmanna ..	82
4.5.4. Afmörkun hugtaksins „opinber starfsmaður“	82
4.5.5. Refsiákvæði XIV. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940 um brot í opinberu starfi	85
4.6. Bótaábyrgð starfsmanna stjórnarsýslunnar	88
4.7. Vinnuveitendaábyrgð hins opinbera	89
4.7.1. Inngangur	89
4.7.2. Viðhorf til bótaábyrgðar hins opinbera vegna skaðaverka í stjórnarsýslu á fyrri hluta 20. aldar	90
4.7.3. Fébótaábyrgð hins opinbera vegna skaðaverka í stjórnarsýslu viðurkennd í ólögfestum tilvikum	90
4.8. Ráðherraábyrgð	92
4.9. Dæmi um leiðir sem færar eru til úrbóta	93
4.9.1. Refsiábyrgð starfsmanna stjórnarsýslunnar	93
4.9.2. Bótaábyrgð hins opinbera	95
4.9.3. Ráðherraábyrgð	96
5. ÁGRIP OG HELSTU TILLÖGUR	97
5.1. Inngangur	97
5.2. Almennar efnisreglur stjórnarsýsluréttarins	97
5.3. Stjórnarsýslukerfið og eftirlit með starfsemi stjórnvalda	100
5.4. Afleiðingar réttarbrotu í stjórnarsýslunni	103
5.5. Lokaorð	104

1. INNGANGUR

1.1. Skipan og hlutverk nefndarinnar.

Hinn 2. júní 1998 samþykkti Alþingi svohljóðandi ályktun um könnun á starfsskilyrðum stjórnvalda, eftirliti með starfsemi þeirra og viðurlögum við réttarbrotum í stjórnsýslunni:

„Alþingi ályktar að fela ríkisstjórninni að skipa nefnd til að kanna starfsskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlög við réttarbrotum í stjórnsýslu. Í því skyni skal nefndin semja skýrslu um eftirtalin atriði:

a. Almennar efnisreglur stjórnsýsluréttarins.

Kanna ber hvaða óskráðu efnisreglum stjórnvöldum ber að fylgja þegar skýrum og fastmótuðum settum reglum sleppir og stjórnvöldum er eftirlátið svokallað frjálst mat við töku stjórnvaldsákvæðana. Gerð skal grein fyrir hvaða reglur gildi um meðferð slíks valds og hvort þær séu í samræmi við siðferðishugmyndir manna.

b. Stjórnkerfið og eftirlit með starfsemi stjórnvalda.

Kanna ber uppbyggingu stjórnkerfisins og að hve miklu leyti eftirlit er innbyggt í það sjálft og að hve miklu leyti það er utanaðkomandi.

c. Afleiðingar réttarbroti í stjórnsýslunni.

Kanna ber hvaða afleiðingar réttarbrota í stjórnsýslunni geta haft, meðal annars hvaða viðurlög eru við þeim og hverjir geta sætt ábyrgð samkvæmt þeim, þar á meðal stjórnsýsluviðurlögum, refsíábyrgð, bótaábyrgð opinberra starfsmanna og húsbóndaábyrgð hins opinbera.

d. Úrbætur.

Nefndin skal setja fram sjónarmið um leiðir sem færar eru til úrbóta í þeim tilvikum sem gefa tilefni til þess.

Skýrsla nefndarinnar skal lögð fyrir Alþingi fyrir frestun funda á vorþingi 1999.“

Hinn 19. ágúst 1998 skipaði forsætisráðherra nefnd í samræmi við þessa ályktun. Í nefndina voru skipuð Páll Hreinsson, dósent við lagadeild Háskóla Íslands, formaður, Ragnar Arnalds, þáverandi alþingismaður, og Þórunn Guðmundsdóttir, hæstaréttarlögmaður. Með nefndinni hefur starfað Kristján Andri Stefánsson, deildarstjóri í forsætisráðuneyti.

Nefndin fól formanni að undirbúa texta skýrslunnar til umfjöllunar í nefndinni, en jafnframt var með leyfi forsætisráðuneytisins leitað til tveggja sérfræðinga annarra um textagerð. Annars vegar var leitað til Skúla Magnússonar mag. jur., aðstoðarmanns hæstaréttardómara, um að rita kaflann um tengsl almennra efnisreglna stjórnsýsluréttar við siðferði. Hins vegar var leitað til Róberts Spanó, lögfræðings á skrifstofu umboðsmanns Alþingis, um að rita kaflann um refsíábyrgð starfsmanna stjórnsýslunnar.

Skýrslan var kynnt Siðfræðistofnun Háskóla Íslands í handriti og lét hún í té umsögn um þá hluta er varða rannsóknarefni hennar sérstaklega. Í endanlegri gerð skýrslunnar hefur tillit verið tekið til athugasemda er þar komu fram.

Samkvæmt ályktun Alþingis bar að leggja skýrslu nefndarinnar fyrir Alþingi áður en fundum þess yrði frestað á vorþingi 1999. Verkefni nefndarinnar reyndist þó vera viðameira en svo að tækist að gera því viðunandi skil innan þessara tímamarka. Af þeim sökum fékk nefndin leyfi forsætisráðherra til að miða störf sín við að unnt yrði að leggja skýrslu hennar fyrir haustþing sama árs.

1.2. Skýringar á efnistöku í skýrslu nefndarinnar.

Efnistöku nefndarinnar hljóta eðli máls samkvæmt að markast nokkuð af því verkefni sem nefndinni var falið. Af þeim sökum er vert að benda á að ályktun Alþingis verður að teljast nokkuð óvenjuleg og það verkefni er hún fól nefndinni ólíkt öðrum úttektum sem þingið leitar stundum eftir. Samkvæmt ályktun Alþingis skyldi nefndin kanna gildandi réttarástand á tilteknum sviðum stjórnslunnar og semja um það skýrslu. Í ályktuninni fólst þannig beiðni um almenna úttekt á ákveðnum atriðum í stjórnarfarum landsins og ábendingar um úrbætur eftir því sem tilefni væri til. Í samræmi við það hefur umfjöllun nefndarinnar verið almenns eðlis og takmarkast raunar við grundvallaratriði þeirra þátta sem nefndinni var falið að kanna. Samkvæmt þessu fellur aftur á móti utan við umboð og hlutverk nefndarinnar að fjalla um einstök mál sem upp hafa komið innan stjórnslunnar og verið ofarlega á baugi, bæði á Alþingi og í fjölmiðlum. Til þess gaf starfslýsing nefndarinnar samkvæmt ályktun Alþingis ekki tilefni, auk þess sem henni fylgdu engin tæki til slíkra athugana, svo sem rannsóknarheimildir o.fl.

Íslensk stjórnslýsing er af sögulegum ástæðum af sama meiddi og hin danska og á um margt hliðstæður í dönsku stjórnarfarum og eftir atvikum annars staðar á Norðurlöndum. Lítið hefur hins vegar verið skrifað um þá þætti almenna hluta stjórnslýsingar sem lýst er í þessari skýrslu og mun minna en annars staðar á Norðurlöndum. Þess vegna eru hugtök, sem eiga sér hliðstæðu í dönskum og eftir atvikum norskum og sænskum rétti, oft tilgreind á þeim tungumálum innan sviga, enda auðveldar það um leið leit að ítarefni á þeim málum. Þá er uppruna heimspekilegra hugtaka oft að rekja til ákveðinna þjóða. Í þeim tilvikum er þeirra einnig getið innan sviga á viðkomandi tungumáli, en það á eðli máls samkvæmt einkum við um kafla 2.13.

Uppbygging skýrslunnar tekur að öðru leyti mið af starfslýsingu nefndarinnar samkvæmt framangreindri ályktun Alþingis og framsetning er ekki ósvipuð því sem tíðkast við gerð sambærilegra skýrslna annars staðar á Norðurlöndum, oft til undirbúnings eða í framhaldi af löggjafarstarfi. Skýrslunni er skipt í eftirgreinda þrjú meginkafla:

Í öðrum kafla er því lýst hvernig starfsskilyrði stjórnvalda eru mótuð af löggjafanum og þeirri grundvallarreglu stjórnskipunarréttar að stjórnslýsing sé bundin af lögum. Verkahringur stjórnvalda er í megindráttum mótaður af gildandi löggjöf á hverjum tíma. Löggjöfin er hins vegar misjafnlega nákvæm um hvernig stjórnvöldum beri að standa að útfærslu þeirra heimilda sem þeim er að lögum falið að beita. Viðtekið er að slíkar lagareglur megi eftir eðli sínu skipta í tvo flokka, fastmótaðar og matskenndar heimildir. Ágreiningur hefur einkum risið um meðferð hinna síðarnefndu þegar lög eða stjórnvaldsfyrirmæli, sett samkvæmt þeim, tiltaka ekki að öllu leyti þau skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi svo að ákvörðun verði tekin eða fela stjórnvöldum að einhverju leyti mat á því hvert efni ákvörðunar skuli vera. Í þessum kafla skýrslunnar er því leitast við að varpa ljósi á af hvaða reglum stjórnvöld eru bundin við meðferð slíks mats, þar á meðal hvaða sjónarmið megi leggja því til grundvallar. Þar koma til efnisreglur stjórnsýsluréttarins, bæði almennar og sérstakar, en eðli máls samkvæmt er hér eingöngu fjallað um hinar fyrrnefndu. Þá er í samræmi við ályktun Alþingis leitast við að setja þær í siðferðilegt samhengi og kannað hvort efnisreglur stjórnsýsluréttarins séu almennt í samræmi við siðferðishugmyndir manna.

Í þriðja kafla er megindráttum í uppbyggingu stjórnkerfisins lýst og á hvern hátt eftirlit með starfsemi stjórnvalda er innbyggt í þessa uppbyggingu, einkum með stigskiptu kerfi milli æðri og lægra settra stjórnvalda. Jafnframt er vikið að eftirliti utanaðkomandi aðila með

stjórnsýslunni, bæði dómstóla og stofnana sem Alþingi hefur sérstaklega komið á fót í því skyni.

Í fjórða kafla er fjallað um afleiðingar réttarbrotá í stjórnsýslunni, gerð grein fyrir viðurlögum við þeim og hverjir geta sætt ábyrgð, bæði bótaábyrgð og refsíábyrgð. Jafnframt er sérstaklega fjallað um ábyrgð ráðherra í þessu tilliti.

Nefndin hefur í yfirferð sinni rekist á nokkra annmarka og lýkur umfjöllun í hverjum kafla um sig með ábendingum um leiðir sem færar eru til úrbóta. Þessar ábendingar nefndarinnar eru jafnframt dregnar saman í lokakafla skýrslunnar.

Í skýrslu þessari er dregið fram með hvaða hætti stjórnsýsla framkvæmdarvaldsins og staða þess í stjórnkerfinu er öðru fremur mótuð af löggjafanum. Stjórnvöld eru bundin af lögum og verða að haga stjórnsýslu sinni í samræmi við lög. Stjórnsýslan er með öðrum orðum lögbundin og löggin eru sá prófsteinn á starfsemi stjórnvalda sem dómstólar og hinar sérstöku eftirlitsstofnanir með stjórnvöldum, svo sem umboðsmaður Alþingis og Ríkisendurskoðun, leggja til grundvallar. Almennt skiptir því miklu fyrir starfsskilyrði stjórnvalda, hvernig til tekst um setningu laga, en undirrót margra ágreiningsefna í stjórnsýslu virðist oft mega rekja til atriða sem ekki hefur verið hugað nægilega að við gerð þeirra og spretta af því.

2. ALMENNAR EFNISREGLUR STJÓRNSÝSLURÉTTARINS

2.1. Almenn um starfsskilyrði stjórnvalda og lögmætisregluna.

Efnisreglum stjórnsýsluréttarins má skipta í tvennt. Annars vegar *almennar* efnisreglur sem taka til allrar stjórnsýslu hins opinbera og hins vegar *sérstakar* efnisreglur sem eiga aðeins við um ákveðin svið stjórnsýslunnar. Þannig telst jafnræðisreglan til almennra efnisreglna en lög um almannatryggingar til sérstakra. Við úrlausn stjórnsýslumáls reynir yfirleitt bæði á almennar og sérstakar efnisreglur stjórnsýsluréttarins.

Í þessum kafla verður vikið að almennum efnisreglum stjórnsýsluréttarins. Með töluverðri einföldun má segja að þessar reglur fjalli annars vegar um það hvenær stjórnvöld þurfa heimild í lögum til þess að taka stjórnvaldsákvæðanir og hins vegar um þau bönd sem lögð eru á meðferð þess valds við töku matskenndra ákvarðana. Í kafla 2.13 verður vikið að tengslum þessara reglna við siðferði.

Að íslenskum stjórnkögum er á því byggt að uppspretta hins allsherjarréttarlega valds, ríkisvalds, sé hjá þjóðinni. Í sama anda er svo fyrir mælt í 6. gr. mannréttindayfirlýsingar Sameinuðu þjóðanna að í lögunum birtist almannaviljinn og að allir borgarar eigi rétt á að taka þátt í gerð þeirra, annaðhvort sjálfir eða með kjörnum fulltrúum. Skv. 2. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands er ríkisvaldið greint í þrjá þætti: löggjafarvald, framkvæmdarvald og dómvald. Þessi þrískipting ríkisvalds og afmörkun á hlutverki framkvæmdarvaldsins og stöðu þess gagnvart löggjafarvaldinu, setur valdheimildum framkvæmdarvaldsins mikilvægar skorður. Af ákvæðum stjórnarskrár og stjórnskipunarvenjum má draga þrenns konar ályktanir um stöðu framkvæmdarvaldsins gagnvart hinum valdþáttunum tveimur: 1) Stjórnsýslan skal almennt byggð upp með þeim hætti að yfirstjórn hennar sé í höndum ráðherra sem ber ábyrgð á stjórnarframkvæmd gagnvart Alþingi. Um þetta atriði verður nánar fjallað í kafla 3.4.2, 3.7.1 og 4.8. 2) Það er undirstöðuregla íslenskrar stjórnskipunar að stjórnvöld eru bundin af lögum. Í þessari reglu, sem almennt er nefnd *lögmætisreglan*, felst annars vegar að ákvarðanir stjórnvalda verða að eiga sér stoð í lögum og hins vegar að þær mega ekki vera í andstöðu við lög. 3) Að uppfylltum ákveðnum réttarfarsskilyrðum skera dómstólar úr ágreiningi um hvort stjórnvöld hafi byggt ákvarðanir sínar á lögum og málefnalegum sjónarmiðum eða

hvort þær hafi farið í bága við lög. Um þennan þátt verður nánar fjallað í kafla 3.6 og 4.3.

Í lögmatísreglunni, sem minnst var á hér að framan, felast í raun tvenns konar undirreglur, annars vegar formregla og hins vegar heimildarregla (lagaáskilnaðarreglan).

Samkvæmt formreglu lögmatísreglunnar mega ákvarðanir stjórnvalda *ekki ganga í berhögg* við stjórnarskrá, lög eða reglugerðir svo dæmi séu tekin, en þessar réttarheimildir eru allar réttærri ákvörðunum stjórnvalda. Ákvarðanir stjórnvalda mega því ekki að efni til vera andstæðar þeim almennu réttarreglum sem gilda um þau málefni er ákvörðun varðar. Brjótí ákvörðun í bága við lög er hún ólögmat að efni til. Er almennt viðurkennt að slík ákvörðun sé ógildanleg.

Samkvæmt heimildarreglu lögmatísreglunnar skulu ákvarðanir stjórnvalda almennt eiga sér heimild í lögum, þ.e. Alþingi verður að hafa veitt stjórnvöldum *heimild með lögum* til þess að taka ákvarðanir. Í kjarna þessarar reglu felst að stjórnvöld geta almennt *ekki íþyngt borgurunum* með ákvörðunum sínum nema hafa til þess viðhlítandi heimild í lögum. Þetta gildir raunar bæði um stjórnvaldsákvarðanir og almenn stjórnvaldsfyrirmæli, svo sem reglugerðir.

Það er einkenni lýðræðisríkja og meginregla að íslenskum rétti að einstaklingar búi við athafnafrelsi. Að megestefnu til eru það einvörðungu hinir lýðræðislega kjörnu fulltrúar þjóðarinnar á Alþingi sem öðlast með kjöri sínu vald til þess að setja athafnafrelsi borgaranna skorður *með lögum*, þó innan þess ramma er stjórnarskrá setur. Stjórnvöld verða á hinn bóginn almennt að sækja valdheimildir sínar í þau lög sem þingið setur og geta almennt ekki upp á sitt eindæmi íþyngt borgurunum án atbeina Alþingis. Til einföldunar má því orða áhrif þessarar meginreglu svo að borgararnir megi gera hvaðeina sem ekki er *bannað í lögum*, en stjórnvöld geti einvörðungu íþyngt borgurunum með ákvörðunum sínum ef þau hafa til þess sérstaka *heimild í lögum*.

Í VII. kafla stjórnarskrárinnar hafa verið settar strangari reglur til verndar mannréttindum en leiðir af lögmatísreglunni. Þar er ekki einvörðungu áréttað að stjórnvöld geti ekki skert mannréttindi án lagaheimildar, heldur eru valdheimildum þingsins sjálfs sett ákveðin mörk um hvaða þætti það getur veitt stjórnvöldum lagaheimild til þess að taka íþyngjandi ákvarðanir. Þá verður einvörðungu mælt fyrir um ákveðnar takmarkanir á mannréttindum með lögum. Þannig er t.d. kveðið svo á í 66. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 4. gr. stjórnarskipunarlaga, nr. 97/1995, að engan megi svipta íslenskum ríkisborgararétti. Frá þessu banni er gerð sú eina undantekning að heimilt sé að ákveða að maður missi íslenskan ríkisborgarétt ef hann öðlast með samþykki sínu ríkisfang í öðru ríki. Af skýru orðalagi ákvæðisins verður ráðið að Alþingi eitt hafi heimild til þess að gera þessa undantekningu með lögum.

Stjórnvöld verða sjálf að taka afstöðu til þess hvort þau hafi næga heimild í lögum til þess að taka ákvörðun um tiltekið efni. Það leiðir hins vegar af 60. gr. stjórnarskrárinnar að dómstólar eiga endanlega úrlausn um þetta álitafni.

Eins og áður segir verður íþyngjandi stjórnvaldsákvarðun að byggjast á sérstakri lagaheimild. Þegar á milli lagaheimildar og ákvörðunar er „skotið“ reglugerð verður í raun að fara fram tvöföld könnun á heimild ákvörðunar. Þannig verður stjórnvaldsákvarðunin að eiga sér næga stöð í þeirri reglugerð sem hún er byggð á, en reglugerðin verður síðan að eiga sér næga stöð í lögum um það atriði sem ákvörðunin lýtur að.

Þegar víðeigandi lagaákvæði, sem efnið snertir, er á annað borð til að dreifa ræðst það af lögskýringu hvort það hafi að geyma næga valdheimild til töku tiltekinnar ákvörðunar. Við þá lögskýringu er almennt á því byggt að þeim mun tilfinnanlegri eða meira íþyngjandi sem stjórnvaldsákvarðun er þeim mun strangari kröfur verði að gera til skýrleika þeirrar laga-

heimildar sem ákvörðunin er byggð á. Samkvæmt því eru gerðar breytilegar kröfur til lagaheimilda eftir efni ákvörðunar. Við mat á því hvort ákvörðun er talin íþyngjandi er bæði litið til þess hvaða réttindi eru skert svo og hvers eðlis skerðingin er.

Stundum eru gerðar *ríkar kröfur til skýrleika lagaheimilda*. Almennt er tilhneiging til þess að áskilja skýra lagaheimild til að skerða þau réttindi manna sem um er fjallað í VII. kafla stjórnarskrárinnar, svo sem frelsi, friðhelgi heimilis og fjölskyldu, eignarrétt o.fl. Hið sama gildir um ákvarðanir stjórnvalda er leggja skatta, þjónustugjöld og aðrar fjárhagslegar skyldur á menn.

Til eru einnig svið þar sem gerðar eru *tiltölulega vægar kröfur til skýrleika lagaheimildar* svo að stjórnvaldi teljist heimilt að taka ákvörðun. Oft er slík heimild einvörðungu leidd af lögum með mjög almennri skýringu. Þá eru til svið þar sem sérstök lagaheimild virðist ekki áskilin. Sem dæmi má nefna að stjórnvöld geta almennt tekið ákvarðanir um innri málefni stjórnsýslunnar án sérstakra lagaheimilda, enda þótt slíkar ákvarðanir geti haft óbein áhrif á borgarana. Sem dæmi má nefna að ákvörðun stjórnvalds um afgreiðslutíma ríkisstofnunar þarf ekki að styðjast við sérstaka lagaheimild. Þá má nefna að ráðherra er almennt talinn geta framselt stjórnsýsluvald sitt til starfsmanna ráðuneytis síns. Jafnframt getur ráðherra yfirleitt gefið lægra settum stjórnvöldum almenn fyrirmæli um hvernig verk á ákveðnu sviði skuli leyst af hendi. Enn fremur er á því byggt að þegar ákvæðum laga sleppir taki stjórnvöld allar nauðsynlegar ákvarðanir um framkvæmdaatriði sem eru forsenda þess að hægt sé að hrinda lögum í framkvæmd, enda teljist slíkar ráðstafanir ekki íþyngja borgurinum með beinum hætti.

Til að forðast misskilning skal það áréttað að lögmætisreglan ákvarðar ekki ein og sér til hlítar það svigrúm sem stjórnvöld hafa til að taka ákvarðanir án þess að þær styðjist við sérstaka lagaheimild. Alþingi getur að ákveðnu marki takmarkað með lögum þær valdheimildir stjórnvalda sem þau hefðu ella samkvæmt framangreindri skýringu á lögmætisreglunni. Sem dæmi má nefna að svo var fyrir mælt í lögum nr. 97/1974, um eftirlit með ráðningu starfsmanna og húsnæðismálum ríkisstofnana, að þegar lögmæltum störfum sleppti mætti stofnun ekki fjölga starfsmönnum, enda þótt hún hefði til þess fjárveitingu á fjárlögum, nema ráðninganefnd samþykkti. Þessi lög voru felld úr gildi með 55. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins. Þá má einnig nefna að samkvæmt ákvæðum 29. gr. laga nr. 88/1997, um fjárreiður ríkisins, mega stjórnvöld einungis leigja fasteignir hafi þau áður aflað til þess heimildar í fjárlögum. Þetta gildir þó ekki um venjubundna rekstrarleigu. Þá má nefna að ákveðnar takmarkanir á valdheimildum stjórnvalda leiða af þeirri skipan íslenskra stjórnлага að Alþingi fer með ákvörðunarvald um fjárstjórn ríkisins. Það leiðir því í senn af fjárstjórnarheimildum þingsins, ákvæðum 40. gr., 77. gr. og 2. mgr. 78. gr. stjórnarskrár, svo og lögmætisreglunni, að það fellur í hlut Alþingis að ákveða með almennum lögum hvaða skattar og hvaða þjónustugjöld skuli lögð á og innheimt af hálfu framkvæmdarvaldsins. Loks getur fjárstjórnarvald Alþingis sett því hömlur, að stjórnvöld taki ívilnandi ákvarðanir umfram lagaskyldu þegar ekki hefur verið gert ráð fyrir fjármunum á fjárlögum fyrir útgjöldum sem af því kann að leiða.

Samkvæmt framansögðu leiðir það af lagalegri stöðu framkvæmdarvaldsins gagnvart löggjafanum að helstu verkefni og valdheimildir stjórnvalda eru ákveðin af Alþingi með almennum lögum, að svo miklu leyti sem ekki er tekin afstaða til þeirra í stjórnarskrá.

2.2. Greinarmunur á fastmótuðum og matskenndum lagaheimildum til töku stjórnvaldsákvæðana.

Þegar löggjafinn veitir stjórnvöldum lagaheimild til þess að taka stjórnvaldsákvörðun um málefni einstaklinga geta slíkar lagaheimildir verið af ýmsum toga. Í lögfræði er viðtekið að flokka megi lagareglur eftir því, hvort þær hafa *fastmótað* efnisinnihald eða *matskennt*. Enda þótt þessi flokkun sé ekki nákvæm og mörkin þarna á milli að nokkru fljótandi er afar þýðingarmikið að átta sig á þeim ólíku vandamálum sem tengd eru hvorum þessara flokka reglna um sig.

Almennt er viðtekið að fastmótaðar reglur búi borgurunum meira réttaröryggi en matskenndar reglur. Í fastmótuðum reglum eru með tæmandi hætti talin þau skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi til að ákvörðun, með lögmæltu efni, verði tekin. Þegar um fastmótaðar reglur er að ræða er fyrir fram ljóst hvaða skilyrði þarf að uppfylla svo að ákvörðun verði tekin. Beiting slíkra reglna er almennt fljótvirk, ódýr og einföld fyrir stjórnvöld og krefst sjaldnast sérfróðra starfsmanna þar sem afgreiðslan byggist ekki á flóknu mati. Af þessum sökum verður því iðulega meiri festa og samræmi í framkvæmd stjórnsýslu þegar ákvarðanir byggjast á fastmótuðum reglum. Vegna hins fastmótaða efnis laganna getur sá sem ákvörðun beinist að yfirleitt gert sér glögga grein fyrir því hvort stjórnvöld hafi afgreitt mál hans í samræmi við lög. Af sömu ástæðu er tiltölulega auðvelt að fylgjast með því hvort stjórnvöld hafi farið að lögum. Vegna allra þessara kosta fastmótaðra lagaákvæða er almennt eftirsóknarvert að fela stjórnvöldum að starfa eftir slíkum lagaákvæðum þegar því verður við komið. Í nútímapjódfélagi er hins vegar ekki mögulegt að sjá fyrir öll þau margbreytilegu tilvik sem að höndum kunna að bera og bregðast skynsamlega við þeim með setningu fastmótaðra reglna. Væri það gert gæti niðurstaða í einstökum málum orðið afar óskynsamleg og ósanngjörn þar sem ekki væri þá hægt að bregðast við afbrigðilegum málum sem ekki varð séð fyrir við setningu laganna. Það er því ljóst að á sumum sviðum verður ekki hjá því komist að hafa matskennd lagaákvæði.

Stjórnvaldsákvæðanir eru flokkaðar eftir svipuðum sjónarmiðum og beitt er við aðgreiningu á fastmótuðum og matskenndum lagaákvæðum. *Lögbundnar ákvarðanir* eru nefndar þær ákvarðanir sem byggðar eru á fastmótuðum lagaákvæðum og eru því lögbundnar að efni til. Aftur á móti eru þær ákvarðanir nefndar *matskenndar stjórnvaldsákvæðanir* þegar lög eða stjórnvaldsfyrirmæli ákvarða *ekki* að öllu leyti þau skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi svo að ákvörðun verði tekin eða fela stjórnvöldum að einhverju leyti mat á því hvert efni ákvörðunar skuli vera. Þegar stjórnvald tekur stjórnvaldsákvörðun á matskenndum lagagrundvelli verður fyrst að túlka ákvæðið og ákvarða hversu víðtækar hinar matskenndu heimildir stjórnvalds eru. Að því búnu hefst hin matskennda ákvarðanataka innan ramma lagaákvæðisins. Svo hægt sé að taka stjórnvaldsákvörðun á slíkum lagagrundvelli þurfa stjórnvöld að „fylla í eyður“ réttarheimildarinnar og velja þau lagasjónarmið (d. kriterier) sem viðkomandi ákvörðun skal byggð á. *Mat* stjórnvalda á því hvaða lagasjónarmið ákvörðun skuli byggð á er ekki frjálst að öllu leyti, heldur er það bundið af almennum efnisreglum stjórnsýsluréttarins, svo sem jafnræðisreglunni og meðalhófsreglunni svo og öðrum efnisreglum lögfestum og ólögfestum. Það fer hins vegar eftir málaflokkum, lagaákvæðum og atvikum hverju sinni hversu mikil bönd fyrrgreindar reglur leggja á mat stjórnvalda í hverju tilviki.

Til nánari skýringar á þeim greinarmun sem gerður er á lögbundnum og matskenndum ákvörðunum má nefna tvö dæmi:

1. Í 1. mgr. 21. gr. laga nr. 131/1990, um Háskóla Íslands, sem nú eru úr gildi fallin, var mælt svo fyrir að hver sá sem staðist hefði fullnaðarpróf frá íslenskum skóla sem heimild hafði til að brautskrá stúdenta ætti rétt á að vera skrásettur háskólaborgari gegn því að greiða skrásetningargjald. Ákvörðun um hverjir fengu að innritast í Háskóla Íslands var þannig lögbundin ákvörðun þar sem þau skilyrði, sem uppfylla þurfti, voru tæmandi talin með fastmótuðum reglum, þ.e. að (i) hlutaðeigandi hefði lokið stúdentsprófi frá viðurkenndum íslenskum skóla og (ii) greiddi lögboðið skrásetningargjald.

2. Í 16. gr. laga nr. 57/1988, um framhaldsskóla, sem nú eru úr gildi fallin, áttu allir sem lokið höfðu grunnskólanámi eða hlotið aðra jafngilda undirstöðumenntun rétt á að hefja nám í framhaldsskóla. Með 50. og 51. gr. reglugerðar nr. 105/1990, um skiptingu landsins í umdæmi/skólahverfi, höfðu nemendur forgangsrétt til að sækja skóla í því skólahverfi þar sem þeir áttu lögheimili. Nemendur úr skólahverfinu voru því fyrst innritaðir og aðrir nemendur, sem sóttu um skólavist úr öðrum skólahverfum, látnir mæta afgangi. Hvorki í framhaldsskólalögum né fyrrnefndri reglugerð var mælt fyrir um þau sjónarmið sem skólameistarar skyldu leggja til grundvallar við val sitt á nemendum úr öðrum skólahverfum. Hér var því um að ræða matskennda ákvörðun. Svo að hægt sé að taka slíkar ákvarðanir verða skólameistarar fyrst að velja þau sjónarmið sem þeir hyggjast byggja þær á og beita þeim af samræmi og jafnrétti. Eins og nánar verður komið að í kafla 2.3 hér á eftir er einvörðungu heimilt að byggja matskenndar ákvarðanir á *málefnalegum sjónarmiðum*. Til nánari skýringar má geta þess að tveir nemendur, sem búsettir voru í Garðabæ, kvörtuðu til umboðsmanns Alþingis yfir því að fá ekki skólavist í Menntaskólanum í Reykjavík. Í skýringum rektors kom fram að nemendur úr öðrum skólahverfum væru valdir eftir einkunnunum. Þá væri m.a. tekið tillit til þess hvort umsækjandi hefði átt systkini í skólanum og hvort foreldrar væru gamlir nemendur. Í álitum umboðsmanns Alþingis *SUA 1996:283* kom fram, að val á nemendum af öðrum skólasvæðum í skólann ætti að byggjast á almennum og hlutlægum mælikvarða þar sem gæta bæri samræmis og jafnræðis milli umsækjenda sem eins væri ástatt um. Þannig bæri að byggja á málefnalegum sjónarmiðum eins og t.d. árangri í námi sem umsækjandi hefði lokið til undirbúnings námi í framhaldsskóla, en ekki á því hvort umsækjandi hefði átt systkini í skólanum eða hvort foreldrar væru gamlir nemendur skólans. Þar sem einkunnir átján nemenda sem teknir höfðu verið inn í skólann úr öðrum skólahverfum voru lægri en þeirra sem báru fram kvörtun við umboðsmann taldi umboðsmaður ekki liggja ljóst fyrir að fulls samræmis hefði verið gætt við mat á umræddum umsóknum.

Í íslenskum stjórnisýslurétti var lengi vel venja að fjalla um þær vandasömu efnisreglur stjórnisýsluréttarins, sem leggja bönd á mat stjórnvalda, út frá sjónarhorni dómara þar sem þeirri spurning er svarað hvaða sjónarmið væru ómálefnaleg eða ólögleg. Í seinni tíð hafa fræðimenn hins vegar fjallað um þessar reglur út frá sjónarhorni starfsmanna stjórnisýslunnar þar sem leitast er við að svara því hvernig málefnaleg og þar með lögmæt sjónarmið verða fundin. Í kafla 2.3 verður síðarnefnda leiðin farin, en hin fyrrnefnda í kafla 2.4.

2.3. Hvaða sjónarmið teljast málefnaleg?

2.3.1. Inngangur.

Þegar leitast er við að svara því hvernig málefnaleg sjónarmið verða fundin til undirbúnings töku matskenndrar ákvörðunar hjá stjórnvöldum er ferlið við matið oft greint í þrennt til hægðarauka:

Í fyrsta lagi fer fram greining á því hvaða sjónarmið teljist málefnaleg og þar með lögmæt.

1. Í öðru lagi fer fram mat á sjónarmiðunum. Hér koma m.a. til skoðunar matsreglur
 - a. sem segja m.a. til um hvaða sjónarmið skuli lögð til grundvallar við matið,
 - b. hvenær heimilt sé að takmarka eða afnema matið og
 - c. ákvarða stundum vægi sjónarmiðanna eða segja með öðrum orðum til um það á hvaða sjónarmið skuli lögð áhersla við matið.
2. Í þriðja lagi eru sumar stjórnvaldsákvörðanir eingöngu matskenndar um það *hvort* þær verði teknar. Aðrar eru hins vegar matskenndar um það hvert *efni þeirra* á að vera. Þegar ákvörðanir af síðarnefndu tegundinni eru teknar getur jafnræðisreglan, meðalhófsreglan og fleiri reglur sett bönd á það hvert efni ákvörðunar megi vera.

Í þessu sambandi er þó rétt að taka fram að þegar matskenndar ákvörðanir eru teknar í stjórnvöldunum er ákvörðunarferlið ekki alltaf svona margbrotið. Oft eru ákvörðanir svo einfaldar að niðurstaða máls blasir við og þarf þá ekki að brjóta ákvörðunarferlið upp í marga þætti. Þegar mál er aftur á móti flókið verður maður við töku matskenndrar ákvörðunar að þreifa sig áfram stig af stigi með lögfræðilegri aðferðafræði.

Að baki sérhverri stjórnvaldsákvörðun verða að búa málefnaleg sjónarmið. Ákvörðanir sem byggjast á geðþótta, óvild eða öðrum persónulegum sjónarmiðum starfsmanna stjórnvöldunnar eru því ólögmæt. Greining á því hvaða sjónarmið teljist málefnaleg er af sama toga og hefðbundin lögskýring. Við greininguna er því byggt á öllum réttarheimildum sem þýðingu hafa í viðkomandi máli, lögskýringargögnum svo og viðurkenndum lögskýringarsjónarmiðum. Sjaldan eru sjónarmið annaðhvort málefnaleg eða ómálefnaleg. Í kafla 2.4 verður vikið að þeim fáu sjónarmiðum sem yfirleitt teljast ómálefnaleg við úrlausn mála hjá stjórnvöldum.

Það ræðst m.a. af þeirri réttarheimild sem ákvörðun verður byggð á, svo og öðrum atvikum, hvaða sjónarmið verða í hverju tilviki talin málefnaleg. Breytist réttarheimildin, sem ákvörðun byggist á, getur það einnig haft áhrif á það hvaða sjónarmið verða talin málefnaleg. Sem dæmi má nefna að í 4. gr. laga nr. 54/1925, um mannanöfn, kom fram að menn mættu ekki bera önnur nöfn en þau sem rétt væru að lögum íslenskrar tungu. Rísi ágreiningur um það hvort nafn fullnægði þessu skilyrði skar heimspekideild Háskóla Íslands úr. Í *SUA 1991:84* taldi umboðsmaður Alþingis að heimspekideild Háskóla Íslands hefði verið óheimilt að byggja ákvörðun á því sjónarmiði hvort ætla mætti að barni yrði strítt með tilteknu nafni þar sem heimspekideildinni bar aðeins að skera úr um hvort nafn væri rétt „að lögum íslenskrar tungu“ eins og sagði í lögum. Hinn 1. nóvember 1991 tóku gildi ný lög um mannanöfn, nr. 37/1991. Í 1. mgr. 2. gr. laganna er kveðið svo á að eiginnaframt megi ekki vera þannig að það geti orðið nafnbera til ama. Þar með er umrætt sjónarmið orðið lögmæt og málefnalegt við ákvörðun á því hvort eiginnaframt telst tækt til nafngjafar.

Hér á eftir verður gerð stutt grein fyrir þeim *leiðum* sem oftast eru farnar við að greina málefnaleg sjónarmið. Þessar leiðir skarast þó íðulega.

2.3.2. Lög og lögskýringargögn.

Stundum geyma lög og stjórnvaldsfyrirmæli ákvæði um þau *sjónarmið* sem matskennd stjórnvaldsákvörðun skal m.a. byggð á. Þannig er t.d. mælt svo fyrir í 2. mgr. 10. gr. barnalaga nr. 20/1992 að sýslumaður skuli ákveða framfærslueyri með hliðsjón af þörfum barnsins og fjárhagsaðstöðu og öðrum högum beggja foreldra, þar á meðal aflahæfi þeirra.

Í lögskýringargögnum má stundum finna ummæli um slík sjónarmið. Sem dæmi má nefna að í athugasemdum við 2. mgr. 34. gr. frumvarps þess, sem varð að barnalögum nr. 20/1992,

eru talin upp helstu sjónarmið sem beita ber við úrlausn þess hjá hvoru foreldri forsjá barns skuli vera, þegar foreldra greinir á um það. Þar eru t.d. nefnd sjónarmiðin um tengsl barns við foreldri, óskir barns, persónulegir eiginleikar foreldris o.fl.¹

Þá verða sjónarmið oft fundin með skýringu á settum ákvæðum, með tilliti til ummæla í lögskýringargögnum eða samanburðarskýringu við önnur ákvæði. Sem dæmi má nefna að maður kvartaði til umboðsmanns Alþingis yfir því að dóms- og kirkjumálaráðuneytið hefði synjað honum um endurveitingu ökuréttinda þar sem ekki þætti sýnt að hann hefði látið af fíkniefnanotkun. Í málinu lá fyrir að maðurinn hafði nýlega gert dómsátt í fíkniefnamálum. Taldi maðurinn ómálefnalegt að byggja á þessu sjónarmiði við ákvörðun um hvort endurveita bæri honum ökuréttindi. Í niðurstöðu umboðsmanns, *SUA 1992:325*, sagði m.a. svo: „Í athugasemdum við 106. gr. í greinargerð með frumvarpi því, er varð að umferðarlögum nr. 50/1987, segir svo: „er lagt til að leitað skuli umsagnar viðkomandi lögreglustjóra áður en endurveiting er ákveðin, enda hafa þeir að jafnaði gleggri upplýsingar um reglusemi og hagi umsækjenda og ítarlegri en fram koma í sakavottorði“.“ (Alþt. 1986–87, A-deild, bls. 924.) Þar sem lagt var til grundvallar að litið væri til reglusemi umsækjanda um endurveitingu ökuréttinda féllst umboðsmaður ekki á það að ólöglegt hefði verið að líta til þess að ekki þætti sýnt að maðurinn hefði látið af fíkniefnanotkun, enda væri óheimilt að neyta áfengis eða annarra örvandi eða deyfandi efna við stjórn vélknúins ökutækis, sbr. 4. mgr. 44. gr. umferðarlaga nr. 50/1987.

Almennt vefst það ekki fyrir mönnum að greina hvaða sjónarmið teljast málefnaleg þegar sjónarmiðin koma fram í lögum eða lögskýringargögnum. Þegar sjónarmiðin verða ekki fundin með þeim hætti er greiningin iðulega vandasamari og eru þau þá oftast leidd af markmiðum viðkomandi laga.

2.3.3. Sjónarmið sem leiða má af markmiðum laga.

Sérhvert stjórnvald hefur ákveðinn og afmarkaðan verkahring. Stjórnvaldi ber að beita því stórnýsvaldi sem það er að lögum bært til að fara með með þau *markmið* fyrir augum sem því ber að vinna að *lögum samkvæmt*. Byggi stjórnvald ákvörðun sína á sjónarmiðum sem stefna að *öðrum markmiðum*, t.d. að vernda persónulega hagsmuni, áskilja sér fjárhagslegan ávinning sem það á ekki tilkall til eða ná fram hefnd, er um *valdniðslu* að ræða (d. magtfordrejning). Stjórnvaldi ber að beita valdi sínu í réttu augnamiði, þ.e. með þá opinberu hagsmuni eina fyrir augum sem því er falið að gæta.

Þau sjónarmið eru almennt talin málefnaleg sem eru til þess fallin að ná fram markmiði þeirra laga sem ákvörðun er byggð á. Þetta er ein algengasta aðferðin við að greina málefnaleg sjónarmið. Það þarf ekki að koma á óvart þar sem hún er jafnframt í samræmi við þá grundvallarskyldu stjórnvalda að framkvæma lög í samræmi við þau markmið sem löggjafinn hyggst ná fram með setningu þeirra.

Hér má sem dæmi nefna að áður en aðilaskipti eiga sér stað að fasteign sem fellur undir jarðalög nr. 65/1976 skal tilkynna það sveitarstjórn og jarðanefnd, sbr. 1. mgr. 6. gr. laganna. Telji sveitarstjórn og jarðanefnd að ráðstöfun fasteignar sé „andstæð hagsmunum sveitarfélagsins“ er þeim heimilt að synja um áformaða ráðstöfun eignarinnar. Við afmörkun á því *hvaða sjónarmiða* heimilt er að líta til þegar metið er hvort ráðstöfun er andstæð hagsmunum sveitarfélags ber að líta til markmiða jarðalaga eins og þau eru tilgreind í 1. gr. laganna. Í *SUA 1996:206* (221–222) taldi umboðsmaður Alþingis að hægt væri að draga þá ályktun af

¹ Alþt. 1991–1992, A-deild, bls. 1169–1170.

1. gr. laganna, svo og lögskýringargögnum, að markmið jarðalaga væri að tryggja að nýting jarða væri þjóðhagslega hagkvæm og að eignarráð og búseta á jörðum samræmdist hagsmunum sveitarfélaga og þeirra sem landbúnað stunda. Í þágu þessara markmiða hefð sveitarstjórn og jarðanefnd verið fengið vald til að koma í veg fyrir að jarðir væru teknar skipulagslaust úr landbúnaðarnotum. Umboðsmaður taldi á hinn bóginn að hlutaðeigandi sveitarstjórn hefði byggt synjun sína á ómálefnalegum sjónarmiðum þegar hún neitaði að samþykkja fyrirhugaða leigu á jörð, m.a. af því að leigutaki hefði verið ókvæntur og ekki fæddur og uppallinn í hreppnum, auk þess sem hann hefði aldrei greitt skatta til hreppsins.

Stundum getur hins vegar verið vandasamt að ákvarða markmið laga nægilega skýrt. Verður þá að beita viðurkenndum skýringaraðferðum við könnun og afmörkun á tilgangi þeirra. Þegar erfitt er að afmarka tilgang laga er yfirleitt nokkra hjálp að finna í aðgreiningarreglunum (d. specialitetsprincippet).

Samkvæmt hinni skipulagslegu aðgreiningarreglu (d. organisatoriske specialitetsprincip) er stjórnvaldi *óheimilt* að leggja sjónarmið til grundvallar ákvörðunum sínum til að ná fram markmiði sem öðru stjórnvaldi ber að vinna að lögum samkvæmt. Stjórnvöld eiga að halda sig innan valdmarka sinna og vinna að þeim markmiðum sem þeim ber að vinna að lögum samkvæmt, en láta vera að skipta sér af málefnum sem heyra undir aðra og þau hafa ekki sérþekkingu á. Sem dæmi um brot á þessari reglu má nefna *H 1984:1326* þar sem stjórn Dýraspítala Watsons sendi umsókn til landbúnaðarráðherra um lækningaleyfi fyrir danskan dýralækni til að starfa við spítalann. Ráðuneytið neitaði að veita dýralæknum lækningaleyfið m.a. með vísan til þess að yfirdýralæknir hefði ekki treyst sér til að mæla með því að danska dýralæknum yrði veitt leyfi til að stunda dýralækningar á Íslandi. Meðal þeirra sjónarmiða sem yfirdýralæknir byggði niðurstöðu sína á var að íslenskir dýralæknar væru tiltækir og því væri óþarfi að ráða erlendan dýralækni. Þegar þessi grundvöllur álits yfirdýralækni er athugaður verður að hafa í huga að það var eitt að uppfylla menntunarskilyrði og aðrar fagkröfur til þess að fá *lækningaleyfi* og annað að fá *atvinnuleyfi* hér á landi fyrir útlending á þessum tíma. Að lögum féll það ekki undir yfirdýralækni að meta hvort uppfyllt væru skilyrði 3. gr. þágildandi laga nr. 39/1951, um rétt erlendra manna til að stunda atvinnu á Íslandi. Umfjöllun yfirdýralækni um að óþarfi væri að ráða erlenda dýralækna til landsins miðað við aðstæður var því brot á hinni skipulagslegu aðgreiningarreglu þar sem þetta verkefni heyrði alls ekki undir yfirdýralækni, heldur félagsmálaráðherra. Þar sem þetta sjónarmið var ekki í málefnalegum tengslum við þann lagagrundvöll sem yfirdýralæknir átti að byggja umsögn sína á var um ómálefnalegt sjónarmið að ræða.

Oft fara stjórnvöld með framkvæmd fleiri en einna laga. Samkvæmt efnislegu aðgreiningarreglunni (d. materielle specialitetsprincip) á stjórnvald að skilja á milli þeirra heimilda og markmiða sem starf þess miðar að þannig að það beiti ekki sjónarmiðum sem leiða af einni lagaheimild til þess að taka ákvarðanir á grundvelli annarrar og óskildrar lagaheimildar. Í þessu sambandi má sem dæmi nefna danskan dóm, *U 1929:452*, þar sem sveitarfélag þótti hafa brotið þessa reglu. Málavextir voru þeir að gjaldandi galt sveitarfélagi ekki útsvar sitt. Til þess að knýja hann til greiðslu útsvarsins var ákveðið að gas- og rafmagnsveita sveitarfélagsins skyldi hætta að veita gjaldandanum þjónustu sína þar til hann hefði gert skil á útsvari sínu til sveitarfélagsins. Þar sem gjaldandinn var í engri skuld við gas- og rafmagnsveitu sveitarfélagsins, sem hafði þar að auki einkarétt á sölu gass og rafmagns í sveitarfélaginu, braut sveitarfélagið hina efnislegu aðgreiningarreglu með því að beita þvingunarræðum ákveðinna laga, um vanefndir á skyldum, sem fjallað var um í öðrum og efnislega óskyldum lögum. Hér má einnig nefna *H 1997:1544* þar sem Hæstiréttur árétaði

að ágreiningur, sem umsækjandi um kennarastöðu átti við sveitarfélag um greiðslu opinberra gjalda, gæti ekki komið til skoðunar við veitingu kennarastöðunnar.

2.3.4. Samræmi og jafnrétti.

Eins og nánar verður komið að í kafla 2.8.2.1 hér á eftir leiðir af 1. mgr. 11. gr. stjórn-sýslulaga að samræmi verður að vera í úrlausnum mála. Hafi stjórnvald byggt ákvörðun á tilteknu sjónarmiði leiðir það til þess að þegar sambærilegt mál kemur aftur til úrlausnar ber almennt að leysa úr því á grundvelli sömu sjónarmiða. Vert er að vekja sérstaka athygli á að af þessari kröfu leiðir að það telst lögmætt sjónarmið við úrlausn máls að líta til *afleiðinganna*, þ.e. að niðurstaða tiltekins máls muni binda stjórnvaldið að meira eða minna leyti við úrlausn sambærilegra mála í framtíðinni. Þetta sjónarmið vegur oft þungt þegar taka þarf ákvörðun um hvort nýta skuli heimild til þess að veita undanþágu.

2.3.5. Sjónarmið sem leidd verða af mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar og ákvæðum fjölþjóðlegra mannréttinasáttmála.

Ákvæði stjórnarskrárinnar og þjóðréttarsamninga um vernd mannréttinda hafa þýðingu við greiningu á því hvaða sjónarmið teljast málefnaleg. Almennt teljast þau sjónarmið málefnaleg sem eru til þess fallin að vernda mannréttindi. Sem dæmi um sjónarmið sem leidd eru af mannréttinasáttmála Evrópu og þýðingu hafa í deilumálum um umgengnisrétt foreldra við börn sín má vísa til umfjöllunar umboðsmanns Alþingis í *SUA 1989:79*, *SUA 1992:59* og *SUA 1996:143*. Í þessum álitum hefur umboðsmaður Alþingis áréttað þá meginreglu barnalaga og laga um vernd barna og ungmenna að foreldrum beri bæði réttur og skylda til umgengni við börn sín. Umboðsmaður hefur bent á að þessi réttur sé óháður því hvort foreldri fari með forsjá barns eða hvar barn dveljist. Þessi réttur og skylda foreldra til að annast börn sín og eiga samneyti við þau njóti verndar alþjóðlegra mannréttinasáttmála sem Ísland sé aðili að, og skipti þar mestu 8. gr. mannréttinasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Umboðsmaður hefur minnt á að mannréttindadómstóll Evrópu hafi lagt áherslu á það *sjónarmið* að umgengnisrétti sé viðhaldið með sameiningu fjölskyldu á ný eða a.m.k. með styrkingu sambands hennar í huga. Því verði að vera um veigamikil rök að ræða ef umgengnisréttur er verulega skertur eða útilokaður. Að þessu athuguðu hefur umboðsmaður bent á að *sjónarmið* um að barn hafi ekki „þörf“ fyrir umgengni við foreldri sé andstætt þessum meginreglum og hafi heldur ekki lagastöð við úrlausn mála af þessum toga.

2.3.6. Almenn sjónarmið.

Þá má benda á nokkur almenn sjónarmið, sem yfirleitt teljast lögmæt og gætir mjög í stjórn-sýslurétti. Meðal þessara sjónarmiða eru réttmætar væntingar málsaðila, grandleysi hans og réttaröryggi, svo og kurteisi og velvilji í garð málsaðila. Loks má nefna tvö sjónarmið sem oft reynir á í skipulags- og byggingarmálum og stundum rekast á, en það eru annars vegar réttarvörslusjónarmið og hins vegar sjónarmið um að komast hjá eyðileggingu verðmæta.

2.4. Hvaða sjónarmið teljast almennt ómálefnaleg?

2.4.1. Inngangur.

Eins og vikið var að í kafla 2.3.1 hér að framan er greiningin á því hvaða sjónarmið teljist málefnaleg, af sama toga og hefðbundin lögskýring. Við greininguna er því byggt á öllum réttarheimildum sem þýðingu hafa í viðkomandi máli, lögskýringargögnum svo og viður-

kenndum lögskýringarsjónarmiðum um það hvaða sjónarmið verði í hverju tilfelli talin málefnaleg sem grundvöllur að ákvörðun. Breytist réttarheimildin, sem ákvörðun er byggð á, getur það einnig orkað á það hvaða sjónarmið verði talin málefnaleg. Það er því *afstætt* hvaða sjónarmið teljast málefnaleg í hverju tilviki og *háð lagagrundvelli máls* hverju sinni. Fæst sjónarmið eru því þannig að hægt sé að alhæfa um hvort þau séu málefnaleg eða ómálefnaleg. Þó er unnt að fullyrða að nokkur sjónarmið verða sjaldan eða seint talin málefnaleg við töku stjórnvaldsákvarðana. Hér á eftir verður stuttlega vikið að nokkrum þessara sjónarmiða.

2.4.2. Persónuleg sjónarmið.

Opinberum starfsmanni er óheimilt að líta til persónulegra hagsmuna sinna, svo sem fjárhagslegra, við rækslu starfa sinna. Þannig má starfsmaður ekki hygla venslamönnum sínum, vinum og aðilum sem hann er í fyrirsvari fyrir eða koma fram hefnd gegn óvinum sínum með opinberum ákvörðunum eða athöfnum. Byggi starfsmaður ákvörðun á slíkum sjónarmiðum er um valdniðslu að ræða.

2.4.3. Stéttarleg sjónarmið.

Í stjórnsýslu getur þurft að taka afstöðu til þess hvort málefnalegt sé að líta til þess við töku ákvörðunar hvort aðili máls sé í ákveðnu félagi. Einu skrefi lengra er gengið þegar spurt er hvort gera megi það að skilyrði að aðili máls sé í ákveðnu félagi svo að tiltekin ákvörðun verði tekin. Almennt virðist sú meginregla lögð til grundvallar að ekki megi líta til slíkra sjónarmiða, nema þau styðjist við gilda lagaheimild. Ella skortir þau lagaheimild og teljast þá ómálefnaleg. Dómur Hæstaréttar, *H 1988:1532*, snertir þetta álitafni öðrum þræði. S, leigubifreiðastjóri, fékk leyfi til að aka leigubifreið. Meðal skilyrða í reglugerð nr. 320/1983 fyrir leyfisveitingunni var félagsaðild að bifreiðastjórafélaginu Frami. S gekk í félagið og greiddi félagsgjöld fyrst í stað en í kjölfar vanskila á félagsgjöldum og yfirlýsingar hans um að vilja standa utan félagsins var atvinnuleyfi hans afturkallað. Það var niðurstaða Hæstaréttar að ákvæði reglugerðarinnar um skylduáðild að bifreiðastjórafélaginu Frami skorti lagastoð, enda yrðu bönd á atvinnufrelsi manna einvörðungu sett með lögum frá Alþingi, sbr. þágildandi 69. gr. stjórnarskrárinnar.

Með 12. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995 var 74. gr. stjórnarskrárinnar breytt. Nú er mælt svo fyrir að engan megi skylda til aðildar að félagi. Með lögum megi þó kveða á um slíka skyldu ef það er nauðsynlegt til að félag geti sinnt lögmaeltu hlutverki vegna almannahagsmuna eða réttinda annarra.

Við úrlausn mála er oftast ómálefnalegt að líta til annarra hagsmuna stétta eða fagfélaga en lög leyfa þegar teknar eru ákvarðanir um leyfi eða löggildingu. Í þessu sambandi má minna á *H 1988:820*. Samkvæmt þágildandi 1. mgr. 6. gr. laga nr. 73/1968, um rétt manna til að kalla sig verkfræðinga, húsameistara, tæknifræðinga og byggingafræðinga, mátti engum veita leyfi til að kalla sig tæknifræðing nema hann hefði „lokið fullnaðarprófi í tækni-fræði frá teknískum æðri skóla sem Tækni-fræðingafélag Íslands viðurkenndi sem fullgildan skóla í þeirri grein“. Árið 1969 var ákveðið af hálfu tækni-fræðingafélagsins að viðurkenna ekki norska tækni-fræðiskóla, sem höfðu þó fyrir þann tíma verið viðurkenndir. Iðnaðar-ráðuneytið veitti manni engu að síður leyfi til að kalla sig tækni-fræðing, þó að hann hefði útskrifast frá norskum tækni-fræðiskóla, þar sem ráðuneytið hafði að undangenginni rannsókn komist að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið slakað neitt á námskröfum í umræddum skóla. Fór tækni-fræðingafélagið þá í mál og krafðist þess að leyfisveitingin yrði felld úr gildi þar sem ráðuneytið hefði ekki fylgt bindandi umsögn félagsins. Fram kom að sjónarmiðin sem

lágu að baki breytingu á menntunarkröfum tæknifræðingafélagsins voru þau að fylgja þeirri þróun „að tæknifræðingar og verkfræðingar yrðu nokkurn veginn samhliða“ hvað menntun varðaði. Í héraðsdómi kom fram að í greinargerð með 5. gr. frumvarps þess, er varð að lögum nr. 44/1963, um rétt manna til að kalla sig verkfræðinga, húsameistara eða tæknifræðinga, hefði verið gert ráð fyrir að tæknifræðinám yrði millistig milli menntunar verkfræðinga og faglærðra iðnaðarmanna. Þau lagasjónarmið höfðu ekki breyst. Var því talið að sjónarmið tæknifræðingafélagsins væru andstæð tilgangi löggjafans og að synjun félagsins hefði því verið byggð á ómálefnalegum sjónarmiðum. Hæstiréttur tók ekki afstöðu til þessarar málsástæðu og sýknaði umræddan mann þegar af þeirri ástæðu að tæknifræðingafélagið hefði sýnt af sér verulegt tómlæti við málsóknina.

2.4.4. Pólitísk sjónarmið.

Í stjórnsýslurétti hefur verið byggt á þeirri meginreglu að óheimilt sé að leggja pólitísk sjónarmið til grundvallar við töku stjórnvaldsákvörðunar. Í 2. mgr. 11. gr. stjórnsýslulaga er mælt svo fyrir að óheimilt sé að mismuna aðilum við úrlausn mála á grundvelli sjónarmiða byggðum á stjórnmálaskoðunum. Þessi meginregla, sem á sér sínar undantekningar, varðar afar flókið og margbrotið svið sem ekki er hægt að varpa nema takmörkuðu ljósi á í þessu stuttu yfirliti.

Fyrsta álitæfnið, sem taka verður afstöðu til, er að greina á milli réttarreglna og laga-sjónarmiða annars vegar og pólitískra sjónarmiða hins vegar. Með mikilli einföldun má segja að lög dagsins í dag séu oft stjórnmál gærdagsins. Fyrir Alþingi er lagt frumvarp sem byggt er á pólitískri stefnumörkun. Í frumvarpstexta er þessi stefnumörkun útfærð. Samþykki meiri hluti þingmanna frumvarpið, að undangengninni lögboðinni málsmeðferð, verður það að lögum. Frumvarpstextinn, sem mótaður var af pólitískum viðhorfum, er þá orðinn að lögum og hefur að geyma réttarreglur. Sú pólitíska stefnumörkun, sem frumvarpstextinn byggist á, verður þá að þeim meginreglum sem lagaákvæðin eru byggð á, eða með öðrum orðum meginreglum laganna. Þau pólitísku sjónarmið, sem í frumvarpinu birtast og ætlunin var að yrðu lögð til grundvallar við nánari útfærslu ákvæða frumvarpsins í framkvæmd, verða eftir samþykkt laganna að lögskýringarsjónarmiðum.

Þegar kemur að því að hlutaðeigandi ráðherra setji reglugerð um nánari framkvæmd þessara laga er honum í senn heimilt og skylt að byggja á þeim markmiðum sem lögin stefna að. Í augum ráðherrans er þetta e.t.v. einvörðungu nánari útfærsla á þeim pólitísku stefnumiðum sem hann hefur barist fyrir og Alþingi samþykkt. Séu þessi sjónarmið á hinn bóginn í samræmi við þá stefnumörkun sem lögin voru byggð á og eigi sér næga lagastöð er í lögfræðilegum skilningi einvörðungu verið að hrinda markmiðum laganna í framkvæmd með því að mæla nánar fyrir um framkvæmd þeirra. Byggi ráðherra aftur á móti reglugerð á allt öðrum pólitískum markmiðum og stefnu en lögin voru byggð á er um að ræða *ómálefnaleg sjónarmið*, með hliðsjón af lagagrundvelli reglugerðarinnar. Hið sama á við þegar matskennd stjórnvaldsákvörðun er tekin og byggð á pólitískum sjónarmiðum, sem ekki samrýmast lagagrundvelli ákvörðunarinnar.

Með mikilli einföldun má því segja að pólitísk sjónarmið séu oftast ómálefnaleg við töku stjórnvaldsákvörðunar, samrýmist þau ekki þeim pólitísku sjónarmiðum sem lagagrundvöllur málsins var mótaður eftir og endurspeglar.

Þegar ráðið er í opinber störf geta komið upp álitamál um hvort og hvenær heimilt sé að byggja ákvörðun um val á umsækjanda í starf á pólitískum viðhorfum. Í stjórnsýslu ríkisins er það meginregla að *óheimilt* er að líta til *stjórnmálaskoðana umsækjanda*, sbr. 2. mgr. 11.

gr. stjórnsýslulaga. Frá þessu eru undantekningar sem eiga sér misskýrar lagaheimildir. Skulu hér nokkrar nefndar. Á því er byggt að heimilt sé að ráða aðstoðarmann ráðherra eftir stjórnmalaviðhorfum hans, sbr. 14. gr. laga nr. 73/1969, um Stjórnarráð Íslands, með síðari breytingum. Þá eru almennt líkur fyrir því að ráðherra megi skipa þær stjórnsýslunefndir eftir pólitískum sjónarmiðum sem hafa sama skipunartíma og hann. Að því er stjórnsýslu sveitarfélaga snertir eru bæði sveitarstjórnir og stjórnsýslunefndir þeirra almennt kosnar eftir pólitískum viðhorfum. Loks er talið heimilt að velja mann í stöðu framkvæmdastjóra sveitarfélags eftir stjórnmalaviðhorfum.

2.4.5. Fjárhagsleg sjónarmið.

Það ræðst af lagagrundvelli máls hvort heimilt er að líta til fjárhagslegra sjónarmiða hins opinbera við töku ákvörðunar. Slík sjónarmið eru að sjálfsögðu málefnaleg við gerð fjárhagsáætlana stjórnvalda og við töku flestra *ákvarðana um innri málefni stjórnsýslunnar*, svo sem við kaup á aðföngum. Í þessu sambandi er rétt að minna á að lögboðið er í 38. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, að forstöðumenn beri ábyrgð á því að fjármunir séu nýttir í rekstri stofnunar á sem árangursríkasta hátt.

Þegar um *stjórnvaldsákvarðanir* er að ræða er meginreglan á hinn bóginn sú að óheimilt er að líta til fjárhagslegra sjónarmiða, nema lagaheimild sú, sem ákvörðun byggist á, veiti heimild til þess. Hér má sem dæmi nefna að áður en aðilaskipti eiga sér stað að fasteign sem fellur undir jarðalög nr. 65/1976 skal tilkynna það sveitarstjórn og jarðanefnd, sbr. 1. mgr. 6. gr. laganna. Telji sveitarstjórn og jarðanefnd að ráðstöfun fasteignar sé „andstæð hagsmunum sveitarfélagsins“ er þeim heimilt að synja um áformaða ráðstöfun eignarinnar. Í *SUA 1996:206* (221–222) taldi umboðsmaður Alþingis að sveitarstjórn hefði byggt synjun sína á ómálefnalegum sjónarmiðum þar sem hún hafði neitað að samþykkja fyrirhugaða leigu á ákveðinni jörð, m.a. þar sem leigutaki hefði *aldrei greitt skatta til hreppsins*.

Það ræðst af lagagrundvelli máls hvort stjórnvöldum er heimilt að setja sem skilyrði fyrir töku stjórnvaldsákvörðunar að gjald sé greitt fyrir eða önnur verðmæti látin af hendi. Þegar ekki er fyrir hendi skýr lagaheimild til slíks, en stjórnvöld áskilja sér engu að síður greiðslu, byggja þau ekki aðeins ákvörðun sína á ólögum sjónarmiði heldur brjóta þau einnig lögmatisregluna, sbr. kafla 2.1 hér að framan þar sem gera verður áskilnað um ótvíræða lagaheimild fyrir slíku skilyrði. Sem dæmi má nefna dóm Hæstaréttar, *H1940:225*. Lóðareiganda var veitt byggingarleyfi af bæjarstjórn Reykjavíkur gegn því að hann léti lóðarspildu undir stíg af hendi endurgjaldslaust. Hann lét spilduna af hendi og byggði hús og fór að því búnu í mál og krafðist endurgjalds fyrir lóðina. Í dómi Hæstaréttar sagði: „Byggingarnefnd Reykjavíkur og bæjarstjórn brast að lögum heimild til að binda byggingarleyfi áfrýjanda, það er í málinu greinir, því skilyrði, að hann léti af hendi téða lóðarspildu endurgjaldslaust undir götu, og ekki verður talið, að áfrýjandi hafi eftirá með framkomu sinni svipt sig rétti til andvirðis lóðarspildunnar. Ber því að taka kröfur hans hér fyrir dómi til greina.“

2.4.6. Kynferði, litarháttur o.fl.

Jafnræðisreglur hafa bæði þýðingu við greiningu á málefnalegum sjónarmiðum og við matið sjálft. Hér verður aðeins fjallað um fyrra atriðið en um hið síðara verður fjallað í köflum 2.8.2 og 2.9.2.2 hér á eftir.

Jafnræðisreglur í sérákvæðum í lögum geyma oft bann við því að tilekin sjónarmið verði lögð ákvörðun til grundvallar. Hér má t.d. nefna lög nr. 28/1991, um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla. Í 3. gr. laganna er m.a. kveðið á um að hvers kyns mismunun eftir kyn-

ferði sé óheimil. Í lögnum er regla þessi síðan margoft áréttuð um leið og talin eru upp helstu tilvik þar sem óheimilt er að leggja til grundvallar sjónarmið byggð á kynferði. Má þar nefna jafna möguleika til atvinnu, jafnan rétt til sömu kjara fyrir jafnverðmæt og sambærileg störf, jafna möguleika til framhaldsmenntunar og starfsþjálfunar o.fl.

Í hinni almennu jafnræðisreglu, sem fram kemur í 11. gr. stjórn-sýslulaga, eru talin upp nokkur sjónarmið sem almennt er óheimilt að leggja til grundvallar við úrlausn máls. Þar er um að ræða sjónarmið sem byggð eru á kynferði málsaðila, kynþætti, litarhætti, þjóðerni, trúarbrögðum, stjórn-málaskoðunum, þjóðfélagsstöðu, ætterni eða öðrum sambærilegum ástæðum.

Sérlög, sem víkja frá almennu jafnræðisreglunni, ganga henni frammar, enda fái sérlögin staðist gagnvart *jafnræðisreglum stjórnarskrárinnar*. Í lögnum um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla er að finna *sérstakar* jafnræðisreglur sem víkja frá hinni *almennu* jafnræðisreglu um að óheimilt sé að byggja ákvörðun á sjónarmiði sem tekur mið af kynferði málsaðila. Sem dæmi má nefna að á grundvelli 3. gr. laganna, sbr. 13. gr. og 2. tölul. 16. gr., verða tímabundnar aðgerðir til að bæta stöðu kvenna ekki taldar brjóta í bága við 2. mgr. 11. gr. stjórn-sýslulaga, enda verði aðgerðirnar ekki taldar ganga lengra en efni standa til, sbr. 12. gr. stjórn-sýslulaga. Þá er einnig heimilt að taka sérstakt tillit til kvenna vegna þungunar eða barnsburðar og byggja á því sjónarmiði við val nefndarmanna í stjórn-sýslunefndir að skipa því sem næst jafnmargar konur og karla, sbr. 3. og 12. gr. laga um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, nr. 28/1991. Nánar verður að þessum sjónarmiðum vikið í kafla 2.9.2.2.

2.5. Lagaleg þýðing þess að sjónarmið telst ómálefnalegt.

Þegar sjónarmið telst ómálefnalegt við úrlausn tiltekins máls er ólögmaett að byggja ákvörðun í málinu á því sjónarmiði. Sem dæmi má nefna að þegar óheimilt er að líta til stjórn-málaskoðana umsækjenda um opinbert starf eiga slíkar skoðanir hans hvorki að verða honum til góðs né illis. Það á með öðrum orðum ekki að líta til þessa sjónarmiðs við ákvörðun um það hverjum starfið verður veitt.

2.6. Reglugerðir og önnur stjórnvaldsfyrirmæli verða að eiga sér næga lagastoð og vera byggð á málefnalegum sjónarmiðum.

Um fjöllunin hér að framan hefur að mestu einskorðast við matskenndar *stjórnvaldsákvörðanir*. Í þessu sambandi er þó vert að áréttast að *reglugerðir* og önnur almenn stjórnvaldsfyrirmæli verða af sömu ástæðum að eiga sér næga *lagastoð* og vera byggð á *málefnalegum sjónarmiðum*. Þrátt fyrir það getur verið nokkur munur á efnisnálgun könnunar á þessum atriðum eftir því hvort mál lýtur að stjórnvaldsákvörðun eða reglugerð. Hvort sem því er haldið fram að reglugerð skorti lagastoð eða að ákvæði hennar séu ekki byggð á málefnalegum sjónarmiðum blandast oft saman við könnun á þeim þáttum sem vikið var að í kafla 2.1–2.5 hér að framan.

Sem dæmi um mál, þar sem deilt var um hvort reglugerð hefði næga lagastoð, má nefna álit umboðsmanns Alþingis, *SUA 1992:189*. Reglugerð nr. 69/1986, um Menningarsjóð útvarpsstöðva, var breytt með reglugerð nr. 166/1991. Með breytingunni varð heimilt að veita innlendum framleiðendum dagskrárefnis framlög úr sjóðnum, en það hafði fyrir breytinguna verið bundið við íslenskar útvarpsstöðvar. Yfir þessu var kvartað til umboðsmanns Alþingis og því haldið fram að breytingin hefði ekki stöð í útvarpslögum og færi í bága við þau. Í 10. gr. útvarpslaga nr. 68/1985 var mælt svo fyrir að hlutverk Menningarsjóðs útvarpsstöðva væri að veita framlög til „eflingar innlendri dagskrárgerð, þeirri er verða má

til menningarauka og fræðslu“. Af nefndarálitum menntamálanefndar Alþingis um frumvarp það er varð að þessum lögum, svo og ræðu framsögumanns meiri hluta menntamálanefndar, virtist ljóst að markmiðið með stofnun Menningarsjóðs útvarpsstöðva hefði verið að styrkja innlenda dagskrárgerð sem nýst gæti útvarpsstöðvum hér á landi þar sem óttast var að ekki væri nægilegt fé til þess að vanda innlenda dagskrárgerð. Í nefndarálitum menntamálanefndar var einnig tekið fram að ekki þætti ástæða til að marka hinum nýja sjóði þröngan ramma. Með hliðsjón af markmiði sjóðsins, eins og það var skilgreint í 10. gr. útvarpslaga, svo og fyrrnefndum ummælum í lögskýringargögnum, taldi umboðsmaður Alþingis að menntamálaráðherra hefði verið heimilt að mæla svo fyrir með reglugerð nr. 166/1991 að innlendir framleiðendur dagskrárefnis, aðrir en útvarpsstöðvar, gætu fengið framlög úr Menningarsjóði útvarpsstöðva til dagskrárgerðar, enda væri það markmið laganna ávallt virt að umrædd dagskrá gæti nýst sjónvarps- eða hljóðvarpsstöðvum og væri til menningarauka og fræðslu.

2.7. Almennt um mat stjórnvalda.

Mat stjórnvalda fer yfirleitt ekki fram á grundvelli allra þeirra málefnalegu sjónarmiða, sem til greina geta komið. Stundum fer matið fram á grundvelli tiltölulega fárra sjónarmiða. Í öðrum tilvikum er um að ræða mörg sjónarmið sem oft geta verið ósamrýmanleg.

Meginreglan er sú að stjórnvöld velja á hvaða málefnalegu sjónarmiðum þau byggja ákvörðun sína og ákveða jafnframt hvaða sjónarmið þau leggja áherslu á og veita jafnvel aukið vægi við matið. Stjórnvöld hafa þó ekki óheft frelsi við val á sjónarmiðum þar sem efnisreglur, ýmist lögfestar eða ólögfestar, geta takmarkað valið og ákvarðað vægi sjónarmiðanna.

2.8. Hvaða sjónarmið ber að leggja til grundvallar við matið?

2.8.1. Almenn viðhorf.

Stjórnvöldum er stundum skylt að byggja matskenndar ákvarðanir sínar á ákveðnum sjónarmiðum. Slík sjónarmið eru nefnd *skyldubundin sjónarmið*. Þannig er t.d. stjórnvöldum jafnan skylt að byggja mat sitt á þeim sjónarmiðum sem glögglega koma fram í lögum og stjórnvaldsfyrirmælum og ætlunin er að dregin séu inn í matið.

Þá ber stjórnvöldum almennt að byggja ákvarðanir sínar á sjónarmiðum sem augljóslega eru til þess fallin að ná fram markmiði þeirra laga sem ákvörðun er byggð á, sem og réttaröryggissjónarmiðum og sjónarmiðum um vernd mannréttinda.

Við matið ber stjórnvöldum loks að líta til þeirra málefnalegu sjónarmiða sem færð eru fram af málsaðila, svo og til sjónarmiða sem fram koma í umsögnum sem aflað er með álitsumleitan.

2.8.2. Jafnræðisregla stjórnsýslulaganna.

2.8.2.1. Meginreglan.

Þegar stjórnvald hefur byggt ákvörðun á tilteknu sjónarmiði, leiðir jafnræðisreglan til þess, að leysa ber úr sambærilegu máli á grundvelli sama eða sömu sjónarmiða þegar slíkt mál kemur til úrlausnar á grundvelli sömu réttarheimildar. Jafnræðisreglan hefur því þýðingu við greininguna á því, hvaða sjónarmið beri að leggja til grundvallar við matið. Í þessu samband má minna á *H 1976:456*. Fimm verkfræðingar voru skipaðir í nefnd af Háskóla Íslands til að semja kennsluáætlun. Þeir töldu að ekki hefði verið frá því gengið hvernig ákveða skyldi þóknun fyrir nefndarstörf. Fjármálaráðuneytið ákvað þeim þóknun og var þeim verkfræðingum er unnu hjá Háskóla Íslands ákvörðuð lægri þóknun en þeim sem unnu

annars staðar. Í dómi Hæstaréttar var ekki talið að rök hefðu legið til þess að gera þennan mismun. Af dóminum verður sú ályktun dregin að beita hafi átt sömu sjónarmiðum við launaákvörðun nefndarmanna.

Þegar stjórnvald notar lagaheimild til þess að veita undanþágu verður eins og ávallt að gæta þess að samræmi sé í lagaframkvæmd og að leyst sé úr sambærilegum málum á grundvelli *sömu sjónarmiða*, eftir því sem við verður komið. Sem dæmi um þetta má nefna eftirfarandi álit umboðsmanns Alþingis, *SUA 1992:147*. Námsmaður kvartaði yfir því að Lána-sjóður íslenskra námsmanna hefði ekki tekið tillit til sérstakra ástæðna fyrir því að umsókn hans um námslán hefði borist seint. Umboðsmaður benti á að almennt yrði að ganga út frá því sem meginreglu að stjórnvöld hefðu ekki skyldu til að taka mál til efnismeðferðar sem borist hefðu eftir lögskipaðan frest. Hins vegar hefðu stjórnvöld oft heimild til þess að taka slík mál til efnismeðferðar, hefðu afsakanlegar ástæður leitt til þess að umsókn barst of seint. Samkvæmt bréfi lánasjóðsins hafði öllum umsóknum, þar sem ástæðum svipuðum hlutað-eigandi námsmanns, verið hafnað. Aðeins höfðu verið teknar til greina tvær lánsúmsóknir, en þær bárust of seint vegna atvika er lánasjóðurinn bar ábyrgð á. Þar sem ekki varð annað séð en að lögmat sjónarmið hefðu legið til grundvallar synjun á lánsúmsókninni og jafnræðis hefði verið gætt við veitingu undanþága frá umsóknarfrestinum, taldi umboðsmaður Alþingis að ekki væri ástæða til athugasemda af hans hálfu við umrædda ákvörðun lánasjóðsins.

Í umfjöllun fræðimanna um jafnræðisregluna er oft bent á að í jafnræðisreglunni felist ekki aðeins að leysa beri úr sambærilegum málum á sambærilegan hátt heldur felist einnig í henni sú regla að úr ósambærilegum málum verði ekki leyst á sambærilegan hátt. Ef mál eru því í grundvallaratriðum ósambærileg er það yfirleitt vísbending um það, að ekki beri að leysa úr þeim á grundvelli sömu sjónarmiða.

2.8.2.2. Er hægt að bera fyrir sig ólögmeta ákvörðun við beitingu jafnræðisreglunnar?

Jafnræðisreglan veitir mönnum almennt ekki tilkall til neins þess sem ekki samrýmist lögum. Hafi efni ákvörðunar orðið ólögmett getur aðili í öðru máli almennt ekki borið fyrir sig þá ákvörðun og krafist sambærilegrar úrlausnar.

Hafi stjórnvald látið hjá líða að beita tiltekinni réttarreglu gagnvart einum aðila vegna hreinna mistaka verður heldur ekki talið að aðilinn eigi almennt rétt á því að stjórnvöld haldi áfram að sýna af sér slíkt athafnaleysi. Í þessu sambandi má minna á *H 1989:298*. Tekju- og eignarskattur var í fyrsta skipti lagður á Búnaðarfélag Suðurlands árið 1979, þrátt fyrir að félagið hefði verið stofnað árið 1908. Í dómi Hæstaréttar sagði m.a. svo: „Eigi leysir það áfrýjanda undan skattskyldu að á hann var ekki lagður tekju- og eignarskattur fyrr en á árinu 1979.“

Slíkt athafnaleysi kann þó undir vissum kringumstæðum að hafa aðrar afleiðingar í för með sér sökum réttmætra væntinga málsaðila. Í þessu sambandi má t.d. benda á *H 1945:22*. Í júlímánuði árið 1943 óskaði maður, sem búsettur var í Vestmannaeyjum, eftir leyfi húsaleigunefndar í Reykjavík um að mega flytjast í íbúð í Reykjavík sem hann hafði keypt. Nefndin hafnaði erindi mannsins með vísan til 3. mgr. 3. gr. laga nr. 39/1943. Maðurinn flutti engu að síður í íbúðina. Húsaleigunefnd varð kunnugt um það hinn 15. desember 1943. Húsaleigunefndin óskaði eftir útburði á manninum úr íbúðinni hinn 2. maí 1944. Í dómi Hæstaréttar var tekið fram að þar sem aðgerðum gegn manninum var beitt svo síðla sem áður segir þótti útburður ekki eiga fara fram fyrir næsta almennan fardag, hinn 14. maí 1945.

Frá þeirri meginreglu, sem hér í upphafi var að vikið, eru undantekningar. Hafi t.d. stjórn-sýsluframkvæmd smám saman breyst, þannig að hún er ekki lengur samrýmanleg lögum að

öllu leyti, væri yfirleitt óheimilt að taka einn aðila út úr og halda honum til laga, meðan mál annarra væru leyst í samræmi við hina venjubundnu framkvæmd. Við athugun á því hvort hægt er að beita jafnræðisreglunni í slíkum tilvikum verður m.a. að líta til þeirra hagsmuna sem þeirri réttarreglu er ætlað að vernda sem vikið hefur verið frá. Ef verndarhagsmunirnir eru t.d. hagræði við málsmeðferð, svo sem lagaákvæði um tímafresti og þess háttar, væri yfirleitt hægt að beita jafnræðisreglunni.

2.8.2.3. Er breyting á venjubundinni stjórnsluframkvæmd brot á jafnræðisreglu?

Þó að ákveðin sjónarmið hafi verið lögð til grundvallar við úrlausn mála á tilteknu sviði, þýðir það ekki að stjórnvöld verði bundin við það að leggja ávallt sömu sjónarmið til grundvallar við ákvörðun slíkra mála. Heimilt getur verið að breyta stjórnsluframkvæmd á tilteknu sviði að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Úrlausn þess hvort slík breyting er heimil ræðst af þeirri réttarheimild sem er grundvöllur ákvörðunar í umræddum málum. Slíkar breytingar á stjórnsluframkvæmd geta almennt einvörðungu átt sér stað á grundvelli matskenndra heimilda.

Verði matskennd heimild talin fela í sér svigrúm til breytinga á stjórnsluframkvæmd leiðir það af jafnræðisreglunni að slík breyting verður að fara fram með tilteknum hætti. 1) Í fyrsta lagi verður breytingin að vera gerð á grundvelli *málefnalegra sjónarmiða*. 2) Þá verður breytingin að vera *almenn* því að óheimilt er að víkja í einstökum málum frá venjubundinni stjórnsluframkvæmd án lögmætra og frambærilegra sjónarmiða. 3) Enn fremur verður að hafa í huga, að þegar breytt er þekktri stjórnsluframkvæmd, verður að taka tillit til réttmætra væntinga almennings og *kynna breytinguna*, eða eins og segir í álitni umboðsmanns Alþingis, *SUA 1993:29*: „Þegar breytt er stjórnsluframkvæmd, sem er almennt kunn, án þess að til komi breyting á réttarreglum, verður í samræmi við vandaða stjórnsluhætti að gera þá kröfu til stjórnvalda, að þau kynni breytinguna fyrir fram, þannig að þeir aðilar, sem málið snertir, geti brugðist við og gætt hagsmuna sinna.“ 4) Loks ber að hafa í huga að sjónarmið um réttmætar væntingar almennings og sjónarmið um bann við afturvirkni réttarreglna setja stjórnvöldum ákveðin mörk um það *hvenær* heimilt er að láta breytingu á stjórnsluframkvæmd *taka gildi*.

2.8.2.4. Áhrif stigskiptingar stjórnslunnar á túlkun jafnræðisreglunnar.

Algennt er að stjórnvöld hafi staðbundin valdmörk, svo sem sýslumenn, skattstjórar, tollstjórar o.fl. Þar sem hætta getur verið á því að stjórnsluframkvæmd verði ekki nægilega samræmd á milli slíkra hliðsettra stjórnvalda er því almennt svo komið fyrir að hægt sé að fá ákvarðanir þeirra endurskoðaðar hjá æðra stjórnvaldi með stjórnslukæru. Niðurstaða æðri stjórnvalda um framkvæmd og túlkun réttarheimilda bindur almennt lægri stjórnvöld og þannig fæst *samræmi í stjórnsluframkvæmd*. Þegar æðra stjórnvald tekur aftur á móti mál til úrskurðar og þarf t.d. að skera úr um hvernig skýra beri umdeilt lagaákvæði, binda úrlausnir *lægri stjórnvalda* um túlkun ákvæðisins í sambærilegum málum ekki hið *æðra stjórnvald* á grundvelli jafnræðisreglunnar.

Í öðrum tilvikum verður hins vegar almennt að ganga út frá því að æðri stjórnvöldum beri einnig að fylgja venjubundinni stjórnsluframkvæmd á umræddu sviði, teljist hún ekki aðfinnsluverð.

2.8.3. Skyldubundið mat stjórnvalda.

Þegar stjórnvöldum er að lögum eftirlátið mat, setja þau sér oft verklagsreglur til þess að gæta betur *samræmis* í stjórnsýslufráframkvæmd og gera almenningi auðveldara að sjá fyrir niðurstöðum þeirra. Með slíkum reglum er matið þá í raun takmarkað og stundum jafnvel afnumið. Þó að þetta geti oft verið æskilegt og leitt til aukinnar skilvirkni í stjórnsýslu, þar sem afgreiðsla matskenndra mála tekur yfirleitt langan tíma, eru samt takmörk fyrir því hversu langt er hægt að ganga í þessu efni. Þar sem löggjafinn hefur eftirlátið stjórnvöldum mat til þess að geta tekið ákvörðun sem best hentar hag hvers aðila, með tilliti til allra aðstæðna, er stjórnvöldum óheimilt að afnema matið með því að setja t.d. verklagsreglu, sem tekur til allra mála, sambærilegra sem ósambærilegra (d. skön under regel). Í slíkum tilvikum er mat stjórnvalda skyldubundið og því óheimilt að afnema það eða takmarka óhóflega. Stjórnvöldum getur engu að síður verið heimilt í slíkum tilvikum að setja sér viðmiðunarreglur og takmarka matið að einhverju leyti. Það getur hins vegar verið vandasamt í mörgum tilvikum að feta veginn á milli *jafnræðisreglunnar* og *reglunnar um skyldubundið mat stjórnvalda* (d. pligtmæssig skön) og fer það nokkuð eftir því um hvaða svið stjórnsýslunnar er að ræða hversu víðtækar heimildir stjórnvöld hafa til að takmarka matið.

Sem dæmi má nefna álit umboðsmanns Alþingis, *SUA 1997:229*, en þar hafði námsmaður kvartað yfir synjun Lánasjóðs íslenskra námsmanna á beiðni hans um frestun á endurgreiðslu námslána. Synjunin var byggð á því að honum hefði reiknast tekjutengd afborgun sama ár og að hann hefði aðeins verið atvinnulaus í 2 mánuði. Stjórn Lánasjóðs íslenskra námsmanna hafði sett sér þær vinnureglur við beitingu undanþágureglu 26. gr. reglugerðar nr. 210/1993, að atvinnuleysi þyrfti að hafa staðið yfir í a.m.k. fjóra mánuði svo undanþága væri veitt. Umboðsmaður taldi að stjórn sjóðsins væri heimilt að setja reglur, byggðar á lögum og reglum um lánasjóðinn, til þess að stuðla að samræmi og jafnrétti við framkvæmd þeirra. Slíkar reglur væru í eðli sínu viðmiðunarreglur sem stjórnin setti á grundvelli þess hlutverks síns að taka ákvarðanir um undanþágur frá endurgreiðslureglum. Umboðsmaður áréttaði hins vegar að þegar stjórn sjóðsins væri fengið vald til þess að taka þá ákvörðun sem best ætti við í hverju máli með tilliti til allra aðstæðna, væri henni óheimilt að afnema það mat sem henni væri fengið með slíkum vinnureglum. Umboðsmaður taldi ljóst af gögnum málsins að hlutaðeigandi námsmanni hefði verið synjað án þess að lagt hefði verið sérstakt mat á aðstæður hans. Beindi umboðsmaður því þeim tilmælum til LÍN að málið yrði endurupptekið óskaði námsmaðurinn þess.

Ef stjórnvöldum hefur á hinn bóginn verið eftirlátið mat af öðrum ástæðum en getið er hér að framan hafa þau mun rýmri heimildir til að takmarka matið með verklagsreglum byggðum á lögmætum sjónarmiðum.

Stundum kemur það fyrir að aðili óskar eftir því að efni ákvörðunar í máli hans verði önnur en hún er venjulega í sambærilegum málum. Reglan um skyldubundið mat stjórnvalda leiðir þá til þess að stjórnvöld verða að taka afstöðu til þess hvort slík niðurstaða sé tæk að lögum og ef svo er hvort efni standi til að ákvörðun verði í samræmi við óskir aðila. Í þeim tilvikum sem orðið hefur verið við slíkum óskum getur málsaðili almennt ekki borið fyrir sig jafnræðisregluna og krafist breytinga á ákvörðun verði hann síðar óánægður með niðurstöðu máls, enda hafi honum verið leiðbeint nægilega er hann bar fram ósk sína um niðurstöðu máls, sbr. 7. gr. stjórnsýslulaga.

2.9. Hvaða sjónarmið hafa aukið vægi?

2.9.1. Almenn viðhorf.

Þegar sjónarmið, sem matskennd ákvörðun skal byggð á, leiða ekki öll til sömu niðurstöðu þarf að meta þau innbyrðis. Við slíkt mat hafa sjónarmiðin ekki öll sama vægi. Meginreglan er sú að stjórnvöld ákveða hvaða sjónarmið þau leggja áherslu á. Frá þeirri meginreglu eru hins vegar nokkrar undantekningar.

Í lögum og stjórnvaldsfyrirmælum koma stundum fram *forgangsreglur* (d. prioriteringsregler), en þær mæla fyrir um að tiltekin sjónarmið skuli hafa *aukið vægi* við úrlausn mála. Sem dæmi má nefna að skv. 32. gr. laga nr. 59/1992, um málefni fatlaðra, skulu fatlaðir eiga forgang að atvinnu hjá ríki og sveitarfélagi ef hæfni þeirra til starfsins er meiri eða jöfn hæfni annarra sem um starfið sækja. Sumar forgangsreglur eru skilorðsbundnar og verða því ekki virkar nema við ákveðin skilyrði. Á það við um fyrrnefnda forgangsreglu þar sem hún verður einvörðungu virk ef hæfi hins fatlaða er jöfn eða meiri en annars umsækjanda sem um stöðuna hefur sótt.

Þá verður það stundum ráðið af ákvæðum laga, t.d. með samanburðarskýringu, að ákveðið sjónarmið skuli hafa aukið vægi. Sem dæmi má nefna að í 25. gr. laga nr. 58/1992, um vernd barna og ungmenna, er kveðið svo á að úrskurður um forsjárviptingu skuli því aðeins kveðinn upp að ekki sé unnt að beita öðrum aðgerðum til úrbóta eða slíkar aðgerðir hafi verið fullreyndar án nægjanlegs árangurs. Þetta ákvæði ásamt öðrum ákvæðum í lögnum verður væntanlega að túlka með þeim hætti, að sjónarmið sem mæla á móti forsjárviptingu hafi umtalsvert vægi.

Loks hafa sjónarmið um verndun mannréttinda, sem mælt er fyrir um í stjórnarskránni, yfirleitt aukið vægi.

2.9.2. Jafnræðisreglan.

2.9.2.1. Almennar jafnræðisreglur.

Þegar stjórnvald hefur byggt ákvörðun á tilteknum sjónarmiðum og veitt þar ákveðnu sjónarmiði aukið vægi leiðir jafnræðisreglan til þess að almennt beri að leysa úr sambærilegu máli á grundvelli sömu sjónarmiða þegar slíkt mál kemur aftur til úrlausnar, sbr. kafla 2.8.2.1 hér að framan, og með áherslu á sömu sjónarmið. Á þennan hátt fæst sambærileg niðurstaða og gætt er samræmis í stjórnsýslu.

2.9.2.2. Sérstakar jafnræðisreglur.

Sérstakar jafnræðisreglur er t.d. að finna í lögum nr. 28/1991, um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, sem víkja frá hinni *almennu* jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga um að óheimilt sé að byggja ákvörðun á sjónarmiði byggðu á kynferði málsaðila. Þegar um slíkar *sérstakar* jafnræðisreglur er að ræða virðist stundum á því byggt að sjónarmið, sem þær geyma ákvæði um, skuli hafa *aukið vægi* við úrlausn máls. Í þessu sambandi má t.d. benda á 12. gr. laga nr. 28/1991, en þar segir að í nefndum, stjórnnum og ráðum á vegum ríkis, sveitarfélaga og félagasamtaka skuli, þar sem því verður við komið, sitja sem næst *jafnmargar* konur og karlar.

Þá má minna á að í dómi Hæstaréttar frá 2. desember 1993, *H 1993:2230*, taldi Hæstiréttur að skýra bæri lög nr. 65/1985, um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, með þeim hætti að í lögnum fælist skilorðsbundin forgangsregla. Taldi Hæstiréttur að skýra bæri lögin svo „að konu skuli veita starf ef hún er að minnsta kosti jafnt að því komin að því er varðar

menntun og annað sem máli skiptir og karlmaður sem við hana keppir, ef á starfssviðinu eru fáar konur“. Þessa afstöðu hefur Hæstiréttur áréttað í fleiri dómum, sjá t.d. *H 1996:3760*.

2.10. Matið verður að vera forsvaranlegt.

Þótt stjórnvald hafi ákveðið að byggja mat sitt á nánar tilgreindum sjónarmiðum sem teljast málefnaleg verður mat stjórnvalds á þessum sjónarmiðum einnig að vera forsvaranlegt. Þannig verða þau sjónarmið sem byggt var á að geta leitt með skynsamlegum hætti til þeirrar niðurstöðu sem komist er að með hliðsjón af málsatvikum. Ef matið á sjónarmiðunum er haldið annmörkum, er t.d. bersýnilega ósanngjarnt, er um efnisannmarka að ræða. Á þessum grundvelli hefur Hæstiréttur t.d. talið í *H 1969:1291* og *H 1976:456* að starfsmenn þurfi ekki að sætta sig við ákvörðun um ósanngjarna þóknun fyrir aukstörf í þágu hins opinbera.

2.11. Lög fela stjórnvöldum að meta hvert efni ákvörðunar skuli vera.

2.11.1. Inngangur.

Matskenndar stjórnvaldsákvörðanir má í grófum dráttum flokka í þrennt. Annars vegar stjórnvaldsákvörðanir sem eru einvörðungu matskenndar um það hvort ákvörðun með lögákvæðnu efni verði tekin og hins vegar ákvörðanir sem eru matskenndar um það hvert efni þeirra eigi að vera. Loks kunna ákvörðanir að vera matskenndar um báða þessa þætti.

Í þessum kafla verður vikið að því hvaða sjónarmið gildi þegar ákvörðun er tekin og það er komið undir mati stjórnvalds hvert efni ákvörðunar verður. Í slíkum tilvikum ber stjórnvöldum eins og endranær að byggja mat sitt á málefnalegum sjónarmiðum. Greining á því hvaða sjónarmið teljast málefnaleg og þar með lögmæt fer fram með sama hætti og lýst er í köflum 2.2–2.6. Þess utan verða stjórnvöld að virða þær reglur sem vikið verður að hér á eftir í köflum 2.11.2–2.11.4.

2.11.2. Meðalhófsreglan.

Þegar efni ákvörðunar er að einhverju leyti komið undir mati stjórnvalds er mat þess bundið af meðalhófsreglunni (d. proportionalitetprincippet). Meðalhófsreglan er lögfest í 12. gr. stjórnsýslulaga. Meðalhófsreglan er ekki ný af nálinni því hún hefur lengi gilt t.d. um valdbeitingu lögreglu. Meginsjónarmiðin að baki reglunni eru þau að stjórnvaldi sé ekki aðeins skylt að líta til þess markmiðs sem starf þess stefnir að heldur beri því einnig að taka tillit til hagsmuna og réttinda þeirra aðila sem athafnir stjórnvaldsins og valdbeiting beinist að. Ber stjórnvaldi að fara ákveðinn meðalveg á milli þessara andstæðu sjónarmiða.

Í meðalhófsreglunni felast þrjú meginþættir:

1. 1. másl. 12. gr. stjórnsýslulaga er byggður á þeirri meginreglu að aldrei megi íþyngja almenningi að nauðsynjalausu. Af orðalagi ákvæðisins, svo og athugasemdum við 12. gr. frumvarps þess sem varð að stjórnsýslulögum, er ljóst að stjórnvaldsákvörðun verður að vera til þess fallin að ná því markmiði sem að er stefnt. Þetta þýðir þó ekki að markmiðinu verði að ná að fullu. Hins vegar er íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun, sem augljóslega er ekki til þess fallin að ná því markmiði sem að er stefnt, ólögmæt.

Því var haldið fram að þessi regla hefði verið brotin þegar umhverfisráðherra ákvað að stytta veiðitíma rjúpu um einn mánuð árið 1993. Umboðsmaður Alþingis benti á, sbr. *SUA 1994:371*, að við setningu íþyngjandi stjórnvaldsfyrirmæla bæri stjórnvöldum að gæta þess að fyrirmælin væru til þess fallin að ná því markmiði sem að væri stefnt. Umdeilt var meðal sérfræðinga hvort slík friðun kæmi að einhverjum notum. Þar sem ekki hafði þó verið sýnt

fram á að þetta úrræði væri á nokkurn hátt hæft til að ná því markmiði að draga úr veiðum rjúpu var það ekki talið fara í bága við þennan þátt meðalhófsreglunnar.

2. Þegar stjórnvöld hafa val um fleiri en eina leið til að ná því markmiði sem að er stefnt með töku ákvörðunar leiðir af 1. másl. 12. gr. stjórnsýslulaga að *velja ber það úrræði sem vægast er og að gagni getur komið*. Óheimilt er því að taka íþyngjandi ákvörðun ef hægt er að ná markmiðinu fyllilega án þess að íþyngja málsaðila. Í þeim tilvikum þar sem ekki verður komist hjá því að taka íþyngjandi ákvörðun ber stjórnvaldi hins vegar að velja það úrræði sem *vægast* er. Því mun tilfinnanlegri sem sú skerðing er sem leiðir af ákvörðun stjórnvalds þeim mun strangari kröfur verður að gera til sönnunar á nauðsyn skerðingarinnar.

Oft eru aðstæður þannig að ekki verður fyrirséð hvaða úrræði muni helst koma að notum við að ná því markmiði sem að er stefnt. Fyrst í stað skal þá grípa til vægari úrræða, sem almennt verða talin geta komið að gagni, áður en grípa má til róttækari og harkalegri úrræða.

Sem dæmi um mál, þar sem þessi þáttur meðalhófsreglunnar var ekki virtur, má nefna *H 1982:902*. Maður nokkur átti hæsnahús sem ekki var í góðri umhirðu. Þóttust nágrannar verða varir við magnaðan rottugang í því og kvörtuðu við heilbrigðisnefnd. Af því tilefni var meindýraeyðir látinn eitra fyrir rottunum án atbeina eða tilverknaðar eigandans og bar sú eitrun tilætlaðan árangur. Að því búnu ákváðu bæjaryfirvöld að brenna húsið og jafna yfir lóðina með jarðvegi sökum smithættu af eitri og rottumaur. Að afstöðnu verki var eiganda hússins síðan sent skeyti og tilkynnt um aðgerðirnar. Hann fór í bótamál við bæjaryfirvöld og benti á að honum hefði ekki verið veitt færi á að bæta úr ástandinu áður en til svo róttækra ráðstafana var gripið. Í dómi Hæstaréttar var ekki talið að sýnt hefði verið fram á að svo stórfelld hætta hefði stafað af umræddri eitrun eða af dauðum rottum að heimilt hafi verið að leggja eld í húsið án undangenginnar tilkynningar til eiganda, svo sem gert var. Var bæjaryfirvöldum því gert skylt að greiða eiganda hæsnahússins skaðabætur.

3. Þegar vægasta úrræðið, sem að gagni getur komið, hefur verið valið verður að hafa í huga að *hóf* verður að vera í *beitingu þess*, miðað við þá hagsmuni sem í húfi eru, og ekki má ganga lengra en nauðsyn ber til (d. kravet om forholdsmaessighed). Þegar stjórnvald ákveður *hvernig* eigi að beita því úrræði sem valið hefur verið er því skylt að vega og meta andstæða hagsmuni í málinu og fara meðalveginn á milli þeirra. Slíkt mat er ekki alltaf auðvelt, en löggjöf á einstökum sviðum og meginreglur laga geyma þó oft vísbendingar um vægi hagsmuna. Almennt verður að ganga út frá því að hagsmunir einstaklinga, sem njóta verndar í mannréttindaákvæðum stjórnarskrár og alþjóðlegum mannréttindasáttmálum, vegi þungt og þá sérstaklega hagsmunir er varða frelsi manna og friðhelgi. Þá verður almennt að taka tillit til nauðsynjar á greiðri og virkri stjórnsýslu. Slík nauðsyn er oft brýn vegna þess að á sumum sviðum verða stjórnvöld að afgreiða mikinn málafjölda sem almennt kallar á festu í stjórnsýsluframkvæmd.

Stjórnvöldum er stundum veitt lagaheimild til þess að ákveða mönnum sektir og önnur viðurlög vegna tiltekinna brota. Oft er þá lögfestur ákveðinn sektarammi og stjórnvöldum falið að ákvarða aðila sekt innan hans á grundvelli eðlis brotsins og annarra málefnalegra sjónarmiða. Við ákvörðun sektar reynir þá á meðalhófsregluna með svipuðum hætti og við refsíákvörðun í opinberum málum, þ.e. eðlilegt samræmi verður að vera á milli eðli og grófleika brots annars vegar og þyngdar þeirra viðurlaga sem ákvörðuð eru hins vegar.

Hér má minna á *H 1986:935* þar sem reyndi á framangreindan þátt meðalhófsreglunnar. A, sem var í gæsluvarðhaldi, fór þess á leit við rannsóknarlögreglustjóra ríkisins að fá að greiða atkvæði utan kjörstaðar í sveitarstjórnarkosningum. Rannsóknarlögreglustjóri neitaði að verða við erindi hans. Í dómi *meiri hluta* Hæstaréttar sagði m.a. svo: „Það er undirstöðu-

regla í sambandi við þvingunarráðstafanir vegna rannsóknar í opinberu máli að þeim sé hagað á þann veg að sökunaut verði sem minnst óhagræði að. Eigi verður séð að nein vandkvæði geti verið á því að varnaraðila sé gefinn kostur á að neyta atkvæðisréttar síns né að ástæða sé til að ætla að það stofni í hættu markmiði gæsluvarðhaldsins, en það er í þessu máli einungis reist á 1. tölul. 67. gr. laga nr. 74/1974.“ Var A því gefinn kostur á að neyta atkvæðisréttar síns við sveitarstjórnarkosningarnar.

2.11.3. Misbeiting valds við val á leiðum til úrlausnar máls.

Á síðustu árum hefur verið fjallað nokkuð um óskráða meginreglu í stjórnsýslurétti, sem haft getur þýðingu við ákvörðun stjórnvalds um efni matskenndrar stjórnvaldsákvörðunar. Reglan er upprunnin í frönskum stjórnsýslurétti og er á frönsku nefnd „détournement de procédure“. Árið 1947 var fyrst farið að greina á milli þessarar reglu og valdniðslu í fræðilegri umfjöllun.

Í umfjöllun fræðimanna hefur oft verið fjallað um regluna sem *málsmeðferðarreglu*. Þótt reglan sé í eðli sínu *málsmeðferðarregla* hefur hún samt aðallega þýðingu við ákvörðun stjórnvalda um efni matskenndra stjórnvaldsákvörðana. Ákvarðar reglan þá að óheimilt sé að byggja ákvörðun um meðferð máls á tilteknum sjónarmiðum, en það getur aftur haft áhrif á það hvert efni ákvörðunar í málinu verður. Þannig má segja að reglan fáiast, eins og valdniðsla, við ómálefnaleg sjónarmið, þótt með ólíkum hætti sé.

Þegar stjórnvald fær mál til úrlausnar kemur stundum upp sú staða að hægt er að leggja mál í fleiri en einn farveg til að leysa úr því. Þegar svo stendur á er aðstaðan oft sú að það fer eftir þeirri niðurstöðu sem stefnt er að hvaða málsmeðferðarreglum ber að fylgja lögum samkvæmt við undirbúning og úrlausn málsins. Aðstaðan getur þá verið sú að velja þarf um tvo kosti. Ef ákveðið er að stefna að niðurstöðunni X getur verið lögákveðið að fylgja beri einfaldri og fábrotni málsmeðferð til undirbúnings og úrlausnar málsins. Ef ákveðið er hins vegar að stefna að niðurstöðunni Y getur verið lögákveðið að fylgja beri mun vandaðri, tímafrekari og fyrirhafnarmeiri málsmeðferð. Þegar val um niðurstöðu máls stendur á milli tveggja slíkra kosta og stjórnvald ákveður að stefna að niðurstöðunni X, *í því skyni* að komast hjá því að fara með málið eftir hinni tímafrekari og fyrirhafnarmeiri leið sem fylgt hefði niðurstöðu Y, hefur stjórnvald brotið gegn þeirri óskráðu grundvallarreglu sem hér er til umfjöllunar. Það sjónarmið að ákveða niðurstöðu máls með það að markmiði að komast hjá því að fara með mál eftir flóknari og tímafrekari leið er *ómálefnalegt*. Hafi efni ákvörðunar verið ákveðið á grundvelli slíks sjónarmiðs hefur stjórnvald *misbeitt valdi sínu við val á leiðum til úrlausnar máls*.

Beiting þessarar óskráðu meginreglu fer oftast fram í tveimur áföngum: 1) Fyrst þarf að kanna hvort stjórnvald hafi í raun val um að leggja mál í fleiri en einn farveg við úrlausn þess. Þeirri spurningu er svarað með túlkun á þeim réttarheimildum sem stjórnvaldsákvörðun byggist á. Kemur þá oft í ljós að um val er ekki að ræða. Sé því ekki fylgt hinni lögboðnu og ófrávíkjanlegu málsmeðferð er um lögbot að ræða. 2) Þegar um val er aftur á mótí að ræða er a.m.k. ljóst að val stjórnvalds á því í hvaða farveg mál er lagt má ekki byggjast á því sjónarmiði að hægt sé að fylgja einfaldari málsmeðferð en losna við að fara með mál samkvæmt annarri tímafrekari og fyrirhafnarmeiri leið.

Í framkvæmd hér á landi hefur hingað til aðallega reynt á þessa óskráðu meginreglu á tveimur sviðum, annars vegar við breytingu á skipulagi og hins vegar við lausn opinberra starfsmanna úr starfi.

Sem dæmi um mál þar sem reyndi á framangreinda reglu má nefna álit umboðsmanns Alþingis, *SUA 1990:172*. Þar hafði starfsmaður gerst brotlegur við starfsskyldur sínar. Reyndi þá á hvort stjórnvald hefði val um að leggja niður starfið eða að fara með málið eftir ákvæðum 7.–11. gr. eldri starfsmannalaga, nr. 38/1954.

Í álitum umboðsmanns Alþingis kom fram að samanburður annars vegar á 14. gr. laga nr. 38/1954 og hins vegar ákvæðum 7.–11. gr. sömu laga leiddi til þeirrar niðurstöðu að til *niðurlagningar stöðu* mætti almennt heimfæra þau tilvik þar sem ríkisstarfsmaður ætti ekki lengur kost að gegna stöðu sinni vegna atvika sem ekki yrðu rakin til starfsmannsins sjálfs. Með *lausn úr stöðu* væri hins vegar átt við tilvik þegar stjórnvaldi væri heimilt að víkja starfsmanni frá störfum vegna tiltekinna ávirðinga starfsmannsins. Með tilliti til þeirra upplýsinga, sem fyrir lágu um aðdragandann að þeirri ákvörðun samgönguráðuneytisins að leggja niður hlutaðeigandi starf, þótti umboðsmanni ekki annað verða séð en að þar hefðu mestu um ráðið samskiptaörðugleikar starfsmannsins og yfirmanns hans og álit hins síðarnefnda á *óhlýðni* starfsmannsins við fyrirmæli hans. Þá var það álit yfirmanns starfsmannsins að hann græfi undan stofnuninni með umtali sínu utan og innan stofnunarinnar. Með hliðsjón af þessum aðdraganda að starfslokum umrædds starfsmanns og fyrrgreindum megin sjónarmiðum við skýringu ákvæða starfsmannalaga taldi umboðsmaður að umrædd staða hefði ekki verið lögð niður í skilningi 14. gr. starfsmannalaga. Hefði því borið að fara með málið skv. 7.–11. gr. starfsmannalaga úr því að yfirmenn starfsmannsins töldu hann hafa gerst brotlegur við starfsskyldur sínar. Í álitum sínu áréttaði umboðsmaður sérstaklega að það leiddi augljóslega til mikillar skerðingar á lögvörðum réttindum skipaðra ríkisstarfsmanna og væri til þess fallið að rýra starfsöryggi þeirra ef stjórnvöld ættu óheft mat á því hvaða tilvik féllu undir niðurlagningu stöðu í skilningi 14. gr. starfsmannalaga. Með því væri opnuð leið til að fara kringum ófrávíkjanlegar reglur um lausn úr starfi og um þær afleiðingar sem ólögmat frávikning gæti haft í för með sér. Þótt slíkt hefði sjálfsagt ekki vakað fyrir stjórnvöldum gæti það ekki breytt neinu um þá niðurstöðu að ólöglega hefði verið að því staðið þegar umræddur starfsmaður var látinn hætta störfum.

Í framhaldi af álitum umboðsmanns Alþingis höfðaði starfsmaðurinn mál til greiðslu bóta. Það var niðurstaða héraðsdóms að þegar niðurlagning á stöðunni væri skoðuð í ljósi alls þess sem á undan var gengið varðandi starf hans yrði að telja að staðan hefði ekki verið lögð niður í þeim skilningi sem leggja bæri í 1. mgr. 14. gr. starfsmannalaga. Fyrst vilji hefði verið til þess að víkja starfsmanninum úr starfi vegna ávirðinga hans hefði borið að gera það í samræmi við ákvæði 7.–11. gr. starfsmannalaga, eftir því sem við gat átt. Með því að svo hafði ekki verið gert hefði verið brotinn réttur á starfsmanninum sem varðaði bótaskyldu skv. 3. mgr. 11. gr. laga nr. 38/1954.

Málinu var áfrýjað af hálfu ríkisins. Í dómi Hæstaréttar frá 11. maí 1995, *H 1995:1347*, var komist að þeirri niðurstöðu að ríkisvaldinu hefði ekki tekist að sýna fram á, að aðrar efnislegar forsendur en þær sem beint tengdust umræddum starfsmanni hefðu ráðið því að staða hans hefði verið lögð niður. Að því athuguðu og að öðru leyti með vísan til raka héraðsdóms var staðfest niðurstaða hans um að staðan hefði ekki verið lögð niður í skilningi 1. mgr. 14. gr. laga nr. 38/1954, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins. Voru starfsmanninum því dæmdar bætur.

2.11.4. Efni stjórnvaldsákvörðunar skal vera bæði ákveðið og skýrt.

Það er óskráð meginregla í stjórnsýslurétti að stjórnvaldsákvörðun verði efnislega að vera bæði ákveðin og skýr svo að málsaðili geti skilið hana og metið réttarstöðu sína. Reglan á við hvort sem ákvörðun er tilkynnt aðila munnlega eða skriflega. Sé efni ákvörðunar mjög óljóst getur það leitt til þess að aðili verði ekki beittur viðurlögum enda þótt hann hafi ekki farið að fyrirmælum hennar. Áhættan af óljósu efni ákvörðunar er því oftast lögð á stjórnsýsluna og efni ákvörðunar túlkað málsaðila í hag.

Þegar tekin er ákvörðun og það er komið undir mati stjórnvalds hvert efni ákvörðunar verður, getur þessi regla haft áhrif á nánari útfærslu á efni ákvörðunarinnar.

2.12. Sjálfstjórn sveitarfélaga.

Í 1. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 16. gr. stjórnarskipunarlaganna nr. 97/1995, er mælt svo fyrir að sveitarfélög skuli sjálf ráða málefnum sínum eftir því sem lög ákveða.

Greina má þá stjórnsýslu í tvo þætti sem Alþingi hefur með lögum ákveðið að sveitarfélög skuli hafa á hendi. Annars vegar er það stjórnsýsla þar sem sveitarfélögum er falið að sjá um framkvæmd laga og á því er byggt að *sömu réttarreglur gildi um land allt* á hlutaðeigandi sviði. Hins vegar eru það svið þar sem Alþingi hefur með lögum falið sveitarfélögum að setja nánari reglur innan ramma laga. Hér er um að ræða svið þar sem Alþingi hefur falið sveitarfélögunum ákveðna *sjálfstjórn* og á því byggt að *ólíkar réttarreglur geti gilt í hverju sveitarfélagi*. Hvert efni þessara reglna er í hverju sveitarfélagi innan ramma hlutaðeigandi laga ræðst af vilja meiri hluta sveitarstjórnarmanna sem kosnir eru í lýðræðislegum kosningum á fjögurra ára fresti af íbúum sveitarfélagsins.

Þegar Alþingi felur sveitarfélögum sjálfstjórn um ákveðin málefni er oft ljóst af lögum að ekki er einvörðungu á því byggt að sveitarfélögin hafi *rétt* til að stjórna sjálf hlutaðeigandi málefnum innan sveitarfélagsins heldur er einnig á því byggt að um *skyldu* til sjálfstjórnar sé að ræða. Sem dæmi má nefna að í 76. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 14. gr. stjórnarskipunarlaganna nr. 97/1995, er mælt svo fyrir að öllum sem þessa þurfa skuli í lögum tryggður réttur til aðstoðar vegna sjúkleika, örorku, elli, atvinnuleysis, örbirgðar og sambærilegra atvika. Í lögum nr. 40/1991, um félagsþjónustu sveitarfélaga, er m.a. mælt fyrir um rétt íbúa sveitarfélaga til fjárhagsaðstoðar frá sveitarfélögum. Lögin eru á því byggð að sveitarstjórn beri að setja reglur um framkvæmd félagsþjónustu innan ramma laganna, sbr. 1. tölul. 11. gr. laganna. Árið 1997 voru gerðar breytingar á þessum lögum með lögum nr. 34/1997. Í athugasemdum við 7. gr. frumvarps þess er varð að lögum nr. 34/1997 og breytti 21. gr. laga nr. 40/1991 kemur fram að sveitarstjórn eigi að setja reglur um fjárhagsaðstoð, en félagsmálanefnd að fjalla um málefni einstaklinga, þ.e. ákvarða fjárhagsaðstoð í einstökum málum innan ramma reglnanna. Þá sagði svo í athugasemdunum: „Nokkuð er hert á orðalaginu um skyldur sveitarfélaga til að setja reglur um fjárhagsaðstoð enda þótt ekki sé um efnisbreytingu að ræða. Enn hafa mörg sveitarfélög ekki sett sér slíkar reglur þrátt fyrir laga-skyldu þar um, en af 165 sveitarfélögum hafa 85 sett reglur, þar á meðal öll stærstu sveitarfélög landsins.“²

Samkvæmt framansögðu er ljóst að þegar meira en fimm ár voru liðin frá setningu laga nr. 40/1991, um félagsþjónustu sveitarfélaga, höfðu 80 sveitarfélög í landinu enn ekki uppfyllt þá lagaskyldu að setja reglur um framkvæmd félagsþjónustu, þ.m.t. um rétt til fjárhagsaðstoðar. Þar sem lög nr. 40/1991 eru í eðli sínu rammalöggjöf verður það ekki ráðið af

² Alþt. 1996–1997, A-deild, bls. 3408.

lögnum sjálfum nema að litlu leyti hver hinn efnislegi réttur íbúa sveitarfélags er til félagsþjónustu þar eð hann ræðst aðallega af reglum hvers sveitarfélags um framkvæmd félagsþjónustu. Hafi slíkar reglur ekki verið settar er réttaröryggi íbúa sveitarfélagsins á sviði félagsþjónustu fyrir borð borið og vafi hlýtur að leika á hvort uppfylltur hafi verið áskilnaður 76. gr. stjórnarskrárinnar um að „réttur til aðstoðar“ vegna örbirgðar og sambærilegra atvika hafi verið „tryggður í lögum“.

Framangreind vandamál um framkvæmd sjálfstjórnar sveitarfélaga tengjast öðru vandaamáli. Svo um réttaröryggi sé að ræða í skiptum borgaranna og stjórnvalda verða borgararnir að eiga möguleika á því að kynna sér gildandi réttarreglur og sjá fyrir hvaða afleiðingar ákveðnar athafnir þeirra munu hafa að lögum. Af þessum sökum verða lög og reglur að vera birtar og almenningi aðgengilegar.

Í 27. gr. stjórnarskrárinnar er mælt svo fyrir að birta skuli lög og að um birtingarháttu og framkvæmd laga fari að landslögum. Í lögum nr. 64/1943, um birtingu laga og stjórnvaldaerinda, er mælt fyrir um hvernig birta skuli lög, reglugerðir, samþykktir o.fl. Skv. 7. gr. laganna má ekki beita fyrirmælum sem felast í lögum, auglýsingum, tilskipunum, reglugerðum, opnum bréfum, samþykktum eða öðrum slíkum ákvæðum almenns efnis fyrr en birting skv. 1. og 2. gr. laganna hafi farið fram. Þrátt fyrir þessi lagafyrirmæli er einungis hluti þeirra reglna, sem sveitarstjórnir setja í krafti sjálfstjórnar sinnar og varða rétt íbúa sveitarfélaga, birtur opinberlega í samræmi við ákvæði laga nr. 64/1943.

Vafalítið er hluta af þessum vanda að rekja til þess að lengi vel var einvörðungu heimilt að birta í B-deild Stjórnartíðinda þær reglur og samþykktir sveitarfélaga sem ráðherrar staðfestu. Aðrar samþykktir og reglur sveitarfélaga fengust ekki birtar í B-deild Stjórnartíðinda. Þessu var breytt með 1. gr. laga nr. 95/1994. Nú er mælt svo fyrir í niðurlagi 2. gr. laga nr. 64/1943, sbr. 1. gr. laga nr. 95/1994, að í B-deild Stjórnartíðinda skuli einnig birta reglur sem opinberum stjórnvöldum og stofnunum, öðrum en ráðuneytum, er falið lögum samkvæmt að gefa út. Þrátt fyrir þessa lagabreytingu og þá skyldu sem hvílir á sveitarstjórnnum að birta samþykktir og önnur ákvæði almenns efnis, sbr. 7. gr. laga nr. 64/1943, hefur framkvæmd sveitarstjórna lítið breyst. Enn sem fyrr eru nánast eingöngu birtar auglýsingar, samþykktir og aðrar reglur sem sveitarstjórnir setja, sé lögboðið að ráðherra staðfesti þær. Aðrar samþykktir og reglur virðast aðeins birtar í undantekningartilvikum.

Þessi framkvæmd við birtingu reglna sem sveitarstjórnir setja skerðir ekki einvörðungu réttaröryggi íbúa sveitarfélaga heldur gerir reglustjórn meiri hluta sveitarstjórnar á hverjum tíma ógegnsæja. Þessi framkvæmd er því einnig til þess fallin að tálma lýðræðislegri umræðu almennings um markmið og leiðir við lausn verkefna sveitarfélags.

Þau vandamál sem hér að framan hafa verið gerð að umtalsefni eru ekki bundin við lög nr. 40/1991, um félagsþjónustu sveitarfélaga. Sambærileg vandamál geta komið upp á öllum þeim sviðum þar sem Alþingi hefur falið sveitarstjórn sjálfstjórn um rétt eða skyldu íbúa sveitarfélaga, sinni sveitarstjórn ekki þeirri skyldu sinni að setja reglur og birta þær.

2.13. Almennar efnisreglur stjórnsýsluréttar og siðferði.

2.13.1. Lögbundin og málefnaleg stjórnsýsla.

Í undanförunum köflum hefur athyglin einkum beinst að tveimur meginreglum íslensks stjórnsýsluréttar, lögætisreglunni og reglunni um málefnaleg sjónarmið. Samkvæmt hinni fyrrnefndu er stjórnvöldum almennt skylt að reisa ákvarðanir sínar og athafnir á lögum og jafnframt er þeim óheimilt að aðhafast nokkuð sem andstætt er lögum. Síðarnefnda reglan setur stjórnvöldum enn frekari skorður. Samkvæmt henni ber stjórnvöldum að gæta málefna-

legra sjónarmiða við meðferð opinbers valds án tillits til þess hvort skilyrðum lögmætisreglunnar er fullnægt í hverju tilviki.

Í þessum hluta verður nánað hugað að þeim rökum eða hugmyndum sem liggja að baki þessum meginreglum íslensks stjórnsluréttar. Fyrst verður fjallað um almenn rök lögmætisreglunnar, tengsl hennar við hugmyndina um réttarríkið og almenna réttlætningu laga. Í annan stað verður fjallað um regluna um málefnaleg sjónarmið og tengsl hennar við siðferðilegt gildismat. Í því sambandi verður einnig hugað nánar að eðli matskenndra réttarreglna og hvort slíkar reglur geti talist æskilegar við einhverjar aðstæður. Með þessa umfjöllun að baki verður því loks svarað hvort efnisreglur stjórnsluréttar samræmist siðferðis-hugmyndum manna.

Siðferði er óumdeilanlega óljóst, umdeilt og flókið fyrirbæri sem krefst sjálfstæðrar umfjöllunar sem fellur að meginstefnu utan efnismarkka þessa kafla. Hér verður ekki á nokkurn hátt reynt að sýna fram á tilvist siðferðilegra verðmæta eða fjallað almennt um efnislegt inntak siðferðis og orsakir siðferðilegs ágreinings. Þrátt fyrir þetta verður augljóslega ekki fjallað um siðferðilegt gildi meginreglna íslensks stjórnsluréttar án þess að tekin sé afstaða til siðferðilegra verðmæta eða lífsgæða, eins og þau eru stundum nefnd. Við eftirfarandi umfjöllun verður því að setja þann almenna fyrirvara að fæstar þær fullyrðingar, sem færðar verða fram um lögin, réttarríkið eða hlutverk stjórnslunnar, eru óumdeildar eða óumdeilanlegar. Þessi umfjöllun hefur því fyrst og fremst það að markmiði að bregða nokkru ljósi á þau rök eða þær hugmyndir sem liggja til grundvallar íslenskum stjórnslurétti, fremur en að slá fastri einni endanlegri niðurstöðu um efnið.

2.13.2. Lög og opinber stjórnslu.

Með sama hætti og menn hefur greint á um inntak siðferðis, hefur þá greint á um hvort lög séu almennt æskileg og þá hvert eigi að vera nánara efni þeirra. Ýmsar kenningar hafa verið settar fram um að lög séu almennt af hinu illa og sú valdbeiting sem felist í lögnum sé sambærileg hverju öðru ofbeldi eða kúgun. Aðrar hugmyndir standa til þess að viðurkenna gildi laganna, a.m.k. að einhverju marki.

2.13.2.1. Almenn réttlætning laganna, lagasetningarvalds og opinberrar stjórnslu.

Lágmarksréttlætning laganna, ef svo má að orði komast, styðst einfaldlega við það gagn sem lögin gera við að tryggja líf og limi manna í samfélagi. Þessi rök koma til dæmis fram í máli Þorgeirs Ljósveitningagoða við kristnitöku á Alþingi sem frá er sagt í Brennu-Njáls-sögu, en að mati Þorgeirs var vegið að friðsamlegri sambúð manna í landinu þegar svo var komið að ekki höfðu allir ein lög í landinu.³ Rök sem þessi hafa fengið ítarlega umfjöllun í skrifum ýmissa fræðimanna seinni tíma. Hér má til dæmis nefna kenningu enska fræðimannsins H.L.A. Hart um svokallað lágmarksinntak náttúruéttar sem um margt byggir á hugmyndum D. Hume og T. Hobbes. Samkvæmt Hart verða menn að hafa lög sem uppfylla ákveðin lágmarksefniskilyrði ef aðeins er lagt til grundvallar að þeir vilji komast af lífandi í samfélagi hver við annan og tekið er tillit til ákveðinna almennt viðurkenndra staðreynda um mannlega náttúru og umheiminn.⁴

³ Svo lýst mér sem málum vorum sé komið í ónýtt efni ef vér skulum eigi hafa ein lög allir. En ef sundur er skipt lögnum þá mun sundur skipt friðinum og mun eigi mega við það búa. Brennu-Njálssaga, útgáfa Máls og menningar 1990, bls. 211.

⁴ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, bls. 189 o.áfr.

Hugmyndir Þorgeirs Ljósveitningagoða, T. Hobbes, D. Hume og H.L.A. Hart segja lítið um hvert nánara efni laganna á að vera. Ef lagt er til grundvallar að mönnun sé fleira verðmætt en lífið eitt, t.d. vinátta, þekking, fegurð eða ánægja, má þó færa að því rök að ekki aðeins eigi samfélagið að vera lögbundið, heldur eigi lögin að tryggja, að menn geti notið þessara lífsgæða. Því betur sem lögin nái þessum tilgangi sínum því betri séu lögin. Því verr sem þau gera það því verri séu þau. Svo slæm geti lög verið að þessu leyti að þau beinlínis vinni gegn tilgangi sínum. Siðferðilegt gildi svo gallaðra laga er þá ekki neitt. Þau eru ólög sem eru að vettugi virðandi (l. *lex iniusta nulla est lex, virtutem obligandi non habet*).⁵

Þegar nánar er hugað að þeim gæðum sem flestir telja að séu eftirsóknarverð eða mönnum nauðsynleg er ljóst að veigamikil rök standa til þess að menn geti því aðeins notið lífsgæða sinna í samfélagi við aðra menn að athafnir þeirra lúti reglum. Aðeins með reglum er hægt að samhæfa háttsemi manna þannig að hagsmunir eins rekist ekki á við hagsmuni annars. Þannig er t.d. augljóst að án einhvers konar umferðarreglna mun slysum og dauðsföllum fjölga til muna í umferðinni. Einnig mun akstur ökutækja verða erfiðari og þar með má segja að raunverulegt athafnafrelsi manna minnki. Ef við föllumst á að lífið sé verðmætt, og einnig að það sé þess virði að geta nýtt sér athafnafrelsi með því komast nokkuð óhultur leiðar sinnar í ökutæki, hljótum við að telja æskilegt að umferðin lúti reglum. Ef engar slíkar reglur eru til í samfélaginu er æskilegt að þeim sé hægt að koma á með einhverjum hætti. Með öðrum orðum er æskilegt að til staðar sé einhver stofnun sem fer með vald til þess að setja reglur. Af því leiðir einnig að rétt er að virða þær reglur sem stafa frá slíkri stofnun.

Að þessu virtu er ekki aðeins gott að til séu reglur heldur einnig tryggingar fyrir því að allir fari eftir þeim; einnig þeir sem kann að skorta skilning á gildi regnanna eða viljastyrk til að breyta í samræmi við þær. Af þessu leiðir að æskilegt er að þessar reglur séu bundnar viðurlögum til þess að knýja á um að allir fari eftir þeim. Af þessu leiðir einnig að fyrir hendi verða að vera aðilar sem fylgjast með því að eftir reglunum sé farið og beiti viðurlögunum ef ástæða er til. Með þessu eru í raun réttir færð rök að lögum, lagasetningarvaldi og opinberri stjórnsýslu í sinni einföldustu mynd. Eftir því sem lögin verða flóknari fyrir atbeina virks lagasetningarvalds, þau taka til fleiri sviða og ríkisvaldið tekur að sér fleiri verkefni þeim mun viðameira og flóknara verður hlutverk stjórnsýslunnar.

2.13.2.2. Réttarríkið og opinber stjórnsýsla.

Ef almennt er fallist á að lög séu æskileg, jafnvel nauðsynleg fyrir líf manna í samfélagi, með vísan til þess gagns eða gildis sem þau hafa, er ljóst að lögin þurfa að fullnægja ákveðnum formlegum skilyrðum. Með öðrum orðum þurfa lögin í öllum tilvikum að vera þannig úr garði gerð að þau geti þjónað þeim frumtilgangi sínum að hafa áhrif á háttsemi þeirra sem þeim er beint til. Lög, sem enginn þekkir, enginn skilur og enginn getur framkvæmt fullnægja ekki þessum kröfum.

Með hugmyndinni um réttarríki (e. rule of law, f. l'état de droit, þ. rechtsstaat) eru sett fram nauðsynleg skilyrði þess að lögin nái framangreindum frumtilgangi sínum. Réttarríkishugmyndin hvílir ótvírætt á því meginsjónarmiði að lögin séu æskileg því ástæðulaust væri að búa lögin svo úr garði að þau væru sem áhrifamest á háttsemi fólks ef þau áhrif væru skaðleg eða óæskileg. Réttarríki lýtur þannig að meginsteftu ekki að því hvers *efnis* lögin

⁵ Hér er vísað til kenninga sem lagt hafa áherslu á siðferðilegar forsendur laga. Þessar kenningar, sem þó eru um margt ólíkar sín á milli, hafa almennt verið kenndar við náttúru rétt. Setningin *lex iniusta nulla est lex* er almennt rakin til heilags Tómasar frá Aquino, Summa Theologia, spurning 96.

eigi að vera heldur mælir fyrir um að lög skuli hafa ákveðna *formlega* eiginleika, svo sem að vera framkvæmanleg, skiljanleg, birt og almenn, svo eitthvað sé nefnt. Réttarríki, í þessum skilningi, stendur þannig ekki til þess að eignarréttindi, tjáningarfrelsi eða önnur efnisleg réttindi, sem færa mætti rök fyrir, njóti verndar laganna. Ef þessi þröngi skilningur er lagður í réttarríkishugtakið er það jafnvel ekki því til fyrirstöðu að lög ákveðins samfélags mæli fyrir um eða leyfi háttsemi sem augljóst er að er siðferðilega röng, enda geta slík lög verið birt, vel framkvæmanleg, skýr og skiljanleg og almenns eðlis.⁶

Réttarríki verður augljóslega ekki náð án þess að farið sé eftir lögnum í raun og veru, þau framkvæmd og fullnustuð. Skilvirkasta leiðin til lagaframkvæmdar er að fela ákveðnum stofnunum það hlutverk. Stjórnvöld og starfsemi þeirra, stjórnslan, gegnir því mikilvægu hlutverki í hverju lögbundnu samfélagi. Samkvæmt réttarríkishugmyndinni er það frumskylda stjórnvalda að halda uppi lögum í samfélaginu. Raunar verður að telja einhverja opinbera stjórnslu nauðsynlega ef fullnægja á kröfum réttarríkis.

Færa má önnur rök fyrir réttarríkishugmyndinni. Þau rök, sem líklega eru betur þekkt en þau tæknilegu sjónarmið sem að framan greinir, eru að meginstefnu reist á gildi laganna fyrir athafnafrelsi manna. Samkvæmt þessum hugmyndum eru lög æskileg með tilliti til þess að menn geti nýtt sér ákveðin gæði svo sem líf sitt og frelsi. Þrátt fyrir að lögin séu nauðsynleg í þessum tilgangi fela þau um leið í sér takmarkanir á þessum gæðum. Þannig má segja að þótt umferðarreglur séu nauðsynlegar til þess að maður geti ekið um nokkuð óhultur feli þær um leið í sér að maður geti ekki ekið um eins og manni sýnist. Frekari takmarkanir á frelsi koma einnig til ef reglurnar eru brotnar, t.d. sektir, svipting ökuréttar eða fangelsi.

Að þessu virtu hefur réttarríkið einnig þá þýðingu að þær takmarkanir sem lögin setja athafnafrelsi samfélagsþegnanna eru gerðar með ákveðnum hætti. Þessar takmarkanir eru framkvæmanlegar af þegnum, birtar og þannig fyrirsjáanlegar, skýrar og skiljanlegar. Þær eru einnig almennar þar sem þær eru gerðar í formi reglna en ekki einstakra ákvarðana. Réttarríkishugmyndin stendur því einnig til þess að samfélagsþegnarnir geti verið öruggir um hagsmuni sína, þ.e. að þeir viti hvers lögin krefjast af þeim og þeim sé gerlegt að haga sér í samræmi við þau. Frá þessum sjónarhóli eru lög sem ekki fullnægja skilyrðum réttarríkis ekki aðeins tæknilega léleg heldur einnig bersýnilega óréttlát gagnvart þeim sem þau beinast að. Samkvæmt þessu er það ekki aðeins tæknileg forsenda lögbundins samfélags að stjórnvöld haldi uppi lögum heldur er það einnig frumskilyrði réttláts samfélags.

2.13.2.3. Lögbundin stjórnslu.

Samkvæmt réttarríkishugmyndinni hafa stjórnvöld það mikilvæga hlutverk að sjá til þess að lögnum sé fylgt. Með þessu hlutverki eru stjórnvöldum einnig settar skýrar skorður. Í fyrsta lagi verða skerðingar á hagsmunum manna að eiga sér stoð í lögum. Stjórnvöld eiga því ekki að skerða hagsmuni manna án þess að lög mæli fyrir um að slíkt megi eða skuli gert.

⁶ Íslenska umfjöllun um réttarríkishugmyndina má finna í VIII. kafla greinasafns Garðars Gíslasonar: Eru lög nauðsynleg?, Reykjavík 1991. Hér er lagður þröngur skilningur í réttarríkishugtakið í stað þess að láta það ná yfir það ástand þegar lögin eru almennt góð og réttlát eins og stundum er gert. Vekja ber athygli á því að kröfunni um að lög séu almenn samkvæmt réttarríkinu má ekki rugla saman við það að lög skuli ekki mismuna mönnum. Krafan um lög að séu almenn samkvæmt réttarríkinu beinist að því að lögin samanstandi af almennum og óhlutbundnum reglum í stað þess að miðast við hvert einstakt tilvik eða vera samansafn einstaklingsbundinna ákvarðana. Þótt þessu skilyrði sé fullnægt er ekki þar með sagt að efnislegt jafnræði samfélagsþegnanna sé tryggt að lögum.

Með öðrum orðum verður stjórnslan almennt að hafa heimild að lögum ef taka á einhverjar ákvarðanir sem skerða frelsi eða hagsmuni samfélagsþegnanna. Þetta eru þau rök sem liggja að baki þeim hætti íslensku lögætisreglunnar sem nefndur hefur verið heimildarreglan og rætt hefur verið um hér að framan. Af þessu má ljóst vera að lögætisregla íslensks réttar styðst ekki einungis við þau siðferðilegu rök að stjórnvöld skuli lúta ákvörðunum lýðræðislega kjörinna fullrúa þjóðarinnar, en gildi fulltrúalýðræðis er á margan hátt umdeilanlegra en þau grunnsjónarmið sem hér hafa verið reifuð.

Af réttarríkishugmyndinni leiðir jafnframt ýmis blæbrigði og jafnvel undantekningar frá lögætisreglunni sem einnig er að finna í íslenskum rétti. Þannig standa rök til þess að gera minni kröfur til heimilda stjórnvalda þegar um minni háttar skerðingar er að ræða. Þetta kemur einnig fram í því hvort áskilin er sett lagaheimild eða hvort aðrar réttarheimildir, sem eru óskýrari, ekki birtar með sama hætti o.s.frv., teljast fullnægjandi grundvöllur stjórnvaldsathafnar.⁷

Í annan stað leiðir það berlega af réttarríkishugmyndinni að stjórnvöld verða að fara að lögum eins og aðrir í samfélaginu. Að öðrum kosti er samfélagið aðeins lögbundið í orði kveðnu. Stjórnvöldum ber t.d. að halda þau loforð sem eru skuldbindandi lögum samkvæmt með sama hætti og aðrir. Sömuleiðis mega stjórnvöld ekki gera neitt sem andstætt er lögum fremur en aðrir í samfélaginu. Sá þáttur lögætisreglu íslensks réttar, sem nefndur er formregla lögætisreglunnar, styðst við þessi rök.

Í þriðja lagi leiðir af réttarríkishugmyndinni að ýmsar sérreglur verða að gilda um meðferð þess valds sem stjórnvöldum er falið. Það hlýtur að vera sérstakt áhyggjuefni hvernig þær frelsisskerðingar sem lögin kveða á um eru framkvæmdar. Svipað á við þegar stjórnvöld útdeila með einum eða öðrum hætti opinberu fé eða öðrum gæðum, t.d. ýmsum leyfum til atvinnustarfsemi eða annarra athafna. Hér er t.d. sérstakt tilefni til þess að koma í veg fyrir að þeir einstaklingar sem fara með opinbert vald umbuni hvorki sjálfum sér né nákomnum. Með öðrum orðum verða að vera til staðar reglur sem tryggja sérstaklega að stjórnvaldshafar virði lagaleg réttindi borgaranna þannig að farið sé að lögum í orði og á borði. Af þessu leiðir að ýmiss konar reglur gilda um málsmeðferð innan stjórnslunnar sem tryggja eiga lögætis athafna þeirra. Reglur sem kveða á um endurskoðun ákvarðana innan stjórnslunnar auk reglna um stjórnsluæftirlit þjóna einnig þessum tilgangi. Af þessu leiðir einnig að mikilvægt er að athafnir stjórnslunnar megi bera undir dómstóla, en um hlutverk dómstóla með hliðsjón af réttarríkinu verður ekki rætt frekar hér.

Með þessum hætti stuðla lögin sjálf að eigin viðgangi og virkni. Stjórnvöld eru mikilvægur þáttur í því að halda uppi lögbundnu samfélagi, en með sama hætti krefst lögbundið samfélag þess að að stjórnvöld fari sjálf að lögum.

2.13.2.4. Siðferðilegt gildi lögætisreglunnar.

Lögætisregla íslensks réttar á sér djúpar rætur í vestrænni siðfræði og stjórnspekihefð eins og að framan greinir. Reglan er reist á þeirri hugmynd að lög séu almennt æskileg í mannlegu samfélagi og því beri að tryggja viðgang þeirra og virkni. Ekki aðeins verði að

⁷ Sbr. til hliðsjónar 1. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 og 67. og 69. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, sbr. 5. og 7. gr. stjórnarskipunarlaga, nr. 97/1995, sem reistar eru á sömu grunnhugmyndum og lögætisregla stjórnsluréttar. Ákvæðin áskilja sett lög Alþingis sem heimild til refsingar og frelsissviptingar. Þar sem refsingar eru viðurhlutamestu frelsissviptingar sem ríkið beitir menn, er það í samræmi við réttarríki að til þess þurfi skýrar og fyrirsjáanlegar heimildir.

tryggja að almennt sé farið eftir lögnum heldur einnig að lögin spillist ekki í meðförum stjórnvalda. Með því að samfélagið er lögbundið og samskipti manna lúta lögum er ekki aðeins stuðlað að friðsamlegri og öruggri sambúð manna í samfélagi. Með þessu er réttlæti einnig tryggt, upp að vissu marki, þar sem lögin eru almenn, fyrirsjáanleg og fara ekki í manngreinarálit.⁸

Réttarríkishugmyndin segir lítið um hvers efnis lögin eiga að vera. Til þess þurfa að koma til ítarlegri hugmyndir um þau verðmæti eða lífsgæði sem lögin eiga að þjóna. Á grundvelli slíks verðmætamats verða einnig færð rök að því að tiltekin lög séu með einum eða öðrum hætti siðferðilega ámælisverð, jafnvel þótt þau fullnægi skilyrðum réttarríkis. Úr mannkynsögunni eru t.d. kunn dæmi um voðaverk sem að meira eða minna leyti hafa verið framkvæmd lögum samkvæmt eða hefðu getað verið það. Slík verk hafa stundum verið framin af lögbundinni stjórnvöldum á grundvelli valdheimilda í lögum. Með sama hætti er ekki hægt að útiloka að upp geti komið sú staða að lögmætisregla íslensks réttar mæli fyrir um að stjórnvaldi beri að framkvæma siðferðilega óréttlæt看anleg verk eða halda uppi ólögum, eins og slík lög hafa verið nefnd. Siðferðilegt gildi lögmætisreglu stjórnvölduréttar er því ekki fortakslaust.

Samkvæmt þessu getur sú staða komið upp að stjórnvaldi beri siðferðileg skylda til þess að ganga gegn lögmætisreglunni og brjóta gegn þeim réttarreglum sem því er ætlað að fara eftir. Þessa fullyrðingu ber að varast að oftúlka. Það er aðeins þegar lögin breytast í andhverfu sína og tortíma þeim hagsmunum sem þeim er ætlað að tryggja sem siðferðileg skylda venjulegra samfélagsþegna til að fara að lögum hættir að vera til staðar og lögin missa skuldbindingargildi sitt. Enn meira þarf að koma til svo að stjórnvaldi sé rétt að virða lögin að vettugi. Hafa ber í huga að það hefur jafnan mun víðtækari afleiðingar ef stjórnvald fer ekki að lögum í athöfnum sínum en þegar einstakir samfélagsþegnar gera slíkt. Ólögmætar athafnir stjórnvalda eru yfirleitt til þess fallnar að grafa undan lögnum í heild með tilheyrandi hættu á almennu stjórnleysi. Það er því aðeins við mjög sérstakar og óvenjulegar aðstæður sem stjórnvöldum getur verið rétt að virða lögin að vettugi í athöfnum sínum. Það nægir því engan veginn að einstaklingur eða stjórnvöld séu ekki fyllilega sátt við efni tiltekinnna laga, að þau telji þau jafnvel óréttlát, slæm o.s.frv. Slík lög eru siðferðilega skuldbindingandi af sömu ástæðum og almennt er æskilegra að búa við lög en stjórnleysi og óreiðu. Þessi skylda hvílir þeim mun þyngra á handhöfum opinbers valds eftir því sem hlutverk þeirra í viðgangi og viðhaldi laganna er mikilvægara. Hin sérstaka skylda þeirra einstaklinga sem falin er meðferð opinbers valds er raunar áréttuð með því að embættismenn, þ.m.t. dómara, og þingmenn heita því sérstaklega að virða stjórnarskrána og landslög í störfum sínum.

Lög vestrænna ríkja eru yfirleitt þannig úr garði gerð að þær aðstæður sem að framan er lýst eru nánast óhugsandi. Þau siðferðilegu gildi sem lögin þjóna eru víðast hvar sérstaklega tryggð í stjórnarskrám eða grunnlögum sem ekki verður breytt nema með sérstökum hætti. Alþjóðlegum skuldbindingum ríkja er einnig ætlað að koma í veg fyrir að lögin spillist og raski hagsmunum samfélagsþegnanna. Sérstakar sjálfstæðar og óháðar stofnanir, dómstól-

⁸ Hér er áréttað að réttarríkishugmyndin og lögmætisreglan standa ekki til þess að menn fái notið lífsgæða sinna í samræmi við það sem þeim ber. Jafnvel þótt þessu efnislega réttlæti verði ekki náð er þó skömminni skárri og réttlátara að menn viti hver hin óréttlátu lög eru og geti hagað athöfnum sínum í samræmi við þau fremur en hið gagnstæða. Réttarríki tryggir þannig réttlæti, þó aðeins upp að vissu marki.

arnir, hafa síðan endanlegt úrskurðarvald um hvort sett lög samræmist grunnlögum eða stjórnarskrám.⁹

2.13.3. Matskenndar ákvarðanir stjórnvalda.

Hér að framan voru færð að því rök að stjórnsýslan eigi að vera lögbundin. Þannig eigi þær skerðingar sem framkvæmdar eru af stjórnvöldum að eiga sér stoð í lögum og samræmast lögum. Samkvæmt þessu virðist fljótt á litið óæskilegt að stjórnvöld hafi nokkurt svigrúm til mats við athafnir sínar. Hér vakna því spurningar um það að hve miklu leyti mat stjórnvalda sé óhjákvæmilegt. Að því svöruðu er hægt að taka afstöðu til þess hvort mat stjórnvalda sé ávallt óæskilegt og þá í hvaða tilvikum. Þessar spurningar krefjast þess að fyrst sé hugað stuttlega að eðli réttarreglna.

2.13.3.1. Lög og réttarreglur.

Í hverju lögbundnu samfélagi eru til staðar tiltekna aðferðir við að álykta um réttarreglur og þannig slá því föstu hvernar háttsemi lögin krefjast. Þessar aðferðir eru að meginstefnu einfaldar og á hvers manns færi. Þannig nægir flestum að þekkja helstu réttarheimildir samfélags sín og kunna að skilja efni þeirra. Flestir Íslendingar vita t.d. að texta sem stafar frá Alþingi og merktur er *lög* er ætlað að hafa réttarheimildalegt eða lagalegt gildi. Kunnátta við að kynna sér þennan texta nægir oft til þess að viðkomandi áttar sig á þeim reglum sem af honum verða dregnar. Þannig geta allflestir Íslendingar dregið þá ályktun af lestri 211. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 að til sé réttarregla um að maður megi ekki viljandi svipta annað fólk lífi.

Réttarheimildirnar eru þó ekki allar jafnskýrar og settur lagatexti. Innbyrðis samband réttarheimildanna getur einnig valdið vafa um hvaða regla gildir um hvaða tilvik. Sett lög mæla t.d. oft fyrir um ósamrýmanlega háttsemi að meira eða minna leyti. Þrátt fyrir að við höfum áður ályktað að manndráp sé óheimilt skv. 211. gr. almennra hegningarlaga leiðir af 12. gr. sömu laga, að manndráp í þágu neyðarvarnar er heimilt. Í þessu tilviki og öðrum þarf að samræma réttarreglurnar hverja með tilliti til annarrar. Réttarheimildirnar þarf einnig að samræma með tilliti til þess að sumar réttarheimildir eru öðrum æðri, t.d. er stjórnarskrá æðri settum lögum. Þetta samband réttarheimildanna er þó ekki alltaf augljóst eða óumdeilt. Lögfræðin fæst við að flokka réttarheimildirnar og fjalla um réttar aðferðir við meðhöndlun þeirra. Lögfræðin er þannig mikilvæg fyrir viðgang laganna, sérstaklega í flóknu réttarkerfi nútímasamfélaga.¹⁰

Samkvæmt framangreindu geta mörg atriði valdið ágreiningi um hvað séu gildandi lög í samfélaginu. Sagan sýnir að þessi ágreiningur kemur upp þrátt fyrir viðleitni lögfræðinnar við að skýra gildandi lög. Lagalegur ágreiningur kemur einnig upp þótt í samfélaginu séu til dómstólar sem skera úr um hvað séu gildandi lög og úrlausnir þeirra séu upp frá því lagðar til grundvallar sem réttarheimildir, þ.e. hafi fordæmisgildi. Allt þetta gefur vísbendingu um

⁹ Mannréttindasáttmáli Evrópu frá 1950, ásamt síðari breytingum, hefur sérstaka þýðingu að þessu leyti fyrir Ísland og önnur Evrópuríki, en sáttmálinn var lögfestur á Íslandi með lögum nr. 62/1994. Áður höfðu dómstólar þó gengið tiltölulega langt í þá átt að skýra íslensk lög til samræmis við ákvæði sáttmálans, sbr. einkum *H 1990:2* og *H 1992:174*.

¹⁰ Nánari umfjöllun um ályktanir um réttarreglur og erlendar kenningar í því sambandi má t.d. finna í grein Skúla Magnússonar, Um hina einu lögfræðilega réttu niðurstöðu, *Úlfjótur* 1999:87.

að lögin séu ekki eins tæknilega fullkomin og látið var að liggja við umfjöllun um lögætis-regluna og réttarríkið hér að framan.

2.13.3.2. Matskenndar réttarreglur.

Eins og nú hefur verið reifað eru fjölmörg atriði til þess fallin að skapa óvissu um hvað sé gildandi réttur í samfélaginu. Eitt af þessum atriðum er óræðni reglna.

Eins og að framan greinir er ályktað um réttarreglur á grundvelli einhverra gagna sem almennt eru nefnd réttarheimildir. Dæmið sem tekið var hér að framan var 211. gr. almennra hegningarlaga og sú ályktun sem dregin var af henni, að manndráp af ásetningi væri óheimilt lögum samkvæmt. Þessa reglu og aðrar er hægt að setja fram á eftirfarandi formi: *ef X, þá Y*. Fyrri breytan vísar þá til einhverra atvika og sú síðari til þeirra afleiðinga sem *ættu* að koma til, ef atvikin koma upp. Af 211. gr. almennra hegningarlaga verður þá dregin sú ályktun í samræmi við þá reglu að *ef* einhver sviptir annan mann lífi, *þá* skuli hann sæta fangelsi ekki skemur en 5 ár eða ævilangt. Fyrri breytuna getum við nefnt efnislýsingu reglu en þá síðari lögfylgju hennar.

Reglur eru óráðnar eða óvissar í mismiklum mæli, bæði með tilliti til efnislýsingar sinnar og lögfylgju. Regla 211. gr. almennra hegningarlaga er t.d. óráðin að einhverju marki um það hvað sé að svipta annan mann lífi, t.d. með tilliti til þess hvenær ásetningur til manndráps liggur fyrir. Reglan er ekki síður óráðin með tilliti til þeirrar refsingar sem hún mælir fyrir um, þ.e. fangelsis ekki skemur en fimm ár eða ævilangt. Rök má færa að því að allar reglur séu óráðnar að einhverju marki.¹¹ Með þessu er átt við að með hliðsjón af öllum reglum geta komið markatilvik þar sem umdeilanlegt er hvort reglan eigi við eða ekki.

Efnislýsing reglna er ekki alltaf bundin við beina lýsingu á þeim tilvikum sem undir hana koma. Reglur geta vísað til einhverra annarra viðmiða um þetta efni. Oft vísa réttarreglur til dæmis í aðrar réttarreglur beint eða óbeint. Það fer þá eftir efni þeirra reglna, sem vísað er til, hvert nánara efni reglunnar er. Í öðrum tilvikum vísa reglur um efni sitt til viðmiða sem eru óráðin eða óviss sem slík. Þetta á sérstaklega við þegar reglur vísa til siðferðilegs gildismats, t.d. til þess sem er gott, alvarlegt, eðlilegt, sanngjarnt o.s.frv.¹²

Lögfylgja réttarreglu getur einnig verið óráðin. Regla 36. gr. laga nr. 7/1936, um samningsgerð, umboð og ógilda löggæringa, sbr. 6. gr. laga nr. 11/1986, mælir þannig fyrir um að samningi megi víkja til hliðar í heild eða að hluta, eða breyta, án þess að segja fyrir um hvernig og hvenær víkja eigi slíkum samningi til hliðar eða breyta honum. Fjölmargar reglur um ákvarðanir stjórnvalda sem mæla fyrir um viðurlög, fjárhæðir, tímabil o.s.frv. eru óráðnar að þessu leyti.

¹¹ Sjá nánar áður tilv. grein Skúla Magnússonar, einkum bls. 89 o.áfr.

¹² Þannig mælir 1. mgr. 36. gr. laga nr. 7/1936, um samningsgerð, umboð og ógilda löggæringa, eins og hennir var breytt með 6. gr. laga nr. 11/1986, fyrir um tilteknar lögfylgjur samnings sem er ósanngjarnt eða andstætt góðri viðskiptavenju að bera fyrir sig. Regla 36. gr. laganna vísar þannig beint til ákveðins siðferðilegs verðmætamats sem er óráðið að einhverju marki. Í 2. mgr. 36. gr. laganna er svo að finna nánari viðmið sem hafa skal hliðsjón af við framangreint mat, en fordæmisgefandi úrlausnir dómstóla munu afmarka efni reglunnar með tíð og tíma. Efnislýsing þeirra reglna sem liggja til grundvallar valdheimildum stjórnvalda getur sömuleiðis verið óráðin. Skv. 34. gr. þjóðminjalaga nr. 88/1989 má t.d. friða mannvirki, hús eða húshluta sem hafa menningarsögulegt eða listrænt gildi. Hér er beinlínis vísað til gildismats. Aðrar reglur IV. kafla þjóðminjalaga takmarka þessa óræðni reglunnar að einhverju leyti en alls ekki að öllu.

Samkvæmt framangreindu geta reglur verið óráðar með tilliti til þess hvort taka eigi ákvörðun eða hvers efnis ákvörðun skuli vera, eða hvorutveggja. Þannig getur regla mælt fyrir um lítið annað en að stjórnvald skuli grípa til viðeigandi ráðstafana ef góðar ástæður eru til. Þegar valdheimildir stjórnvalda eru reistar á réttarreglum sem eru óráðnar í þessum skilningi er sagt að stjórnvöld eigi mat eða frjálst mat.

Mörkin milli matskenndra réttarreglna og annarra reglna eru engan vegin skýr. Færa má rök að því að allar réttarreglur séu óráðnar að einhverju leyti þótt sumar séu augljóslega mun óráðnari en aðrar. Þegar rætt er um matskenndar reglur á sviði stjórnsýsluréttar er yfirleitt átt við reglur sem leysa aðeins að litlu leyti úr því hvort stjórnvald eigi að taka ákvörðun eða hvers efnis ákvörðunin á að vera. Þess í stað vísa þær til einhverra viðmiða eða gilda sem leiða í fæstum tilvikum til einnar ákveðinnar niðurstöðu, til dæmis til þess sem er gott, eðlilegt, viðeigandi, í samræmi við þarfir einhvers, samkvæmt tilteknum markmiðum, alvarlegt o.s.frv. Eftir því sem regla hefur að geyma fleiri og nákvæmari viðmið er dregið úr óráðni hennar og svigrúm til stjórnvalds til mats takmarkað. Um mat stjórnvalda samkvæmt óráðum reglum verður nánar fjallað hér á eftir í tengslum við málefnaleg sjónarmið.

2.13.3.3. Eiga valdheimildir stjórnvalda að vera fortakslausar?

Efréttarríkishugmyndin er lögð til grundvallar virðist augljóst að haga beri lögum þannig að þau gefi stjórnvöldum sem minnst svigrúm til mats. Samkvæmt þessu ættu lögin að minnsta kosti að vera eins fortakslaus og tæknilega er mögulegt, enda þótt þau geti aldrei kveðið á um hvert einasta tilvik sem upp kann að koma með tæmandi hætti.

2.13.3.3.1. Kostir reglna og reglufestu.

Reglur hafa ýmsa kosti eins og þegar hefur verið fjallað um hér að framan í tengslum við almenna réttlætingu laga. Sérstaklega var bent á þá samhæfingu í samfélaginu sem hlýst af reglum og tryggir eftir föngum að hagsmunir manna rekist ekki á. Réttarríkið krefst þess einnig að samskipti manna innbyrðis og samskipti þeirra við ríkisvaldið fari eftir reglum. Hægt er að færa frekari rök fyrir notkun reglna, einkum með hliðsjón af hlutverki stjórnvalda.

Reglur taka til háttsemi manna á grundvelli efnislýsingar sinnar sem að jafnaði er almenn og ekki bundin við tiltekna einstaklinga eða atvik. Þessi eiginleiki reglna hefur einkum þá þýðingu fyrir stjórnsýsluna að ákvarðanir á grundvelli reglna verða sama efnis óháð því hvaða stjórnvaldshafi tekur ákvörðun og hvaða einstaklingur á í hlut. Ef tryggja á *einsleita stjórnsýsluframkvæmd* geta reglur augljóslega þjónað því markmiði.

Reglur spara tíma og kostnað við ákvarðanatöku. Þegar skýr regla gildir um einhverja ákvörðun þarf ekki að kosta til tíma og vinnu við að meta mismunandi kosti sem til greina koma. Reglan tekur einfaldlega af skarið. Reglur geta því verið til þess fallnar að stuðla að *skilvirkri stjórnsýslu*.

Reglur eru almennt stöðugar og breytast ekki eftir dyntum og geðþótta. Reglur geta þannig verið til þess fallnar að tryggja *stöðuga stjórnsýsluframkvæmd*.

Með reglum er hægt að skilgreina valdsvið einstakra stjórnvalda nákvæmlega. Reglur geta þannig þjónað því markmiði að gera *verkaskiptingu stjórnvalda* skýra og komið í veg fyrir tvíverknað og árekstra innan stjórnsýslunnar og að stjórnvöld fari út fyrir verksvið sitt.

Öll þessi sjónarmið mæla með því að valdheimildir stjórnvalda séu eins fortakslausar og unnt er, enda sé þá fallist á það verðmætamat sem þau eru reist á. Þessi sjónarmið mæla með

öðrum orðum gegn því að stjórnvöld starfi samkvæmt meira eða minna matskenndum reglum.

2.13.3.3.2. Ókostir reglna og reglufestu.

Með setningu reglu er tekin afstaða til þess hvernig fara eigi um öll þau tilvik sem heimfærð verða undir tiltekna efnislýsingu. Með setningu reglu er því fjöldi tilvika sem upp kann að koma leiddur til lykta án þess að vitað sé nákvæmlega fyrir fram hvers eðlis þessi tilvik verða. Reglur hafa því þann augljósa ókost að þær leiða ekki alltaf til þeirrar niðurstöðu sem við hefðum kosið ef engin regla hefði verið til staðar. Eftir því sem reglan er fortakslausari og nákvæmari því minna svigrúm gefst til þess að meta hvert og eitt tilvik þegar það kemur upp. Með þessu getur þannig verið útilokað að ná sanngjarnri og eðlilegri niðurstöðu í hverju einstöku tilviki.¹³ Reglur geta þannig tekið af skarið um hver ákvörðun eigi að vera, en leiða alls ekki alltaf til þess að ákvörðun sé sanngjörn og eðlileg með hliðsjón af þeim hagsmunum sem ákvörðun er ætlað að þjóna. Þetta verður best skýrt með dæmi.

Í 45. gr. umferðarlaga nr. 50/1987 er tilgreint nákvæmlega það magn áfengis sem ökumaður má hafa í blóði sínu eða útöndunarlofti við akstur ökutækis. Með reglunni er leitast við að tryggja að ökumenn séu hæfir til þess að stjórna ökutæki á forsvaranlegan hátt, auka umferðaröryggi og fækka umferðarslysum. Reglan gefur hins vegar ekkert svigrúm til þess að meta hvaða áhrif áfengisneysla hefur haft á ökumann í hverju einstöku tilviki. Þannig er ljóst að í að minnsta kosti fáeinum tilvikum mun ökumaður, sem regla 45. gr. umferðarlaga tekur til, vera hæfur til þess að stjórna ökutæki þar sem áfengi hefur mjög mismunandi áhrif á akstursgetu fólks. Í undantekningartilvikum sem þessum eru tilteknum ökumönnum því gerðar sektir og þeir sviptir ökurétti án þess að þeir hafi brotið gegn þeim hagsmunum sem 45. gr. umferðarlaga er ætlað að tryggja. Til samanburðar er 44. gr. umferðarlaga sem meðal annars kveður á um akstur undir áhrifum örvandi og deyfandi efna. Í ákvæðinu er ekki að finna nein föst viðmið um leyfilegt magn efna í líkama ökumanna heldur vísað til þess að ástand ökumanns megi ekki vera þannig að hann sé ekki fær um að stjórna ökutæki örugglega. Regla 44. gr. umferðarlaga er þannig óráðnari um efni sitt í samanburði við 45. gr. laganna. Ólíkt reglu 45. gr. laganna gefur 44. gr. mun meira svigrúm til mats um það í hverju einstöku tilviki hvort þeir hagsmunir sem reglunni er ætlað þjóna hafi verið virtir að vettugi af ökumanni og hann unnið sér til refsingar.

Reglur leiða þannig óhjákvæmilega til þess að stundum fer öðruvísi um tilvik en ráðið verður af þeim hagsmunum sem liggja til grundvallar reglu; ökumaður er t.d. beittur viðurlögum fyrir ölvunarakstur vegna tiltekins áfengismagns í blóði þótt hann hafi í raun og veru ekki verið óhæfur til þess að stjórna ökutæki. Þetta er einfaldlega það gjald sem greiða verður fyrir það að hafa reglur með öllum þeim kostum sem þeim fylgir og að framan greinir. Aukin reglufesta leiðir óhjákvæmilega til þess að umræddum afbrigðilegum niðurstöðum fjölgar. Matskenndar reglur gefa hins vegar færi á því að taka tillit til undirliggjandi hagsmuna og þannig koma í veg fyrir slíkar niðurstöður. Að þessu leyti hafa matskenndar reglur kosti í för með sér.

Samkvæmt framangreindu geta reglur og reglufesta átt mismunandi mikinn rétt á sér með tilliti til þeirra hagsmuna sem í húfi eru hverju sinni. Í tilviki 45. gr. umferðarlaga má segja að vegna þess hve algeng neysla áfengis er hér á landi verði að gilda um slíka háttsemi skýrar

¹³ We shall indeed succeed in settling in advance, but also in the dark, issues which can only reasonably be settled when they arise and are identified. H.L.A. Hart, áður tilv., bls. 128.

og fyrirsjáanlegur reglur. Að öðrum kosti muni ölvunarakstur verða tíðari, eftirlit erfiðara og afgreiðsla ölvunarakstursmála þyngri í vöfum. Allt muni þetta að lokum valda fjölgun umferðarslysa með tilheyrandi tjóni á mönnum og munum. Af þessu leiði að mikil reglufesta sé réttlæt看leg í þessum málum meðan önnur sjónarmið eigi við akstur undir áhrifum örvandi og deyfandi efna.

Samkvæmt þessu standa rök til þess að heimildir stjórnvalda séu matskenndar á sviðum þar sem ákvarðanir stjórnvalda eru tiltölulega fáar og hvert tilvik er sérstætt og þarfnast sérstakrar skoðunar. Þegar aftur á móti um er að ræða mikinn fjölda einsleitra tilvika standa aukin rök til reglufestu.

2.13.3.3. Ókostir reglna lagfærðir með reglum.

Þegar sýnt er að regla leiði til óeðlilegrar niðurstöðu er oft brugðið á það ráð að setja enn aðrar reglur sem bæta eiga úr. Með þessu er reynt enn frekar en áður að sjá fyrir hvert það tilvik sem upp kann að rísa þannig að ávallt náist eðlileg niðurstaða reglum samkvæmt. Þessi viðleitni, sem nefna má regluhyggju, er æskileg aðeins upp að vissu marki.¹⁴

Með ítarlegri reglusetningu verða reglur flóknari og erfiðara er að hafa yfirsýn yfir þær. Eins felur þessi viðleitni það oftast en ekki í sér að breytingar á reglum eru tíðar og reglurnar verða þannig óstöðugar. Tíðar breytingar á flóknu regluverki geta ótvírætt orðið til þess að erfitt verður að vita, jafnvel fyrir sérfræðinga, hvaða reglur gilda um hvaða háttsemi á hverjum tíma. Slíkt ástand er í andstöðu við þær meginreglur réttarríkis sem ræddar voru hér að framan. Slíkt ástand gengur raunar gegn flestum þeim hagsmunum sem reglum er ætlað að þjóna. Réttarríkinu getur því verið betur þjónað með almennari, einfaldari og sveigjanlegri reglum sem auðvelt er að hafa yfirsýn yfir og ekki þarf að breyta í sífellu, jafnvel þótt það sé því verði keypt að stjórnvöldum sé falið mat upp að vissu marki.¹⁵

2.13.3.4. Málefnaleg sjónarmið við frjálst mat stjórnvalda.

Hér að framan voru leidd rök að þeirri niðurstöðu að matskenndar valdheimildir stjórnvalda gætu átt rétt á sér. Samkvæmt þessu getur verið æskilegt að regla sé óráðin að meira eða minna leyti hvað varðar efnislýsingu sína, lögfylgju sína eða jafnvel hvorutveggja. Með þessu er að sjálfsögðu að einhverju leyti fórn að þeim kostum sem felast í reglum og reglufestu. Einnig skapast hættu á því að stjórnvöld misnoti það svigrúm sem þau hafa í sína í eigin þágu eða nákominna. Í öllu falli er ljóst að mat sem þetta getur verið það vandamt að stjórnvöld komist að niðurstöðu sem ekki er haldbær af einhverjum ástæðum.

Lög geta komið til móts við þessi vandkvæði með ýmsu móti. Hér má nefna reglur um stjórnsýslukærur, málskot til sérstakra úrskurðaraðila og endurupptöku mála. Í þessu sambandi vegur þó líklega þyngst eftirlit dómstóla, en almennt er viðurkennt að íslenskum rétti að dómstólar hafi vald til þess að skera úr um lögætti stjórnvaldsathafna. Í því felst meðal annars vald til þess að skera úr um hvort stjórnvöld hafi látið málefnaleg sjónarmið

¹⁴ Ýmsar kenningar á sviði siðfræði og réttarheimspeki hafa mælt fyrir ítarlegri reglusetningu. Í þessari flóru kenninga ber einna hæst svokallaða hugtakalögfræði (þ. Begriffsjurisprudenz) sem áhrifamikil var við samningu þýsku borgaralögþókarinnar (Bürgerliches Gesetzbuch) sem gekk í gildi árið 1900.

¹⁵ Dæmi um svið þar sem mikið hefur kveðið að setningu reglugerða með tíðum breytingum er stjórnkerfi landbúnaðarframleiðslunnar. Sigurður Línal færir veigamikil rök fyrir því í ritgerð sinni, Stjórnkerfi landbúnaðarframleiðslunnar og stjórnarskráin, Reykjavík 1992, að svo mikið hafi kveðið að tíðum breytingum á annars flóknum reglum sem settar voru á grundvelli laga nr. 15/1979 og laga nr. 46/1985 að berlega hafi brotið gegn meginreglum réttarríkis. Sjá einkum bls. 178 o.áfr.

ráða við mat innan marka óráðinna réttarreglna. Ef athafnir eru utan marka þess svigrúms sem óráðnar réttarreglur veita stjórnvöldum ganga þær hins vegar gegn lögætisreglunni.

2.13.3.4.1. Hvað eru málefnaleg sjónarmið?

Reglan um málefnaleg sjónarmið er í nánnum tengslum við almenna réttlættingu laga, þ.e. þá hagsmuni eða þau verðmæti sem lögum almennt er ætlað að tryggja. Reglan stendur þó ekki síður í nánnum tengslum við ýmsa sértækari hagsmuni sem einstökum lögum og laga-ákvæðum er ætlað að þjóna. Frá siðferðilegum sjónarhóli má því segja að við mat stjórnvalds á málefnalegum sjónarmiðum sé spurt að því hvers vegna rétt sé að búa við lög yfirleitt, hvers vegna tiltekin lög hafi verið sett eða séu til um ákveðið svið og loks hvaða tilgangi tiltekin valdheimild stjórnvalds þjóni með hliðsjón af öllu þessu. Með öðrum orðum felur reglan um málefnaleg sjónarmið það í sér að líta eigi til þeirra hagsmuna sem löggin eiga að tryggja en ekki einhverra annarra hagsmuna eða markmiða.¹⁶

Þær hugmyndir, sem reglan um málefnaleg sjónarmið er reist á, gera ótvírætt meiri kröfur til efnis laga og ákvarðana stjórnvalda en réttarríkishugmyndin sem að framan greinir. Í stað þess að eingöngu sé spurt um form, þ.e. hvort regla sé gild lagaregla og hvers efnis hún er, er hér spurt um þau verðmæti sem reglunni er ætlað að þjóna. Af þessu ræðst hvernig stjórnvöldum er rétt að nýta heimild sína innan þeirra marka sem reglan setur. Samkvæmt rökum reglunnar um málefnaleg sjónarmið eru formlegir eiginleikar stjórnvaldsathafnar, þ.e. að hún sé heimil samkvæmt lagareglu, því nauðsynlegir, en ekki nægilegir.

2.13.3.4.2. Mat dómstóla á málefnalegum sjónarmiðum.

Samkvæmt því sem nú hefur verið rakið verða dómáttar oft að leggja mat á siðferðileg verðmæti og draga af þeim ályktanir þegar reglunni um málefnaleg sjónarmið er beitt við dómsúrlausnir. Þetta mat felur í raun það í sér að dómstólar leggja dóm á það hvort ákvörðun hafi verið skynsamleg þegar á allt er litið. Að þessu virtu skiptir höfuðmáli hvort dómáttar geti á grundvelli siðferðilegs gildismats ávallt gert upp á milli mismunandi kosta, sem stjórnvald hefur staðið frammi fyrir þegar það tók ákvörðun sína.

Ef siðferðilegt gildismat er óráðið upp að vissu marki geta dómáttar ekki ávallt sagt til um að ein stjórnvaldsákvörðun hafi verið annarri réttari. Samkvæmt þessu gætu tvær eða fleiri efnislegar ákvarðanir verið jafnréttar með vísan til málefnalegra sjónarmiða. Ef á hinn bóginn er lagt upp með að siðferðilegt gildismat leiði ávallt til einnar réttrar niðurstöðu er ljóst að stjórnvöldum er skorinn mjög þröngur stakkur með tilliti til eftirlits dómstóla.

Hér verður því haldið fram að fleiri stjórnvaldsákvörðanir, mismunandi efnis, geti stundum verið jafnsiðferðilega málefnalegar, enda þótt sú fullyrðing þarfnist mjög nánari umfjöllunar.¹⁷ Í þessu felst engin siðferðileg afstæðis- eða sjálfðæmishyggja enda geta ákvarð

¹⁶ Þeir hagsmunir, sem einna augljósast er að óheimilt er að líta til samkvæmt reglunni um málefnaleg sjónarmið, eru eigin hagsmunir stjórnvaldshafa eða hagsmunir nákominnna, enda eiga löggin augljóslega ekki að þjóna þröngum hagsmunum þeirra sem fara með opinbert vald á hverjum tíma. Samkvæmt íslenskum rétti myndi stjórnvaldshafi, sem á persónulegra hagsmuna að gæta af stjórnvaldsákvörðun, teljast vanhæfur á grundvelli reglna um sérstakt hæfi í stjórnsýslu og vika sæti af þeim sökum.

¹⁷ Hér má vísa til greinar Skúla Magnússonar, áður tilv., bls. 105 o.áfr. Þar er m.a. rakið það dæmi að við ákvörðun um forsjá þar sem báðir foreldrar eru jafnhæfir, barn of ungt til að gera upp hug sinn, og önnur atriði mæla ekki sérstaklega með öðru foreldrinu umfram annað, sé ákvörðun siðferðilega rétt án tillits til þess hvoru foreldri sé falin forsjáin. Það væri hins vegar, að öllu jöfnu, röng ákvörðun fyrir þar til bætt stjórnvald að

anir stjórnvalds í ákveðnu tilviki jafnan verið ómálefnalegar á fjölmargan annan hátt þótt tilteknir tveir eða fleiri kostir séu jafnmálefnalegir. Þetta getur bæði átt við um hvort taka beri ákvörðun og nánara efni ákvörðunar. Sérstaklega á þetta þó við um nánara efni ákvörðunar. Tilteknar fjárhæðir styrkja eða annarra fjárgreiðslna verða til dæmis yfirleitt ekki rökstuddar til hlítar með vísan til málefnalega sjónarmiða. Ákvörðun húsafriðunarnefndar um að verja 100 þúsund krónum í styrk skv. 48. gr. Þjóðminjalaga nr. 88/1989 getur verið jafnmálefnaleg og að veita 150 þúsund krónur til sama máls og allt þar á milli. Sama gildir oft um tímabindingu leyfa og ýmissa réttinda. Þessi atriði fara með öðrum orðum að einhverju marki eftir hreinu mati stjórnvalds sem ekki verður gagnrýnt eða endurskoðað með vísan til málefnalega sjónarmiða. Slíku mati stjórnvalds er því nokkuð réttilega lýst með heitinu *frjálst mat*.

Dómstólar og stjórnvöld gegna ólíku hlutverk. Hlutverk dómara er augljóslega ekki að taka þær ákvarðanir sem stjórnvöldunni er falið að taka. Ekki aðeins hafa dómara engu heimild til slíks að lögum, heldur eru þeir yfirleitt verr í stakk búnir en stjórnvöld til að taka þær ákvarðanir sem stjórnvöld hafa með höndum. Eftirlit dómstóla miðar þannig að því að kanna hvort ákvörðun sé ómálefnaleg eða röng en ekki að því hvers efnis ákvörðun hefði orðið ef viðkomandi dómari hefði farið með ákvörðunarvaldið. Að þessu leyti er mat stjórnvalda frjálst.

2.13.3.5. Aðgreining laga og siðferðis.

Sú niðurstaða að dómstólar taki afstöðu til siðferðilegra verðmæta í störfum sínum má heita almennt viðurkennd af fræðimönnum.¹⁸ Hins vegar er um það deilt hvort telja beri þau siðferðilegu verðmæti og viðmið, sem dómstólar byggja niðurstöðu sína á, til laga og réttar. Hér verður sú deila hvorki leidd til lykta né rædd í löngu máli. Þau verðmæti, sem dómstólar taka tillit til við niðurstöður sínar, standa augljóslega í nánu sambandi við réttinn. Samkvæmt reglunni um málefnaleg sjónarmið eiga stjórnvöld að virða þessi verðmæti, en ekki vinna gegn þeim. Dómstólar hafa vald til þess að kanna hvort stjórnvöld hafi fullnægt þessari skyldu sinni án þess þó að þeir geti eða eigi að geta sagt stjórnvöldum nákvæmlega fyrir verkum. Af þessum ástæðum má með rétti telja málefnaleg sjónarmið til lagalegra sjónarmiða þótt ekki sé um að ræða eiginlegar reglur, grundvallaðar á réttarheimildum. Það skiptir einnig í raun litlu hvort framangreind skoðun dómstóla á málefnalegum sjónarmiðum er kölluð lagaleg eða siðferðileg eins lengi og glögglega liggur fyrir hvers eðlis hún er og hvernig hún á að fara fram.

2.13.4. Eru efnisreglur íslensks stjórnvöldur í samræmi við siðferðishugmyndir manna?

Í þessum kafla hafa meginreglur íslensks stjórnvöldur verið gerðar að umtalsefni. Samkvæmt þessum reglum eiga stjórnvöld að fara að lögum í athöfnum sínum og einnig virða þá hagsmuni sem lögunum er ætlað að þjóna. Lögmætisregluna og regluna um málefnaleg sjónarmið þykir því með rétti mega telja til hornsteina íslenskrar stjórnvöldur.

Ekki þykir óvarlegt að fullyrða að efnisreglur íslensks stjórnvöldur styðjist við veigamikil siðferðileg rök. Þessi rök eru gamalkunn og standa í nánnum tengslum við réttlætingu laga og ríkisvalds. Samkvæmt þessu þurfa lögin að vera verulegum annmörkum háð til þess að þau missi siðferðilegt skuldbindingargildi sitt. Lögmætisregla íslensks réttar er því að öllu

hafna því að skera úr ágreiningnum.

¹⁸ Sjá t.d. Lloyd's *Introductions to Jurisprudence*, 6. útgáfa 1994, bls. 1255 o.áfr.

jöfnu réttlæt看leg eða í samræmi við siðferðishugmyndir manna. Sama máli gegnir um regluna um málefnaleg sjónarmið sem í grófum dráttum stendur til þess að stjórnvöld þjóni þeim hagsmunum sem lögin eiga að tryggja.

Efni ákvarðana sem teknar eru í samræmi við lögmætisregluna ræðst af gildandi lögum á hverjum tíma. Það er því í höndum Alþingis, sem meginhandhafa lagasetningarvalds, að haga valdheimildum stjórnvalda með þeim hætti, að ákvarðanir þeirra verði skynsamlegar og réttlátar. Lagasetning hefur einnig rík áhrif á mat á málefnalegum sjónarmiðum þótt ekki séu þau áhrif jafnaugljós og í tilviki lögmætisreglunnar. Þeir hagsmunir og þau markmið sem lögð eru til grundvallar við lagasetningu munu þannig með ýmsum hætti teljast málefnaleg við töku stjórnvaldsákvarðana. Með þessu er alls ekki sagt að hvað sem löggjafanum þóknist á hverjum tíma sé sjálfkrafa siðferðilega réttlæt看legt eða málefnalegt. Rökin eru þvert á móti þau að með því að æskilegt er að í samfélaginu sé til aðili sem sett geti reglur sem almennt er farið eftir eigi að virða þau markmið sem hann leitast við að ná með setningu slíkra reglna. Á stjórnvaldshöfum hvílir sú sérstaka skylda að stuðla að viðhaldi og framgangi laganna og sjá til þess að þau nái tilgangi sínum, oft eins og þessi tilgangur hefur verið sérstaklega mótaður af löggjafanum. Af þessu leiðir hins vegar að efni og gæði stjórnvaldsákvarðana er óhjákvæmilega háð lagasetningu Alþingis.

2.14. Dæmi um leiðir sem færar eru til úrbóta.

2.14.1. Inngangur.

Í þessum kafla hefur verið fjallað um almennar efnisreglur stjórnsýsluréttarins og ýmis vandamál þeim tengdum. Þessi vandamál eru þekkt í nágrannalöndum okkar og eru því ekki séríslensk. Almennt er viðurkennt að ekki er til nein einföld lausn á þeim. Á hinn bóginn er hægt að auka réttaröryggi almennings með ýmiss konar úrræðum og draga úr þeim erfiðleikum sem fylgja matskenndum ákvörðunum.

Hér á eftir verður stuttlega minnst á nokkrar leiðir sem færar kunna að vera til úrbóta.

2.14.2. Efnisreglur stjórnsýsluréttarins.

1. Eins og rakið var hér að framan í köflum 2.1 og 2.13.2 er það undirstöðuregla íslenskrar stjórnskipunar að stjórnvöld eru bundin af lögum. Af lögmætisreglunni leiðir m.a. að þær ákvarðanir stjórnvalda, sem íþyngjandi eru fyrir aðila, verða að eiga sér skýra stoð í lögum. Í VII. kafla stjórnarskrárinnar er að finna strangari reglur til verndar mannréttindum en leiðir af lögmætisreglunni. Með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 var ákvæðum VII. kafla stjórnarskrárinnar breytt á ýmsa lund. Með nokkurri einföldun má segja að þessar breytingar ásamt þeirri réttarþróun sem orðið hefur síðustu ár hafi m.a. haft það í för með sér að aukin áhersla er nú lögð á að takmarkanir á athafnafrelsi manna og mannréttindum komi fram í settum lögum frá Alþingi en ekki reglugerðum eða öðrum stjórnvaldsfyrirmælum. Þannig gerði t.d. Hæstiréttur þá kröfu í hinu svonefnda Samherjamáli, *H 1996: 2956*, að löggjöfin hefði að lágmarki að geyma meginreglur þar sem fram kæmu takmörk og umfang þeirrar réttindaskerðingar sem talin væri nauðsynleg.

Í ljósi framanritaðs og með tilliti til réttaröryggis borgaranna er þýðingarmikið að almenn lög hafi að geyma einfaldar, skýrar og stöðugar reglur um réttindi og skyldur borgaranna. Miklu skiptir að lagaheimildir, sem veita stjórnvöldum heimild til að íþyngja borgurunum, séu skýrar og ótvíræðar að efni til og gangi ekki lengra en nauðsyn ber til. Sérstaklega ber að gæta þess að ný lög hafi ekki afturvirk áhrif fyrir þá sem réttinda njóta er ný lög taka gildi. Reynslan sýnir að mörg deilumál hafa risið um takmarkanir á atvinnuréttindum manna. Af

þeim sökum er mikilvægt að skýrt komi fram í lögum hvaða skilyrði þurfi að uppfylla til að fá leyfi sem er forsenda atvinnuréttinda. Hið sama gildir um þau skilyrði sem binda má leyfi og þær ástæður sem heimila afturköllun leyfis, auk annarra meginreglna um þau takmörk sem lögð eru á atvinnufrelsi manna á umræddu sviði.

2. Eins og vikið var að í kafla 2.2 er almennt viðtekið að fastmótaðar reglur búi borgurum meira réttaröryggi en matskenndar reglur. Í fastmótuðum reglum eru með tæmandi hætti talin þau skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi svo að ákvörðun með lögmaeltu efni verði tekin. Þegar um fastmótaðar reglur er að ræða er fyrir fram ljóst hvaða skilyrði þurfi að uppfylla svo að ákvörðun verði tekin. Beiting slíkra reglna er almennt fljótverk, ódýr og einföld fyrir stjórnvöld og krefst sjaldnast sérfróðra starfsmanna þar sem afgreiðslan byggist ekki á flóknu mati. Af þessum sökum verður því iðulega meiri festa og samræmi í framkvæmd þegar ákvarðanir byggjast á fastmótuðum reglum. Loks geta borgararnir almennt gert sér glögga grein fyrir því á brotalítinn hátt hvort stjórnvöld hafi afgreitt mál þeirra í samræmi við lög vegna hins fastmótaða efnis laganna. Af sömu ástæðu verður allt eftirlit og endurskoðun á því hvort stjórnvöld hafi farið að lögum tiltölulega auðvelt. Vegna allra þessara kosta fastmótaðra lagaákvæða er almennt eftirsóknarvert að setja slík ákvæði í lög þegar því verður við komið. Sé þessa sjónarmiðs gætt við lagasetningu eykur það mjög á réttaröryggi almennings.

Ef lítið er yfir þau lög sem sett hafa verið síðastliðinn áratug er í raun með nokkrum ólíkindum hversu heimildum stjórnvalda til töku lögbundinna ákvarðana hefur fækkað. Er svo komið að lögbundnar ákvarðanir eru næsta vandfundnar. Flestar stjórnvaldsákvarðanir eru nú komnar að einhverju leyti undir mati stjórnvalda. Hér virðist fremur um val á laga-
tæknilegri útfærslu að ræða hjá þeim er lagafrumvörp semja en að til þess standi ávallt nauðsyn að fela stjórnvöldum matskennda heimild til töku stjórnvaldsákvörðunar.

Þá er einnig til þess að líta að þegar ekki er mögulegt að sjá fyrir öll þau margbreytilegu tilvik sem að höndum kunna að bera á hlutaðeigandi sviði og bregðast við þeim með setningu fastmótaðra reglna eru aðstæður þó oft með þeim hætti að hægt er að notast við fastmótaðar reglur við lausn meiri hluta mála á hlutaðeigandi sviði. Oft er sú leið fær að lögfesta meginregluna með fastmótuðum reglum sem eiga við meiri hluta mála, en skilja síðan eftir matskennda undanþáguheimild fyrir stjórnvöld til að bregðast við afbrigðilegum málum. Þótt slík lagatæknileg útfærsla stuðli að auknu réttaröryggi og fyrirsjáanleika í lagaframkvæmd er hún ekki alltaf notuð þar sem þess er kostur. Þess í stað er stjórnvöldum oft í lögum veitt ein almenn og opin heimild til þess að taka matskenndar stjórnvaldsákvarðanir á hlutaðeigandi sviði.

3. Sum svið réttarins eru þannig vaxin að lögð er áhersla á að koma til móts við einstaklingsbundnar þarfir borgaranna við úrlausn hvers máls. Í slíkum tilvikum er sjaldnast hægt að nota fastmótaðar reglur. Það er því ljóst að ekki verður hjá því komist að hafa matskennd lagaákvæði og veita stjórnvöldum heimild til að taka matskenndar stjórnvaldsákvarðanir á ákveðnum sviðum réttarins. Annað mál er að lagatæknileg útfærsla lagaheimilda, sem veita stjórnvöldum heimild til töku matskenndra stjórnvaldsákvarðana, getur verið með mjög ólíkum hætti. Eins og vikið var að í kafla 2.3.2 hér að framan er það almennt til mikilla bóta og einfaldar töku matskenndrar ákvörðunar þegar í lögum er mælt fyrir um þau laga-
sjónarmið sem matskennd ákvörðun skal byggð á. Sem dæmi má nefna að í 2. mgr. 10. gr. barnalaga nr. 20/1992 er kveðið á um heimild sýslumanns til þess að úrskurða foreldri til greiðslu framfærslueyris hafi það ekki fullnægt framfærsluskyldu sinni gagnvart barni. Þessa

лагаheimild hefði verið hægt að orða sem almenna opna heimild til töku stjórnvalds-
ákvörðunar:

„Sýslumaður ákveður fjárhæð framfærslueyris.“

Í samræmi við vandaða löggjafarhætti voru á hinn bóginn lögfest helstu lagasjónarmið sem þessi matskennda ákvörðun skal byggð á. Ákvæði 2. mgr. 10. gr. barnalaga nr. 20/1992 hljóðar svo:

„Framfærslueyri skal ákveða með hliðsjón af þörfum barnsins og fjárhagsstöðu og öðrum högum beggja foreldra, þar á meðal aflahæfi þeirra.“

Slíkir löggjafarhættir einfalda ekki aðeins töku matskenndra ákvarðana heldur auka þeir einnig fyrirsjáanleika um lagaframkvæmd auk þess sem við því er að búast að allt eftirlit með störfum stjórnvalda verði beinskeyttara, hvort sem ákvarðanir stjórnvalda koma til endurskoðunar innan stjórnáskýrslunnar eða utan hennar hjá dómstólum eða hjá umboðsmanni Alþingis. Ekki verður annað séð en að almennt eigi að vera hægt að útfæra flestar matskenndar lagaheimildir með framangreindum hætti.

4. Á þeim sviðum þar sem myndast hefur fastmótuð stjórnsýsluframkvæmd við beitingu matskenndra lagaheimilda er það almennt mjög til skýringarauka þegar stjórnvöld útbúa yfirlit um framkvæmdina. Þegar leyst er úr máli í samræmi við hina venjubundna framkvæmd er síðan hægt að vitna til yfirlitsins í rökstuðningi og láta það fylgja með þegar ákvörðun er tilkynnt.

Hér á landi hafa stjórnvöld lítið gert af því að útbúa yfirlit um venjubundna stjórnsýsluframkvæmd. Án efa gæti það hins vegar gert stjórnsýsluna gegnsærri og fyrirsjáanlegri.

2.14.3. *Álitaefni er tengjast sjálfstjórn sveitarfélaga.*

1. Í hvert sinn er Alþingi felur sveitarfélögum ný verkefni er brýnt að skýr afstaða sé tekin til þess í lögum hvort sveitarstjórn sé falin sjálfstjórn á umræddu sviði þannig að ólíkar reglur geti gilt á milli sveitarfélaga eða hvort sveitarstjórn er einvörðungu falin framkvæmd laga sem ætlunin er að verði samræmd hjá öllum sveitarfélögum. Lög eru ekki alltaf nægileg skýr um þessi grundvallaratriði.

Þar sem sveitarfélögum er fengin sjálfstjórn og þeim ætlað að setja nánari reglur um rétt eða skyldu íbúa sveitarfélagsins er brýnt að slík reglusetning dragist ekki úr hömlu. Til að bregðast við vanda af þessum toga er hægt að koma því svo fyrir í lögum að ráðherra á hlutaðeigandi sviði gefi út reglur sem gilda skulu þar til sveitarfélag hefur sjálft sett sér reglur á umræddu sviði. Þessi leið var farin í 25. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998 og í 49. gr. eldri sveitarstjórnarlaga nr. 8/1986. Í 25. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998 er mælt svo fyrir að sveitarstjórnir skuli setja sér fundarsköp sem senda skuli ráðuneytinu til staðfestingar ásamt samþykkt skv. 10. gr. Jafnframt var ráðuneytinu falið að semja fyrirmynd að fundarsköpum fyrir sveitarstjórnir og birta hana í Stjórnartíðindum. Skal sú fyrirmynd gilda sem fundarsköp fyrir sveitarstjórn þar til staðfest hafa verið sérstök fundarsköp fyrir hana.

Í ljósi reynslunnar hefði verið æskilegt að framangreind leið hefði t.d. verið farin að því er snertir reglur um framkvæmd félagsþjónustu sveitarfélaga, sbr. kafla. 2.12 hér að framan.

2. Svo að um réttaröryggi sé að ræða í skiptum borgaranna og stjórnvalda verða borgararnir að eiga kost á því að kynna sér gildandi réttarreglur og sjá fyrir hvaða afleiðingar

ákveðnar athafnir þeirra munu hafa að lögum. Af þessum sökum verða lög og reglur að vera birtar og almenningi aðgengilegar.

Mikilvægt er að bætt verði úr þeim brotalöfum sem eru hjá sveitarfélögum á birtingu samþykktá og reglna sem sveitarstjórnir setja og ekki er lögmælt að ráðherra staðfesti en hafa að geyma ákvæði er snerta rétt eða skyldu íbúa sveitarfélagsins.

Í þessu sambandi væri rétt að taka til athugunar hvort ástæða sé til að breyta lögum nr. 64/1943, um birtingu laga og stjórnvaldaerinda. Þannig mætti hugsa sér að fullgild birting reglna sem stafa frá sveitarstjórnnum færi fram á sérstökum miðlægum gagnagrunni sem aðgengilegur væri öllum að kostnaðarlausu. Með slíkum miðlægum gagnagrunni skapaðist góð yfirsýn yfir allar gildandi reglur fyrir hvert og eitt sveitarfélag og hægt væri að nálgast reglurnar á mjög einfaldan hátt.

Þar sem allar þær reglur, sem sveitarfélög hafa sett, eru töluverðar að vöxtum er ljóst að því mundi fylgja umtalsverður kostnaður að birta þær í B-deild Stjórnartíðinda. Birting á sérstökum miðlægum gagnagrunni yrði miklum mun ódýrari en útgáfa þeirra í Stjórnartíðindum.

Þá skal minnt á að samkvæmt niðurstöðum nýlegra kannana Gallup hafa hlutfallslega fleiri heimili og fyrirtæki á Íslandi aðgang að netinu en í nokkru öðru landi. Þannig sögðust 82% svarenda á aldrinum 16–75 ára hafa aðgang að netinu á heimili sínu, í vinnu eða skóla. Til samanburðar skal þess getið að áskrifendur að Stjórnartíðindum eru nú u.þ.b. 1.300. Ætla verður að það hafi ekki síst verið með tilkomu tölvutækra lagasafna, svo og gagnagrunns Alþingis sem jafnframt veitir aðgang að lagasafni án endurgjalds, að áskrifendum Stjórnartíðinda hefur fækkað jafnt og þétt. Til samanburðar má geta þess að áskrifendur að Stjórnartíðindum voru rúmlega 1.700 árið 1994.

Samkvæmt framansögðu mundi því birting reglna, sem stafa frá sveitarstjórnnum, á sérstökum lögmæltum miðlægum gagnagrunni í senn leiða til sparnaðar og auðvelda verulega aðgengi almennings að þeim.

2.14.4. Málsmeðferðarreglur.

Á 19. öld var höfuðáherslan lögð á fastmótaðar, skýrar og tæmandi reglur í lögum til þess að tryggja réttaröryggi einstaklinga. Eins og vikið hefur verið að hér að framan er hins vegar ekki mögulegt að sjá fyrir öll þau margbreytilegu tilvik sem að höndum kunna að bera og bregðast við með slíkum reglum í nútímaþjóðfélagi. Þetta verður þeim mun óviðráðanlegra eftir því sem samfélagið verður flóknara. Á fyrri hluta 20. aldar varð ljóst að óhjákvæmilegt væri að fjölga lagaákvæðum sem veittu stjórnvöldum heimild til töku matskenndra stjórnvaldsákvæðana.

Þegar ekki var lengur hægt að tryggja réttaröryggi borgaranna með skýrum fastmótuðum efnisreglum kom til álita hvernig hægt væri að gera það á annan hátt. Annars staðar á Norðurlöndum sem og víðar virðist sem leitast hafi verið við að tryggja réttaröryggi með því að gera auknar kröfur til undirbúnings og meðferðar stjórnsýslumála (d. procesretssikkerhed). Áherslan fluttist því frá efnislegum þætti réttaröryggisins yfir á réttaröryggi við málsmeðferð. Fljótt á litið virðist þetta skynsamlegt, ekki síst þegar haft er í huga að margar málsmeðferðarreglur tengjast náð efnisreglum stjórnsýsluréttarins. Þannig er það t.d. markmið hinna sérstöku hæfisreglna stjórnsýsluréttarins að koma í veg fyrir að ómálefnaleg sjónarmið hafi áhrif á úrlausn máls. Við nánari athugun kemur hins vegar í ljós að enda þótt málsmeðferðarreglur stuðli að því að allar nauðsynlegar upplýsingar liggi fyrir svo að hægt sé að taka ákvörðun í máli, og sporni jafnframt við því að ákvörðun taki starfsmaður sem

líklegur er til að láta stjórnast af ómálefnalegum sjónarmiðum, getur vönduð málsmeðferð ekki ráðið bót á þeim vandamálum sem upp rísa þegar *efnisgrundvöllur málsins er óljós*. Ef óvissa er t.d. um hvaða sjónarmið nota megi til fyllingar á matskenndri reglu eða hvert innbyrðis vægi þeirra eigi að vera leysa málsmeðferðarreglur þar ekki úr. Málsmeðferðarreglur eru því ekki nothæfar til þess að leysa úr vandamálum er lúta að réttaróvissu um efnisgrundvöll máls. Af þeim sökum verður að vanda til framsetningar efnisreglna stjórnsluréttarins, svo sem rakið hefur verið hér að framan.

2.14.5. Lagaskrifstofa eða lagaráð?

Yfirgnæfandi meiri hluti þeirra lagafrumvarpa sem samþykkt eru á hverju þingi stafar frá stjórnarráðinu. Annars staðar á Norðurlöndum er það liður í starfi þeirra ráðuneyta sem fara með stjórnarfar almennt, oftast dómsmálaráðuneyta, að starfrækja sérstakar lagaskrifstofur sem hafa það hlutverk með höndum að fara yfir stjórnarfrumvörp og kanna m.a. hvort einhverjir lagatæknilegir hnökrar eru á þeim, auk þess sem kannað er hvort frumvarpið sé samrýmanlegt ákvæðum stjórnarskrár.

Hér á landi er ekki starfandi lagaskrifstofa hjá Stjórnarráði Íslands sem hefur það hlutverk að gera lögfræðilega athugun á öllum stjórnarfrumvörpum áður en þau eru lögð fyrir Alþingi. Þá er heldur ekki starfandi lagaráð hjá Alþingi sem hefur þetta hlutverk með höndum.

Þar sem ekki er farið bæði ítarlega og skipulega yfir öll lagafrumvörp og kannað hvort lagatæknilegir ágallar eru á þeim áður en þau eru lögð fyrir Alþingi og samþykkt sem lög þarf ekki að koma á óvart að miklu fleiri hnökrar eru á íslenskri löggjöf en á löggjöf annars staðar á Norðurlöndum. Umboðsmaður Alþingis sá t.d. tilefni til að vekja athygli Alþingis á „meinbugum“ á lögum í 45 af fyrstu 2.000 málunum sem hann fékk til afgreiðslu, sbr. *SUA 1997:34*. Til samanburðar skal þess getið að þetta eru fleiri mál en umboðsmaður danska þingsins hefur fengið við og snerta „meinbugi“ á lögum allt frá því að það embætti var stofnað árið 1954 og hafa þar að meðaltali komið u.þ.b. 3.000 mál til afgreiðslu árlega síðastliðinn áratug. Sem dæmi um þá hnökra, sem umboðsmaður Alþingis hefur bent á í löggjöf hér á landi, má nefna mismunur eða árekstra á milli lagaákvæða, prentvillur, óskýran texta, að gerður sé að lögum mismunur á milli manna, án þess að til þess standi viðhlítandi rök, og að ákvæði laga séu ekki í samræmi við stjórnarskrá eða þær skuldbindingar sem Ísland hefur undirgengist samkvæmt alþjóðasáttmálum til verndar mannréttindum.

Vart er við því að búast að hnökrum á íslenskri löggjöf fækki nema fundin verði leið til þess að vanda betur gerð lagafrumvarpa. Mikilvægt er að tekið verði til athugunar hvort ekki sé ástæða til að koma á fót lagaskrifstofu við Stjórnarráð Íslands í þessu skyni.

2.14.6. Menntun og endurmenntun opinberra starfsmanna.

Af lestri kafla 2.1–2.12 má ljóst vera að almennar efnisreglur stjórnsluréttarins eru nokkuð flóknar og ákveðinnar lágmarksþekkingar í lögfræði er þörf svo að unnt sé beita þeim rétt.

Út frá því var gengið á fyrri hluta tuttugustu aldar að verulegur hluti starfsmanna stjórnslunnar væru lögfræðingar. Nú á tímum er þessu ekki svo farið. Óhjákvæmilega hljóta því að rísa vandamál þegar opinberir starfsmenn með aðra menntun en lögfræði koma að töku ákvarðana og beitingu almennra efnisreglna stjórnsluréttarins hafi þeir ekki hlotið grunnmenntun á þessu sviði.

Við Háskóla Íslands hefur ekki verið í boði sérstakt námskeið á sviði stjórnsýsluréttar fyrir nemendur annarra deilda en lagadeildar sem hug hafa á að starfa við opinbera stjórnsýslu. Brynt er að úr þessu verði bætt.

Eftir að stjórnsýslulög og upplýsingalög tóku gildi var boðið upp á námskeið fyrir starfsmenn stjórnsýslunnar um þau lög. Endurmenntun starfsmanna ríkis og sveitarfélaga er á hinn bóginn ekki skipuleg og markviss á sviði stjórnsýsluréttar. Þannig virðist ekki vera í gildi markviss endurmenntunarstefna sem felur það í sér að nýir starfsmenn, sem fá það hlutverk að taka ákvarðanir um rétt eða skyldu borgaranna, séu sendir á grunnnámskeið til að læra þær almennu reglur stjórnsýsluréttarins, sem gilda um meðferð opinbers valds við töku stjórnvaldsákvarðana, þegar þeir koma til starfa. Ekki þarf því að koma á óvart að þegar mistök verða við úrlausn einstakra mála virðist oft um að kenna vankunnáttu starfsmanna við undirbúning, meðferð eða úrlausn máls.

Í mörgum nágrannalöndum okkar eru starfandi stjórnsýsluskólar fyrir starfsmenn stjórnsýslu ríkis eða sveitarfélaga. Slíkur skóli er ekki starfræktur hér á landi. Þó ver ríkið árlega á bilinu 300–500 millj. kr. í endurmenntun starfsmanna ríkisins með ýmsu móti. Sveitarfélög verja einnig miklum fjármunum til endurmenntunar starfsmanna sinna. Spyrja má hvort því sé stjórnað nógu markvisst að þessir fjármunir séu nýttir á sem árangursríkastan hátt til þess að mæta þörfum stjórnsýslunnar.

Hvað sem líður öllum umbótum við gerð lagafrumvarpa og stjórnvaldsfyrirmæla er ljóst að þörf er á að móta markvissari endurmenntunarstefnu bæði hjá ríki og sveitarfélögum varðandi endurmenntun þeirra starfsmanna og nefndarmanna sem fara með opinbert vald til þess að taka ákvarðanir um rétt eða skyldu borgaranna.

2.14.7. Siðareglur opinberra starfsmanna.

Hér á landi hafa ekki verið skráðar almennar siðareglur fyrir opinbera starfsmenn, en ýmis lög, sem taka til athafna opinberra starfsmanna, eru þó byggð á siðferðisreglum eins og nánar var að vikið í kafla 2.13 hér að framan. Þar má t.d. nefna almenn hegningarlög nr. 19/1940, stjórnsýslulög nr. 37/1993, upplýsingalög nr. 50/1996, lög nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, lög nr. 88/1997, um fjárreiður ríkisins, og lög nr. 144/1998, um refsíabyrgð lögaðila vegna mútugreiðslu til opinbers starfsmanns.

Efnahagssamvinnu- og framfarastofnunin (OECD) hefur gefið út leiðbeiningar um siðferði í opinberri stjórnsýslu.¹⁹ Samkvæmt þeim er það ein meginforsenda góðs siðferðis opinberra starfsmanna að til þeirra séu gerðar skýrar kröfur og að þeir séu upplýstir um hverjar þær séu. Af hálfu starfsmannaskrifstofu fjármálaráðuneytisins hefur verið tekin saman skrá yfir helstu meginreglur framangreindra laga er snerta kröfur til háttsemi ríkisstarfsmanna. Skráin er hvorki tæmandi né er henni ætlað að koma í stað lagareglanna eða raunverulegra siðareglna. Markmið skrárinnar er að draga fram kjarna þeirra krafna sem gerðar eru til ríkisstarfsmanna og vera grundvöllur að umræðum. Hér á eftir fer fyrirnefnd skrá fjármálaráðuneytisins:

¹⁹ Recommendation on improving ethical conduct in the public service, samþykkt í OECD-ráðinu 23. apríl 1998.

Kröfur til háttsemi starfsmanna ríkisins.

1. Ríkisstarfsmaður virðir meginreglur góðs stjórnarfars:

- c. Er ábyrgur fyrir ákvörðunum, árangri og háttsemi.
- d. Er óhlutdrægur og hlutlaus.
- e. Gætir sjónarmiða um lögmæti, hlutlægni, jafnræði og meðalhóf.
- f. Gætir sjónarmiða um aðgang að upplýsingum og gegnsæi stjórnsýslunnar.

2. Ríkisstarfsmaður er til fyrirmyndar um fagleg vinnubrögð og háttsemi:

- g. Rækir starf sitt með alúð og samvirkusemi, gætir kurteisi, lipurðar og réttssýni og veitir aðstoð og leiðbeiningar.
- h. Hlýðir löglegum fyrirskipunum yfirmanna og gegnir skyldum sínum.
- i. Forðast að hafast nokkuð það að í starfi sínu eða utan þess sem er honum til vanvirðu eða álitshnekkis.
- j. Forðast háttsemi sem er ósæmileg, óhæfileg eða ósamrýmanleg starfinu.

3. Ríkisstarfsmaður gegnir starfi sínu eins vel og honum er unnt:

- k. Sýnir stundvísi.
- l. Gegnir störfum af kunnáttu, vandvirkni og varast hvers kyns vanrækslu.
- m. Gætir þess að fjárhagsráðstafanir sem hann ber ábyrgð á séu í samræmi við heimildir.
- n. Viðheldur fullnægjandi kunnáttu.
- o. Sýnir fullnægjandi árangur.

4. Ríkisstarfsmaður notar aðstöðu sína og vald aðeins í þágu almannahagsmuna:

- p. Tekur ekki við eða heimtar gjafir eða annan ávinning sem hann á ekki tilkall til í sambandi við framkvæmd starfa síns.
- q. Gætir réttssýni við úrlausn máls og misbeitir ekki valdi sínu.
- r. Misnotar ekki stöðu sína sér eða öðrum til ávinnings.
- s. Virðir trúnað og gætir þagmælsku um atriði er hann fær vitneskju um í starfi sínu og leynt skulu fara.

5. Ríkisstarfsmaður sýnir varkárni varðandi persónulega háttsemi:

- Varast háttsemi sem er ósamrýmanleg starfinu (þ.m.t. brot á hegningarlögum).
- Tekur ekki við launuðu starf í þjónustu annars aðila, stjórnarsetu atvinnufyrirtækis eða stofnar atvinnufyrirtæki án þess að skýra vinnuveitanda frá því.
- Heldur reglu á persónulegum fjárreiðum, sérstaklega ef hann ber ábyrgð á opinberum fjárreiðum.

Svo að siðareglur komi að sem mestu gagni þurfa þær jafnan að vera sniðnar sérstaklega að aðstæðum starfsmanna á hverju sviði stjórnsýslunnar. Oft ræðst það af skýrleika gildandi *réttarreglna* á ákveðnu sviði hvort þörf er fyrir sérstakar siðareglur. Þannig má t.d. hugsa sér að skráðar verði reglur um það hvort og þá hvaða gjafir, veitingar eða viðurgjörning opinberir eftirlitsmenn mættu þiggja frá þeim sem eftirlitið lýtur að. Í þessu sambandi er rétt að hafa í huga að skv. 128. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 varðar það fangelsi allt að sex árum ef opinber starfsmaður heimtar, tekur við eða lætur lofa sér eða öðrum gjöfum

eða öðrum ávinningi, sem hann á ekki tilkall til, í sambandi við framkvæmd starfa síns.²⁰ Það er m.a. skilyrði skv. 128. gr. að sýnt sé annars vegar fram á *orsakatengsl* milli mútunnar og framkvæmdar starfans og hins vegar að opinber starfsmaður eigi *ekki tilkall* til ávinningsins.²¹ Síðarnefnda skilyrðið er almennt talið þrengja efnissvið ákvæðisins töluvert. Þannig eru t.d. tækifærisgjafir í þakklætisskyni fyrir vel unnin störf, í tilefni af afmæli, stöðuskiptum eða lausn úr starfi, ekki taldar falla undir ákvæðið. Þá hefur einnig verið bent á að í framkvæmd sé matið á því hvort um óréttmætan ávinning sé að ræða torvelt þegar athafnir hins opinbera starfsmanns sem gáfu tilefni til umbunar hafa ekki verið brot gegn starfskyldum.²²

Að framansögðu athuguðu er því ljóst að ekki er í öllum tilvikum *refsivert* fyrir opinbera starfsmenn að taka við gjöfum. Á hinn bóginn er ekki hægt að líta á ákvæðið sem tæmandi talningu á þeim tilvikum hvenær opinberum starfsmönnum er skylt að hafna gjöfum eða ávinningi í starfi sínu á grundvelli *starfsskyldna* sem á þeim hvíla, þótt brot á þeim varði ekki refsingu.

Hæfisreglur stjórnsluréttarins eru m.a. byggðar á siðferðisreglum. Á grundvelli hæfisreglna stjórnsluréttarins verður að telja að opinberum starfsmanni geti verið skylt að hafna gjöfum frá einkaaðila, sem honum eru boðnar vegna rækslu starfa hans verði talið að eðli ávinningsins eða aðstæður að öðru leyti séu með þeim hætti að þær séu til þess fallnar að draga úr trú á óhlutdrægni starfsmannsins við rækslu starfa hans.²³

Framangreind regla, sem dregin er af hæfisreglum stjórnsluréttarins, er afar matskennd. Æskilegt er því, a.m.k. á ákveðnum sviðum stjórnslunnar, að reglan sé færð nákvæmar út, hvort sem það er gert með almennum innri stjórnvaldsfyrirmælum, erindisbréfum eða skráðum siðareglum. Þannig er æskilegt að skýrari reglur gildi um það hvort og þá hvaða gjafir starfsmönnum sé heimilt að þiggja sem ákvæði 128. gr. almennra hegningarlaga taka ekki til. Þannig getur t.d. verið ástæða til að taka afstöðu til þess *hvort* opinberum starfsmönnum eigi að vera heimilt að taka við gjöfum, t.d. á stórafmælum eða um áramót, að þeim skilyrðum uppfylltum að gjafirnar séu táknrænar, gefnar í kurteisisskyni og hafi lítið verðmæti.

Að síðustu er rétt að minna á að vandaðar og ítarlegar siðareglur leysa ekki allan þann vanda, sem hér hefur verið til umræðu því að sífellt koma upp ný siðferðileg álitafni. Á sumum sviðum stjórnslunnar kann því að vera vænlegra til árangurs að auka færni ríkisstarfsmanna til að fást við vandamál af þessum toga með menntun og þjálfun í að hugsa og ræða um siðferðileg efni, enda byggist góð stjórnslu m.a. á vel menntuðu starfsfólki með sjálfstæða siðferðilega hugsun og dómgreind. Þegar best lætur fer menntun starfsmanna og skráning siðareglna þó saman, þ.e. þegar skráning þeirra er a.m.k. öðrum þræði afurð af glímu starfsmannanna sjálfra við siðferðileg viðfangsefni.

²⁰ Sjá nánar Jónatan Þórmundsson: Mútur, bls. 376–384, Úlfjótur, 4. tbl. 1973.

²¹ Sjá hér t.d. *H 1944:219*. A vann að úthlutun skömmtunarseðla á vegum Reykjavíkurbæjar. Hann dró sér nokkra seðla og afhenti þá B gegn greiðslu. A var dæmdur í sex mánaða fangelsi fyrir brot á 128. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, svo og fyrir brot á öðrum ákvæðum laganna.

²² Hurwitz: Kriminalret. Speciel del, bls. 43–44 (1955).

²³ Sjá hér til hliðsjónar FOB 1976:83.

3. STJÓRNSÝSLUKERFIÐ OG EFTIRLIT MEÐ STARFSEMI STJÓRNVALDA

3.1. Inngangur.

Eftirlit með stjórnsýslunni er annars vegar innbyggt í sjálft stjórnsýslukerfið og hins vegar utanaðkomandi. Í þessum kafla verður höfuðþáttum stjórnkerfis ríkisins lýst og á hvern hátt eftirlit er innbyggt í það. Að því búnu verður í stuttu máli vikið að eftirliti annarra aðila með stjórnsýslunni.

Í þessum kafla verður eingöngu fjallað um eftirlit með störfum stjórnvalda. Lögmælt eftirlit stjórnvalda með athöfnum einstaklinga og félögum þeirra er því undanskilið þessari umfjöllun.

3.2. Almenn um stjórnunar- og eftirlitsheimildir.

3.2.1. Almenn um eftirlit.

Ákveðnar stjórnunarheimildir felast í því stjórnsýslusambandi sem er á milli ráðherra og lægra settra stjórnvalda. Þessar stjórnunarheimildir eru kallaðar *almennar stjórnunarheimildir* og verður nánar að þeim vikið í kafla 3.3.3.2 hér á eftir. Á sama hátt hvílir á ráðherra ákveðin eftirlitsskylda með stjórnvöldum sem honum eru lægra sett. Þessi eftirlitsskylda er nefnd *almenn eftirlitsskylda*. Starfsmenn ráðuneyta annast oft stjórnun og eftirlit með lægra settum stjórnvöldum í umboði ráðherra. Í lögum kann ráðherra jafnframt að vera falið að fara með *sérstakar stjórnunarheimildir eða eftirlitsskyldur* umfram það sem leiðir af þessu stjórnsýslusambandi. Inntak þessara heimilda ræðst þá af túlkun viðkomandi laga.

Stundum hefur verið komið á fót sérstökum eftirlitsstofnunum eða mælt fyrir um eftirlitsskyldu stjórnvalda, sem jafnframt hafa önnur verkefni með höndum. Í slíkum tilvikum ræðst það nær alveg af hlutaðeigandi lögum að hvaða þáttum eftirlitið snýr hvernig haga eigi eftirlitinu, þar á meðal um upplýsingaöflun, og til hvaða úrræða stjórnvald geti gripið þegar kemur í ljós að hin eftirlitsskylda starfsemi er ekki í samræmi við lög.

3.2.2. Eftirlit í formi endurskoðunar á tiltekinni ákvörðun.

3.2.2.1. Inngangur.

Í stjórnsýslurétti eru til sérstök réttarúrræði sem fela í sér eftirlit í formi endurskoðunar á tiltekinni stjórnvaldsákvörðun eða almennum stjórnvaldsfyrirmælum. Með töluverðri einföldun er hægt að flokka þessi réttarúrræði eftir því hver á *frumkvæði* að því að fá ákvörðun endurskoðaða og á hvaða *stjórnsýslustigi* endurskoðunin fer fram.

	Frumkvæði aðila máls ↓	Frumkvæði stjórnsýslunnar ↓
Lægra sett stjórnvald endurskoðar ákvörðun →	Endurupptaka máls	Afturköllun
Æðra sett stjórnvald endurskoðar ákvörðun lægra setts stjórnvalds →	Stjórnsýslukæra	Frumkvæðiseftirlit

Þessum réttarúrræðum til viðbótar er síðan eftirlit með lögmæti ákvarðana og almennra stjórnvaldsfyrirmæla sem fram fer í tilefni af því að lögmælt er að tiltekið stjórnvald skuli

staðfesta ákvörðun eða almenn stjórnvaldsfyrirmæli sem stafa frá öðru stjórnvaldi áður en ákvörðun eða fyrirmælin öðlast gildi.

Hér á eftir verður stuttlega vikið að þessum réttarúrræðum.

3.2.2.2. Endurupptaka máls.

Eftir að stjórnvaldsákvörðun hefur verið tekin í máli og birt aðila þess getur vaknað sú spurning hvort hægt sé að fá henni breytt eða fellda niður. Aðili máls getur átt frumkvæði að því að ákvörðun í máli hans verði endurskoðuð, annars vegar með beiðni um endurupptöku málsins til sama stjórnvalds og ákvörðun tók og hins vegar með stjórnsýslukæru, sem vikið verður að í næsta kafla.

Í 24. gr. stjórnsýslulaga er almenn heimild til endurupptöku máls hafi ákvörðun annaðhvort byggst á ófullnægjandi eða röngum upplýsingum um málsatvik eða íþyngjandi ákvörðun um boð eða bann hefur byggst á atvikum sem breyst hafa verulega frá því að ákvörðun var tekin.

Þá er sérstakar heimildir til endurupptöku mála stundum að finna í einstaka lögum. Loks er almennt talið að stjórnvaldi sé heimilt að verða við erindi aðila um endurupptöku máls hans á grundvelli óskráðrar meginreglu ef ákvörðunin er haldin verulegum annmarka.

Þegar fram kemur ósk um endurupptöku frá aðila máls og skilyrði eru til að verða við henni ber almennt að haga undirbúningi, meðferð og úrlausn þess með sama hætti og um nýtt mál væri að ræða.

3.2.2.3. Stjórnsýslukæra.

Með stjórnsýslukæru er átt við það réttarúrræði þegar aðili máls eða annar sá sem kærurétt á skýtur stjórnvaldsákvörðun til æðra stjórnvalds sem skylt er að endurskoða ákvörðunina.

Samkvæmt 26. gr. stjórnsýslulaga er aðila máls heimilt að kæra stjórnvaldsákvörðun til æðra stjórnvalds til þess að fá hana fellda úr gildi eða henni breytt, nema annað leiði af lögum eða venju. Í öðrum lögum er jafnframt að finna sérstakar heimildir til þess að kæra ákvarðanir og fá þær endurskoðaðar.

Stjórnsýslukæra er almennt talin ódýr, skilvirk og fremur einföld leið til þess að fá ákvörðun endurskoðaða. Þá hafa æðri stjórnvöld yfirleitt nokkuð rúma heimild til þess að endurskoða matskenndar ákvarðanir lægra settra stjórnvalda ríkisins, auk þess sem þeim er ekki aðeins heimilt að fella ákvörðun niður heldur hafa þau oftast einnig vald til þess að taka nýja ákvörðun í staðinn.

Sem réttarúrræði er stjórnsýslukæra sérstök að því leyti að hún geymir bæði eftirlitsheimildir, m.a. í þágu réttaröryggis borgaranna, og stjórnunarheimildir, þar sem lægra sett stjórnvöld eru almennt bundin við fordæmi úrskurða æðri stjórnvalda.

3.2.2.4. Afturköllun.

Með afturköllun er í stjórnsýslurétti átt við það þegar stjórnvald tekur að eigin frumkvæði aftur lögþæta ákvörðun sína sem þegar hefur verið birt málsaðila.

25. gr. stjórnsýslulaga hefur að geyma almenna heimild til að afturkalla ákvörðun þegar það er ekki til tjóns fyrir aðila málsins eða ákvörðun er haldin ógildingarannmarka. Jafnframt er aðrar heimildir til afturköllunar víða að finna í lögum. Þá er stjórnvöldum stundum heimilt í ólögákveðnum tilvikum að afturkalla ákvörðun að uppfylltum ákveðnum skilyrðum.

Tilfni til að afturkalla stjórnvaldsákvörðun getur komið í ljós við *eftirlit* hjá stjórnvaldi.

Við tiltekin skilyrði getur stjórnvald þá afturkallað ákvörðun sína að eigin frumkvæði að undangenginni lögboðinni málsmeðferð samkvæmt stjórnsýslulögum.

3.2.2.5. Frumkvæðiseftirlit með lægra settum stjórnvöldum.

Æðra stjórnvald getur að eigin frumkvæði tekið mál til umfjöllunar og úrskurðar sem lægra sett stjórnvald hefur lokið ákvörðun á. Nokkur réttaróvissa ríkir þó um hversu víðtækar þessar heimildir æðri stjórnvalda séu. Til viðmiðunar virðist mega leggja að æðra stjórnvaldi sé a.m.k. heimilt að taka þau mál til umfjöllunar og úrskurðar að eigin frumkvæði sem hinu lægra setta stjórnvaldi er heimilt að afturkalla.

Fyrir kemur að frumkvæðiseftirlit sé lögmælt. Það á einkum við þegar slík heimild hefur verið færð frá hlutaðeigandi ráðherra til lægra setts stjórnvalds. Þannig er t.d. ríkisskattstjóra heimilt að taka mál til meðferðar og breyta ákvörðun skattstjóra að ákveðnum skilyrðum uppfylltum, sbr. 2. og 3. mgr. 101. gr. laga nr. 75/1981, um tekjuskatt og eignarskatt.

3.2.2.6. Eftirlit við staðfestingu.

Almennt er á því byggt að lagaákvæði, sem mæla fyrir um samþykki eða staðfestingu stjórnvalds á ákvörðunum, reglum eða áætlunum annars aðila, feli í sér skyldu fyrir viðkomandi stjórnvald til endurskoðunar eða eftirlits með lögmæti hlutaðeigandi gernings. Í sumum tilvikum miðar slíkt eftirlit jafnframt að því að ná fram öðrum markmiðum.

Hluti af eftirliti með stjórnsýslu sveitarfélaga fer fram með staðfestingu ráðherra á ákvörðunum eða reglum sveitarfélaga.

Í *SUA 1997:285 (309)* fjallaði umboðsmaður Alþingis um staðfestingu umhverfisráðherra á gjaldskrá sveitarfélags samkvæmt þágildandi 3. mgr. 5. gr. laga nr. 81/1988, um hollustuhætti og heilbrigðiseftirlit. Í ljósi framangreindra réttarreglna taldi umboðsmaður að við staðfestingu á slíkri gjaldskrá yrði umhverfisráðherra að gæta að því að ákvörðun um gjald væri tekin af aðila sem til þess væri bær að undangenginni lögmætri málsmeðferð. Þá bæri umhverfisráðherra að gæta að því að efni gjaldskrárinnar hefði næga lagastoð og væri í samræmi við lög og grundvallarreglur stjórnsýsluréttar, þar á meðal að þjónustugjald væri ekki hærra en sá kostnaður sem almennt hlytist af því að veita umrædda þjónustu. Í því skyni væri umhverfisráðherra rétt að kalla eftir þeim útreikningum sem ákvörðun á fjárhæð gjalda byggðist á. Um skyldu stjórnvalds til að endurskoða eða hafa eftirlit með lögmæti þeirra reglna sem eftirlit lýtur að má jafnframt benda á *SUA 1994:104* og *SUA 1995:407*.

3.3. Almennt um beitingu stjórnunar- og eftirlitsheimilda.

3.3.1. Stjórnunar- og eftirlitsheimildir innan stjórnvalds.

Stjórnvöld eru oft uppbyggð með þeim hætti að yfirmanni er formlega falið að fara með valdheimildir stjórnvaldsins. Aðrir starfsmenn fara þá með þau störf, sem yfirmaðurinn felur þeim með innra valdframsali í krafti stjórnunarheimilda sinna. Af þessu fyrirkomulagi leiðir að yfirmaðurinn getur gefið einstökum starfsmönnum bæði almenn og sérstök fyrirmæli um rækslu þeirra starfa sem þeim eru falin. Yfirmaðurinn getur þannig tekið til sín einstök mál og leyst úr þeim sjálfur. Jafnframt getur hann breytt ákvörðun undirmanns þangað til hún er birt. Loks getur hann, innan ramma laga, afturkallað þegar birtar ákvarðanir sem undirmaður hans hefur tekið.

Yfirmaður stofnunar og þeir starfsmenn sem hann felur slík verkefni hafa í senn heimild og bera skyldu til að fylgjast með og hafa eftirlit með störfum undirmanna sinna. Eftirlitið á bæði að tryggja að ákvarðanir séu teknar og önnur störf stjórnvaldsins innt af hendi á lög-

mætan, réttmætan og samræmdan hátt, svo og að fjármunir stjórnvaldsins séu notaðir á árangursríkan og hagkvæman hátt.

3.3.2. Stjórnunar- og eftirlitsheimildir innan stjórnvælfunefnda.

Stjórnvælfunefndir eru einn undirflokkur stjórnvalda, en undir hann falla þau stjórnvöld þar sem fleiri menn annast í sameiningu stjórnvælfu, t.d. í nefnd, ráði, stjórn o.s.frv. Meginreglan er sú að nefndarmenn eru jafnsettir með tilliti til stjórnunar- og eftirlitsheimilda því að sérhver ákvörðun um að beita slíkum heimildum fer að vilja meiri hluta nefndarmanna hverju sinni að undangenginni atkvæðagreiðslu á fundi. Frá þessari meginreglu kunna að vera undantekningar í lögum. Þannig er stundum mælt fyrir um sérstakar heimildir formanns við undirbúning, meðferð og úrlausn máls.

Þegar stjórnvælfunefndir fá mörg mál til úrlausnar er sá háttur oft hafður á að undirnefnd, formanni eða starfsmanni nefndar er falið að undirbúa mál. Í slíkum tilvikum hefur stjórnvælfunefndin allar sömu stjórnunar- og eftirlitsheimildir gagnvart undirnefnd, formanni eða starfsmanni eins og áður var rakið að yfirmaður stofnunar hefði gagnvart undirmönnum sínum.

3.3.3. Stjórnunar- og eftirlitsheimildir á milli stjórnvalda.

3.3.3.1. Inngangur.

Það er ávallt mikilvægt að skýrt liggi fyrir hvort eitt stjórnvald hefur stjórnunar- og eftirlitsheimild gagnvart öðru stjórnvaldi, og ef svo er þá hverjar þessar heimildir nákvæmlega eru. Með öðrum orðum er mikilvægt að skýrt liggi fyrir hvort á milli tiltekinna stjórnvalda er stjórnvælfusamband og þá hvers kyns það sé.

Eftirlitsheimildir byggjast í meginatriðum á tvenns konar grundvelli. Annars vegar á grundvelli almennra yfirstjórnunarheimilda æðra stjórnvalds gagnvart lægra settu og hins vegar á sérstökum lagafyrirmælum um eftirlit.

3.3.3.2. Stjórnunar- og eftirlitsheimildir æðri stjórnvalda með lægra settum stjórnvöldum.

Stjórnvælfu ríkisins er stigskipt á þann hátt að æðri stjórnvöld hafa yfirstjórn og eftirlit með þeim stjórnvöldum sem lægra eru sett. Þessi stigskipting verður yfirleitt leidd af túlkun laga. Þegar í ljós hefur verið leitt að stjórnvald sé lægra sett gagnvart ákveðnum ráðherra, leiðir af þessu stjórnvælfusambandi að viðkomandi ráðherra hefur almennar stjórnunar- og eftirlitsheimildir með hlutaðeigandi stjórnvaldi, sé ekki á annan veg mælt í lögum. Ráðherra hefur þá að mörgu leyti svipaðar stjórnunar- og eftirlitsheimildir með stofnunum sem undir hann heyrja og starfsmönnum ráðuneytis hans. Sá munur er þó á að þegar starfsmenn lægra setts stjórnvalds taka stjórnvaldsákvörðun getur aðili máls kært hana til ráðherra skv. 26. gr. stjórnvælfulaga, nema á annan veg sé mælt í lögum, en þegar starfsmaður ráðuneytis tekur ákvörðun í umboði ráðherra er þetta úrræði ekki fyrir hendi.

3.3.3.3. Stjórnunar- og eftirlitsheimildir með sjálfstæðum stofnunum og stjórnvælfunefndum.

Til eru stjórnvöld sem fara með málefni á starfssviði ráðherra en er með lögum skipað til hliðar við þau stjórnvöld sem heyrja undir yfirstjórnunarheimildir hans. Þessi stjórnvöld eru sjálfstæð í þeim skilningi að ráðherra fer ekki með almennar stjórnunar- og eftirlitsheimildir gagnvart þeim. Af þeim sökum getur ráðherra ekki gefið þeim bindandi fyrirmæli um framkvæmd stjórnvælfu, nema hafa til þess sérstaka lagaheimild. Á sama hátt hefur ráðherra að jafnaði ekki annað eftirlit með störfum þessara stjórnvalda en leiðir af fyrirmælum laga.

Stundum er mælt fyrir um eftirlit með sjálfstæðu stjórnvaldi án þess að nánar sé skilgreint til hvaða viðbragða sé heimilt að grípa ef í ljós kemur að hin eftirlitsskylda starfsemi er ekki í samræmi við lög. Meginreglan er þá sú að ekki er heimilt að grípa inn í störf sjálfstæðs stjórnvalds, nema til þess standi sérstök lagaheimild. Þegar lög mæla aðeins fyrir um eftirlit án eftirfarandi úrræða eru heimildir og skyldur hlutaðeigandi eftirlitsaðila takmarkaðar við að fylgjast með störfum hins sjálfstæða stjórnvalds og krefjast í því skyni upplýsinga. Eina úrræðið sem eftirlitsaðilinn hefur í slíkum tilvikum er að láta í ljós (óbindandi) álit sitt við hið sjálfstæða stjórnvald telji hann að hin eftirlitsskylda starfsemi sé ekki starfrækt í samræmi við lög.

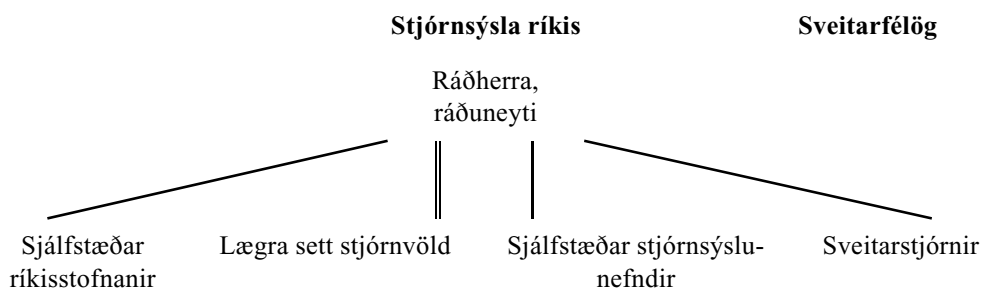
3.4. Stjórnunar- og eftirlitsheimildir innan stjórnsýslukerfisins.

3.4.1. Inngangur.

Stjórnsýslukerfi nefnist sú skipulagsbundna heild sem stjórnvöld mynda á grundvelli þess stjórnsýslusambands sem á milli þeirra er. Ekki eru til ein almenn lög sem leggja grundvöll að stjórnsýslukerfinu. Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, með síðari breytingum, lög nr. 73/1969, um Stjórnarráð Íslands, með síðari breytingum, svo og reglugerð um Stjórnarráð Íslands, sbr. auglýsingu um staðfestingu hennar nr. 96/1969, með síðari breytingum, lög um einstök stjórnvöld, sveitarstjórnarlög nr. 45/1998 og síðast en ekki síst óskráðar meginreglur eru þær réttarheimildir sem íslenska stjórnsýslukerfið byggist á.

Hér á eftir verður meginráttum íslenska stjórnsýslukerfisins lýst og kannað hvernig þær eftirlitsheimildir, sem lýst var hér að framan, horfa við.

Stjórnarráð Íslands greinist í 14 ráðuneyti. Samkvæmt tillögu forsætisráðherra skipar forseti Íslands ráðherra, ákveður tölu þeirra og skiptir störfum með þeim, sbr. 15. gr. stjórnarskrárinnar. Með mjög einfölduðum hætti má greina þau stjórnvöld, sem tilheyrta geta málefna sviði hvers ráðherra, í fernt eins og neðangreind mynd sýnir:



Almennar eftirlitsheimildir

Eftirlitsheimildir sem verða að byggjast á lagafyrirmælum

3.4.2. Ráðherrar og ráðuneyti þeirra.

Í 2. gr. stjórnarskrárinnar er mælt svo fyrir að forseti og önnur stjórnvöld samkvæmt stjórnarskránni og öðrum landslögum fari með framkvæmdarvaldið. Í 13. gr. stjórnarskrárinnar er kveðið svo á að forsetinn láti ráðherra framkvæma vald sitt. Af þessum sökum er í

íslenskri stjórnskipan á því byggt að ráðherra, hver á sínu sviði, fari í reynd með ædstu yfirstjórn stjórnarsýslunnar.

Í 14. gr. stjórnarskrárinnar er mælt svo fyrir að ráðherrar beri ábyrgð á stjórnarframkvæmdum öllum. Þetta ákvæði er m.a. byggt á þeirri forsendu að ráðherrar fari með yfirstjórn þeirra stjórnarmálefna er undir þá heyra. Í framkvæmd hefur þó löggjafanum verið talið heimilt að ákveða með lögum að tiltekin starfsemi, t.d. stofnun eða stjórnarsýslunefnd, skuli vera sjálfstæð og þar með undanskilin yfirstjórn ráðherra sem annars mundi undir hann heyra. Telja verður að þessar valdheimildir löggjafans helgist af stjórnskipunarvenju og feli í sér það frávik frá framangreindri meginreglu að ráðherrar fara með yfirstjórn stjórnarmálefna, *nema* hún sé að lögum undanskilin. Þessar valdheimildir eru hins vegar bundnar við löggjafann einan þannig að ráðherra gæti til að mynda ekki ákveðið með reglugerð að stjórnvald hefði slíka stöðu.²⁴ Stjórnarskráin setur þó löggjafanum viss mörk í því hversu langt verði gengið við að takmarka vald ráðherra að þessu leyti með því að setja á stofn sjálfstæðar ríkisstofnanir og sjálfstæðar stjórnarsýslunefndir. Ef lög kveða til að mynda ekki skýrt á um sjálfstæði ríkisstofnunar, og sú ályktun verður heldur ekki dregin af ákvæðum laga með fullri vissu, verður stofnunin talin lægra sett stjórnvald í ljósi fyrrnefndrar meginreglu um að ráðherrar fari með yfirstjórn stjórnarsýslunnar, nema hún sé að lögum undanskilin. Jafnframt er rétt að benda á að þegar löggjafinn sviptir ráðherra stjórnunar- og eftirlitsheimildum yfir tiltekinni stofnun afléttir hann um leið ráðherraábyrgð af hlutaðeigandi ráðherra, svo og þinglegri ábyrgð að því er snertir meðferð þessara heimilda. Lagastaðan verður þá sú að *enginn* ber þessa ábyrgð gagnvart Alþingi. Þegar Alþingi mælir því fyrir um sjálfstæða stöðu stofnunar kippir það um leið nánast öllum grundvelli undan því eftirliti sem þingið hefur sjálft með stjórnvöldum og um er fjallað í köflum 3.7 og 4.8 hér á eftir. Að þessu athuguðu og ekki síst með vísan til þess að stjórnarsýsluleg staða sjálfstæðra stjórnvalda er undantekning frá þeirri meginreglu sem 14. gr. stjórnarskrárinnar er byggð á ætti almennt ekki að koma á fót slíkum stofnunum nema í þeim *undantekningartilvikum* þar sem kostir slíkrar skipunar þykja augljóslega veða upp framangreinda ókosti.

Í 9. gr. laga nr. 73/1969, um Stjórnarráð Íslands, er mælt svo fyrir að ráðuneyti hafi eftirlit með starfrækslu stofnana sem undir það ber og eignum á vegum þeirra stofnana. Þar sem ráðherrar fara með stjórnarmálefni í stjórnarráðinu, sbr. 2. mgr. 1. gr. sömu laga, og bera ábyrgð á stjórnarframkvæmd, sbr. 14. gr. stjórnarskrárinnar, er ljóst að ráðherrar hafa á hendi stjórn þess eftirlits sem mælt er fyrir um í 9. gr. laga nr. 73/1969, um Stjórnarráð Íslands. Ekki verður skýrlega ráðið af orðalagi 9. gr. laganna eða lögskýringargagna hvort ákvæðið nái til *allra stjórnvalda* sem hafa á hendi stjórnarsýslu sem tilheyrir þeim stjórnarmálefnum sem ráðherra eru falin samkvæmt lögum eða úrskurði forseta um starfsskiptingu ráðherra eða hvort það taki einvörðungu til stjórnvalda sem eru *lægra sett ráðherra*. Af þessum sökum leikur vafi á hvort undir eftirlitið falli sjálfstæðar stofnanir og sjálfstæðar stjórnarsýslunefndir. Með hliðsjón af því að lög nr. 73/1969, um Stjórnarráð Íslands, svo og reglugerð um Stjórnarráð Íslands, sbr. auglýsingu um staðfestingu hennar, nr. 96/1969, með síðari breytingum, taka til allra stjórnarmálefna ríkisins, þ.m.t. þeirra sem heyra undir sjálfstæðar stofnanir og sjálfstæðar stjórnarsýslunefndir, þykir sá lögskýringarkostur nærtækastur að eftirlitsskylda 9. gr. laga nr. 73/1969 taki til allra stjórnvalda. Orðalag 14. gr. stjórnarskrárinnar styður einnig þessa niðurstöðu.

²⁴ Sbr. SUA 1996:133 (136).

Af 9. gr. laga nr. 73/1969 leiðir að ráðherra á rétt á upplýsingum frá öllum stjórnvöldum, sem undir starfssvið hans heyra til nota við eftirlitið, enda mæli lög ekki á annan veg. Þar sem ákvæði 9. gr. laga nr. 73/1969, um Stjórnarráð Íslands, veitir ráðherra engin sérstök úrræði, komi í ljós að eftirlitsskyld starfsemi er ekki í samræmi við lög, ræðst það af öðrum lögum og óskráðum meginreglum til hvaða úrræða ráðherra getur gripið. Í 2. mgr. 38. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, er t.d. mælt fyrir um sérstakar skyldur sem hvíla á forstöðumönnum ríkisstofnana og úrræði ráðherra ef út af bregður. Ef útgjöld fara verulega fram úr fjárlagaheimildum, verkefnum stofnunar er ekki sinnt sem skyldi eða þjónusta hennar telst óviðunandi er mælt svo fyrir að ráðherra geti veitt forstöðumanni stofnunar áminningu skv. 21. gr. laganna eða veitt honum lausn frá embætti skv. VI. kafla þeirra ef um ítrekaða eða stórfellda vanrækslu í starfi er að ræða. Að því er varðar deilur um úrlausn einstakra mála getur sú staða hæglega komið upp að ráðherra hafi engin lagalega bindandi úrræði að grípa til gagnvart sjálfstæðri stofnun eða sjálfstæðri stjórnsýslunefnd telji hann starfsemi þeirra ekki vera í samræmi við lög. Þannig getur t.d. fjármálaráðherra ekki gefið yfirsattanefnd, sem er sjálfstæð stjórnsýslunefnd, bindandi fyrirmæli um að breyta úrskurði sínum, enda þótt hann telji úrskurð nefndarinnar ólögmætan að efni til. Ann að mál er að ráðherra getur ávallt látið í ljósi álit sitt á öllum stjórnarmálefnum, er undir ráðuneyti hans heyra, enda þótt slíkt álit sé ekki bindandi fyrir sjálfstæða stofnun eða sjálfstæða stjórnsýslunefnd, nema lög standi til þess. Jafnframt getur ráðherra flutt frumvarp á Alþingi til breytinga á lögum á starfssviði hans, sbr. 38. og 55. gr. stjórnarskrárinnar.

3.4.3. Lægra sett stjórnvöld.

Meginreglan er sú að þegar ekki er um að ræða hluta af ráðuneyti heldur *sérstakt* stjórnvald teljist það lægra sett gagnvart þeim ráðherra sem hlutaðeigandi stjórnarmálefni heyra undir. Staða slíkra stjórnvalda innan stjórnsýslukerfisins er oftast ákvörðuð á þann hátt, að mælt er svo fyrir í lögum, að um *sérstakt* stjórnvald sé að ræða, sem heyri undir *yfirstjórn* ákveðins ráðherra.

Á svipaðan hátt og ráðherra hefur heimild og skyldu til þess að hafa eftirlit með störfum undirmanna sinna í því ráðuneyti sem hann fer með hefur hann og ráðuneyti hans heimild og skyldu til eftirlits með rækslu starfa lægra settra stjórnvalda, sbr. kafla 3.3.4.2 hér að framan. Ef út af er brugðið í eftirlitsskyldri starfsemi ber ráðherra almennt að bregðast við með því að nota einhver af þeim úrræðum er felast í stjórnunarheimildum hans gagnvart hinu lægra setta stjórnvaldi.

Það er meginregla að heimilt er að kæra ákvörðun lægra setts stjórnvalds til ráðherra, nema á annan veg sé mælt í lögum, sbr. 26. gr. stjórnsýslulaga. Stundum er í lögum mælt svo fyrir að ákvarðanir lægra setts stjórnvalds skuli kærðar til sérstakrar stjórnsýslunefndar. Þrátt fyrir slík lagafyrirmæli er meginreglan sú að ráðherra fer eftir sem áður með aðrar stjórnunar- og eftirlitsheimildir gagnvart hlutaðeigandi stjórnvaldi, nema á annan veg sé mælt í lögum.

3.4.4. Sjálfstæðar ríkisstofnanir.

Eins og vikið var að í kafla 3.3.3.3 hér að framan eru til sjálfstæðar ríkisstofnanir sem fara með málefni á starfssviði ráðherra en er skipað til hliðar við þau stjórnvöld sem heyra undir yfirstjórn hans. Þessi stjórnvöld eru sjálfstæð í þeim skilningi að ráðherra fer ekki með almennar stjórnunar- og eftirlitsheimildir gagnvart þeim. Af þeim sökum getur ráðherra ekki gefið þeim bindandi fyrirmæli um framkvæmd stjórnsýslu, nema hafa til þess lagaheimild.

Á sama hátt hefur ráðherra jafnan ekki annað eftirlit með störfum þessara stjórnvalda en leiðir af fyrirmælum laga.

Sjálfstæðar ríkisstofnanir eru ávallt settar á stofn með lögum og hafa oft sjálfstæðan fjárhag. Jafnframt eru stjórnir þeirra tíðum þingkjörnar.

Það ræðst af lögum hvort stofnun telst *sjálfstæð* í framangreindum skilningi. Stjórnsýsluleg staða þeirra er oftast ákvörðuð með þeim hætti að mælt er svo fyrir í lögum að um *sjálfstætt* stjórnvald sé að ræða, sem heyrir þó *stjórnarfragslega* undir ákveðinn ráðherra.

Þótt ríkisstofnun teljist sjálfstæð samkvæmt framansögðu kann fagráðherra engu að síður að hafa veigamiklar heimildir til að hlutast til um málefni stofnunarinnar samkvæmt sérstökum fyrirmælum laga. Þannig kann ráðherra að hafa heimild til þess að skipa forstöðumann stofnunarinnar. Skv. 1. mgr. 38. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, setur ráðherra sérhverjum forstöðumanni stofnunar erindisbréf. Ráðherra kann að hafa heimild til þess að setja reglugerð um skipan og starfshætti stofnunar, svo og önnur almenn stjórnvaldsfyrirmæli. Þá getur þurft að bera mikilvægar ákvarðanir upp fyrir ráðherra til staðfestingar samkvæmt fyrirmælum laga. Þó að ríkisstofnanir teljist því sjálfstæðar í framangreindum skilningi er staða þeirra gagnvart ráðherra ekki alltaf sjálfstæð að öllu leyti.

Sem dæmi um sjálfstæðar ríkisstofnanir má sem dæmi nefna Landsbókasafn Íslands – Háskólabókasafn, Ríkisútvarpið og Seðlabanka Íslands. Þá voru Búnaðarbanki Íslands og Landsbanki Íslands einnig sjálfstæðar ríkisstofnanir áður en þeir voru gerðir að hlutfélögum. Í 8. gr. laga nr. 113/1996 var svo fyrir mælt að ríkisviðskiptabankar væru sjálfstæðar stofnanir er lytu sérstakri stjórn samkvæmt lögunum. Af þessu ákvæði leiddi að viðskiptaráðherra gat ekki gefið bankaráðum eða bankastjórnnum bankanna fyrirmæli um framkvæmd starfa nema hafa til þess sérstaka lagaheimild og þá hafði ráðherra ekki annað eftirlit með störfum bankans en sérstaklega var fyrir mælt í lögum. Áður en ríkisviðskiptabönkunum var breytt í hlutfélög réðst afmörkun á því hvaða eftirlitsskyldur hvíldu á viðskiptaráðherra með þeim af túlkun þeirra sérstöku lagaákvæða er mæltu fyrir um eftirlit, svo sem 9. gr. laga nr. 73/1969, um Stjórnarráð Íslands. Eins og vikið var að í kafla 3.4.2 hefur ríkt vafi um hvort eftirlitsskylda ráðuneyta skv. 9. gr. laga nr. 73/1969 taki til sjálfstæðra stofnana.

3.4.5. Sjálfstæðar stjórnsýslunefndir.

Sjálfstæðar stjórnsýslunefndir kallast þær nefndir sem fara með málefni á starfssviði ráðherra en er skipað til hliðar við þau stjórnvöld sem heyra undir yfirstjórn hans. Þessar stjórnsýslunefndir eru sjálfstæðar í þeim skilningi að ráðherra fer ekki með almennar stjórnunar- og eftirlitsheimildir gagnvart þeim. Af þeim sökum getur ráðherra ekki gefið þeim bindandi fyrirmæli um framkvæmd stjórnsýslu, nema hafa til þess lagaheimild og ákvörðun slíkrar nefndar verður ekki skotið til ráðherra. Sjálfstæðum stjórnsýslunefndum verður einungis komið á fót með lögum.

Stundum getur leikið vafi á hvort telja beri stjórnsýslunefnd sjálfstæða þannig að ekki sé unnt að kæra ákvörðun hennar til ráðherra. Stundum er beinlínis tekið á þessu í lögum og kveðið á um að úrskurðir tiltekinnar nefndar séu fullnaðarúrskurðir innan stjórnsýslunnar, og er þá ljóst að úrskurður verður ekki kærður. Sjá t.d. 7. mgr. 101. gr. tollalaga nr. 55/1987, með síðari breytingum, að því er varðar úrskurði ríkistollanefndar.

Þegar sérstakri kærunefnd hefur verið komið á fót (d. ankenævn) og úrskurðarvald í kærumálum verið fært frá ráðuneyti til slíkrar nefndar rofnar jafnframt kærueheimild til ráðherra.

Þannig verða t.d. úrskurðir yfirskattanefndar, barnaverndarráðs, úrskurðarnefndar félagsþjónustu, úrskurðarnefndar almannatrygginga, yfirfasteignamatnefndar og áfrýjunarnefndar samkeppnismála ekki kærðir til hlutaðeigandi ráðherra.

Með lögum hafa nokkrar sjálfstæðar stjórnsýslunefndir verið settar á laggirnar sem fara ekki með ósvipuð verkefni og dómstólar (d. domstolslignende nævn), þ.e. að skera úr ágreiningi á milli einstaklinga eða á milli stjórnvalda og einstaklinga. Undir þennan flokk falla flestar kærunefndir sem áður var minnst á. Í þennan flokk falla þó mun fleiri nefndir. Hér má t.d. nefna matsnefnd eignarnámsbóta og kærunefnd jafnréttismála. Úrskurðir slíkra nefnda eru almennt ekki kærnanlegir innan stjórnsýslunnar.

Loks er rétt að nefna úrskurði þeirra sjálfstæðu stjórnsýslunefnda sem lög mæla sérstaklega fyrir um að heimilt sé að kæra. Aðstaðan er þá sú að ráðherra getur almennt ekki gefið slíkri nefnd bindandi fyrirmæli um úrlausn mála, en úrskurðir nefndarinnar verða samt kærðir til sérstakrar kærunefndar. Sem dæmi um þetta fyrirkomulag má nefna úrskurði samkeppnisráðs sem kærðir verða til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sbr. 9. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993.

3.4.6. Sveitarstjórnir.

Tilvist sveitarfélaga er tryggð í 78. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 16. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995. Þar segir að sveitarfélög skuli sjálf ráða málefnum sínum eftir því sem lög ákveða. Ákvæðið er fyrst og fremst stefnuýfirlýsing stjórnarskrárgjafans um að til skuli vera sveitarfélög og að þau skuli hafa nokkra sjálfstjórn, en að öðru leyti eftirlætur stjórnarskrárgjafinn löggjafanum ákvörðunarvald um þetta efni. Það er því Alþingi sem ákveður hvaða verkefni skuli falin sveitarstjórnnum svo og hvernig haga skuli eftirliti með stjórnsýslu sveitarfélaga.

Í 26. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 var lögfest sú óskráða meginregla að heimilt væri að kæra ákvörðun lægra setts stjórnvalds til stjórnvalds sem því væri æðra sett á grundvelli þess stjórnsýslusambands sem er á milli æðra og lægra settra stjórnvalda í stigskiptri stjórnsýslu. Af ákvæði 78. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 16. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995, leiðir á hinn bóginn að sveitarfélög hafa sjálfstæða stöðu gagnvart öðrum stjórnvöldum. Þar sem ekki er fyrir að fara slíku stjórnsýslusambandi á milli sveitarfélaga og ráðherra sem er á milli æðra og lægra settra stjórnvalda ríkisins verður heimild til að kæra ákvörðun sveitarstjórnar til ráðherra almennt ekki leidd af 26. gr. stjórnsýslulaga. Ákvarðanir sveitarstjórnar teljast því almennt ekki kærnanlegar til ráðherra nema að svo sé sérstaklega fyrir mælt í öðrum lögum. Af reglunni um sjálfstjórn sveitarfélaga verður einnig leidd sú regla að stjórnsýsla sveitarfélaga sætir ekki eftirliti annarra stjórnvalda nema að svo sé fyrir mælt í lögum.

Eftirlit með stjórnsýslu sveitarfélaga má greina í sértækt eftirlit (d. sektor tilsyn) og almennt eftirlit (d. det almindelige kommunaltilsyn).

Í lögum er stundum mælt fyrir um eftirlit ráðherra eða annarra stjórnvalda til að hafa eftirlit með stjórnsýslu sveitarfélaga á afmörkuðu sviði. Sem dæmi um slíkt sértækt eftirlit má t.d. nefna að skv. 9. gr. laga nr. 66/1995, um grunnskóla, hefur menntamálaráðuneytið eftirlit með því að sveitarfélög uppfylli þær skyldur sem grunnskólalögin, reglugerðir sem á þeim eru byggðar og aðalnámskrá grunnskóla kveða á um.

Í 102. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998 er mælt fyrir um almennt eftirlitshlutverk félagsmálaráðuneytisins með stjórnsýslu sveitarfélaga. Þar kemur fram að ráðuneytið skuli hafa eftirlit með því að sveitarstjórnir gegni skyldum sínum samkvæmt sveitarstjórnarlögum og öðrum löglegum fyrirmælum.

Heimildum til að kæra stjórnvaldsákvæðanir sveitarstjórna má einnig skipta í tvennt — sérstakar og almennar kæruheimildir.

Víða í lögum eru lögfestar kæruheimildir til ráðherra. T.d. má kæra ákvæðanir sveitarstjórna og jarðanefnda samkvæmt jarðalögum nr. 65/1976 til landbúnaðarráðherra skv. 17. gr. sömu laga. Þá má nefna að til eru lögfestar heimildir til að kæra ákvæðanir sveitarstjórna eða nefnda og ráða á þeirra vegum til kærunefnda sem tilheyra stjórnslu ríkisins. Þannig er t.d. heimilt að kæra úrskurði barnaverndarnefndar til barnaverndarráðs, sbr. 49. gr. laga nr. 58/1992, um vernd barna og ungmenna, og tilteknar ákvæðanir félagsmálanefndar er heimilt að kæra til úrskurðarnefndar félagsþjónustu, sbr. 65. gr. laga nr. 40/1991, um félagsþjónustu sveitarfélaga.

Í 103. gr. sveitarstjórnarlaga, nr. 45/1998, er mælt fyrir um almenna kæruheimild til félagsmálaráðuneytisins vegna ýmissa vafaatriða sem upp kunna að koma við framkvæmd sveitarstjórnarmálefna.

Þegar vafi leikur á hvort kæra beri mál til félagsmálaráðuneytisins samkvæmt hinni almennu heimild 103. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998 eða til annars stjórnvalds samkvæmt sérstakri heimild er meginreglan sú að sérstakar kæruheimildir ganga framur hinni almennu kæruheimild.

3.5. Sérstakir eftirlitsaðilar.

Löggjafinn getur sett á fót stjórnvöld sem hafa eftirlit á ákveðnu sviði, bæði með einka- aðilum og opinberum aðilum. Sem dæmi um slíkt stjórnvald má nefna kærunefnd jafnréttismála. Meint brot á lögum nr. 27/1991, um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, verða borin undir kærunefnd jafnréttismála, sbr. 19. gr. laganna, hvort sem hinn kærði er stjórnvald eða einkaréttarlegt fyrirtæki.

3.6. Dómstólar.

Samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar fara dómendur með dómsvaldið. Skv. 60. gr. stjórnarskrárinnar skera dómendur úr öllum ágreiningi um embættistakmörk yfirvalda. Að uppfylltum ákveðnum réttarfarsskilyrðum skera dómstólar því úr ágreiningi um hvort stjórnvöld hafi byggt ákvæðanir sínar á lögum og málefnalegum sjónarmiðum eða hvort þær hafi átt sér stöð í lögum og verið í samræmi við þau.

Dómur Landsyfírréttar frá 25. febrúar 1889 (*Ds. III:445*) er einn af fyrstu íslensku dómum, þar sem notað er tungutak nútímastjórnsluréttar við úrlausn þess hvort lögmatísreglan hafi verið brotin. Þar voru málavextir þeir að hreppsnefnd hafði lagt aukaútsvar á mann sem látið hafði selja fyrir sig vörur á Borðeyri. Samkvæmt þágildandi lögum hafði hreppsnefnd heimild til að leggja aukaútsvar á þá sem áttu lögheimili í hreppnum. Þar sem umræddur maður átti ekki lögheimili á Borðeyri taldi Landsyfírréttur að hreppsnefndina hefði brostið heimild til þess að leggja á hann aukaútsvar. Dómurinn er byggður á því að þýngjandi stjórnvaldsákvæðanir þurfi að eiga sér lagastoð. Landsyfírréttur túlkaði lagaheimildina sem ákvörðunin var byggð á og komst að því að hreppsnefndin hefði farið út fyrir þá valdheimild sem lagaákvæðið hafði að geyma.

Að uppfylltum réttarfarsskilyrðum virðast dómstólar ekki hafa hikað við að endurskoða hvort stjórnvaldsákvörðun væri í samræmi við lög eða hefði næga lagastoð. Ef ákvörðun hefur á annað borð byggst á lagaheimild hafa dómstólar jafnframt endurskoðað hvort stjórnvald hafi farið út fyrir þá valdheimild sem viðkomandi lagaákvæði hefur verið talið geyma rétt skýrt.

Þessu var ekki á sama veg farið þegar mál voru borin undir dómstóla og því haldið fram að matskennd stjórnvaldsákvörðun væri haldin efniságalla. Á fyrri hluta 20. aldar högguðu dómstólar almennt ekki við frjálsum mati stjórnvalda. Til eru þó örfáir dómur frá þessum tíma þar sem dómstólar ógiltu stjórnvaldsákvörðanir þar sem þær voru byggðar á ómálefnalegum sjónarmiðum. Sem dæmi um þetta má nefna dóminn *H 1921:187* er varðar útsvar sem lagt var á umsýslumann Hins íslenska steinolíufélags. Í rökstuðningi úrskurðar bæjarstjórnar Akureyrar kom fram að vafi þótti leika á hvort heimilt væri að leggja útsvar á Hið íslenska steinolíufélag. Af þeim sökum hefði útsvar umsýslumanns félagsins á Akureyri verið byggt á „hinni miklu olíuumsetningu Steinolíufélags Íslands“. Í dómi Hæstaréttar var talið að um svo ólöglega álagningaráðferð væri að ræða að ekki yrði hjá því komist að fella ákvörðunina úr gildi.

Segja má að alla 20. öldina hafi dómstólar jafnt og þétt gengið lengra í því að endurskoða matskenndar ákvörðanir stjórnvalda þegar reynt hefur verið að hnekkja þeim fyrir dómstólum. Hér á eftir verða tekin örfá dæmi sem sýna hvaða þættir matskenndra stjórnvaldsákvörðana hafa sætt endurskoðun dómstóla.

1. Í kafla 2.3 hér að framan var fjallað um það *hvernig* málefnaleg sjónarmið verða fundin. Í kafla 2.4 voru tekin nokkur dæmi um sjónarmið sem almennt teljast ómálefnaleg. Eins og ráðið verður af *H 1921:187* var einn fyrsti efnisþáttur matskenndra stjórnvaldsákvörðana sem dómstólar hófu að endurskoða að uppfylltum réttarfarsskilyrðum hvort matskennd ákvörðun væri byggð á málefnalegum sjónarmiðum. Af rökstuðningi úrskurðar bæjarstjórnar Akureyrar lá skýrt fyrir að ákvörðun hennar hafði verið byggð á ómálefnalegum sjónarmiðum. Þegar sönnun liggur ekki fyrir með þeim hætti snúa dómstólar stundum sönnunarbýrðinni við og leggja hana á viðkomandi stjórnvald hafi málsmeðferð þess verið annmörkum háð eða önnur atvik með þeim hætti að draga megi í efa að ákvörðun hafi byggst á málefnalegum sjónarmiðum. Í þessu sambandi má minna á *H 1993:2364*. Þar hafði fjármálaráðuneytið ákveðið að A skyldi greiða álag á þungaskatt vegna meints brots á ákvæðum reglugerðar nr. 62/1977, um öikumæla. Í dómi Hæstaréttar sagði m.a. svo: „Af orðalagi bréfsins og samhengi þess verður ekki örugglega ráðið, að til ákvörðunar ráðuneytisins um viðurlög vegna hins tiltekna brots hafi ekki legið önnur sjónarmið en heimil voru skv. 11. gr. reglugerðar nr. 593/1987, sbr. 5. mgr. 9. gr. laga nr. 3/1987. Er því óhjákvæmilegt að ógilda þessa ákvörðun ...“

2. Í kafla 2.8 hér að framan var vikið að því að stjórnvöldum getur verið skylt að leggja ákveðin sjónarmið til grundvallar við mat sitt þegar ákvörðun er tekin. Dómstólar endurskoða hvort stjórnvöld hafi byggt ákvörðanir sínar á skyldubundnum sjónarmiðum. Sem dæmi má nefna að þegar stjórnvald hefur byggt ákvörðun á tilteknu sjónarmiði leiðir jafnræðisregla 11. gr. stjórnvaldsákvæðisreglu til þess að leysa ber úr sambærilegu máli á grundvelli *sama eða sömu sjónarmiða* þegar slíkt mál kemur til úrlausnar á grundvelli sömu réttarheimildar. Í þessu samband má nefna *H 1976:456*. Þar voru málsatvik þau að fimm verkfræðingar voru skipaðir í nefnd af Háskóla Íslands til þess að semja kennsluáætlun. Þeir töldu að ekki hefði verið frá því gengið hvernig ákveða skyldi þóknun fyrir nefndarstörf. Fjármálaráðuneytið ákvað þeim þóknun og var þeim verkfræðingum er unnu hjá Háskóla Íslands ákvörðuð lægri þóknun en þeim sem unnu annars staðar. Í dómi Hæstaréttar var ekki talið að rök hefðu legið til þess að gera þennan mismun. Af dóminum verður sú ályktun dregin að skylt hafi verið að beita sömu sjónarmiðum við launaákvörðun allra nefndarmanna.

3. Í kafla 2.9 hér að framan var fjallað um vægi sjónarmiða og forgangsreglur við mat þegar matskennd ákvörðun er tekin. Stöku sinnum ákvarða lög og óskráðar meginreglur vægi

sjónarmiða. Dómstólar endurskoða hvort slík sjónarmið hafi verið dregin inn í matið og þeim ljáð rétt vægi. Hér má aftur minna á *H 1993:2230* en þar taldi Hæstiréttur að skýra bæri lög nr. 65/1985, um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, með þeim hætti að í lögnum fælist skilorðsbundin forgangsregla. Taldi Hæstiréttur að skýra bæri lögin svo „að konu skuli veita starf ef hún er að minnsta kosti jafnt að því komin að því er varðar menntun og annað sem máli skiptir og karlmaður sem við hana keppir, ef á starfssviðinu eru fáar konur“.

4. Eins og vikið var að í kafla 2.10 verður mat stjórnvalda að vera forsvaranlegt. Þannig verða þau sjónarmið sem byggt var á að geta með skynsamlegum hætti leitt til þeirrar niðurstöðu sem komist er að með hliðsjón af málsatvikum.

Lengst af hafa dómstólar verið tregir til að meta þennan þátt matskenndra ákvarðana. Í þeim tilvikum sem hann hefur verið metinn hafa dómstólar sniðið mati stjórnvalda misjafnlega þröngan stakk. Þannig hefur ýmist verið gert að skilyrði fyrir ógildingu ákvörðunar að matið hafi verið „fjarstæðukennt“, „ósanngjarn“ eða „óforsvaranlegt“. Skulu hér þrjár dómar nefndir í dæmaskyni.

Í *H 1952:391* var deilt um hvort næg lagaheimild stæði til þess að leggja veltuútsvar á Tivoli hf. Hæstiréttur féllst á það. Það var einnig niðurstaða Hæstaréttar að veltuútsvarið hefði verið byggt á málefnalegum sjónarmiðum. Síðan sagði í dóminum: „... og ekki þykir upphæð útsvarsins, miðað við það, sem fram er komið um hag félagsins, slík, að fjarstæða geti talist. Þar sem niðurfjöfnunarnefnd hefur þannig ákveðið útsvarið innan réttra valdmarka, er ekki á færi dómstóla að hrinda álagningunni né lækka upphæð útsvarsins.“

Í *H 1969:1201* stefndi A fjármálaráðherra til greiða honum aukagreiðslu fyrir að annast dómsrannsókn þar sem sú þóknun sem honum hafði verið úrskurðuð og greidd hefði verið of lág. Af hálfu fjármálaráðherra var því borið við að ákvörðun um þóknun hans væri fullnádarárskurður sem ekki yrði haggð af dómstólum. Í dómi héraðsdóms sagði m.a. svo: „Samkvæmt meginreglum laga batt þó viðtaka skipunarbréfsins og athugasemdalaus vitneskja stefnanda um greiðsluhátt dómsmálaráðuneytisins hann eigi til þess að hlíta ósanngjarnri greiðslu fyrir rannsóknarstörf sín.“ Á hinn bóginn var ekki talið, miðað við umfang starfans að sú upphæð sem A var greidd hefði verið undir því marki sem hann varð að hlíta.

Loks má svo nefna *H 1977:243*, en þar var m.a. deilt um lögmati byggingarleyfis fyrir bílskúr. Því var haldið fram að bílskúrin hindraði að birtu nyti í aðliggjandi húsi. Gögn málsins þóttu ekki leiða í ljós að mat byggingaryfirvalda hefði verið „óforsvaranlegt“.

5. Á meðalhófsregluna getur reynt þegar efni íþyngjandi stjórnvaldsákvörðunar er komið undir mati stjórnvalds, sbr. kafla 2.11.2 hér að framan. Dómstólar endurskoða að uppfylltum réttarfarsskilyrðum hvort stjórnvöld hafi brotið meðalhófsregluna. Í þessu sambandi má benda á *H 1994:576*. Starfsstöð fyrirtækisins A var lokað á grundvelli heimildar í söluskattlögnum vegna söluskattsskuldar fyrirtækisins. Stöðvun atvinnurekstrar A var fyrirvaralaus og var fyrirtækinu ekki gefinn kostur á að setja tryggingu fyrir greiðslu. Í dóminum segir m.a. svo: „Sú grundvallarregla stjórnarfrarsréttar á einnig við um innheimtu af þessu tagi, að stjórnvöld þurfi að gæta hófs í vali milli úrræða, sem þeim eru tiltæk, og velja hið vægasta úrræði, sem að gagni kemur. Ber þeim að taka mið af hagsmunum, sem í húfi eru, þ.e. annars vegar stöðu gjaldanda og hins vegar nauðsyn á greiðum og öruggum skattskilum. Um stöðvun atvinnurekstrar er þess almennt að vænta, að hún hafi í fœr með sér verulega röskun fyrir aðilann, sem í hlut á. [...] Eins og málið liggur fyrir verður að telja, að staða [A] sumarið 1989 hafi verið sérstök í mikilvægum efnunum. Um var að ræða að ákvörðun skattyfirvalda á gamalli skattskuld, og önnur gjöld, sem á höfðu verið lögð af sama tilefni, voru til meðferðar fyrir dómstólum. [A] hafði staðið í skilum með áfallandi söluskatt allt frá árinu 1985. Eins

og samskiptum aðila hafði verið háttáð mátti hann vænta þess að fá tilkynningu um lokun samkvæmt lagaheimildinni, ef ákveðið yrði að beita henni. Eftirfarandi greiðsla [A] sýndi, að hann var gjaldfær og hefði getað varist lokuninni, hefði honum verið gefið tækifæri til þess.“ Af framansögðu athuguðu taldi Hæstiréttur að ekki hefði verið beitt réttum aðferðum þegar atvinnurekstur A var stöðvaður. Var A því talið eiga rétt á bótum fyrir það tjón sem af því hafði hlotist.

6. Í kafla 2.11.3 var vikið að því að stjórnvöldum er óheimilt að misbeita valdi sínu við val á leiðum til úrlausnar máls. Dómstólar endurskoða hvort um slíka misbeitingu valds er að ræða. Má í þessu sambandi vísa til *H 1995:1347* sem rakinn er í kafla 2.11.3.

7. Loks má svo nefna að dómstólar endurskoða hvort stjórnvöld hafa brotið þá óskráðu meginreglu að stjórnvaldsákvörðun verði efnislega að vera bæði ákveðin og skýr. Í *H 1998:1291* reyndi á þessa meginreglu. Deilt var um hvort A hefði samþykkt að vera fluttur úr stöðu skrifstofustjóra Vita- og hafnamálastofnunar í stöðu skrifstofustjóra Vitastofnunar, en sú staða var síðar lögð niður. Vísað var til þess að launagreiðslur A hefðu verið færðar á milli fjárlagaliða. Héraðsdómur taldi það ekki geta haft í för með sér flutning í og úr stöðu. Yrði til þess að líta að stjórnvaldsákvörðun sem fæli í sér setningu ríkisstarfsmanns yrði samkvæmt óskráðri meginreglu stjórnvöldur rétt að vera ákveðin og skýr. Var talið að þessu skilyrði væri engan veginn fullnægt. Hæstiréttur staðfesti þá niðurstöðu.

3.7. Eftirlit Alþingis og stofnana á vegum þess með stjórnvöldum.

3.7.1. Eftirlit Alþingis með stjórnvöldum.

Þar sem mælt er svo fyrir í 1. gr. stjórnarskrárinnar að Ísland sé lýðveldi með „þingbundinni stjórn“ er stjórninni skylt að standa þinginu reikningsskap gerða sinna. Í krafti þingræðisreglunnar hefur Alþingi jafnframt eftirlit með stjórnvöldum og ráðherrar bera ábyrgð á stjórnarframkvæmdum gagnvart Alþingi, sbr. 14. gr. stjórnarskrárinnar. Almenn lög og stjórnarskrá veita Alþingi nokkur úrræði við að hafa eftirlit með stjórnvöldum. Hér verður stuttlega minnst á nokkur af þessum úrræðum.

1. *Fyrirspurnir*. Skv. 54. gr. stjórnarskrárinnar er alþingismönnum heimilt, með leyfi Alþingis, að óska upplýsinga ráðherra eða svars um opinbert málefni með því að *bera fram fyrirspurn um málið*. Vilji alþingismaður óska upplýsinga eða svara ráðherra um opinbert málefni gerir hann það með fyrirspurn sem afhent skal forseta, sbr. 49. gr. laga nr. 55/1991, um þingsköp Alþingis. Fyrirspurnin skal vera skýr, um afmörkuð atriði og mál sem ráðherra ber ábyrgð á. Við það skal miðað að hægt sé að svara henni í stuttu máli, enda eru frestir til að undirbúa svör tilteknir í samræmi við það. Tilgreina skal hvort óskað er skriflegs eða munnlegs svars. Forseti Alþingis ákveður svo fljótt sem hann telur sér unnt hvort fyrirspurn skuli leyfð eða ekki. Í vafatilvikum getur forseti borið málið umræðulaust undir atkvæði á þingfundum. Það skal einnig gert óski fyrirspyrjandi þess að fenginni synjun forseta.

Fyrirspurn skal prentuð og útbýtt meðal þingmanna á fundi. Fyrirspurn, sem leyfð hefur verið, skal send hlutaðeigandi ráðherra. Á sérstökum þingfundum skal forseti taka á dagskrá fyrirspurnir er útbýtt hefur verið í síðasta lagi þremur virkum dögum fyrir fundinn. Fyrirspurn skal að jafnaði ekki tekin á dagskrá síðar en átta virkum dögum eftir að henni var útbýtt.

Ef óskað er skriflegs svars sendir ráðherra forseta Alþingis það að jafnaði eigi síðar en tíu virkum dögum eftir að fyrirspurn var leyfð. Forseti sendir fyrirspyrjanda svarið og skal það prentað og því útbýtt meðal þingmanna á fundi.

2. *Óundirbúnar fyrirspurnir.* Forseti Alþingis getur heimilað þingmönnum að bera fram munnlegar fyrirspurnir til ráðherra í allt að hálf tíma á fyrir fram ákveðnum fundi, sbr. 7. mgr. 49. gr. laga nr. 55/1991, um þingsköp Alþingis. Þegar forseti Alþingis hefur á annað borð heimilað fyrirspurnartíma eru slíkar fyrirspurnir ólíkar hinum formlegu fyrirspurnum að því leyti að ekki þarf sérstakt samþykki forseta eða þingsins fyrir því að bera fram ákveðnar spurningar. Slíkar fyrirspurnir eru ekki prentaðar fyrir fram og ráðherra veit jafnan ekki um þær fyrr en á þingfundi. Þar sem þessar fyrirspurnir byggjast ekki á 54. gr. stjórnarskrárinnar verður vart talið að ráðherra beri lagaleg skylda til að svara slíkum fyrirspurnum.

3. *Ráðherraskýrsla.* Skv. 54. gr. stjórnarskrárinnar er alþingismönnum heimilt, með leyfi Alþingis, að óska upplýsinga ráðherra eða svars um opinbert málefni með því að beiðast um það skýrslu. Skv. 46. gr. laga nr. 55/1991, um þingsköp Alþingis, sbr. 2. gr. laga nr. 74/1992, geta níu þingmenn óskað skýrslu ráðherra um opinbert málefni. Slík beiðni skal vera skrifleg og beint til forseta og má fylgja henni stutt greinargerð. Beiðnin skal prentuð og útbýtt meðal þingmanna á fundi. Á næsta þingfundi ber forseti það undir atkvæði umræðulaust hvort beiðni skuli leyfð. Forseti tilkynnir síðan hlutaðeigandi ráðherra um skýrslubeiðni sem leyfð hefur verið. Ráðherra skal ljúka skýrslugerðinni innan 10 vikna og skal skýrslan þá prentuð og henni útbýtt meðal þingmanna á fundi.

Samkvæmt 45. gr. laga nr. 55/1991, um þingsköp Alþingis, getur ráðherra einnig ótilkvaddur gefið Alþingi skýrslu um opinbert málefni sem hann óskar að gera grein fyrir.

4. *Utandagskrárumræður.* Skv. 1. mgr. 50. gr. laga nr. 55/1991, um þingsköp Alþingis, geta þingmenn í allt að hálf tíma á venjulegum fundartíma fengið tekin fyrir mál utan dagskrár, hvort heldur er í formi yfirlýsingar eða fyrirspurnar til ráðherra. Ósk um slíka umræðu skal þingmaður bera fram við forseta Alþingis eigi síðar en tveimur klukkustundum áður en þingfundur hefst.

Samkvæmt 2. mgr. 50. gr. laga nr. 55/1991, um þingsköp Alþingis, getur forseti Alþingis leyft að tekið sé fyrir mál utan dagskrár sem í senn er svo mikilvægt að ekki rúmast innan ramma 1. mgr. 50. gr. laganna og svo aðkallandi að ekki geti beðið meðferðar formlegra þingmála.

5. *Rannsóknarnefndir.* Skv. 39. gr. stjórnarskrárinnar getur Alþingi skipað nefndir alþingismanna til að rannsaka mikilvæg mál er almenning varða. Alþingi getur veitt nefndum þessum rétt til að heimta skýrslur, munnlegar og bréflugar, bæði af embættismönnum og einstökum mönnum.

6. *Athuganir nefnda.* Skv. 26. gr. laga nr. 55/1991, um þingsköp Alþingis, er nefnd heimilt að fjalla að eigin frumkvæði um önnur mál en þau sem þingið vísar til hennar. Um slík mál getur nefndin gefið þinginu skýrslu, sbr. 31. gr. laganna.

7. *Umfjöllun um skýrslur umboðsmanns Alþingis og Ríkisendurskoðunar.* Á grundvelli eftirlits umboðsmanns Alþingis og Ríkisendurskoðunar berast Alþingi álit og skýrslur um einstök mál sem geta orðið þingmönnum og þingnefndum tilefni til sérstakrar umfjöllunar, auk þeirrar umfjöllunar sem fram fer um ársskýrslur umboðsmanns Alþingis og Ríkisendurskoðunar.

3.7.2. Eftirlit umboðsmanns Alþingis með stjórnvöldum.

Samkvæmt 2. gr. laga nr. 85/1997, um umboðsmann Alþingis, er það hlutverk umboðsmanns að hafa í umboði Alþingis eftirlit með stjórnvöldum ríkis og sveitarfélaga og tryggja rétt borgaranna gagnvart stjórnvöldum landsins. Þá skal umboðsmaður gæta þess að jafnræði sé

í heiðri haft og að stjórn-sýslan fari að öðru leyti fram í samræmi við lög og vandaða stjórn-sýsluhætti.

Umboðsmaður Alþingis er kosinn af Alþingi til fjögurra ára í senn og skal hann uppfylla skilyrði laga til þess að mega gegna embætti hæstaréttardómara. Umboðsmaður er í störfum sínum sjálfstæður og óháður fyrirmælum frá öðrum, þar með töldu Alþingi.

Umboðsmaður Alþingis hefur eftirlit með stjórn-sýslu ríkis og sveitarfélaga. Til umboðs-manns má kvarta út af hvers konar ákvörðunum, úrlausnum, málsmeðferð og framkomu af hálfu starfsmanna ráðuneyta, ríkisstofnana og sveitarfélaga. Til umboðsmanns má einnig kvarta út af stjórnvaldsákvörðunum sem einkaaðilar hafa tekið lögum samkvæmt. Á hinn bóginn falla utan starfssviðs umboðsmanns störf Alþingis, störf dómstóla, ágreiningsmál á milli einstaklinga og ákvarðanir stjórnvalda sem bera skal undir dómstóla samkvæmt laga-fyrirmælum.

Hver sá sem telur stjórnvald hafa beitt sig rangindum getur borið fram kvörtun við um-boðsmann Alþingis. Allir einstaklingar, hvort heldur Íslendingar eða útlendingar, geta kvartað til umboðsmanns. Sama gildir um félög og stofnanir einstaklinga. Umboðsmaður tekur mál til meðferðar þeim að kostnaðarlausu sem til hans leita. Umboðsmaður getur einnig að eigin frumkvæði ákveðið að taka mál til meðferðar. Þá getur hann jafnframt tekið starfsemi og málsmeðferð stjórnvalds til almennrar athugunar.

Meðal skilyrða þess að umboðsmaður Alþingis taki kvörtun til meðferðar eru: Ef kvartað er út af ákvörðun stjórnvalds og unnt er að skjóta ákvörðuninni til æðra setts stjórnvalds, t.d. ráðherra, þá verður sá sem bera vill fram kvörtun að skjóta málinu fyrst til þess stjórnvalds, sem æðra er áður en hann getur borið fram kvörtun við umboðsmann. Kvartandi skal með öðrum orðum tæma kæruleiðir innan stjórn-sýslunnar áður en umboðsmaður getur tekið mál hans til efnislegrar athugunar. Þó er stundum hægt að kvarta beint til umboðsmanns, t.d. yfir drætti á afgreiðslu máls og framkomu opinbers starfsmanns. Kvarta verður til umboðsmanns áður en ár er liðið frá því að ákvörðun sú, sem kvartað er yfir, var tilkynnt aðila. Kvörtun til umboðsmanns Alþingis skal vera skrifleg.

Umboðsmaður getur krafist stjórnvöld um þær upplýsingar sem hann þarfnast vegna starfs síns, þar á meðal um hvers konar skýrslur, skjöl, bókanir og önnur gögn. Hann getur kvatt starfsmenn í stjórn-sýslunni á sinn fund til að gefa munnlegar upplýsingar og skýrslur. Enn fremur á umboðsmaður frjálstan aðgang að starfsstöðum stjórnvalda til athugana í þágu starfs síns. Ákveði umboðsmaður, að lokinni frumathugun máls, að taka það til frekari meðferðar gefur hann stjórnvaldi, sem í hlut á, kost á að skýra mál sitt.

Þeim málum, sem umboðsmaður tekur til nánari athugunar, er algengast að ljúki annað-hvort með því að þau séu látin niður falla, að fenginni leiðréttingu þess stjórnvalds sem í hlut á, eða með áliti umboðsmanns á því hvort athöfn stjórnvalds hafi brotið í bága við lög eða vandaða stjórn-sýsluhætti. Sæti athafnir stjórnvalds aðfinnslum eða gagnrýni umboðsmanns beinir hann tilmælum til stjórnvalds um úrbætur.

Niðurstaða umboðsmanns Alþingis í málum sem hann fær til úrlausnar er ekki að lögum bindandi fyrir stjórnvöld. Hins vegar er algengast að stjórnvöld fylgi niðurstöðu umboðs-manns. Ef stjórnvöld sinna ekki tilmælum umboðsmanns er honum heimilt að mæla með því að þeim sem í hlut á verði veitt gjafsókn í dómsmáli á hendur viðkomandi stjórnvaldi. Þá er Alþingi árlega gefin skýrsla um störf umboðsmanns og niðurstöðu hans í málum, svo og um viðbrögð stjórnvalda við þeim.

3.7.3. Eftirlit Ríkisendurskoðunar með stjórnvöldum.

Ríkisendurskoðun starfar á vegum Alþingis og endurskoðar ríkisreikning og reikninga þeirra aðila sem hafa með höndum rekstur og fjárvörslu á vegum ríkisins, sbr. 1. gr. laga nr. 86/1997, um Ríkisendurskoðun. Enn fremur skal Ríkisendurskoðun annast eftirlit með framkvæmd fjárlaga og vera þingnefndum til aðstoðar við störf er varða fjárhagsmálefni ríkisins.

Ríkisendurskoðun lýtur stjórn ríkisendurskoðanda, sem ráðinn er af forsætisnefnd Alþingis til sex ára í senn. Ríkisendurskoðun er engum háð í störfum sínum. Forsætisnefnd getur þó ýmist að eigin frumkvæði eða samkvæmt óskum þingmanna krafist skýrslna um einstök mál er falla undir starfsemi Ríkisendurskoðunar.

Samkvæmt 6. gr. laga nr. 86/1997 skal Ríkisendurskoðun annast endurskoðun ríkisreiknings og reikninga stofnana, sjóða og annarra aðila sem ríkissjóður greiðir kostnað eða reikningstap af samkvæmt fjárlögum eða af öðrum tekjum samkvæmt sérstökum lögum. Enn fremur skal Ríkisendurskoðun annast endurskoðun reikninga stofnana sem reknar eru á ábyrgð ríkissjóðs eða ríkissjóður á að hálfu eða meira. Eigi ríkissjóður helmingshlut eða meira í hlutafélagi, sameignarfélagi, viðskiptabanka eða sjóði, þar sem endurskoðandi er kosinn á aðalfundi, skal gera tillögu um að Ríkisendurskoðun endurskoði reikninga þess aðila. Jafnframt skal Ríkisendurskoðun annast endurskoðun reikninga vegna samninga um rekstrarverkefni sem ríkið kann að gera við sveitarfélög eða einkaaðila og fela í sér að þeir annist lögboðna þjónustu er ríkissjóði ber að greiða fyrir. Þá getur Ríkisendurskoðun rannsakað reikningsskil sveitarfélaga að því leyti sem þau varða sameiginlega starfsemi ríkis og sveitarfélaga. Loks getur hún rannsakað reikningsskil þeirra stofnana og félaga sem ríkissjóður á hlut í, sbr. 7. gr. laga nr. 86/1997.

Ríkisendurskoðun getur jafnframt framkvæmt stjórnvöldum endurskoðun, en hún felst í því að kanna meðferð og nýtingu ríkisfjár, hvort hagkvæmni og skilvirkni sé gætt í rekstri stofnana og fyrirtækja í eigu ríkisins og hvort gildandi lagafyrirmælum sé framfylgt í þessu sambandi. Ríkisendurskoðun skal gera hlutaðeigandi stjórnvöldum grein fyrir niðurstöðum sínum og vekja athygli þeirra á því sem hún telur að úrskaiðis hafi farið í rekstri og benda þeim á þau atriði sem athuga þurfi til að koma fram úrbótum.

Árlega skal samin heildarskýrsla um störf Ríkisendurskoðunar á liðnu almanaksári og hún lögð fyrir Alþingi. Jafnframt skal gera viðeigandi fastanefnd grein fyrir niðurstöðum endurskoðunar hafi Ríkisendurskoðun beitt skoðunarheimildum 7. og 9. gr. laga nr. 86/1997, um Ríkisendurskoðun, sbr. 11. gr. laganna.

3.8. Aðhald almennings og fjölmiðla að stjórnvöldum.

Almenningur og fjölmiðlar veita stjórnvöldum þýðingarmikið aðhald. Ein af forsendum slíks aðhalds er greiður aðgangur að upplýsingum hjá stjórnvöldum. Upplýsingalögum nr. 50/1996 er ætlað að tryggja slíkan aðgang að upplýsingum í vörslu stjórnvalda og varpa þannig ljósi á hvernig til tekst hverju sinni með rækslu verkefna framkvæmdarvaldsins. Í framsöguræðu með frumvarpi til upplýsingalaga vék forsætisráðherra að þýðingu upplýsingalaga í þessu samhengi. Í ræðu hans sagði m.a. svo: „Ein forsenda þess að unnt sé að tala um lýðræðislega stjórnarhætti er sú að borgurunum sé gert kleift að fylgjast með og kynnast athöfnum og starfsemi þeirra stofnana sem reknar eru í almennings þágu ... Þá eru lögfestar reglur um upplýsingaskyldu stjórnvalda til þess fallnar að auka á aðhald með starfsemi stjórnvöldunnar. Með lögunum opnast sú leið að fá upplýsingar um áður afgreidd mál hjá stjórnvöldum, svo að hægt sé að meta hvort stjórnvöld hafi gætt samræmis og jafnræðis við

úrlausn mála. Þannig stuðla meginmarkmið frumvarpsins að því að styrkja lýðræðislega stjórnarhætti og réttaröryggi í stjórnsýslu hins opinbera ...²⁵

Það veltur á ýmsu hvort slík markmið nái fram að ganga. Í því efni skiptir bæði máli að almenningur neyti þeirra réttinda sem upplýsingalög veita og ekki síður að stjórnvöld virði rétt almennings samkvæmt lögumum. Í því skyni að stuðla að auknu réttaröryggi við framkvæmd laganna var með V. kafla þeirra komið á fót sjálfstæðri og óháðri stjórnsýslunefnd, úrskurðarnefnd um upplýsingamál, sem skipað er til hliðar við hið almenna stjórnkerfi ríkis og sveitarfélaga og falið að leysa úr ágreiningsmálum um aðgang að gögnum á grundvelli upplýsingalaga. Valdsvið nefndarinnar nær til allrar stjórnsýslu hins opinbera, án tillits til á hvaða stjórnsýslustigi ákvörðun er tekin, en af því leiðir að aðili þarf ekki að tæma aðrar kæruleiðir innan stjórnsýslunnar áður en til hennar er leitað. Úrskurðir nefndarinnar eru endanlegir og verður því ekki skotið annað innan stjórnsýslunnar. Þeir hafa því fordæmisgildi fyrir alla stjórnsýsluna og stuðla þannig að því að samræmi skapist um framkvæmd laganna með hraðari og öruggari hætti en annars hefði orðið.

Úrskurðarnefnd um upplýsingamál hefur í samræmi við 19. gr. upplýsingalaga gefið úrskurði sína út í sérstökum ársskýrslum. Af ársskýrslum nefndarinnar fyrir árin 1997 og 1998 sést að nefndinni hafa borist yfir eitt hundrað erindi á fyrstu tveimur starfsárum hennar, þar af hefur sjötíu málum verið lokið með úrskurði.

3.9. Dæmi um leiðir sem færar eru til úrbóta.

3.9.1. Almenn um lagatæknilega útfærslu ákvæða um eftirlit.

Það leiðir af hinum almennu stjórnunar- og eftirlitsheimildum ráðherra með stjórnvöldum sem honum eru lægra sett að ráðherra og ráðuneyti hans fara með eftirlit með starfsemi hlutaðeigandi stofnana. Ef út af er brugðið í eftirlitsskyldri starfsemi notar ráðherra hinar almennu stjórnunarheimildir sínar til að bregðast við. Þegar í lögum er mælt fyrir um annars konar eftirlit en þetta, t.d. ákveðið að koma á fót sérstökum eftirlitsstofnunum eða mælt fyrir um eftirlitsskyldu stjórnvalda sem jafnframt hafa önnur verkefni með höndum, þarf að gæta að eftirtöldum grundvallaratriðum við lagatæknilega útfærslu slíkra lagaákvæða:

Yfirleitt þarf að setja ákvæði um eftirlitið í lög. Þar þarf að taka skýrt af skarið um það *til hvaða þátta* eftirlitið á að taka, *hvernig haga eigi eftirlitinu*, þar á meðal um *upplýsingaöflun*, og *loks til hvaða úrræða stjórnvald geti gripið* komi í ljós að eftirlitsskyld starfsemi er ekki í samræmi við lög. Ef lög eru ekki skýr um alla þessa þætti eru almennt miklar líkur á að eftirlitið komi ekki að tilætluðum notum. Þessi grundvallaratriði eiga við hvort sem andlag eftirlitsins er starfsemi hins opinbera eða einkaaðila.

Íslensk stjórnsýsla er í raun lítil og fámenn í samanburði við stjórnsýslu hins opinbera annars staðar á Norðurlöndum. Umfang eftirlits með stjórnvöldum verður að vera í ákveðnu samræmi við stærð stjórnsýslunnar. Þyki ástæða til að auka eftirlit með stjórnsýslunni er því almennt vænlegra til árangurs að endurskipuleggja og styrkja það eftirlit sem fyrir er en að fjölga eftirlitsstofnunum sem hætta er á að verði auk þess veikburða.

3.9.2. Mótun framtíðarstefnu um þróun stjórnsýslukerfisins.

Í kafla 3.4 hér að framan var lýst megindráttum íslenska stjórnsýslukerfisins. Meginreglan er sú að ráðherrar bera ábyrgð á stjórnarframkvæmdum öllum, sbr. 14. gr. stjórnarskrárinnar. Þetta ákvæði er m.a. byggt á þeirri forsendu að ráðherrar fari með yfirstjórn þeirra stjórnar-

²⁵ Alþt. 1995–1996, B-deild, d. 4081.

málefna sem undir ráðuneyti þeirra heyra. Eins og vikið var að í köflum 3.3.3.2 og 3.4.3 hafa ráðherrar almennar stjórnunar- og eftirlitsheimildir gagnvart lægra settum stjórnvöldum. Hér er því um að ræða þýðingarmikið eftirlit sem innbyggt er í stjórnsýslukerfið sjálft.

Þrátt fyrir framangreinda meginreglu hefur myndast sú stjórnskipunarvenja að löggjafinn geti þó með lögum komið á fót sjálfstæðum stofnunum og stjórnsýslunefndum sem undanþegnar eru almennum stjórnunar- og eftirlitsheimildum þess ráherra sem málefni þessara stjórnvalda heyra stjórnarfarslega undir. Stjórnarskráin setur þó löggjafanum vafalítið ákveðin mörk hversu langt verður gengið við að takmarka vald ráðherra með þessum hætti.

Við sérstakar aðstæður geta gild rök staðið til þess að ljá ákveðnum stofnunum og nefndum stöðu sjálfstæðra ríkisstofnana og sjálfstæðra stjórnsýslunefnda, og má þar benda á Seðlabanka Íslands og yfirskattanefnd sem dæmi. Á hinn bóginn byggist íslensk stjórnskipan á því að stjórnvöld með slíka stöðu heyri til undantekninga. Meginreglan er sú að ráðherrar beri ábyrgð á stjórnarframkvæmd, sbr. 14. gr. stjórnarskrárinnar. Þegar komið er á fót slíku sjálfstæðu stjórnvaldi sviptir löggjafinn ráðherra almennum stjórnunar- og eftirlitsheimildum yfir stjórnvaldinu og afléttir um leið þinglegri ábyrgð og ráðherraábyrgð af hlutaðeigandi ráðherra að því er snertir meðferð þessara valdheimilda. Þetta leiðir til þess að ráðherra getur ekki gefið slíku sjálfstæðu stjórnvaldi almenn eða sérstök tilmæli um úrlausn mála, nema hafa til þess lagaheimild. Ráðherra hefur heldur ekki eftirlit með störfum slíkra stjórnvalda, nema svo sé fyrir mælt í lögum. Af þessum sökum getur Alþingi ekki dregið ráðherra til ábyrgðar fyrir störf þeirra eða starfshætti. Það sem meira er, nefndarmenn sjálfstæðra nefnda verða heldur ekki dregnir til ábyrgðar af Alþingi þar sem engin samsvarandi ábyrgð hvílir á nefndarmönnum og hvílir á ráðherra gagnvart Alþingi, hvorki samkvæmt þingræðisreglunni né samkvæmt lögum nr. 4/1963, um ráðherraábyrgð. Þá er einnig ljóst að því fleiri sjálfstæðum stjórnvöldum sem löggjafinn kemur á fót þeim mun erfiðara verður fyrir ríkisstjórn á hverjum tíma að stjórna og samhæfa aðgerðir innan stjórnsýslukerfisins.

Á síðustu árum hefur sjálfstæðum stjórnsýslunefndum fjölgað mikið án þess að séð verði að baki stofnun þeirra liggja heildarstefnumörkun. Fjölgun stjórnsýslunefnda getur leitt til þess að erfitt verði að manna þær hæfum einstaklingum auk þess sem kostnaður við stjórnsýslu eykst og stjórnsýslukerfið verður flóknara. Miðað við smæð hins íslenska stjórnsýslukerfis gæti verið skynsamlegt að sameina nefndir á ákveðnum sviðum og bæta starfskilyrði þeirra og gera þær öflugri þyki á annað borð ástæða til að færa vald frá ráðherra til nefndar.

Æskilegt er að mótuð verði framtíðarstefna um þróun stjórnsýslukerfisins. Bæri þar að taka m.a. afstöðu til þess í hvaða tilvikum réttlætlanlegt verður talið að gera undantekningu frá meginreglu íslenskrar stjórnskipunar og setja á fót sjálfstæða stofnun eða stjórnsýslunefnd.

3.9.3. Stjórnsýsluleg staða stofnana verður að vera skýr.

Þótt þær meginreglur sem íslenska stjórnsýslukerfið byggist á séu e.t.v. ekki ýkja flóknar kemur öðru hverju upp vafi um hvort ráðherra hafi stjórnunar- og eftirlitsheimild gagnvart stjórnvaldi, hvort heimilt sé að kæra ákvarðanir stjórnvalds til ráðherra o.s.frv. Ástæður þessa eru m.a. þær að lög mæla ekki alltaf skýrt fyrir um stjórnsýslulega stöðu stjórnvalda, m.a. vegna þess að hugtök í lögum eru ekki notuð með samræmdum hætti. Þannig rísa oft deilur um hvort telja beri stofnun eða stjórnsýslunefnd sjálfstæða eða lægra sett stjórnvald. Í ljósi þess að hér er um grundvallaratriði í skipan stjórnkerfisins að ræða eru þetta alvarlegir meinbugir á lögum.

Umboðsmaður Alþingis hefur vakið athygli á þessum vanda í skýrslum sínum, sjá t.d. *SUA 1993:10* og *SUA 1995:13*. Sem dæmi um vandamál af þessum toga má nefna mál sem umboðsmaður Alþingis tók til athugunar að eigin frumkvæði og snerti stjórnsýslulega stöðu Húsnæðisstofnunar ríkisins, sbr. *SUA 1996:168*. Deilt hafði verið um hvort heimilt væri að kæra stjórnvaldsáskvarðanir húsnæðisstofnunar til félagsmálaráðherra. Það var niðurstaða umboðsmanns að húsnæðisstofnun hefði verið sjálfstæð stofnun fyrir setningu laga nr. 61/1993, en þá var kveðið svo á í lögum að Húsnæðisstofnun ríkisins væri *sjálfstæð ríkisstofnun* sem lyti sérstakri stjórn og heyrði undir félagsmálaráðherra. Með lögum nr. 61/1993 var stöðu stofnunarinnar breytt. Eftir það var mælt svo fyrir í lögum að Húsnæðisstofnun ríkisins væri ríkisstofnun er lyti sérstakri stjórn og heyrði undir félagsmálaráðherra, sem færi með *yfirstjórn húsnæðismála*. Með vísan til orðalags hins nýja ákvæðis svo og lögskýringargagna taldi umboðsmaður ljóst að frá gildistöku laga nr. 61/1993 hefði Húsnæðisstofnun ríkisins verið ljáð staða lægra setts stjórnvalds undir yfirstjórn félagsmálaráðherra. Samkvæmt því voru stjórnvaldsáskvarðanir Húsnæðisstofnunar ríkisins kærnanlegar til félagsmálaráðherra skv. 26. gr. stjórnsýslulaga.

3.9.4. Endurskoðun laga nr. 73/1969, um Stjórnarráð Íslands, með síðari breytingum.

Eins og vikið var að í kafla 3.4.2 hér að framan er mælt svo fyrir í 9. gr. laga nr. 73/1969, um Stjórnarráð Íslands, að ráðuneyti hafi eftirlit með starfrækslu stofnana sem undir það ber og eignum á vegum þeirra. Eins og áður segir ríkir nokkur óvissa um hvort ákvæði þetta taki einvörðungu til stjórnvalda sem lægra eru sett hlutaðeigandi ráðherra eða til allra stjórnvalda, þ.m.t. sjálfstæðra stjórnvalda.

Nauðsynlegt er að breyta þessu ákvæði og taka af allan vafa um efnissvið þess. Ef ákvæðinu verður ætlað að ná einnig til sjálfstæðra stofnana og nefnda er nauðsynlegt að tekið verði af skarið um það í lögum til hvaða úrræða ráðherra getur gripið gagnvart slíkum stjórnvöldum. Í því sambandi er rétt að taka til athugunar hvort ekki beri að gera glöggan greinarmun annars vegar á eftirliti með fjárreiðum og eignum sjálfstæðra stjórnvalda og virk úrræði fyrir ráðherra ef þar verður misbrestur á og hins vegar eftirliti með lögmæti ákvarðana slíkra stjórnvalda. Það er beinlínis markmið margra laga að koma í veg fyrir að ráðherrarnir geti breytt úrskurðum sjálfstæðra stofnana og stjórnsýslunefnda. Aftur á móti er ráðherrum gert að hafa ákveðin afskipti af fjárreiðum og skilum á ársreikningum sjálfstæðra stofnana og stjórnsýslunefnda í 20. og 49. gr. laga nr. 88/1997, um fjárreiður ríkisins.

Verði lög um Stjórnarráð Íslands tekin til endurskoðunar er einnig rétt að taka afstöðu til þess hvort ekki sé til skýringarauka að lögfesta hinar almennu stjórnunar- og eftirlitsheimildir ráðherra með lægra settum stjórnvöldum, en þær byggjast öðrum þræði á óskráðum meginreglum og eru við núverandi aðstæður lítt aðgengilegar.

3.9.5. Frumkvæðiseftirlit æðra settra stjórnvalda með lægra settum stjórnvöldum.

Eins og vikið var að í kafla 3.2.2.5 ríkir nokkur réttaróvissa um það hversu víðtækar heimildir æðra sett stjórnvöld hafa til þess að taka mál sem lægra sett stjórnvald hefur afgreitt til umfjöllunar og úrskurðar *ad eigin frumkvæði*. Ef ætlunin er að hafa þetta úrræði virkt verður vart hjá því komist að setja í lög skýr ákvæði um þessa heimild.

Í þessu sambandi má minna á að norsku stjórnsýslulögin hafa að geyma almenna heimild fyrir æðra sett stjórnvöld til að endurskoða stjórnvaldsáskvarðanir lægra settra stjórnvalda og taka nýja ákvörðun mæli almanna- eða einkahagsmunir með því, enda sé aðila máls tilkynnt um það innan þriggja vikna frá því að honum var birt ákvörðun hins lægra setta stjórnvalds.

Ný ákvörðun skal þá tekin innan þriggja mánaða, sbr. 3. mgr. 35. gr. norsku stjórnsýslu-laganna.

3.9.6. *Frumkvæðiseftirlit með sveitarfélögum.*

Eins og vikið var að í kafla 3.4.6 hér að framan er mælt svo fyrir í 102. gr. sveitarstjórnar-laga nr. 45/1998 að félagsmálaráðuneytið skuli hafa eftirlit með því að sveitarstjórnir gegni skyldum sínum samkvæmt sveitarstjórnarlögum og öðrum löglegum fyrirmælum. Vanræki sveitarstjórn skyldur sínar skal ráðuneytið veita henni áminningu og skora á hana að bæta úr vanrækslunni. Verði sveitarstjórn ekki við áskorun ráðuneytisins innan frests sem ráðuneytið tiltekur er því heimilt að stöðva greiðslur til sveitarsjóðs úr Jöfnunarsjóði sveitarfélaga þar til bætt hefur verið úr vanrækslunni. Jafnframt getur ráðuneytið með lögsókn krafist dagsekta af þeim sem ábyrgð bera á vanrækslunni og mega dagsektir nema allt að fimmföldum dag-launum viðkomandi manns.

Þau úrræði sem félagsmálaráðuneytið getur gripið til gagnvart sveitarstjórnnum henta aðal-lega í tilefni af athafnaleysisbrotum sveitarstjórna. Þessi úrræði henta flest illa í þeim tilvik-um þegar sveitarstjórn hefur tekið ólögmæta stjórnvaldsákvörðun. Í slíkum tilvikum kemur heimild til að ógilda ákvörðun best að notum. Félagsmálaráðuneytið virðist einvörðungu hafa heimild til að ógilda ákvörðun sveitarstjórnar að fram hafi komið kæra frá aðila máls, sbr. 103. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998. Félagsmálaráðuneytið virðist á hinn bóginn ekki hafa heimild til þess að fella ólögmæta ákvörðun sveitarstjórnar úr gildi að eigin frumkvæði á grundvelli 102. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998. Af þeim sökum er ekki fyrir að fara al-mennu frumkvæðiseftirliti með sveitarfélögum. Fyrr á tímum höfðu sýslunefndir slíkt eftirlit með sveitarfélögum hér á landi.

Þess má geta að eftir að verkefni höfðu verið færð yfir til sveitarfélaga í Danmörku voru heimildir eftirlitsstjórnvalda í hverju amti rýmkaðar og þeim veitt heimild til þess að fella bersýnilega ólögmætar ákvarðanir sveitarstjórna úr gildi.

Lagt er til að tekið verið til athugunar hvort ekki eigi að fela félagsmálaráðuneytinu heim-ild til að fella bersýnilega ólögmætar ákvarðanir sveitarstjórna úr gildi á grundvelli 102. gr. sveitarstjórnarlaga. Slíkt mál kæmu þá aftur til úrlausnar sveitarstjórnar. Sú aðstaða sem félagsmálaráðuneytinu er komið í með núgildandi ákvæðum 102. gr. laganna er ekki heppileg með tilliti til þeirra úrræða sem ráðuneytinu eru tiltæk. Sinni sveitarstjórn ekki tilmælum um að afturkalla ákvörðun sína hefur félagsmálaráðuneytið ekki önnur úrræði en að stöðva greiðslur úr Jöfnunarsjóði sveitarfélaga, en ekki fá öll sveitarfélög greiðslur úr þeim sjóði, eða höfða mál og krefjast þess að dagsektir verði lagðar á þá sveitarstjórnarmenn sem ábyrgð bera. Bæði þessi úrræði eru mjög íþyngjandi, viðurhlutamikil og seinvirk. Ógilding ólög-mætra stjórnvaldsákvæðana er mun virkara og einfaldara úrræði og betur til þess fallið að vernda íbúa sveitarfélagsins fyrir ólögmætum ákvörðunum sveitarstjórnar.

3.9.7. *Réttur alþingismanna til aðgangs að upplýsingum um opinber málefni.*

Til þess að rækja eftirlitshlutverk sitt og veita ríkisstjórn aðhald hefur Alþingi stjórnar-skrárvarinn rétt til að afla upplýsinga frá ráðherra. Eins og fram kom í kafla 3.7.1 er mælt svo fyrir í 54. gr. stjórnarskrárinnar að alþingismönnum sé heimilt, með leyfi Alþingis, að óska upplýsinga ráðherra eða svars um opinber málefni með því að bera fram fyrirspurn um málið eða beiðast um það skýrslu. Ráðherra er skylt að svara fyrirspurn eða skýrslubeiðni, sem

leyfð hefur verið, á grundvelli þessarar stjórnarskrárheimildar.²⁶ Á hinn bóginn hefur ráðherra vafalítið ákveðið mat um það hvernig hann setur fram svörin, svo lengi sem þau eru rétt og nægilega ítarleg þannig að upplýst umræða geti farið fram um efnið. Tímastrestir sem þingsköp setja til að svara fyrirspurnum og ljúka skýrslugerð hljóta jafnframt að draga því ákveðin mörk hversu ítarleg svör er hægt að gefa. Þá verður að ætla að svör eða skýrslur, sem heimilt er að beiðast á grundvelli framangreindrar stjórnarskrárheimildar, takmarkist við það sem eðlilegt er að ætla að fjárheimildir ráðuneytis standi almennt undir. Krefjist svar eða skýrsla kostnaðarsamari rannsókna og undirbúnings er eðlilegt að Alþingi álykti um það sérstaklega og verji til þess fé á fjárlögum.

Við mat á því hvaða upplýsingar heimilt er og skylt að leggja fram er í dönskum rétti á því byggt að ráðherra geti m.a. haft hliðsjón af því hvort litið yrði svo á að það færi í bága við hagsmuni ríkisins að leggja upplýsingarnar fram.²⁷ Þá má ráðherra ekki veita upplýsingar, sem lögbundin þagnarskylda ríkir um, á opnum þingfundi. Slíkar upplýsingar er ráðherra þó í ákveðnum tilvikum heimilt að veita þingnefndum.²⁸ Í dönskum rétti er á því byggt að aðgangur þingmanna að upplýsingum ráðist ekki af upplýsingalögnum. Á hinn bóginn er þó augljóst að þingmenn eiga a.m.k. ávallt rétt á upplýsingum sem opnar eru almenningi samkvæmt upplýsingalögum.²⁹

Leggja verður til grundvallar að fyrrnefndur réttur alþingismanna til aðgangs að upplýsingum um opinber málefni ráðist ekki af upplýsingalögum heldur byggist hann á sjálfstæðri heimild sem er að finna í 54. gr. stjórnarskrárinnar. Annað mál er að hægt er að hafa hliðsjón af ákvæðum upplýsingalaga við túlkun 54. gr. stjórnarskrárinnar. Æskilegt er að tekið verið til athugunar hvort ástæða þykir til að setja nánari ákvæði í þingskapalög um slíkar fyrirspurnir. Mætti þar t.d. taka afstöðu til þess hvaða upplýsingar ráðherra væri heimilt að undanþiggja í svörum sínum. Jafnframt er rétt að taka til athugunar hvort ástæða sé til þess að taka upp í þingskapalög ákvæði um heimild þingnefnda til þess að taka við upplýsingum frá ráðherra sem þagnarskylda ríkir um, svo og um þagnarskyldu þingmanna um slíkar upplýsingar. Í núgildandi þingskapalögum nr. 55/1991 er einvörðungu að finna ákvæði um þagnarskyldu nefndarmanna í utanríkismálanefnd, sbr. 24. gr. laganna.

3.9.8. Málsmeðferð og endurskoðunarvald dómstóla.

1. Í nokkrum lögum er að finna ákvæði sem mæla fyrir um „fullnaðarúrskurðarvald“ stjórnvalda um ákveðin málefni. Virðist markmið margra þeirra vera að koma í veg fyrir að deilur um úrlausn slíkra málefna verði bornar undir dómstóla. Fræðimenn hafa dregið í efa að ákvæði af þessum toga fái staðist 2. og 60. gr. stjórnarskrárinnar.³⁰

Sem dæmi um slíkt ákvæði má t.d. nefna 15. gr. laga nr. 30/1992, um yfirs kattane fnd, en þar segir: „Úrskurður yfirs kattane fndar er fullnaðarúrskurður um skattfjárhæð. Ágreining um skattskyldu og skattstofna má þó bera undir dómstóla.“ Þar sem erfitt er að greina á milli ákvarðana um skattfjárhæð annars vegar og skattskyldu og skattstofna hins vegar hafa fræði-

²⁶ Sbr. Ólafur Jóhannesson: Stjórnskipun Íslands (2. útg. 1978), bls. 272; Zahle, H.: Dansk forfatningsret I (1989), bls. 321, og Ross, A.: Dansk Statsforfatningsret I (1959), 250.

²⁷ Zahle, H.: Dansk forfatningsret I (1989), bls. 321; Ross, A.: Dansk Statsforfatningsret I (1959), bls. 250 og Germer, P.: Statsforfatningsret (1995), 71.

²⁸ Vogter, J. og J.E. Stausbøll: Tavshedspligt over for Folketinget (Juristen 1990), bls. 353–365.

²⁹ Vogter, J. og J.E. Stausbøll: Tavshedspligt over for Folketinget (Juristen 1990), bls. 353.

³⁰ Sjá t.d. Ólafur Jóhannesson: Stjórnarfarsréttur. Almennur hluti II, 179.

menn bent á að þetta ákvæði hafi vart sjálfstæða þýðingu og því framfylgi dómstólar ekki ákvæðinu samkvæmt orðalagi sínu.³¹

Lagaákvæði af þessum toga má rekja til 19. aldar hugmynda um valdmörk á milli dómstóla og stjórnvalda. Því má velta fyrir sér hvort ekki sé tímaskekkja að hafa slík ákvæði í lögum. Hvað sem líður vafa um stjórnskipulegt gildi slíkra ákvæða er erfitt að finna þeirri skoðun viðhlítandi rök að borgararnir eigi ekki að geta fengið endurskoðað af dómstólum hvort matskennd ákvörðun stjórnvalds um rétt þeirra eða skyldu sé lögmæt og byggð á málefnalegum sjónarmiðum. Af þessum sökum er rétt að tekið verði til athugunar hvort ekki sé ástæða til að fella slík ákvæði úr lögum.

2. Í lögum má finna ákvæði þar sem það er gert að skilyrði fyrir málsókn að mál hafi áður sætt úrlausn æðra setts stjórnvalds á grundvelli stjórnsýslukæru. Sem dæmi um þetta má t.d. benda á 5. mgr. 29. gr. laga nr. 50/1988, um virðisaukaskatt. Þar kemur fram að bera megi ágreining um skattskyldu og skattþæð undir dómstóla, enda hafi áður verið úrskurðað um hann af yfirskattanefnd.

Að mati nefndarinnar er æskilegt að skilyrða ekki rétt manna til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur fyrir dómstólum með þessum hætti, nema mjög veigamiklar ástæður mæli með því. Í slíkum tilvikum mælir nefndin eindregið með því að sá varnagli verði þá ávallt sleginn í lögum að hafi hið æðra setta stjórnvald ekki leyst úr máli innan þriggja mánaða frá því að kæra barst sé aðila málsins þó heimilt að bera það undir dómstóla.

3. Fyrir kemur að í lögum er lögbundinn frestur, sem aðili máls hefur til málsóknar, í tilefni af stjórnvaldsákvörðun. Sem dæmi um slíkan frest má t.d. nefna ákvæði 3. mgr. 63. gr. laga nr. 45/1997, um vörumerki. Þar er mælt svo fyrir að ef aðilar máls óski úrskurðar dómstóla beri þeim að höfða mál innan þriggja mánaða frá þeim degi sem Einkaleyfastofan eða áfrýjunarnefnd tók ákvörðun sína.

Í 70. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 8. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995, er mælt svo fyrir að öllum beri réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur eða um ákæru á hendur sér um refsiverða háttsemi með réttlátri málsmeðferð innan hæfilegs tíma fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli.

Að mati nefndarinnar er æskilegt að skilyrða ekki rétt manna til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur fyrir dómstólum með þessum hætti, nema mjög veigamiklar ástæður mæli með því. Í slíkum tilvikum mælir nefndin eindregið með því að þess verði gætt að málsóknarfrestir séu ekki stuttir. Mjög stuttir málsóknarfrestir geta vafalítið farið í bága við 70. gr. stjórnarskrárinnar. Þá er æskilegt að haldið verði fast við þá reglu, að slíkum málsóknarfrestum verði ekki beitt fortakslaut gagnvart aðilum nema þeim hafi verið leiðbeint um þá af stjórnvöldum í samræmi við 3. tölul. 2. mgr. 20. gr. stjórnsýslulaga.

4. Spurningin um það hvort rétt sé að koma á fót stjórnæsludómstólum hér á landi lýtur m.a. að dómstólaskipan landsins og hvort rétt sé að koma á fót sérdómstólum á þessu sviði. Það fellur utan við erindisbréf nefndarinnar að taka afstöðu til þessa álitæfnis. Á hinn bóginn vekur nefndin athygli á því að með lagabreytingum virðist að mestu hægt að taka upp það réttarfarshagræði hjá hinum almennu dómstólum hér á landi sem einkennir málsmeðferð hjá stjórnæsludómstólum. Að öðru leyti er æskilegt að tekið verði til sérstakrar athugunar hvort þörf er á að setja önnur sérákvæði í lög um meðferð einkamála, nr. 91/1991, til þess að auð-

³¹ Sjá t.d. Þór Vilhjálmsson: Staða Hæstaréttar í stjórnskipuninni. Tímarit lögfræðinga, 1. hefti 1995, bls. 48, og Eiríkur Tómasson: Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda samkvæmt 60. gr. stjórnarskrárinnar. Úlfjótur 1984, 4. tbl., bls. 196.

velda einstaklingum og félögum þeirra að sækja mál á hendur opinberum aðilum. Í þessu sambandi er rétt að minna á að í lögum um meðferð einkamála, nr. 91/1991, er nú þegar að finna ákvæði er lúta að fyrirsvari opinberra aðila, varnarþingi þeirra, skýrslugjöf embættis- og sýslunarmanna, sönnunargildi opinberra skjala og flýtimeðferð mála sem höfðuð eru vegna ákvörðunar eða athafnar stjórnvalds, sbr. 5. mgr. 17. gr., 3. og 4. mgr. 33. gr., 5. mgr. 52. gr., 71. gr. og 123. gr. laganna.

Það eru ýmis ákvæði sem til greina kemur að dómi nefndarinnar að taka upp í lög um meðferð einkamála. Í þessu sambandi má t.d. benda á að lögin hafa ekki að geyma ákvæði sem heimila dómara að verða við kröfu um að fresta réttaráhrifum stjórnvaldsákvörðunar að hluta eða öllu leyti þar sem veigamiklar ástæður mæla með því á meðan málið er til meðferðar fyrir dómi. Ráðherranefnd Evrópuráðsins hefur beint þeim tilmælum til aðildarríkja sinna að taka slík ákvæði upp í lög sín.³²

Að dómi nefndarinnar er æskilegt að réttarfarsnefnd verði falið að taka framangreind atriði til umfjöllunar.

4. AFLEIÐINGAR RÉTTARBROTA Í STJÓRNSÝSLUNNI

4.1. Inngangur.

Í þessum kafla verður í stuttu máli gerð grein fyrir afleiðingum réttarbrota í stjórnsýslunni. Gerð verður almenn grein fyrir því hvaða viðurlög eru við slíkum brotum og hverjir geta sætt ábyrgð. Í kafla 4.9 verður síðan vikið að nokkrum ágöllum á þessum reglum og nefnd dæmi um leiðir sem færar eru til úrbóta.

4.2. Tilmæli umboðsmanns Alþingis.

Þegar umboðsmaður Alþingis tekur mál til athugunar er honum heimilt að ljúka því með því að láta í ljós álit sitt á því hvort athöfn stjórnvalds brjóti í bága við lög, sbr. b-lið 2. mgr. 10. gr. laga nr. 85/1997, um umboðsmann Alþingis. Sæti athafnir stjórnvalda aðfinnslum eða gagnrýni umboðsmanns getur hann jafnframt beint tilmælum til stjórnvalds um úrbætur. Það er oftast gert með því að beina tilmælum til stjórnvalds um að endurupptaka umrætt mál og taka það til nýrrar meðferðar komi fram ósk um það frá aðila máls.

Niðurstaða umboðsmanns Alþingis í málum sem hann fær til úrlausnar er ekki að lögum bindandi fyrir stjórnvöld. Hins vegar er algengast að stjórnvöld fylgi niðurstöðu umboðsmanns. Ef stjórnvöld sinna ekki tilmælum umboðsmanns Alþingis er honum heimilt að mæla með því að þeim sem í hlut á verði veitt gjafsókn í dómsmáli á hendur viðkomandi stjórnvaldi, sbr. d-lið 2. mgr. 10. gr. laga nr. 85/1997.

Telji umboðsmaður að um sé að ræða brot í starfi er varði viðurlögum samkvæmt lögum getur hann gert viðeigandi yfirvöldum viðvart, sbr. e-lið 2. mgr. 10. gr. laga nr. 85/1997. Getur hér ýmist verið um að ræða stjórnsýsluviðurlög eða refsingar.

4.3. Ógilding stjórnvaldsákvæðana.

Ýmsar ástæður geta valdið því að stjórnvaldsákvörðun verði ógild, en með því er átt við að ákvörðun geti ekki að lögum haft þau réttaráhrif sem henni var ætlað vegna annmarka sem hún er haldin. Stjórnvaldsákvörðun getur orðið ógild brjóti hún í bága við almennar eða sér-

³² Sbr. Recommendation No. R (89) 8 of the Committee of Ministers of Member States on Provisional Court Protection in Administrative Matters.

stakar *efnisreglur* stjórnvæðisráðgjafarinn. Þá getur stjórnvæðisráðgjafarinn orðið ógild brjóti hún í bága við *málsmeðferðarreglu* sem mæli fyrir um tiltekna *aðferð* við undirbúning og úrlausn máls sem almennt er talin stuðla að því að efni stjórnvæðisráðgjafarinn verði bæði rétt og lögmætt.

Greint er á milli ógildis- og ógildingartilvika. Það telst vera ógildartilvik þegar ákvörðun er haldin svo afdrifaríkum annmarka að líta má á hana sem markleysu (nullitet) og því er aðila málsins heimilt að virða hana að vettugi. Slík tilvik eru fremur fágæt. Til ógildingartilvika telst það hins vegar þegar stjórnvæðisráðgjafarinn er haldin slíkum annmarka að skylt er að ógilda hana. Slík ákvörðun verður hins vegar ekki ógild fyrir en hún hefur verið felld úr gildi (ógilt) af þar til bærum aðila með stjórnvæðisráðgjafarinn eða eftir atvikum dómi. Þannig getur það stjórnvald sem tók ákvörðunina felld hana úr gildi, sbr. 2. tölul. 25. gr. stjórnvæðisráðgjafarinn. Æðra stjórnvald getur felld ákvörðun úr gildi í tilefni af stjórnvæðisráðgjafarinn eða frumkvæðiseftirliti. Loks geta dómstólar felld slíka ákvörðun úr gildi með dómi að uppfylltum réttarfarsskilyrðum.

Þegar stjórnvæðisráðgjafarinn er felld úr gildi er meginreglan sú að stjórnvæðisráðgjafarinnin telst þá ógild frá öndverðu (l. ex tunc). Í undantekningartilvikum eru áhrif ógildingar ákveðin frá þeim tíma að ákvörðun um að fella hana úr gildi er tekin (l. ex nunc).

Á Íslandi hafa ekki verið settar í lög reglur um það hvenær skilyrði eru til að fella stjórnvæðisráðgjafarinn úr gildi vegna annmarka. Dómstólar hafa á hinn bóginn mótað réttarreglur um það með fordæmum sínum og dómvenjum.

Þegar brotið hefur verið í bága við réttarreglur stjórnvæðisráðgjafarinnin við töku stjórnvæðisráðgjafarinnin hefur sú regla verið lögð til grundvallar að stjórnvæðisráðgjafarinnin sé *ógildanleg* ef 1) ákvörðun er haldin annmarka að lögum 2) sem talist getur verulegur, 3) enda mæli veigamikil rök ekki gegn því að ógilda ákvörðunina.

1. Ákvörðun er haldin annmarka að lögum ef stjórnvöld hafa ekki virt þær málsmeðferðar- eða efnisreglur sem giltu um töku umræddrar ákvörðunar.

2. Ekki leiða þó allir annmarkar til ógildingar stjórnvæðisráðgjafarinnin þar sem annmarkinn verður að vera *verulegur*. Við mat á því hvort annmarki teljist verulegur kemur til greina að nota tvenns konar mælikvarða. Annars vegar er hægt að nota *almennan mælikvarða* og miða við að annmarki sé verulegur ef réttarregla sú, sem ekki var virt, verður *almennt* talin veita meira öryggi fyrir því að efni stjórnvæðisráðgjafarinnin verði bæði rétt og lögmætt. Hins vegar er hægt að nota *sérstakan mælikvarða* og telja að annmarki leiði því aðeins til ógildingar ef hann hefur leitt til rangrar niðurstöðu í viðkomandi máli.

Það mæli með notkun almenns mælikvarða að með honum er stjórnvöldum veitt mun meira aðhald og þau í raun knúin til að fylgja lögboðnum reglum. Með þessu móti er réttaröryggi betur tryggt. Það sem mæli á hinn bóginn með því að nota hinn sérstaka mælikvarða er það sjónarmið að það hljóti að teljast óþarfi að ógilda ákvörðun hafi hún orðið bæði rétt og lögmæt þrátt fyrir t.d. annmarka á meðferð máls. Í framkvæmd virðast dómstólar stundum feta veginn á milli þessara sjónarmiða á svofelldan hátt: Ef annmarki á meðferð máls telst almennt til þess fallinn að hafa áhrif á efni ákvörðunar telst hún ógildanleg, nema sannanlegt sé að annmarkinn hafi í raun ekki haft áhrif á efni ákvörðunarinnar.

Framangreindir mælikvarðar eru í raun misstrangir. Það fer eftir því hvers konar regla brotin hefur verið, mikilvægi máls og fleiri atriðum hvaða mælikvarða dómstólar ákveða að beita. Sem dæmi má nefna að þegar um er að ræða brot á sérstökum hæfisreglum virðist yfirleitt lagt til grundvallar að beita beri hinum almenna mælikvarða. Þegar vanhæfur starfsmaður hefur tekið ákvörðun er hún því yfirleitt talin ógildanleg. Hinn sérstaki mælikvarði

virðist þó notaður þegar vanhæfur nefndarmaður hefur tekið þátt í meðferð og úrlausn máls. Ákvörðun er þá talin gild ef talið er sannað að áhrif og atkvæði hins vanhæfa nefndarmanns hafi ekki ráðið úrslitum máls. Það sama á við ef vanhæfur maður hefur einungis tekið þátt í undirbúningi máls. Er ákvörðun þá talin gild ef talið er sannað að starfsmaður hafi ekki haft ómálefnaleg áhrif á ákvörðun máls.

3. Þótt meðferð máls sé haldin verulegum annmarka sem almennt er talinn leiða til ógildingar ákvörðunar geta veigamikil sjónarmið mælt á móti því að ógilda stjórnvaldsákvörðun. Í þessu sambandi er t.d. litið til réttmætra væntinga málsaðila, hvort aðili hafi verið í góðri trú, hvort hann er byrjaður að nýta sér ákvörðunina og hvort ógilding ákvörðunar hafi í för með sér eyðileggingu verðmæta. Ívilnandi ákvörðun, sem aðili hefði stuðst við um langt skeið, yrði t.d. sjaldnast ógilt. Þá er einnig litið til þess hvort sá sem hafði hagsmuna að gæta við að fá ákvörðunina ógilta hefur sýnt af sér athafnaleysi.

4.4. Ábyrgð starfsmanna stjórnsýslunnar að starfsmannarétti.

4.4.1. Inngangur.

Starfsmenn stjórnsýslunnar vinna störf sín að viðlagðri ábyrgð. Ábyrgð þeirra tekur ekki einvörðungu til stjórnvaldsákvæðana heldur hvers konar stjórnsýslu. Enn fremur kann framkoma starfsmanns utan starfs að þykja ósæmileg, óhæfileg eða ósamrýmanleg starfinu. Ábyrgð starfsmanna stjórnsýslunnar kemur fram í því að starfsmaður kann að verða beittur stjórnsýsluviðurlögum, gert að sæta refsingum eða greiða skaðabætur vegna réttarbrota í stjórnsýslu.

Hugtakið stjórnsýsluviðurlög hefur verið notað sem samheiti yfir önnur viðurlög en refsingar sem opinberir starfsmenn geta sætt vegna réttarbrota í stjórnsýslunni. Gerist t.d. embættismaður sekur um brot í starfi getur það leitt til áminningar eða frávikningar hans ef sakir eru miklar.

Réttarreglur um opinbera starfsmenn eru að mörgu leyti frábrugðnar þeim sem gilda um starfsmenn á almennum vinnumarkaði. Að svo miklu leyti sem ekki er á annan veg mælt í stjórnarskrá fellur það í hlut löggjafans að kveða á um hvort og þá að hvaða leyti aðrar reglur skuli gilda um opinbera starfsmenn. Lengst af hafa opinberir starfsmenn haft tryggari réttarstöðu en starfsmenn á almennum vinnumarkaði þegar til greina hefur komið að segja þeim upp störfum eða víkja þeim úr embætti sökum meints brots á starfsskyldum. Hér á eftir verður stuttlega vikið að gildandi reglum um starfsmenn ríkis og sveitarfélaga.

4.4.2. Ríkisstarfsmenn.

Samkvæmt 1. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, taka þau til hvers manns sem er skipaður, settur eða ráðinn í þjónustu ríkisins til lengri tíma en eins mánaðar, án tillits til þess hvort og þá hvaða stéttarfélagi hann tilheyrir, enda verði starf hans talið aðalstarf. Lögin taka þó ekki til starfsmanna hlutafélaga og annars konar félaga, einkaréttar eðlis, jafnvel þótt þau séu að öllu leyti í eigu ríkisins. Þá taka lögin heldur ekki til starfsmanna stofnana sem að einhverju eða öllu leyti eru í eigu annarra en ríkisins, þar á meðal sjálfseignarstofnana, jafnvel þótt þær séu einvörðungu reknar fyrir framlög frá ríkinu, sbr. 2. gr. laga nr. 70/1996.

Ríkisstarfsmenn greinast í tvo flokka, annars vegar embættismenn og hins vegar almenna ríkisstarfsmenn. Að nokkru gilda ólíkar reglur um stjórnsýsluviðurlög eftir því hvort um embættismenn eða almenna ríkisstarfsmenn er að ræða. Brjótí ríkisstarfsmenn starfsskyldur

sínar getur það orðið forstöðumanni eða þeim er veitti stöðuna tilefni til þess að beita þá eftirfarandi stjórnsýsluviðurlögum:

1. *Áminning*. Ef embættismaður eða almennur ríkisstarfsmaður hefur sýnt í starfi sínu óstundvísni eða aðra vanrækslu, óhlýðni við löglegt boð eða bann yfirmanns síns, vankunnáttu eða óvandvirkni í starfi, hefur ekki náð fullnægjandi árangri í starfi, hefur verið ölváður að starfi eða framkoma hans eða athafnir í því eða utan þess þykja að öðru leyti ósæmilegar, óhæfilegar eða ósamrýmanlegar starfinu skal forstöðumaður stofnunar veita honum skriflega áminningu, sbr. 21. og 44. gr. laga nr. 70/1996.

2. *Lausn embættismanns um stundarsakir að undangenginni áminningu*. Hafi embættismaður ekki bætt ráð sitt þrátt fyrir áminningu er þeim er veitti stöðuna rétt að veita embættismanninum lausn um stundarsakir ef hann hefur sýnt í starfi sínu óstundvísni eða aðra vanrækslu, óhlýðni við löglegt boð eða bann yfirmanns síns, vankunnáttu eða óvandvirkni í starfi, hefur ekki náð fullnægjandi árangri í starfi, sbr. meðal annars 38. gr., hefur verið ölváður að starfi eða framkoma hans eða athafnir í því eða utan þess þykja að öðru leyti ósæmilegar, óhæfilegar eða ósamrýmanlegar því embætti sem hann gegnir, sbr. 2. og 4. mgr. 26. gr. laga nr. 70/1996.

3. *Fyrirvaralaus lausn um stundarsakir*. Hafi embættismaður fjárreiður eða bókhald með höndum má veita honum lausn um stundarsakir án áminningar, ef ætla má eða víst þykir að óreiða sé á bókhaldi eða fjárreiðum, bú hans er tekið til gjaldþrotaskipta eða hann leitar nauðasamninga. Sama er ef embættismaður er grunaður um háttsemi sem hefði í för með sér sviptingu réttinda skv. 68. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, sbr. 3. mgr. 26. gr. laga nr. 70/1996.

4. *Embættismanni vikið úr embætti að undangenginni lausn um stundarsakir*. Hafi embættismanni verið veitt lausn um stundarsakir fyrir meintar misfellur í starfi skal mál hans þá þegar rannsakað af nefnd sérfróðra manna svo að upplýst verði hvort rétt sé að veita honum lausn að fullu eða láta hann taka aftur við embætti sínu. Nefndin skal láta í ljós rökstutt álit á því hvort rétt hafi verið að víkja embættismanni frá störfum um stundarsakir. Embættismanni skal víkja úr embætti að fullu ef meiri hluti nefndarinnar kemst að þeirri niðurstöðu að rétt hafi verið að víkja honum frá störfum um stundarsakir. Hafi ávirðingar þær sem embættismanni voru gefnar að sök ekki reynst vera fyrir hendi tekur embættismaður aftur við embætti sínu og skal þá líta svo á að hann hafi gegnt starfanum óslitið. Jafnframt skulu honum þá greidd þau laun sem hann hefur verið sviptur, sbr. 27., 28. og 29. gr. laga nr. 70/1996.

5. *Embættismanni vikið fyrirvaralaust úr embætti*. Embættismanni skal víkja úr embætti að fullu ef hann hefur verið sviptur með fullnaðardómi rétti til að gegna því embætti. Nú hefur starfsmaður verið sviptur þeim rétti með dómi í héraði og skal þá í þeim dómi kveða á um hvort það ákvæði hans skuli þegar koma til framkvæmdar eða fresta því þar til ráðið verður hvort honum skuli skjóta til æðra dóms eða þar til úrlausn æðra dóms er fengin, sbr. 1. mgr. 29. gr. laga nr. 70/1996.

Embættismanni skal einnig víkja úr embætti að fullu, án fyrirvara, ef hann hefur játað að hafa gerst sekur um refsiverða háttsemi sem ætla má að hefði í för með sér sviptingu réttinda skv. 68. gr. almennra hegningarlaga, sbr. 3. mgr. 29. gr. laga nr. 70/1996.

6. *Uppsögn almenns ríkisstarfsmanns að undangenginni áminningu*. Bæti almennur ríkisstarfsmaður ekki ráð sitt að undangenginni áminningu er heimilt að segja honum upp störfum, sbr. 44. gr. laga nr. 70/1996.

7. *Fyrirvaralaus uppsögn almenns ríkisstarfsmanns.* Heimilt er að segja upp almennum ríkisstarfsmanni fyrirvaralaust á grundvelli sömu ástæðna og raktar voru hér að framan undir lið 5, sbr. 45. gr. laga nr. 70/1996.

4.4.3. *Starfsmenn sveitarfélaga.*

Í 73. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 8/1986 var kveðið svo á að starfsmenn við stjórnslu sveitarfélags hefðu réttindi og skyldur opinberra starfsmanna. Um starfskjör annarra starfsmanna sveitarfélags færi eftir ákvæðum kjarasamninga. Á grundvelli þessa ákvæðis var oftast kveðið svo á í samþykktum sveitarfélaga að starfsmenn við stjórnslu sveitarfélags hefðu réttindi og skyldur opinberra starfsmanna samkvæmt lögum nr. 38/1954, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, að svo miklu leyti sem ekki væri á annan veg mælt í samþykktum sveitarfélagsins.

Í 57. gr. nýrra sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998 er á hinn bóginn kveðið svo á að um starfskjör, réttindi og skyldur starfsmanna sveitarfélaga fari eftir ákvæðum kjarasamninga hverju sinni og/eða ákvæðum ráðningarsamninga. Síðan kemur fram í ákvæðinu að um stjórnsluviðurlög og annars konar viðbrögð framkvæmdastjóra sveitarfélags eða forstöðumanna stofnana sveitarfélaga við réttarbrotum starfsmanna fari eftir ákvæðum kjarasamninga og ráðningarsamninga hverju sinni. Þar sem ekki er komin reynsla á þetta nýja fyrirkomulag sem sveitarstjórnarlög nr. 45/1998 leggja grundvöll að telur nefndin ekki efni til að fjalla nánar um það.

Sérlög gilda um kennara og skólastjórnendur við grunnskóla í þjónustu sveitarfélaga. Lög nr. 72/1996, um réttindi og skyldur kennara og skólastjórnenda grunnskóla, taka til kennara og skólastjórnenda grunnskóla í þjónustu sveitarfélaga sem eru á föstum launum meðan þeir gegna starfanum, enda verði starf þeirra talið aðalstarf, sbr. 1. gr. laganna. Brjóti kennari eða skólastjórnandi starfskyldur sínar er sveitarstjórn heimilt að beita þá eftirfarandi stjórnsluviðurlögum samkvæmt lögum nr. 72/1996:

1. *Áminning.* Veita skal starfsmanni áminningu sem hefur sýnt í starfi sínu óstundvísi eða aðra vanrækslu, óhlýðni við löglegt boð eða bann yfirmanns síns, vankunnáttu eða óvandrækslu í starfi sínu, hefur verið ölvaður að starfi eða framkoma hans eða athafnir í því eða utan þess þykja að öðru leyti ósæmilegar, óhæfilegar eða ósamrýmanlegar því starfi, sbr. 2. mgr. 7. gr. laga nr. 72/1996.

2. *Vinna án endurgjalds eða frádráttur launa.* Starfsmanni er skylt að vinna án endurgjalds yfirvinnu allt að tvöföldum þeim tíma er hann hefur verið frá starfi án gjalda forfalla eða hlíta því að dregið sé af launum sem því nemur, sbr. 2. mgr. 30. gr. laga nr. 72/1996.

3. *Lausn um stundarsakir að undangenginni áminningu.* Hafi starfsmaður eða skólastjórnandi ekki bætt ráð sitt þrátt fyrir áminningu skv. lið 1 hér að framan er sveitarstjórn heimilt að veita starfsmanni lausn um stundarsakir, sbr. 1. og 2. mgr. 7. gr. laga nr. 72/1996. Skólastjóri getur þó veitt starfsmanni lausn um stundarsakir þótt hann hafi ekki veitt stöðuna ef bið þykir hættuleg, en tilkynna skal sveitarstjórn tafarlaust þá ráðstöfun með skýringu á málavöxtum, enda tekur hún fullnaðarákvörðun um lausnarveitinguna.

4. *Fyrirvaralaus lausn um stundarsakir.* Nú hefur starfsmaður fjárreiður eða bókhald með höndum og má þá veita honum lausn um stundarsakir án áminningar ef ætla má eða víst þykir að óreiða sé á bókhaldi eða fjárreiðum, bú hans tekið til gjaldþrotaskipta eða hann leitar nauðasamninga. Sama er ef hann er grunaður eða sannur orðinn að háttsemi er varða kynni sviptingu réttinda skv. 68. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 eða heilsu hans er svo

farið að eigi þykir gerlegt að láta hann gegna starfi lengur, sbr. 3. mgr. 7. gr. laga nr. 72/1996.

5. *Starfsmanni veitt að fullu lausn úr starfi að undangenginni lausn um stundarsakir.* Hafi starfsmanni verið veitt lausn um stundarsakir fyrir meintar misfellur í starfi skal mál hans þá þegar rannsakað af kunnáttumönnum eða að hætti opinberra mála, þyki ástæða til, svo að upplýst verði hvort rétt sé að veita honum lausn að fullu eða láta hann aftur taka við starfi sínu. Úrslit um stöðuna skulu ráðin strax og lokaniðurstöður rannsóknar eru kunnar, sbr. 8. gr. laga nr. 72/1996. Nú tekur sá sem lausn hefur fengið um stundarsakir aftur við starfa sín- um og skal þá líta svo á um starfsaldur sem hann hafi gegnt starfanum óslitið. Jafnframt skal hann fá greiddan þann helming hinna föstu launa sem hann hefur verið sviptur, sbr. 9. gr. laga nr. 72/1996.

6. *Starfsmanni veitt að fullu lausn úr starfi fyrirvaralaust.* Starfsmanni skal víkja úr stöðu að fullu ef hann hefur verið sviptur með fullnaðardómi rétti til að gegna stöðu þeirri. Nú hefur hann verið sviptur þeim rétti með dómi í héraði og skal þá í þeim dómi kveða á um það hvort það ákvæði hans skuli þegar koma til framkvæmda eða fresta því þar til ráðið verður hvort honum skuli skjóta til æðra dóms eða þar til úrlausn æðra dóms er fengin.

4.5. Refsiábyrgð starfsmanna stjórnarsýslunnar.

4.5.1. Inngangur.

Í þessum kafla verður vikið að reglum íslensks réttar um refsíábyrgð starfsmanna stjórn- sýslunnar í merkingu 1. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Umfjöllunin mun einkum lúta að greiningu á refsíákvæðum XIV. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940 (hgl.), sem fjalla um brot í opinberu starfi. Þó verður eftir atvikum vikið að ákvæðum sérrefsilöggjafar sem hafa að geyma refsíákvæði er taka til athafna starfsmanna stjórnarsýslunnar eða eftir atvikum athafnaleysis.

Fyrst verður fjallað almennt um eðli refsíábyrgðar og helstu einkenni og vikið að sjónar- miðum um refsivernd og refsíábyrgð einstaklinga. Þá verða rakin helstu sjónarmið laga að baki refsivernd og refsíábyrgð opinberra starfsmanna. Síðan verður leitast við að afmarka hugtakið opinber starfsmaður skv. XIV. kafla hgl. og að lokum verður vikið sérstaklega að refsíákvæðum kaflans og efni þeirra lýst.

4.5.2. Eðli refsíábyrgðar og helstu einkenni.

Þegar tekið er til við að greina og lýsa efnisreglum á sviði refsiréttarins verður að hafa í huga séreðli refsíábyrgðar og áhrif hennar á mannlega breytni í samanburði við önnur réttar- áhrif laga og reglna. Fyrst má geta þess að refsíábyrgð verður almennt einvörðungu viður- kennd með dómi, þ.e. með sakfellingu í opinberu máli þar sem fylgt hefur verið þeim sér- stöku málsmeðferðarreglum sem fram koma í lögum um meðferð opinberra mála, sbr. nú lög nr. 19/1991. Í annan stað geta réttaráhrif þess að maður verði talinn refsíábyrgur orðið þau að á hlutaðeigandi sé lögð refsing í merkingu 1. mgr. 31. gr. hgl., sbr. 3. gr. laga nr. 82/1998, þ.e. fangelsi eða fêsektir, eða refsikennd viðurlög, svo sem svipting réttinda og upptaka eigna, sbr. m.a. 68. og 69. gr. hgl. Þetta leiðir af 1. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.

Það er ein af grundvallarreglum íslensks réttar, sem nefnd hefur verið meginreglan um lögbundnar refsíheimildir, að einvörðungu sé hægt að refsa einstaklingi fyrir tiltekna athöfn eða tiltekið athafnaleysi ef háttseminni er skýrlega lýst í lagaákvæði og að fram komi með ótvíræðum hætti að háttsemi þessi varði ákveðinni refsingu eða refsikenndum viðurlögum. Meginregla þessi verður leidd af 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 7. gr. stjórnarskip-

unarlaga nr. 97/1995, 1. mgr. 7. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 1. gr. laga nr. 62/1994, og 1. gr. hgl. Refsingu verður því almennt ekki komið við á grundvelli annarra réttarheimilda en settra laga, svo sem réttarvenju, óskráðra meginreglna eða eðlis máls. Þó skal vakin athygli á því að bæði 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar og 1. gr. hgl. gera ráð fyrir þeim möguleika að refsíabyrgð kunni að stofnast á grundvelli fullkominnar löggjöfnunar frá settu lagaákvæði.

Kröfur til forms og efnis refsíákvæða hafa aukist talsvert á undanförunum árum, einkum vegna þróunar í mannréttindamálum, sbr. m.a. 1. mgr. 7. gr. mannréttindasáttmála Evrópu sem öðlaðist lagagildi hér á landi með 1. gr. laga nr. 62/1994, um mannréttindasáttmála Evrópu. Sökum þessa er nú almennt viðurkennt að leiða megi af meginreglunni um lögbundnar refsíheimildir þau skilyrði fyrir beitingu refsíákvæða að þau séu skýr og aðgengileg. Áhrif þessarar þróunar eru m.a. þau að skilyrði refsilöggjafarinnar um skýr og aðgengileg refsíákvæði leggja auknar skyldur á löggjafann við mótun verknaðarlýsinga, enda getur óskýrt refsíákvæði leitt til þess að refsíabyrgð verði ekki viðurkennd við meðferð opinbers máls fyrir dómi.

Séreðli og einkenni refsíákvæða, og þá einkum þær miklu kröfur sem gerðar eru til þess að form og efni þeirra sé skýrt og aðgengilegt, endurspeglar þá sérstöku þýðingu sem refsingar og önnur refsikennd viðurlög geta haft á daglegt líf manna. Við greiningu og lýsingu á efnisinnihaldi refsíákvæða verður því að taka mið af þessu séreðli refsíabyrgðarinnar, enda getur beiting refsíákvæða haft í för með sér eina afdrifarikustu skerðingu á athafnafrelsi manna sem lög heimila og takmarkað grundvallarréttindi einstaklinga til sjálfstæðra ákvarðana um líf sitt og tilveru.

Í tilefni af þeirri umfjöllun sem hér fer á eftir verður að minna á að framangreind sjónarmið eiga jafnt við um starfsmenn stjórnisýslunnar sem sæta refsíabyrgð vegna starfa sinna og aðra þegna samfélagsins.

Það er meginregla samkvæmt íslenskri refsilöggjöf að sérhver lifandi maður getur verið fremjandi afbrots og orðið refsíabyrgur ef hann sannanlega fullnægir öllum refsiskilyrðum laga. Er þá við það miðað að hann hafi unnið verk sem lýst er í refsíákvæði eða vanrækt lagaskyldu sem þar er lýst. Að sama skapi er gengið út frá því að verknaðarþoli (brotþoli) geti hver maður orðið, allt frá fæðingu til dauða og jafnvel lengur, sjá 124. og 240. gr. hgl., en verndarhagsmunir þessara ákvæða taka til líkama og æru látinna manna.

Óvenjulegt er að refsíákvæði skilgreini sérstaklega þann einstakling eða hóp einstaklinga sem njóta refsiverndar eða geta orðið refsíabyrgir, sbr. þó 1. mgr. 212. gr. hgl. Ákvæði XII. og XIV. kafla hgl. eru hins vegar dæmi um slíka lögbundna takmörkun á gerendum og verknaðarþolum afbrota. Heiti XII. kafla hgl. er „Brot gegn valdstjórninni“ og hefur hann að geyma refsíákvæði er lýsa m.a. nánar tilgreindum athöfnum gagnvart „opinberum starfsmönnum“ og framkvæmd opinberra starfa. Ákvæði XIV. kafla hgl. lúta aftur á móti að refsiverðum brotum sem framin eru af opinberum starfsmönnum og ber kaflinn því heitið „Brot í opinberu starfi“.

4.5.3. Lagasjónarmið að baki refsivernd og refsíabyrgð opinberra starfsmanna.

Af réttarþróun í stjórnisýslurétti og skaðabótarétti má ráða að vaxandi kröfur eru gerðar til opinberra starfsmanna við meðferð opinbers valds og framkvæmd lögbundinna verkefna í þágu almennings. Við túlkun og beitingu ákvæða XII. kafla hgl. um refsivernd opinberra starfsmanna ber því jafnframt að gæta að þeim ríku skyldum sem á þá eru lagðar. Verði þeim á í messunni í starfi sínu geta þeir orðið refsíabyrgir á grundvelli ákvæða XIV. kafla hgl.

Með þessu er lögð áhersla á það sjónarmið að eðlilegt vægi verði að vera á milli refsiverndar opinberra starfsmanna og þeirrar refsíabýrgðar sem á þeim hvílir.

Um tilgang löggjafans og lagarök með setningu sérstakra refsíakvæða um refsivernd og refsíabýrgð opinberra starfsmanna eru lögskýringargögn fremur fáorð. Finna má aftur á móti gagnlegar vísbendingar um afstöðu dómstóla til þeirra sjónarmiða sem hér koma til skoðunar í dómaframkvæmd. Af forsendum meiri hluta Hæstaréttar í málinu *H 1992:401* má sem dæmi draga þá ályktun að miðað sé við að ákvæðum XII. kafla hgl. sé almennt ætlað að vernda „eðlilega framkvæmd stjórnarsýslu“. Þá sé með refsíakvæðum kaflans leitast við að koma í veg fyrir árásir eða ágang manna gegn þeim starfsmönnum ríkisvaldsins sem hafa „heimildir til ákvarðana, framkvæmdarvald eða fyrirsvar gagnvart almenningi eða einstökum þjóðfélags-hópum og [þurfa] öðrum fremur að ganga fram fyrir skjöldu í þágu opinberra hagsmuna“. Nánar verður vikið að þessum dómi í kafla 4.5.4.

Ákvæði XII. og XIV. kafla hgl. taka ekki aðeins til starfsmanna stjórnarsýslunnar í merkingu 1. gr. stjórnarsýslulaga. Þau taka m.a. einnig til handhafa dómsvalds, sjá 115. og 130. gr. hgl., en síðarnefnda ákvæðið tekur til þess þegar „handhafi dómsvalds gerist sekur um ranglæti við úrlausn máls eða meðferð þess í því skyni, að niðurstaðan verði ranglát“. Með réttu má því segja að ákvæði XIV. kafla hgl. taki til starfsmanna ríkisvaldsins en ekki aðeins starfsmanna stjórnarsýslunnar.

Tilgangur refsíakvæða XIV. kafla hgl. skýrist við nánari athugun þeirra. Ákvæðunum er almennt ætlað að taka til þeirrar aðstöðu þegar opinber starfsmaður í refsiréttarlegri merkingu þess hugtaks ákveður að misnota aðstöðu sína í skjóli lögbundinna valdheimilda eða gætir ekki að réttum aðferðum við meðferð máls eða úrlausn þess þannig að saknæmt þyki. Tilvist refsíabýrgðar opinberra starfsmanna er þannig mikilvægur varnagli gegn misnotkun ríkisvalds sem orsakað getur tjón hjá einstaklingum og lögaðilum, raskað eðlilegri meðferð framkvæmdarvaldsins og rýrt traust almennings á stjórnarsýslunni og dómskerfinu.

4.5.4. Afmörkun hugtaksins „opinber starfsmaður“.

Eins og fyrr greinir verður í þeirri umfjöllun sem hér fer á eftir einvörðungu fjallað um refsíabýrgð starfsmanna stjórnarsýslunnar skv. XIV. kafla hgl. Með tilliti til framangreindrar hugtakanotkunar í refsíakvæðum kaflans er ljóst að það getur verið vandkvæðum bundið að afmarka nánar hvaða starfsmenn stjórnarsýslunnar sæta refsíabýrgð samkvæmt refsíakvæðum hans um brot opinberra starfsmanna og hverjir ekki. Í raun má segja að notkun lagahugtaksins „opinber starfsmaður“ án nánari skýrgreiningar í einstökum verknaðarlýsingum sé að þessu leyti óskýr og til þess fallin að torvela heimfærslu einstakra tilvika undir þau refsíakvæði sem við eiga hverju sinni. Það er því ljóst að ef afmarka á með fullnægjandi hætti hvaða starfsmenn stjórnarsýslunnar falla undir refsíakvæði hgl. verður hér í fyrstu að fara almennum orðum um lagahugtakið „opinber starfsmaður“.

Eins og löggjöfin hefur þróast er efnisinntak hugtaksins opinber starfsmaður breytilegt og ber því að skilgreina það í samhengi við ákvæði þeirrar löggjafar sem við á hverju sinni. Hugtakið er með öðrum orðum afstætt í íslenskri löggjöf. Þannig hefur skilgreining hugtaksins opinber starfsmaður ekki sömu lagalegu þýðingu í stjórnarsýslurétti og refsirétti. Notkun hugtaksins innan stjórnarsýsluréttarins er raunar á undanhaldi ef litið er til að mynda til hugtakanotkunar nýlegrar löggjafar um réttarstöðu ríkisstarfsmanna. Á meðan ekki hefur verið gerð breyting á verknaðarlýsingum refsíakvæða XII. og XIV. kafla hgl. er mikilvægt bæði fyrir fræðilega útlitun og beitingu þessara ákvæða í framkvæmd að afmarka nánar refsiréttarlega merkingu hugtaksins.

Eins og efni einstakra verknaðarlýsinga refsíákvæða XIV. kafla hgl. er háttað verður að hafa hugfast að almenn afmörkun á hugtakinu opinber starfsmaður getur aðeins orðið til leiðbeiningar við túlkun þeirra í hverju tilviki fyrir sig. Með öðrum orðum verður að teljast varhugavert að leggja alfarið til grundvallar almenna refsiréttarlega skilgreiningu á hugtakinu, nema ljóst þyki af túlkun á orðalagi og efni þess refsíákvæðis sem um ræðir hverju sinni að það hafi ekki að geyma lýsingu á tilteknum gerendum og sérgreindum hagsmunum, sjá hér m.a. 133. gr. hgl. sem tekur sérstaklega til þess opinbera starfsmanns „sem á að gæta fanga eða annast framkvæmd refsídóma“ og 137. gr. hgl. sem tekur til opinbers starfsmanns „sem hefur póst- eða símamálefni á hendi“.

Samkvæmt athugasemdum með frumvarpi því er varð að almennum hegningarlögum, nr. 19/1940, ná ákvæði XIV. kafla „til allra opinberra starfsmanna, hvort heldur þeir teljast til embættismanna eða sýslunar, og án tillits til þess, hvort þeir eru skipaðir til starfans eða settir eða á annan hátt löglega að honum komnir“.³³ Þá kemur m.a. fram í athugasemdum við XII. kafla að þar sé refsing lögð við því „að hindra embættismann eða sýslunar við framkvæmd opinbers starfs [...]“.³⁴ Samkvæmt þessu hefur við almenna skýringu á hugtakinu opinber starfsmaður í merkingu XII. og XIV. kafla hgl. verið talið að miða verði við að það nái yfir alla embættis- og sýslunarmenn, eins og þessi hugtök hafa verið skýrð í stjórnarsýslurétti, nema lög eða lögskýringargögn kveði sérstaklega á um annað. Þegar litið er til þessa virðist hugtakið opinber starfsmaður þrengra en almennt verður talið felast í þeim lagahugtökum sem taka til starfsmanna ríkisvaldsins, svo sem ríkisstarfsmanna, starfsmanna sveitarfélaga og starfsmanna opinberra stofnana og opinberra fyrirtækja.

Í þessu sambandi er rétt að víkja stuttlega að nýlegri breytingu á 109. gr. hgl. með 2. gr. laga nr. 147/1998. Samkvæmt athugasemdum við frumvarp það er varð að lögum nr. 147/1998 var samþykkt þess ætlað að skapa skilyrði að lögum til að hægt væri að fullgilda alþjóðlegan samning um baráttu gegn mútugreiðslum til erlendra opinberra starfsmanna í alþjóðlegum viðskiptum sem undirritaður var í París 17. desember 1997, sbr. einnig lög nr. 144/1998, um refsíabyrgð lögaðila vegna mútugreiðslu til opinbers starfsmanns. Í a-lið 4. mgr. 1. gr. áður nefnds alþjóðasamnings er „erlendur opinber starfsmaður“ skilgreindur sem „[hver sá] sem gegnir starfi hjá löggjafarvaldi, í stjórnarsýslu eða við réttarvörslu í erlendu ríki, hvort sem hann er skipaður til starfans eða kjörinn, [og hver sá] sem gegnir opinberum störfum á vegum erlends ríkis, þar á meðal fyrir hönd opinberrar stofnunar eða fyrirtækis“. Þá eru tilgreindir embættismenn eða starfsmenn á vegum opinberrar alþjóðastofnunar. Í ákvæði 1. mgr. 109. gr. hgl., er lýtur að mútum gagnvart innlendum opinberum starfsmanni, er háttseminni nú þannig lýst eftir framangreinda lagabreytingu að opinberum starfsmanni sé gefið, lofað eða boðin gjöf eða annar ávinningur til að fá hann til að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert „sem tengist opinberum skyldum hans“. Þessu orðalagi er nánar lýst í c-lið 4. mgr. 1. gr. alþjóðasamningsins sem „hvers kyns beitingu opinbers starfsmanns á stöðu sinni, hvort sem það er á valdsviði hans eða ekki“.

Þegar skoðuð er verknaðarlýsing 109. gr. hgl. eftir framangreinda lagabreytingu virðist ljóst að hún felur í sér talsverða rýmkun á þeim hópi opinberra starfsmanna sem þar geta átt hlut að máli. Með tilliti til aðdraganda og tilurðar framangreindrar breytingar á 109. gr. hgl. verður þó að telja varhugavert að draga of víðtækar ályktanir af ákvæðinu við almenna afmörkun hugtaksins opinber starfsmaður. Hér þarf því nánari afmörkunar við.

³³ Alþt. 1939, A-deild, bls. 377.

³⁴ Alþt. 1939, A-deild, bls. 375.

Eins og rakið var hér að framan varpa forsendur meiri hluta Hæstaréttar í *H 1992:401* ljósi á þau meginsjónarmið sem hafa verður í huga við almenna afmörkun á hugtakinu opinber starfsmaður skv. XII. og XIV. kafla hgl. Í málinu reyndi á skýringu á 108. gr. hgl., sem nú hefur verið afnumin með 2. gr. laga nr. 71/1995, nánar tiltekið á það hvort staðarhaldarinn í Viðey teldist opinber starfsmaður í merkingu ákvæðisins. Hæstiréttur byggði á því að hugtakið opinber starfsmaður hefði ekki fastmótaða og algilda merkingu í löggjöfinni. Yrði þannig að skýra inntak þess eftir samhenginu. Benti rétturinn á að um 108. gr. hegningarlaga hefði lengst af verið litið svo á að orðin væru þar ekki notuð í víðtækustu merkingu og bæri því að skýra þau með hliðsjón af þeim megintilgangi greinarinnar að vernda eðlilega framkvæmd stjórnssýslu. Bæri þannig að beita þrengjandi lögskýringu með tilliti til þess að í greininni væri einkum átt við þá starfsmenn ríkis og sveitarfélaga er færu með heimildir til ákvarðana, framkvæmdarvald eða fyrirsvar gagnvart almenningi eða einstökum þjóðfélagsþópum og þyrftu öðrum fremur að ganga fram fyrir skjöldu í þágu opinberra hagsmuna. Jafnframt fælist það í orðum greinarinnar að hún væri takmörkuð við árásir út af verkum á starfssviði þess manns er fyrir þeim yrði.

Hafa verður í huga að forsendur í framangreindum dómi Hæstaréttar lúta að skýrgreiningu á verndarhagsmunum og efni þeirra valdheimilda sem opinberir starfsmenn, í merkingu þá-gildandi ákvæðis 108. gr. hgl., höfðu yfir að ráða í skiptum sínum við almenning. Þrátt fyrir það verður ekki séð að rök standi til annars en að taka mið af framangreindum sjónarmiðum við almenna afmörkun á hugtakinu opinber starfsmaður í merkingu XII. og XIV. kafla hgl. Verður þannig lagt til grundvallar að tilgangur löggjafans með því að kveða sérstaklega á um réttarstöðu opinberra starfsmanna í refsilöggjöfinni hafi eins og áður segir verið sá að vernda þá starfsmenn sem hafa hlutverki að gegna við meðferð og framkvæmd lögbundinna verkefna ríkisvaldsins fyrir árásum og ágangi annarra og að vernda almenning fyrir því að hinir sömu misnoti þessa sérstöku stöðu sína að lögum til tjóns fyrir samfélagið. Af þessu má leiða þá almennu skýringarreglu við túlkun á ákvæðum XIV. kafla hgl. að einvörðungu þeir opinberu starfsmenn sem fara með heimildir að lögum til að geta tekið eða haft áhrif á ákvarðanir um réttindi og skyldur einstaklinga eða lögaðila eða ráðstafað eða haft áhrif á ráðstöfun opinberra hagsmuna verði taldir opinberir starfsmenn í refsiréttarlegri merkingu, nema annað verði skýrlega ráðið af túlkun á einstökum refsiakvæðum. Við mat á því hvort ákvæði XIV. kafla hgl. taki til tiltekins starfsmanns stjórnssýslunnar, og þá athöfn eða það athafnaleysi sem hann hefur gerst sekur um, verður þannig að taka til skoðunar hvort honum hafi með lögum verið veittar valdheimildir sem hafi til að bera þau einkenni sem lýst var hér að framan.

Áður eru rakin þau sérstöku sjónarmið um eðli og einkenni refsiaþbyrgðar, og þá einkum þær auknu kröfur sem stjórnarskráin og mannréttindasáttmáli Evrópu gera til forms og efnis refsiakvæða. Þegar skoðuð eru refsiakvæði XIV. kafla hgl. með tilliti til nánari afmörkunar á hugtakinu opinber starfsmaður sem notað er við lýsingu á þeim gerendahópi sem ákvæðin taka til má draga þá ályktun að notkun hugtaksins, án nánari skýrgreiningar hverju sinni, sé almennt óheppileg. Þegar litið er til þess að skilgreining hugtaksins er í eðli sínu afstæð í íslenskri löggjöf og almennt á undanhaldi við móton lagaákvæða innan stjórnssýsluréttarins má velta upp þeirri spurningu hvort ekki sé rétt að endurskoða hugtakanotkun XIV. kafla hgl. að þessu leyti. Taka verður þó skýrt fram að með þessu er því þó ekki haldið fram að notkun hugtaksins opinber starfsmaður í XIV. kafla hgl. með þeim hætti sem nú er gert í nokkrum ákvæðum kaflans, svo sem 134.–136. gr. og 138.–139. gr. hgl., geti leitt til þess að þau verði

ekki talin uppfylla kröfur 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 7. gr. mannréttinda-sáttmála Evrópu, sbr. 1. gr. laga nr. 62/1994, um skýrleika refsíákvæða.

4.5.5. Refsíákvæði XIV. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940 um brot í opinberu starfi.

Í þessum kafla verður efni XIV. kafla hgl. um brot í opinberu starfi rakið og leitast við að gera í stórum dráttum grein fyrir megininntaki refsíákvæðanna og afmörkun verknaðarlýsinga ákvæðanna gagnvart öðrum lagareglum sem til skoðunar koma við mat á refsíabyrgð starfsmanna stjórnarsýslunnar.

XIV. kafli hgl. hefur að geyma fjórtán refsíákvæði í greinum 128.–141. Af efni ákvæðanna og þeim lagarökum sem búa að baki XIV. kafla hgl. og rakin eru hér að framan má draga þá ályktun að verknaðarlýsingar ákvæðanna hafi mótast mjög af stöðu hins opinbera starfsmanns. Í því sambandi ber að áréttta að almennt ræður eðli vinnusambandsins á milli starfsmannsins og hins opinbera ekki úrslitum um stöðu hans skv. XIV. kafla hgl. eins og leiðir af athugasemdum í lögskýringargögnum.

Ákvæði 128. og 129. gr. hgl. taka til þess þegar opinber starfsmaður notar aðstöðu sína til óréttmætrar viðtöku fjár sér eða öðrum til ávinnings. Ákvæði 130.–133. gr. laganna lúta hins vegar sérstaklega að ólögmætri meðferð dómsvalds, öðru opinberu úrskurðarvaldi eða framkvæmd á refsí- og fullnustuvaldi ríkisins. Þau taka þannig einvörðungu til þeirra starfsmanna sem hafa það hlutverk á hendi að ráða til lykta ágreiningi á milli aðila á stjórnarsýslu-stigi og fyrir dómi. Þá taka ákvæðin sérstaklega til meðferðar opinberra mála á rannsóknar-stigi, fyrir dómi og við fullnustu þeirra í refsivörslukerfinu.

Rétt er að víkja sérstaklega að refsíákvæði 136. gr. hgl. sem er svohljóðandi:

„Opinber starfsmaður, sem segir frá nokkru, er leynt á að fara og hann hefur fengið vitneskju um í starfi sínu eða varðar embætti hans eða sýslan, skal sæta [...] fangelsi allt að einu ári. Hafi hann gert það til þess að afla sér eða öðrum óréttmæts ávinnings, eða noti hann slíka vitneskju í því skyni, má beita fangelsi allt að 3 árum.

Sömu refsingu skal sá sæta, sem látið hefur af opinberu starfi og eftir það segir frá eða misnotar á ofangreindan hátt vitneskju, sem hann hafði fengið í stöðu sinni og leynt á að fara.“

Í athugasemdum við framangreint ákvæði 136. gr. hgl. er árétttað að greinin taki til „allra opinberra starfsmanna“. Jafnframt er tekið fram að verknaður skv. 1. mgr. 136. gr. sé tvenns konar: „a) að segja frá einhverju því, sem leynt á að fara, og b) að nota slíka vitneskju til að afla sér eða öðrum óréttmæts ávinnings, og þarf hann ekki að vera fjárhagslegs eðlis“. Við greiningu á orðalagi ákvæðisins og efni þess með skírskotun til lögskýringargagna er rétt að leggja til grundvallar rýmri skilning á hugtakinu opinber starfsmaður en leiðir af þeirri aðferð við afmörkun hugtaksins sem lýst var í kafla 4.5.4 hér að framan. Að baki ákvæðinu búa hagsmunir hins opinbera af því að þeir starfsmenn sem fást við trúnaðarupplýsingar í starfi sínu greini ekki frá þeim. Ljóst er að fjöldinn allur af starfsmönnum stjórnarsýslunnar hefur aðgang að slíkum upplýsingum í störfum sínum, enda þótt þeir fari ekki með þær valdheimildir sem einkenna hugtakið opinber starfsmaður og lýst var hér að framan. Dómur Hæstaréttar í málinu *H 1996:40* virðist styðja þessa ályktun um rúma túlkun á hugtakinu opinber starfsmaður í merkingu 136. gr. hgl. Málavextir voru þeir að rannsóknarlögregla ríkisins gerði þá kröfu fyrir dómi með vísan til 74. gr. laga nr. 19/1991 að blaðamanninum A yrði gert að svara spurningum fyrir dóminum um það hvaða skriflegu gögn hún hafði undir

höndum og frá hvaða mönnum hún hefði fengið gögn og upplýsingar er hún ritaði tilteknar greinar í Morgunblaðið. Fram kom í beiðni rannsóknarlögreglunnar að beiðnin væri þáttur í rannsókn á ætluðu broti starfsmanna Landsbanka Íslands á þagnarskyldu bankastarfsmanna samkvæmt þágildandi 43. gr., sbr. 100. gr. laga nr. 43/1993, um viðskiptabanka og sparisjóði, sbr. nú 43. gr., sbr. 101. gr. samnefndra laga nr. 113/1996, og 136. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Héraðsdómur tók beiðni rannsóknarlögreglunnar til greina með úrskurði en Hæstiréttur felldi hann úr gildi. Um þagnarskyldu bankastarfsmanna sagði Hæstiréttur m.a. svo:

„Samkvæmt 43. gr. laga nr. 43/1993 hvílir þagnarskylda á starfsmönnum viðskiptabanka og sparisjóða um allt það, er varðar hagi viðskiptamanna hlutaðeigandi stofnunar, og um önnur atriði, sem þeir fá vitneskju um í starfi sínu og leynt skulu fara samkvæmt lögum eða eðli máls. Ákvæði þetta byggist á því, að það geti bæði skaðað hagsmuni banka og sparisjóða og viðskiptamanna þeirra, sé þagmælsku ekki gætt. Landsbanki Íslands er í eigu ríkisins, og fallast verður á það með héraðsdómara að starfsmenn bankans séu opinberir starfsmenn, er falli undir ákvæði 136. gr. almennra hegningarlaga.“

Hæstiréttur skírskotar almennt til „starfsmanna bankans“ og telur þá falla undir ákvæði 136. gr. almennra hegningarlaga. Af þessu orðalagi má ráða að Hæstiréttur skýri hugtakið opinber starfsmaður í merkingu 136. gr. hgl. rýmra en leiða má af almennri afmörkun hugtaksins sem lýst var í kafla 4.5.4. Ljóst er að aðeins hluti starfsmanna Landsbanka Íslands hafði á hendi heimildir að lögum til að taka eða hafa áhrif á ákvarðanir um réttindi eða skyldur manna eða ráðstafa eða hafa áhrif á ráðstöfun opinberra hagsmuna. Engu að síður gátu þessir starfsmenn bankans fengið vitneskju eða haft til umráða trúnaðarupplýsingar sem leynt áttu að fara skv. 136. gr. hgl.

Hafa verður í huga við afmörkun og beitingu refsíákvæða XIV. kafla hgl. að á einstaka hópa starfsmanna stjórnarsýslunnar eru lagðar margvíslegar skyldur með lögum. Sem dæmi má nefna að skv. 18. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, er hverjum ríkisstarfsmanni skylt að gæta þagmælsku um atriði er hann fær vitneskju um í starfi sínu og leynt skulu fara samkvæmt lögum, fyrirmælum yfirmanna eða eðli málsins. Þá kemur fram að þagnarskyldan haldist þótt látið sé af starfi. Ákvæði 136. gr. hgl., sem tekið er upp hér að framan, lýtur að þeirri aðstöðu þegar opinber starfsmaður hefur greint frá einhverju er leynt á að fara í starfi hans og þar með rofið þagnarskyldu sína. Við mat á því hvort opinber starfsmaður hafi verið bundinn þagnarskyldu um ákveðið atriði þannig að brot á henni yrði talið varða við 136. gr. hgl. yrði væntanlega að líta til þeirra efnisreglna er giltu um starfssvið hans og skyldur, sbr. til hliðsjónar tilvitnaðar forsendur Hæstaréttar í *H 1996:40*. Með tilliti til efnis 18. gr. laga nr. 70/1996 mætti þannig ætla að skilyrði væru til saksóknar fyrir refsivert athæfi er varðaði við 136. gr. hgl. ef ríkisstarfsmaður yrði uppvís að því að greina frá upplýsingum sem yfirmaður hefði á löglegum grundvelli gefið skýrt til kynna að ættu að fara leynt. Það má aftur á móti halda því fram að frekari skýrgreiningu þurfi í 136. gr. hgl. um almenn einkenni þeirra upplýsinga sem leynt eiga að fara.

Þegar metin eru tengsl refsíákvæða um opinbera starfsmenn og almennra lagareglna um skyldur þeirra í starfi kemur til skoðunar samspil refsinga fyrir brot er varða við refsilög og „stjórnarsýsluviðurlaga“ á borð við áminningar yfirmanns eða jafnvel frávikningu úr starfi vegna brota á starfsskyldum, sjá umfjöllun um stjórnarsýsluviðurlög í kafla 4.4 hér að framan. Það má hugsanlega draga þá ályktun af samspili þessara lagareglna í löggjöfinni að ekki sé rétt að beita refsíákvæðunum nema í alvarlegri tilvikum. Hafi ríkisstarfsmaður þannig gerst brotlegur við 18. gr. laga nr. 70/1996 í starfi sínu og hlotið áminningu yfirmanns á grundvelli

21. gr. sömu laga væri eðlilegt að láta saksókn niður falla með heimild í f-lið 2. mgr. 113. gr. laga nr. 19/1991 og meginreglu 12. gr. stjórnslulaga, nr. 37/1993. Væri aftur á móti talið rétt að ákæra í slíku máli gæti sú aðstaða að starfsmanni hefði verið vikið úr starfi vegna þeirrar háttsemi sem hann er ákærður fyrir hugsanlega leitt til refsilækkunar ef sakfelld yrði, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar í málinu *H 1995:2610* sem vikið verður nánar að hér síðar. Sömu sjónarmið eiga við um það tilvik þegar ríkisstarfsmaður neitar að hlýða löglegri skipun yfirmanns. Slík háttsemi gæti verið brot á 15. gr. laga nr. 70/1996 og varðað áminningu skv. 21. gr. sömu laga og jafnvel uppsögn úr starfi á grundvelli 1. mgr. 44. gr. laganna ef viðkomandi starfsmaður bætti ekki ráð sitt. Í 140. gr. hgl. er aftur á móti lögð refsing við því ef opinber starfsmaður synjar eða af ásettu ráði lætur farast fyrir að gera það sem honum er boðið á löglegan hátt.

Ákvæði 138. gr. hgl. hefur að geyma refsihækkunarheimild í þeim tilvikum þegar opinber starfsmaður hefur gerst sekur um refsilagabrot með verknaði sem telja verður misnotkun á stöðu hans og við því broti er ekki lögð sérstök refsing sem broti í embætti eða sýslan. Þá er gert ráð fyrir þeirri aðstöðu í 139. gr. hgl. að opinber starfsmaður hafi í öðrum tilvikum en lýst er í XIV. kafla laganna misnotað stöðu sína sér eða öðrum til ávinnings eða til þess að gera nokkuð það sem hallar réttindum einstakra manna eða hins opinbera.

Við túlkun á hugtakinu opinber starfsmaður samkvæmt ákvæðum 138. og 139. gr. hgl. er rétt að byggja á hinni almennu afmörkun hugtaksins sem lýst var í kafla 4.5.4 hér að framan, enda er megineinkenni ákvæðanna misnotkun opinbers starfsmanns á stöðu sinni. Í *H 1995:2610* var K, fyrrum forstöðumanni hagdeildar Búnaðarbanka Íslands, gefið að sök að hafa í því starfi sínu með kerfisbundnum og skipulegum færslum á innistæðum á milli fimm gjaldeyrisreikninga sinna í bankanum, og um leið með misnotkun á aðstöðu sinni í trúnaðarstarfi og sem eigandi gjaldeyrisreikninganna, komið fram, sjálfum sér til ávinnings og bankanum til samsvarandi tjóns, stórfelldum hækkunum á skráðum gjaldeyrisinnstæðum sínum, samtals a.m.k. 20–25 milljónir króna umfram hagstæðustu ávöxtunarkjör bankans. Í ákæru var ofangreind háttsemi aðallega talin varða við 249. gr. hgl., sbr. 138. gr., en til vara við 139. gr. hgl. Héraðsdómur sýknaði ákærða. Hæstiréttur féllst ekki á röksemdir héraðsdóms og sakfelldi ákærða m.a. með eftirgreindum athugasemdum:

„Ákærði gegndi stöðu yfirmanns hjá Búnaðarbanka Íslands. Var hann bundinn trúnaðarskyldum við bankann, sem honum bar að virða í starfi sínu og utan þess, sbr. 28. gr. laga nr. 38/1954 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins. Viðskipti hans við gjaldeyrisdeild voru afbrigðileg að því leyti, að hann naut sérstakra kjara umfram aðra viðskiptamenn, sem veitt voru á kostnað bankans. Verður að álykta, að ákærði hafi einkum fengið þessi kjör vegna þess að hann var starfsmaður bankans. [...] Heimildir þær, sem ákærði hafði frá stjórnendum bankans til að ávaxta fé sitt á innlendum gjaldeyrisreikningum, leystu hann á engan hátt undan trúnaðarskyldum sínum gagnvart bankanum. Hlaut honum fljótlega að verða ljóst, að hin eindregna kaupmennska hans á áhættu bankans væri ósamrýmanleg stöðu hans í bankanum og að umfang viðskiptanna væri orðið annað en það, sem stjórnendurnir gerðu sér grein fyrir, þegar við hann var samið um sérstök kjör. [...] Þegar allt þetta er virt, er óhjákvæmilegt að líta svo á, að ákærði hafi misnotað aðstöðu sína sér til ávinnings og tjóns fyrir bankann og um leið brotið gegn starfsskyldum sínum. Telst brot hans því varða við 249. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, sbr. 138. gr. laganna.“

Í *H 1998:583* var B, sveitarstjóri Reykhólahrepps, ákærður fyrir umboðssvik, fjárdrátt og brot á lögum um staðgreiðslu opinberra gjalda „framin í opinberu starfi“. Skv. I. kafla ákæru var honum gefið að sök að hafa veðsett fasteign hreppsins án heimildar hreppsnefndar til

tryggingar láni hjá Byggingastofnun sem fyrirtæki undir stjórn og í eigu ákærða tók. Þá var honum í A-lið II. kafla ákæru gefið að sök að hafa dregið sér andvirði tveggja lána Byggingarsjóðs verkamanna til sveitar sjóðs samkvæmt veðskuldabréfum sem ákærði gaf út í nafni hreppsins. Í héraðsdómi kom fram að á sveitarstjóranum hefðu hvílt „réttindi og skyldur starfsmannalaga og sveitarstjórnarlaga“. Hæstiréttur vék ekki sérstaklega að stöðu ákærða samkvæmt ákvæði 138. gr. hgl., en tók fram að auka bæri refsingu hans eftir ákvæðinu, enda hefði hann framið „öll brot sín í opinberu starfi“. Óþarfi er að fara mörgum orðum um þessa niðurstöðu Hæstaréttar, enda ljóst að refsiverðar athafnir eða athafnaleysi í starfi sveitarstjóra eða í öðrum sambærilegum störfum innan stjórnsýslu ríkis eða sveitarfélaga geta orðið tilefni refsihækkunar á grundvelli 138. gr. hgl.

4.6. Bótaábyrgð starfsmanna stjórnsýslunnar.

Á 20. öld hefur sú regla lengst af gilt að starfsmenn stjórnsýslunnar beri persónulega ábyrgð á öllu tjóni sem þeir valda með saknæmum og ólögumætum hætti, enda sé tjónið sennileg afleiðing af hegðun þeirra og raski hagsmunum sem verndaðir eru með skaðabótareglum.

Hér má í dæmaskyni nefna *H 1942:208* þar sem nefndarmönnum húsaleigunefndar var gert að greiða miskabætur vegna saknæmra og ólögumættra athafna sinna. Í 2. gr. laga nr. 126/1941, um viðauka og breytingu á lögum nr. 106/1941, um húsaleigu, var kveðið svo á að óheimilt væri að leigja öðrum en heimilisföstum innanhéraðsmönnum íbúðarhúsnæði. Skv. 4. gr. laga nr. 106/1941, um húsaleigu, var húsaleigunefnd heimilt að taka til umráða auðar íbúðir og ráðstafa þeim til afnota handa húsnæðislausu fólki. Húsaleigunefnd Patrekshrepps ákváð að ráðstafa húsnæði í húsi S til handa J, þar á meðal herbergi sem kennarinn G bjó í, þar sem hún væri utansveitarmaður. Þrátt fyrir mótmæli S úrskurðaði fógæti eftir kröfu J að hann skyldi settur inn í húsnæðið. Með því að kennarinn G neitaði að víkja úr herbergi sínu úrskurðaði fógæti eftir kröfu J og nefndarmanna húsaleigunefndar að G skyldi borin út úr því. G áfrýjaði útburðarúrskurðinum og stefndi J og nefndarmönnum húsaleigunefndar til ógildingar úrskurðinum og greiðslu bóta. Þar sem G hafði verið ráðin kennari við barnaskólann í Patrekshreppi þóttu ákvæði 2. gr. laga nr. 126/1941 ekki eiga við um leigumála hennar. Þótti það því verða að meta hinum stefndu nefndarmönnum húsaleigunefndar til ávirðingar að krefjast útburðar á henni. Fógætagerðin var því felld úr gildi og G dæmdar 300 kr. í miskabætur úr hendi hinna stefndu nefndarmanna húsaleigunefndar sem kröfðust útburðar hennar og gerðu sig með því að aðiljum við útburðargerðina.

Með setningu skaðabótalaga nr. 50/1993 var mörkuð sú löggjafarstefna að meginreglan skyldi vera sú að vinnuveitandi bæri ábyrgð á tjóni sem starfsmaður hans ylli þegar hann væri við vinnu í þágu vinnuveitandans. Á grundvelli þessarar meginreglu eru eftirfarandi reglur settar í 23. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993 um bótaábyrgð starfsmanna:

1. Skaðabótaábyrgð starfsmanns gagnvart tjónþola má skerða eða fella niður ef það verður talið sanngjarnt þegar litið er til sakar og stöðu starfsmannsins og atvika að öðru leyti, svo og hagsmuna tjónþola. Bætur, sem starfsmaður hefur greitt, getur hann krafist úr hendi vinnuveitanda að því marki sem bótaábyrgð hvílir endanlega á vinnuveitanda, samkvæmt lið 2 hér á eftir, sbr. 2. mgr. 23. gr. laga nr. 50/1993.

2. Bætur, sem vinnuveitandi hefur greitt vegna saknæmrar hegðunar starfsmanns, er aðeins unnt að krefja starfsmanninn um að því marki sem telja má það sanngjarnt þegar litið er til sakar og stöðu starfsmannsins og atvika að öðru leyti, sbr. 1. mgr. 23. gr. laga nr. 50/1993.

3. Hafi starfsmaður valdið tjóni sem munatrygging, rekstrartrygging eða ábyrgðartrygging vinnuveitanda hans tekur til er starfsmaðurinn ekki skaðabótaskyldur nema tjónið verði rakið til ásetnings eða stórfellds gáleysis, sbr. 3. mgr. 19. gr. laga nr. 50/1993. Í því sambandi er rétt að minna á að um skaðabótarétt ríkissjóðs, sveitarfélags eða annars opinbers aðila, sem kaupir almennt ekki váttryggingu og hefur því hagsmuni sína í eigin áhættu, fer með sama hætti og váttrygging hefði verið keypt, sbr. 20. gr. laga nr. 50/1993.

Að öðru leyti má skerða eða fella niður kröfu vinnuveitanda á hendur starfsmanni vegna tjóns sem starfsmaður veldur vinnuveitanda í starfi sínu ef það verður talið sanngjarnt þegar litið er til sakar og stöðu starfsmannsins og atvika að öðru leyti, sbr. 3. mgr. 23. gr. laga nr. 50/1993.

4.7. Vinnuveitendaábyrgð hins opinbera.

4.7.1. Inngangur.

Réttarbrot starfsmanna stjórnarsýslunnar geta haft í för með sér bótaábyrgð hins opinbera á grundvelli réttarreglna um vinnuveitendaábyrgð.

Bótaábyrgð getur stofnast *innan einkaréttarlegra samninga* sem hið opinbera er bundið af. Sömu reglur gilda um bótaábyrgð hins opinbera og annarra aðila í slíkum tilvikum, nema á annan veg sé mælt í lögum.

Þegar reynt hefur á bótaábyrgð hins opinbera *utan samninga* hefur verið venja að greina annars vegar á milli bótaábyrgðar sem stofnast við *einkaréttarlegan rekstur* sem hið opinbera stendur að og hins vegar í *stjórnarsýslu*. Um bótaábyrgð af skaðaverkum í einkaréttarlegri starfrækslu sem hið opinbera hefur staðið að á 20. öld, svo sem rekstur sildarverksmiðja, skipaútgerðar, prentsmiðju o.fl., hafa almennt verið taldar gilda sömu reglur og í hliðstæðum atvinnurekstri einkafyrirtækja.

Þegar reynir á bótaábyrgð hins opinbera utan samninga vegna skaðaverka í opinberri starfsemi má greina tilvikin aftur í tvennt, annars vegar þar sem bótaábyrgð hins opinbera er *lögfest* og hins vegar þar sem hún er *ólögfest*. Sem dæmi um sett ákvæði um bótaábyrgð hins opinbera má nefna, að í XXI. kafla laga nr. 19/1991, um meðferð opinberra mála, eru m.a. lögfestar reglur um það í hvaða tilvikum sakborningar geta fengið bætur. Þá er í 49. gr. þinglýsingalaga nr. 39/1978 m.a. mælt fyrir um bótaábyrgð ríkissjóðs vegna tjóns sem telja verður sennilega afleiðingu af mistökum þinglýsingarstjóra, en bótakrefjandi á ekki sjálfur sök á.

Meginvandinn hefur verið að greiða úr því hvort og þá í hvaða *ólögmæltu* tilvikum hið opinbera geti orðið skaðabótaskyldt vegna tjóns sem starfsmenn þess valda með réttarbrotum í stjórnarsýslu.

4.7.2. Viðhorf til bótaábyrgðar hins opinbera vegna skaðaverka í stjórnarsýslu á fyrri hluta 20. aldar.

Á fyrri hluta tuttugustu aldar var almennt litið svo á hérlandis að vafasamt væri að ríki og sveitarfélög bæru fébótaábyrgð á mistökum starfsmanna sinna í stjórnarsýslu, nema svo væri sérstaklega fyrir mælt í lögum. Þessi niðurstaða var m.a. byggð á þeim sjónarmiðum að athöfn sem ríkið bannaði gæti ekki verið athöfn þess. Þessari röksemdafærslu svipaði nokkuð til ensku réttarreglunnar á þessu sviði: „The King can do no wrong.“ Því var haldið fram að ef ríkisstarfsmaður hefði gert sig sekan um réttarbrot yrði sú háttsemi ekki metin sem athöfn ríkisins heldur hans sjálfs. Því bæri ríkisstarfsmaðurinn bótaábyrgð á réttarbrotum sínum en ekki ríkið. Þá væri hin persónulega fébótaábyrgð starfsmanna, en ábyrgðarleysi hins opin-

bera, til þess fallin að skapa starfsmönnum nægilegt og æskilegt aðhald. Loks var sjálfstæði ríkisins jafnframt talið útiloka bótaábyrgð þess á skaðaverkum starfsmanna sinna, nema að svo væri fyrir mælt í lögum.³⁵

4.7.3. Fébótaábyrgð hins opinbera vegna skaðaverka í stjórnýslu viðurkennd í ólögfestum tilvikum.

Á fimmta áratug tuttugustu aldar hófst norræn samvinna á sviði lagasetningar um fébótaábyrgð ríkis og sveitarfélaga vegna skaðaverka starfsmanna þeirra. Hinn 22. mars 1960 var samþykkt á Alþingi þingsályktun um undirbúning löggjafar um skaðabótaábyrgð ríkis og sveitarfélaga. Skoraði Alþingi á ríkisstjórnina að láta undirbúa heildarlöggjöf um skaðabótaábyrgð ríkis og sveitarfélaga.³⁶ Ekkert varð þó úr að slík lög yrðu sett hér á landi.

Af sérákvæðum þeim, sem voru í íslenskum lögum um bótaábyrgð hins opinbera vegna skaðaverka starfsmanna, þótti ekki verða dregin almenn ályktun um fébótaábyrgð hins opinbera.³⁷

Á grundvelli fordæma dómstóla og síðar dómvenju var á hinn bóginn farið að byggja á því að hið opinbera bæri fébótaábyrgð á skaðaverkum starfsmanna sinna við stjórnýslu. Fræðimenn bentu á að bótaábyrgð hins opinbera stuðlaði að auknu öryggi fyrir þann einstakling sem fyrir tjóni yrði vegna aðgerða starfsmanna stjórnýslunnar, en tilviljun ein réði því jafnan hver það væri. Borgararnir ættu oftast ekki val á því hvort þeir skiptu við hið opinbera. Af þessum sökum, svo og með hliðsjón af því allsherjarréttarlega valdi sem opinberir starfsmenn færu með, hefðu þeir oft meiri möguleika á að vinna öðrum mönnum tjón en starfsmenn fyrirtækja er störfuðu á samkeppnisgrundvelli á hinu einkaréttarlega sviði. Þá væri einnig til þess að líta að enda þótt starfsmennirnir sjálfir væru ábyrgir vegna eigin skaðaverka væru þeir misjafnlega góðir borgunarmenn. Þá yrði stundum ekki upplýst um mistök í stjórnýslu fyrr en löngum tíma eftir að þau hefðu orðið og e.t.v. ekki fyrr en hlutaðeigandi starfsmaður væri látinn. Loks var á það bent að fjárhagsleg áhætta hins opinbera mundi sjaldnast verða tilfinnanleg af þessum sökum.³⁸

Meðal fyrstu dómanna þar sem bótaábyrgð hins opinbera var viðurkennd í ólögfestu tilviki í tilefni af skaðaverki í stjórnýslu er *H 1935:273*. Fulltrúa í dómsmálaráðuneytinu var vikið úr starfi. Þar sem umræddur starfsmaður hafði verið skipaður í stöðuna án nokkurs fyrirvara, var talið að hann hefði mátt treysta því að fá að halda henni meðan hann vildi, hefði krafta til og bryti ekki af sér, nema hún yrði lögð niður, en það hafði ekki verið gert. Ekki voru færðar sönnur á að starfsmaðurinn hefði gerst brotlegur í stöðu sinni eða með öðrum hætti, svo að missi hennar gæti varðað. Af þeim sökum var talið að frávikningin fæli í sér réttarbrott gagnvart umræddum starfsmanni. Þá sagði í dómnum: „Með því að ekki eru til í gildandi lögum um embættismenn og sýslunar fyrirmæli, er kveða á um rétt þeirra til bóta á hendur ríkissjóði vegna óréttmætrar frávikningar úr stöðu sinni, verður um það atriði að fara eftir almennum reglum löggjafarinnar. Með því að frávikningin fól í sér atvinnumissi

³⁵ Jón P. Emils: Verður fébótaábyrgð hins opinbera skipað með samræmdri löggjöf á Norðurlöndum?, *Úlfjótur*, 4. tbl. 1962, 164–166.

³⁶ Alþt. 1960, A-deild, bls. 230 og 1235.

³⁷ Ólafur Jóhannesson: Stjórnarfráséttur II, 194.

³⁸ Ólafur Jóhannesson: Stjórnarfráséttur II, 195, og Jón P. Emils: Verður fébótaábyrgð hins opinbera skipað með samræmdri löggjöf á Norðurlöndum?, *Úlfjótur*, 4. tbl. 1962, 167–168.

fyrir [starfsmanninn] og ætla má að hafa bakað og munu baka honum tjón, verður að dæma honum bætur fyrir það úr ríkissjóði.“

Þrátt fyrir að bótaábyrgð ríkissjóðs hafi í þessum dómi verið byggð á „almennum reglum löggjafarinnar“ í þessu ólögfasta tilviki virðast lögfræðingar hafa verið ósammála um hvort dómurinn markaði almenn þáttaskil að því er skaðabótaábyrgð hins opinbera snerti. Öðru máli gegnir hins vegar með dóm Hæstaréttar *H 1943:256* sem almennt er nefndur til sögunnar þegar leitað er vatnaskila um þetta atriði. Málavextir voru þeir að tveir lögreglumenn handtóku L sem var ölvaður. L var þá að skipta sér af ölvuðum sjóliða sem herlögreglumaður var að handtaka. Lögreglumennirnir leiddu L á milli sín áleiðis að lögreglustöð. Þeir héldu hvor sinni hendi L fyrir aftan bak á honum. Vitni báru að lögreglumennirnir hefðu tekið L föstum tókum þannig að hann hefði tekist á loft. Við það brotnaði vinstri upphandleggur L. Það var ekki talið lögreglumönnum til áfellis enda þótt þeir skærust í leikinn og handtækju L. Hins vegar þótti það sýnt að lögreglumennirnir hefðu tekið L of hörðum tókum og það jafnvel þótt óhrakin væri sú staðhæfing þeirra að hann hefði gert tilraun til mótspyrnu. Þá segir í dóminum: „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 rakin til háttsemi þess aðilja, sem tjónið bíður. Virðist sú meðferð máls og leiða til aukins öryggis þjóðfélagsþegnum og miða til varnaðar.“ Ríkissjóður var því dæmdur til að greiða L bætur.

Réttarreglur um bótaábyrgð hins opinbera hafa verið í örri þróun á síðari hluta 20. aldar. Það þarf ekki að koma á óvart því í upphafi þeirrar aldar hafði ríkið fremur lítil afskipti af lífi borgaranna samanborið við það sem gerist í dag. Því má segja að þróun réttarreglna um bótaábyrgð hins opinbera sé einn af fylgifyrirkomum þess byltingarkennda vaxtar sem varð í opinberri stjórnsýslu á 20. öld.

Bótaábyrgð hins opinbera *utan samninga* virðist í dag fylgja í meginatriðum sömu reglum og þróast hafa á sviði einkaréttarins. Þessi lýsing á réttarástandinu er þó að nokkru villandi þótt hún sé rétt svo langt sem hún nær. Því veldur það séreðli stjórnsýslunnar, sem birtist m.a. í einkarétti stjórnvalda til valdbeitingar. Þá hafa stjórnvöld oft einkarétt á því að veita vissa þjónustu eða opinber aðili er einn um tiltekinn rekstur, jafnvel þótt einkaréttar njóti ekki við. Þar sem margir þættir opinberrar stjórnsýslu eiga sér enga hliðstæðu í einkageiranum gætir óhjákvæmilega sérsjónarmiða sem eingöngu taka til stjórnsýslunnar. Þá ber þess einnig að geta að á hinu einkaréttarlega sviði er tjón á mönnum eða munum algengast á meðan fjárhagstjón, svo sem missir hagnaðar, tjón vegna rekstrarstöðvunar o.fl. hlýst oft af skaðaverkum í stjórnsýslu.

Nánari umfjöllun um bótaábyrgð hins opinbera í ólögfestum tilvikum vegna réttarbrota í stjórnsýslu kallar á að stjórnsýsla sé greind upp í marga flokka, svo sem stjórnvaldsákvæðanir, opinbert eftirlit, umönnun og gæslu o.s.frv. og greind þau sérsjónarmið sem um hvern flokk gilda. Þá hefur þar áhrif hvort um athafna- eða athafnaleysisbrot er að ræða, eðli þeirra réttinda sem réttarbrot hins opinbera starfsmanns hefur bitnað á o.fl. Í svo stuttu yfirliti er því ekki kostur á að fjalla nánar um bótaábyrgð hins opinbera.

4.8. Ráðherraábyrgð.

Samkvæmt þingræðisreglunni er það í raun komið undir meiri hluta Alþingis hverjir gegna ráðherraembættum. Af þingræðisreglunni leiðir að ráðherrar hljóta að leitast við að haga störfum sínum með þeim hætti, að meiri hluti alþingismanna styðji þá eða a.m.k. líði þá í embætti, enda getur meiri hluti þingmanna hvenær sem er lýst vantrausti á ráðherra. Sú ábyrgð sem ráðherrar bera á þessum grundvelli gagnvart Alþingi má nefna *þinglega eða*

pólítíska ábyrgð. Ráðherrar bera einnig *lagalega ábyrgð* gagnvart Alþingi á störfum sínum og er hún almennt nefnd ráðherraábyrgð, en í henni felst refsí- og bótaábyrgð ráðherra vegna embættisverka. Umfjöllunin hér á eftir verður einskorðuð við ráðherraábyrgðina.

Samkvæmt 14. gr. stjórnarskrárinnar bera ráðherrar ábyrgð á stjórnarframkvæmdum öllum og skal ráðherraábyrgð ákveðin með lögum. Samkvæmt stjórnarskránni er það því á valdi Alþingis að ákveða skilyrði ráðherraábyrgðar. Skv. 14. gr. stjórnarskrárinnar er það einnig á valdi Alþingis að kæra ráðherra fyrir embættisrekstur hans og getur forseti Íslands ekki leyst ráðherra undan saksókn né refsingu, sem landsdómur hefur dæmt, nema með samþykki Alþingis, sbr. 29. gr. stjórnarskrárinnar.

Í lögum nr. 4/1963, um ráðherraábyrgð, er m.a. mælt fyrir um skilyrði ráðherraábyrgðar. Lögin setja tvenns konar skilyrði fyrir ábyrgð ráðherra, annars vegar hlutlæg og hins vegar huglæg.

Hin hlutlægu skilyrði fela í sér, að ráðherraábyrgðarlögin taka einvörðungu til embættisbrota ráðherra. Brotunum er skipað í þrjá flokka, þ.e. stjórnarskrárbrót, brót á öðrum landslögum og brót á góðri ráðsmennsku. Innan hvers þessara flokka er svo skilið á milli framkvæmdarbrota og vanrækslubrota. Samkvæmt lögnum er gert ráð fyrir að til refsíábyrgðar geti komið með fernum hætti. Það er vegna 1) embættisathafna forseta Íslands, 2) vegna embættisathafna sem ráðherra gerir í eigin nafni, 3) vegna hlutdeildar í embættisbrotum annarra ráðherra og 4) vegna athafna eða vanrækslu undirmanna ráðherra sem framkvæma fyrirskipanir hans eða mega eins og á stendur teljast eðlilegar eða nauðsynlegar til að framkvæma þær.

Í 2. gr. laga nr. 4/1963 er mælt fyrir um hin huglægu skilyrði (sagnæmisskilyrði) svo að refsíábyrgð varði. Samkvæmt þeim má krefja ráðherra ábyrgðar fyrir sérhver störf eða vanrækslu starfa er hann hefur orðið sekur um ef mál er svo vaxið að hann hefur annaðhvort af ásetningi eða stórkostlegu hirðuleysi brotið í bága við fyrrnefndar réttarreglur. Á vegum ráðuneyta starfar mikill fjöldi starfsmanna sem tekur ýmsar ákvarðanir í nafni ráðherra. Sumar þeirra kunna að vera andstæðar ákvæðum laga nr. 4/1963. Ef slíkar ákvarðanir eru teknar allsendis án vitundar ráðherra, og án þess að hann hafi fyrirskipað að þær skyldu teknar, er ljóst að hann verður ekki ábyrgur vegna þeirra þar sem fyrrnefnd sagnæmisskilyrði skortir. Ráðherra verður þó einnig sóttur til ábyrgðar fyrir því líkar ákvarðanir ef honum hefur verið um þær kunnugt og hann hefur látið þær viðgangast án þess að gera viðeigandi ráðstafanir til að koma í veg fyrir þær.

Brot gegn lögum nr. 4/1963, um ráðherraábyrgð, varðar embættismissi, sektum eða fangelsi allt að tveimur árum, sbr. 11. gr. laganna.

Hafi ráðherra bakað almenningi eða einstaklingi fjártjón með framkvæmd eða vanrækslu, sem refsiverð er eftir lögnum, skal og þegar þess er krafist, samhliða refsingu dæma hann til að greiða skaðabætur, sbr. 13. gr. laganna.

Sem dæmi um eigið framkvæmdarbrót ráðherra gegn stjórnarskránni varðar það ráðherra ábyrgð skv. a-lið 8. gr. laga nr. 4/1963 ef hann gefur út fyrir mæli um málefni sem eftir stjórnarskránni verður aðeins skipað með lögum. Þannig teldist það brót á þessu ákvæði ef ráðherra legði á nýjan skatt með reglugerð, en skv. 40., 77. gr. og 2. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar skal skattamálum skipað með lögum.

Samkvæmt 13. gr. laga nr. 3/1963, um landsdóm, skal ákvörðun Alþingis um málshöfðun gegn ráðherra gerð með þingsályktun og skulu kæruatriðin nákvæmlega tiltekin í þingsályktuninni, enda er sókn málsins bundin við þau. Jafnframt kýs Alþingi mann í starf saksóknara til að sækja málið af sinni hendi og annan til vara. Loks kýs Alþingi fimm manna

þingnefnd með hlutfallskosningu til þess að fylgjast með málinu og vera saksóknara til aðstoðar.

Samkvæmt 14. gr. stjórnarskrár dæmir landsdómur þau mál, sem Alþingi lætur höfða á hendur ráðherra með þessum hætti. Í stjórnarskránni er ekki mælt fyrir um skipan landsdóms. Í lögum nr. 3/1963 er mælt svo fyrir að í landsdómi eigi sæti 15 dómarar og eru þeir fimm dómarar við Hæstarétt sem hafa átt þar lengst sæti, dómstjórinn í Reykjavík og prófessorinn í stjórnskipunarrétti við Háskóla Íslands, svo og átta menn kosnir af Alþingi með hlutfallskosningu til sex ára í senn. Um málsmeðferð fyrir landsdómi er mælt fyrir í lögum nr. 3/1963.

4.9. Dæmi um leiðir sem færar eru til úrbóta.

4.9.1. Refsiábyrgð starfsmanna stjórnslunnar.

Ekki hafa verið gerðar breytingar á meginefni refsíákvæða XIV. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940 frá gildistöku laganna fyrir tæplega 60 árum að undanskildum breytingum með 51.–61. gr. laga nr. 82/1998 þar sem varðhald var afnumið sem refsitengund í merkingu 1. mgr. 31. gr. hgl.

Eftir athugun á efni, orðlagi og hugtakanotkun ákvæða XIV. kafla laganna er það mat nefndarinnar að þörf sé á endurskoðun kaflans með tilliti til þeirra miklu breytinga sem orðið hafa á stjórnslunni og starfsumhverfi hennar á þessum tíma.

Að mati nefndarinnar þarf að taka afstöðu til þess hvort lagatæknileg og refsipólítísk rök standi til þess að afmarka nánar hugtakið *opinber starfsmaður*, einkum í ákvæðum 134.–135. gr. og 138.–141. gr. almennra hegningarlaga, þannig að skilgreining þess hóps opinberra starfsmanna sem þessi ákvæði tækju til verði skýrari.

Með hliðsjón af þeim miklu breytingum sem orðið hafa í íslenski stjórnslu og starfskilyrðum hennar er það mat nefndarinnar að taka þyrfti til athugunar einstök ákvæði með hliðsjón af þeim *verndarhagsmunum* sem að baki þeim búa og greina hvort þörf sé á endurbótum með þarfir nútímasamfélags í huga. Í dæmaskyni má benda á tvö svið sem þörf er að taka til sérstakrar athugunar:

1. Síðustu ár hefur orðið hröð þróun í upplýsinga- og margmiðlunartækni og þykja Íslendingar standa nokkuð framarlega á þeim vettvangi. Í þessu tilliti má benda á að sett hafa verið upplýsingalög, nr. 50/1996, sem tryggja almenningi aðgang að upplýsingum í vörslu stjórnvalda. Upplýsingalögin mæla svo fyrir að ákveðnar viðkæmar upplýsingar um einkamálefni, svo sem upplýsingar um veruleg félagsleg vandamál svo og um heilsuhagi o.fl., skuli áfram vera undanþegnar aðgangi almennings. Um leið og aðgangur almennings er gerður greiður að upplýsingum í stjórnslunni þarf að grípa til *virkra* ráðstafana til að koma í veg fyrir að upplýsingar, sem leynd á að ríkja um, séu misnotaðar eða komist til óviðkomandi manna.

Í 18. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, er kveðið svo á að hverjum starfsmanni sé skylt að gæta þagmælsku um atriði er hann fær vitneskju um í starfi sínu og leynt skulu fara samkvæmt lögum, fyrirmælum yfirmanna eða eðli máls. Þá er tekið fram að þagnarskylda haldist þótt látið sé af starfi. Í yfir 80 lögum og enn fleiri reglugerðum má síðan finna ákvæði um þagnarskyldu ákveðinna starfsmanna eða starfsstétta sem í flestum tilvikum staðfesta einungis efnislega það sem felst í fyrrnefndri 18. gr. laga nr. 70/1996.

Gallinn við 18. gr. laga nr. 70/1996 er sá að í ákvæðinu felst vísiregla sem flókið er að beita þar sem reglan getur ekki um þær upplýsingar sem þagnarskylda ríkir um. Reglan getur

heldur ekki um þá hagsmuni sem vernda á með trúnaði. Af þeim sökum getur oft leikið mikill vafi á því til hvaða upplýsinga ákvæðið tekur.

Fyrir nokkrum árum glímdu bæði Norðmenn og Danir við sambærilegan vanda. Úr honum var leyst bæði í Noregi og Danmörku með því að setja sérstakan kafla í stjórnsýslulög ríkja um þagnarskyldu. Þar voru ákvæðin nánar útfærð þannig að skýrara varð til hvaða upplýsinga þagnarskylda tók. Um leið voru felld úr lögum og reglugerðum fjöldamörg ófullkomin ákvæði um þagnarskyldu. Með þessu fékkst í senn samræming og einföldun á gildandi reglum auk þess sem nýju reglurnar voru gerðar mun skýrari.

Í Danmörku voru um leið gerðar breytingar á ákvæði því er varðar refsiverð brot á þagnarskyldu opinberra starfsmanna. Ákvæðin voru gerð skýrari og auk þess látin taka til þriðja manns, sem ekki telst hlutdeildarmaður í þagnarskyldubroti opinbers starfsmanns, en notfærir sér upplýsingar fengnar með slíku broti eða miðlar þeim með óréttmætum hætti til annarra.

2. Eins og vikið var að í köflum 3.7.2 og 3.7.3 hafa bæði umboðsmaður Alþingis og Ríkisendurskoðun á hendi eftirlit með stjórnvöldum í umboði Alþingis. Valdheimildir þessara embætta eru því marki brenndar að þau taka almennt ekki ákvarðanir um rétt eða skyldu manna í merkingu 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og með því að þeim er skipað undir stjórn Alþingis virðist ljóst að þau teljast ekki til stjórnvalda á vegum framkvæmdarvaldsins.

Forsenda þess að umboðsmaður Alþingis og Ríkisendurskoðun geti rækt skyldur sínar lögum samkvæmt er að þeim sé frjáls aðgangur að gögnum í vörslum stjórnsýslunnar og séu látnar í té nauðsynlegar skýringar stjórnvalda. Hér á eftir verður vikið nokkrum orðum að lagaskyldu stjórnvalda að láta þessum embættum í té gögn og skýringar um einstök mál er koma til úrlausnar hjá þeim og réttaráhrifum þess, að því er refsilöggjöfina varðar, ef út af er brugðið.

Í 7. gr. laga nr. 85/1997, um umboðsmann Alþingis, og 7. gr. laga nr. 86/1987, um Ríkisendurskoðun, er þessum embættum ljáðar mjög vídtækar heimildir til aðgangs að gögnum hjá stjórnvöldum. Skv. 2. mgr. 9. gr. laga nr. 85/1997 er umboðsmanni skylt að veita stjórnvaldi færi á að skýra mál sitt áður en hann lýkur máli með álitserð. Í 7. gr. laganna er áréttað að umboðsmaður Alþingis geti krafist stjórnvöld um þær upplýsingar og skriflegar skýringar sem hann þarfnast. Hvorki í lögum nr. 85/1997, um umboðsmann Alþingis, né í lögum nr. 86/1997, um Ríkisendurskoðun, er að því vikið hverju það varði þá starfsmenn, sem upplýsingaskyldan hvílir á, vanræki þeir, af ásetningi eða gáleysi, að sinna henni með réttum hætti.

Hér má fyrst nefna ákvæði 130. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, en þar er m.a. lýst sem refsiverðu athæfi ef handhafi opinbers úrskurðarvalds um lögskipti gerist sekur um ranglæti við meðferð máls í því skyni að niðurstaðan verði ranglát. Hafa verður í huga að ákvæði þetta gerir í fyrsta lagi ráð fyrir því að um handhafa opinbers úrskurðarvalds sé að ræða og í öðru lagi að ásetningur hafi staðið til þess að niðurstaða máls yrði beinlínis röng. Af þessu ákvæði verður annars vegar sú ályktun dregin að því sé ætlað að taka til þeirra mála sem hlutaðeigandi úrskurðaraðili fer sjálfur með lögum samkvæmt. Hins vegar verður að ætla að ákvæðið taki einvörðungu til stjórnsýslumála í merkingu stjórnsýslulaga sem lokið verður með stjórnvaldsákvörðun, sbr. 2. mgr. 1. gr. þeirra laga. Er því verulega vafasamt að með ákvæði þessu sé lögð refsing við þeirri háttsemi þegar starfsmaður stjórnsýslunnar lætur af hendi ófullnægjandi eða beinlínis rangar upplýsingar til umboðsmanns Alþingis eða Ríkisendurskoðunar.

Ekki verður séð að önnur ákvæði XIV. kafla almennra hegningarlaga, um brot í opinberu starfi, hafi að geyma verknaðarlýsingu er hugsanlega gæti tekið til framangreinds tilviks. Á hinn bóginn má minna á ákvæði 146. gr. almennra hegningarlaga sem er að finna í XV. kafla þeirra um „rangan framburð og rangar sakargiftir“. Taka verður fram að ákvæði þetta er ekki takmarkað við opinbera starfsmenn. Í ákvæðinu kemur fram að ef maður að öðru leyti gefur opinberu stjórnvaldi ranga yfirlýsingu um málefni, sem honum er skylt að gefa upplýsingar um, þá skuli hann sæta sektum. Ekki verður hér fullyrt um hvort þetta ákvæði taki til starfsmanna stjórnslunnar sem láta af hendi ófullnægjandi eða rangar upplýsingar til umboðsmanns Alþingis eða Ríkisendurskoðunar, en afar líklegt er þó að tilgangur ákvæðisins hafi einkum verið sá að koma í veg fyrir að einstaklingar og lögaðilar verði fyrir tjóni af völdum rangrar úrlausnar stjórnvalds í hefðbundinni merkingu þess hugtaks.

Verði ráðist í endurskoðun á ákvæðum XIV. kafla almennra hegningarlaga, um brot í opinberu starfi, mælir nefndin með því að skýrt verði tekið af skarið um hverjum viðurlögum það varði starfsmann að veita umboðsmanni Alþingis og Ríkisendurskoðun ranga yfirlýsingu um málefni sem honum er skylt að gefa upplýsingar um samkvæmt lögum nr. 85/1997 og lögum nr. 86/1997.

4.9.2. Bótaábyrgð hins opinbera.

Eins og vikið var að í kafla 4.7.3 hér að framan hófst norræn samvinna á sviði lagasetningar um fébótaábyrgð ríkis og sveitarfélaga vegna skaðaverka starfsmanna þeirra á fimmta áratug tuttugustu aldar, en þá höfðu Finnar þá þegar sett sér slík lög, þ.e. „lag om statens ansvarlighet for skada, förorsakad av tjänsteman“ nr. 142 frá 18. maí 1927. Í Noregi voru ákvæði um bótaábyrgð hins opinbera tekin upp í 2. kafla hinna almennu laga um skaðabætur, „lov om skadeserstatning“ nr. 26 frá 13. júní 1969. Í Svíþjóð voru tekin upp ákvæði um þetta efni í 3. kafla almennra laga um skaðabætur „Skadeståndslag“ nr. 207 frá 2. júní 1972. Árið 1959 var tekin saman álitserð um þörf fyrir setningu slíkra laga í Danmörku.³⁹ Árið 1964 var tekin saman önnur álitserð um málið þar sem lagt var til að sett yrðu almenn lög er tækju bæði til bótaábyrgðar hins opinbera og einkaaðila.⁴⁰ Tillögur beggja þessara álitserða byggðust á því að lögfestar yrðu í öllu verulegu þær reglur sem mótast höfðu í réttarframkvæmd. Ekkert varð af því að slík lög yrðu sett í Danmörku.

Eins og getið var um í kafla 4.7.3 hér að framan samþykkti Alþingi þingsályktun hinn 22. mars 1960 þar sem skorað var á ríkisstjórnina að láta undirbúa heildarlöggjöf um skaðabótaábyrgð ríkis og sveitarfélaga. Ekkert varð þó úr því að slíkt frumvarp væri lagt fram á þingi.

Þar sem tæp fjörutíu ár eru liðin frá því að síðast var tekið til umfjöllunar hvort setja beri lög um bótaábyrgð hins opinbera hér á landi telur nefndin æskilegt að tekið verði á ný til athugunar hvort ástæða sé til slíkrar lagasetningar með hliðsjón af ríkjandi aðstæðum.

4.9.3. Ráðherraábyrgð.

Eins og áður segir er kveðið svo á í 14. gr. stjórnarskrárinnar að ráðherra beri ábyrgð á stjórnarframkvæmdum öllum, og að ráðherraábyrgð sé ákveðin með lögum. Hafa slík ákvæði verið í stjórnskipunarlögum hér frá því árið 1903. Fyrstu lögin sem sett voru um ráðherra-

³⁹ Betænkning nr. 214:1959 om statens og kommunernes erstatningsansvar. Sjá einnig Jørgensen, S: Offentligretligt erstatningsansvar og FAL § 25. Juristen 1959, 189–196.

⁴⁰ Betænkning nr. 352/1964 om arbejdsgiveres erstatningsansvar for ansattes skadegørende handlinger.

ábyrgð voru nr. 2/1904, um ábyrgð ráðherra Íslands, og giltu þau óbreytt allt þar til núgildandi lög nr. 4/1963, um ráðherraábyrgð, tóku gildi. Við gerð þeirra var auk ráðherraábyrgðarlögunna frá 1904 einkum höfð til hliðsjónar þágildandi dönsk lög um ráðherraábyrgð frá 1939 og norsk lög frá 1932.⁴¹ Umrædd lög hafa sætt endurskoðun bæði í Danmörku og Noregi.

Eins og vikið var að í kafla 4.5.2 hér að framan hafa kröfur til forms og efnis refsíákvæða aukist talsvert á undanförunum árum einkum vegna þróunar í mannréttindamálum. Þannig er það almennt gert að skilyrði fyrir beitingu refsíákvæða að þau séu skýr og aðgengileg. Af skýrleikakröfunni leiðir að lýsing hins refsiverða verknaðar verður að vera nægilega nákvæm. Eins og vikið var að í kafla 4.8 hér að framan er brotum samkvæmt lögum nr. 4/1963, um ráðherraábyrgð, skipað í þrjá flokka, þ.e. stjórnarskrárbrot, brot á öðrum landslögum og brot á góðri ráðsmennsku. Síðastgreindi flokkurinn er mjög víðtækur og matskenndur. Í þennan flokk falla afbrot sem þó teljast ekki brot á stjórnarskrá eða öðrum landslögum. Í hann koma afbrot þar sem ráðherra hefur brotið á móti þeim reglum sem krefjast má að hver góður og samviskusamur embættismaður fylgi í embættisfærslu sinni, enda þótt framkvæmd sé hvorki lögboðin eða framkvæmdaleyssi bannað.⁴² Í 10. gr. laga nr. 4/1963, um ráðherraábyrgð, er kveðið svo á (a) að ráðherra verði sekur samkvæmt lögnum ef hann misbeiti stórlega valdi sínu, enda þótt hann hafi ekki beinlínis farið út fyrir embættistakmörk sín eða (b) ef hann framkvæmir nokkuð eða veldur því að framkvæmt sé nokkuð er stofnar heill ríkisins fyrirsjáanlega í hættu þótt ekki sé framkvæmd þess sérstaklega bönnuð í lögum, svo og ef hann lætur farast fyrir að framkvæma nokkuð það er afstýrt gat slíkri hættu eða veldur því að slík framkvæmd ferst fyrir.

Þegar lög nr. 4/1963, um ráðherraábyrgð, voru sett var viðurkennt í athugasemdum með frumvarpi því, er varð að lögum nr. 4/1963, að ákvæði 10. gr. væru „óneitanlega nokkuð matskennd“.⁴³ Í ljósi þess að ákvæðið leggur refsingu við athöfnum sem ekki eru ólögð mætar samkvæmt öðrum landslögum leikur vafi á hvort hin almenna verknaðarlýsing 10. gr. laganna teljist nægilega skýr samkvæmt þeim kröfum sem í dag eru gerðar til refsíákvæða. Þá skal jafnframt bent á að með lögfestingu málsmeðferðarreglna sem fylgja ber við meðferð stjórnsýslumála, jafnræðisreglna og meðalhófsreglna hafa brot á þessum reglum flust undan a-lið 10. gr. yfir í 9. gr. laganna sem fjallar um brot ráðherra gegn fyrirmælum laga, en ekki er vafa undirorpið að a-lið 10. gr. hefur ekki síst verið ætlað að ná til brota sem nú falla undir þessar reglur.

Með hliðsjón af þeim breytingum sem átt hafa sér stað á stjórnarskrá og annarri löggjöf landsins frá árinu 1963 mælir nefndin með því að tekin verði afstaða til þess hvort ástæða sé til að ráðast í endurskoðun á lögum nr. 4/1963, um ráðherraábyrgð.

⁴¹ Alþt. 1962, A-deild, bls. 167.

⁴² Ólafur Jóhannesson: Stjórnskipun Íslands, 2. útg. 1978, 166, og Gunnar G. Schram: Stjórnskipunarréttur, 174.

⁴³ Alþt. 1962, A-deild, bls. 168.

5. ÁGRIP OG HELSTU TILLÖGUR

5.1. Inngangur.

Hinn 2. júní 1998 samþykkti Alþingi ályktun um könnun á starfsskilyrðum stjórnvalda, eftirliti með starfsemi þeirra og viðurlögum við réttarbrotum í stjórnsýslunni. Þingsályktunin er birt í kafla 1.1.

Af framangreindu tilefni er skýrsla þessi tekin saman af nefnd sem forsætisráðherra skipaði hinn 19. ágúst 1998. Í ályktun Alþingis fólst í raun beiðni um almenna úttekt á ákveðnum atriðum í stjórnaritari landsins og ábendingar um úrbætur eftir því sem tilefni þótti til. Í samræmi við þetta umboð nefndarinnar er umfjöllunin í skýrslunni almenns eðlis og takmarkast við grundvallaratriði þeirra þátta sem nefndinni var falið að kanna þar sem umfjöllunarefnið var bæði flókið og mikið að vöxtum.

5.2. Almennar efnisreglur stjórnsýsluréttarins.

Í öðrum kafla var því lýst hvernig starfsskilyrði stjórnvalda eru mótuð af löggjafanum og þeirri grundvallarreglu stjórnskipunarréttar að stjórnsýslan sé bundin af lögum. Verkahringur stjórnvalda er í meginráttum mótaður af gildandi löggjöf á hverjum tíma. Löggjöfin er hins vegar misjafnlega nákvæm um það hvernig stjórnvöldum beri að standa að útfærslu þeirra heimilda sem þeim er að lögum falið að beita. Viðtekið er að slíkar lagareglur megi eftir eðli sínu skipta í tvo flokka, fastmótaðar og matskenndar heimildir. Ágreiningur hefur einkum risið um meðferð hinna síðarnefndu þegar lög og stjórnvaldsfyrirmæli, sett samkvæmt þeim, tiltaka ekki að öllu leyti þau skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi svo að ákvörðun verði tekin eða fela stjórnvöldum að einhverju leyti mat á því hvert efni ákvörðunar skuli vera. Í þessum kafla skýrslunnar er leitast við að varpa ljósi á af hvaða reglum stjórnvöld eru bundin við meðferð slíks mats, þar á meðal hvaða sjónarmið megi leggja því til grundvallar. Þá er í samræmi við ályktun Alþingis leitast við að setja skráðar og óskráðar efnisreglur í siðferðilegt samhengi og kannað hvort efnisreglur stjórnsýsluréttarins séu almennt í samræmi við siðferðishugmyndir manna.

Í kafla 2.14 voru síðan raktar nokkrar tillögur til að auka réttaröryggi borgaranna.

1. Í kafla 2.14.2 var áhersla lögð á hve mikilvægt það er að almenn lög hafi að geyma einfaldar og skýrar reglur um réttindi og skyldur borgaranna og að þær séu ekki stöðugum breytingum undirorpnar. Miklu skiptir að lagaheimildir, sem veita stjórnvöldum heimild til að íþyngja borgurunum, séu skýrar og ótvíræðar að efni til og gangi ekki lengra en nauðsyn ber til. Sérstaklega ber að gæta þess, að ný lög hafi ekki afturvirk áhrif fyrir þá sem réttinda njóta er ný lög taka gildi. Reynslan sýnir að mörg deilumál hafa risið um takmarkanir á atvinnuréttindum manna. Af þeim sökum er mikilvægt að skýrt komi fram í lögum hvaða skilyrði þurfi að uppfylla til að fá leyfi sem er forsenda atvinnuréttinda. Hið sama gildir um þau skilyrði sem binda má leyfi og þær ástæður sem heimila afturköllun leyfis, auk annarra meginreglna um þau takmörk sem lögð eru á atvinnufrelsi manna á viðkomandi sviði.

2. Í kafla 2.14.2 var jafnframt á það bent að ekki er mögulegt að sjá fyrir öll þau margbreytilegu tilvik sem að höndum kunna að bera á hlutaðeigandi sviði og bregðast við þeim með setningu fastmótaðra reglna. Engu að síður eru aðstæður þó oft með þeim hætti að hægt er að notast við fastmótaðar reglur við lausn meiri hluta mála á hlutaðeigandi sviði. Oft er unnt að lögfesta með fastmótuðum reglum þá meginreglu sem á við meiri hluta mála, en eftirláta stjórnvöldum matskennda undanþáguheimild til að bregðast við afbrigðilegum málum. Athygli var vakin á því að þótt slík lagatæknileg útfærsla stuðli að auknu réttaröryggi

og fyrirsjáanleika í lagaframkvæmd væri hún ekki alltaf notuð í lögum þar sem þess er kostur. Þess í stað væri stjórnvöldum oft í lögum veitt ein almenn og opin heimild til þess að taka matskenndar stjórnvaldsákvarðanir á hlutaðeigandi sviði.

3. Í kafla 2.14.2 var enn fremur á það bent að sum svið réttarins séu þannig vaxin að áhersla er lögð á að koma til móts við einstaklingsbundnar þarfir borgaranna við úrlausn hvers máls. Í slíkum tilvikum er sjaldnast hægt að nota fastmótaðar reglur. Þegar þannig stendur á verður ekki hjá því komist að hafa matskennd lagaákvæði og veita stjórnvöldum heimild til að taka matskenndar stjórnvaldsákvarðanir. Í kaflanum var vakin athygli á því að lagatæknileg útfærsla lagaheimilda sem veita stjórnvöldum heimild til töku matskenndra stjórnvaldsákvarðana getur verið með mjög ólíkum hætti. Lögð var áhersla á að almennt sé það til mikilla bóta og einfaldi töku matskenndrar ákvörðunar þegar í lögum er mælt fyrir um þau *lagasjónarmið* sem matskennd ákvörðun skal byggð á. Slíkir löggjafarhættir einfalda ekki aðeins töku matskenndra ákvörðana heldur auka þeir einnig fyrirsjáanleika um lagaframkvæmd auk þess sem við því er að búast að allt eftirlit með störfum stjórnvalda verði beinskeyttara.

4. Í kafla 2.14.3 var á það bent að í hvert sinn er Alþingi felur sveitarfélögum ný verkefni sé brýnt að skýr afstaða sé tekin til þess í lögum hvort sveitarstjórn sé falin sjálfsstjórn á umræddu sviði þannig að ólíkar reglur geta gilt á milli sveitarfélaga eða hvort sveitarstjórn er einvörðungu falin framkvæmd laga sem ætlunin er að verði samræmd hjá öllum sveitarfélögum. Lög eru ekki alltaf nægilega skýr um þessi grundvallaratriði.

5. Þegar sveitarfélögum er fengin sjálfsstjórn og þeim ætlað að setja nánari reglur um rétt eða skyldu íbúa sveitarfélags er brýnt að slík reglusetning dragist ekki úr hömlu svo sem dæmi eru um. Í kafla 2.14.3 var bent á að bregðast mætti við vanda af þessum toga með því að koma því svo fyrir í lögum að ráðherra á hlutaðeigandi sviði gefi út reglur sem gilda skulu þar til sveitarfélög hafi sjálf sett sér reglur á viðkomandi sviði.

6. Í kafla 2.14.3 var minnt á þá forsendu fyrir því að um réttaröryggi sé að ræða í skiptum borgaranna og stjórnvalda að borgararnir eigi kost á því að kynna sér gildandi réttarreglur og sjá fyrir hvaða afleiðingar ákveðnar athafnir þeirra muni hafa að lögum. Af þessum sökum verða lög og reglur að vera *birtar og almenningi aðgengilegar*.

Mikilvægt er að bætt verði úr þeim brotalömum sem eru hjá sveitarfélögum á birtingu samþykktu og reglna sem sveitarstjórnir setja og ekki er lögmælt að ráðherra staðfesti en hafa að geyma ákvæði er snerta rétt eða skyldu íbúa sveitarfélagsins.

Í þessu sambandi var bent á að tímabært sé að taka til athugunar hvort ástæða sé til að breyta lögum nr. 64/1943, um birtingu laga og stjórnvaldaerinda. Þannig mætti hugsa sér að fullgild birting reglna sem stafa frá sveitarstjórnnum færi fram á sérstökum miðlægum gagnagrunni sem aðgengilegur væri öllum að kostnaðarlausu. Með slíkum miðlægum gagnagrunni myndi skapast góð yfirsýn yfir allar gildandi reglur fyrir hvert og eitt sveitarfélag og hægt væri að nálgast reglurnar á tiltölulega einfaldan hátt.

7. Í kafla 2.14.4 var áreitt að þótt málsmeðferðarreglur séu til þess fallnar að auka mjög réttaröryggi borgaranna við meðferð og úrslausn mála hjá stjórnvöldum geti slíkar reglur ekki ráðið bót á þeim vanda sem upp rís þegar þær efnisreglur sem leggja skal úrlausn máls til grundvallar eru óljósar. Af þessum sökum verður ávallt að vanda til framsetningar efnisreglna stjórnisýsluréttarins eins og rakið hefur verið hér að framan.

8. Í kafla 2.14.5 var á það bent að meiri hluti þeirra lagafrumvarpa sem samþykkt eru á hverju þingi stafi frá stjórnarráðinu. Annars staðar á Norðurlöndum er það liður í starfi þeirra ráðuneyta, sem fara með stjórnarfar almennt, oftast dómsmálaráðuneyta, að starfrækja sér-

stakar lagaskrifstofur sem hafa það hlutverk með höndum að fara yfir stjórnarfrumvörp og kanna m.a. hvort einhverjir lagatæknilegir hnökrar séu á þeim, auk þess sem kannað er hvort frumvarp sé samrýmanlegt ákvæðum stjórnarskrár. Bent var á að hér á landi sé ekki starfandi lagaskrifstofa hjá Stjórnarráði Íslands sem hafi það hlutverk að gera lögfræðilega athugun á öllum stjórnarfrumvörpum áður en þau eru lögð fyrir Alþingi. Þá er heldur ekki starfandi lagaráð hjá Alþingi sem hefur þetta hlutverk með höndum. Þar sem ekki er farið bæði ítarlega og skipulega yfir öll lagafrumvörp og kannað hvort lagatæknilegir ágallar séu á þeim, áður en þau eru lögð fyrir Alþingi og samþykkt sem lög, þarf ekki að koma á óvart að miklu fleiri hnökrar eru á íslenskri löggjöf en á löggjöf annars staðar á Norðurlöndum.

Í skýrslunni er á það bent að vart sé við því að búast að hnökrum á íslenskri löggjöf fækki nema fundin verði leið til þess að vanda betur gerð lagafrumvarpa. Mikilvægt er að tekið verði til athugunar hvort ekki sé ástæða til að koma á fót lagaskrifstofu við Stjórnarráð Íslands í þessu skyni.

9. Í kafla 2.14.6 var vakin á því athygli að almennar efnisreglur stjórnsýsluréttarins séu nokkuð flóknar og ákveðinnar lágmarksþekkingar í lögfræði sé þörf svo að unnt sé að beita þeim rétt. Í kaflanum var bent á þá breytingu sem orðið hefur að því er snertir menntun opinberra starfsmanna. Út frá því var gengið á fyrri hluta tuttugustu aldar að verulegur hluti starfsmanna stjórnsýslunnar væri lögfræðingar. Í dag er þessu ekki svo farið. Óhjákvæmilega hljóta því að rísa vandamál þegar opinberir starfsmenn með aðra menntun en lögfræði beita almennum efnisreglum stjórnsýsluréttarins við töku ákvarðana hafi þeir ekki hlotið grunnmenntun á þessu sviði.

Í þessu sambandi var bent á að við Háskóla Íslands hafi ekki verið í boði sérstakt námskeið á sviði stjórnsýsluréttar fyrir nemendur annarra deilda en lagadeildar sem hug hafa á að starfa við opinbera stjórnsýslu. Brýnt er að úr þessu verði bætt. Þá var vakin athygli á því að enda þótt haldin hafi verið námskeið fyrir opinbera starfsmenn um stjórnsýslulög og upplýsingalög hafi endurmenntun almennt ekki verið skipuleg á sviði stjórnsýsluréttar. Þannig virðist t.d. ekki vera í gildi markviss endurmenntunarstefna sem felur það í sér að þegar nýir starfsmenn koma til starfa, sem fá það hlutverk að taka ákvarðanir um rétt eða skyldu borgaranna, séu þeir sendir á grunnnámskeið til að læra þær almennu reglur stjórnsýsluréttarins sem gilda um *meðferð opinbers valds* við töku stjórnvaldsákvæðana.

Í kaflanum var vakin athygli á því að ekki sé starfræktur stjórnsýsluskóli fyrir starfsmenn stjórnsýslu ríkis eða sveitarfélaga eins og tíðkast í flestum nágrannalöndum okkar. Á hinn bóginn verji ríki og sveitarfélög háum fjárhæðum í endurmenntun starfsmanna sinna með ýmsu móti. Þótt nákvæm samantekt á því liggja ekki fyrir má ætla að 300–500 milljónir króna hafi árlega verið veittar til slíkra verkefna á síðastliðnum árum. Í skýrslunni er varpað fram þeirri spurningu hvort því sé stjórnað nógu markvisst að þessir fjármunir séu nýttir á sem árangursríkastan hátt til þess að mæta þörfum stjórnsýslunnar.

Áréttað er að hvað sem líði öllum umbótum við gerð lagafrumvarpa og stjórnvaldsfyrirmæla sé ljóst að þörf er á að móta markvissari endurmenntunarstefnu bæði hjá ríki og sveitarfélögum varðandi endurmenntun þeirra starfsmanna og nefndarmanna sem fara með opinbert vald til þess að taka ákvarðanir um rétt eða skyldu borgaranna.

10. Í kafla 2.14.7 var minnt á þá staðreynd að ekki hafa verið settar almennar siðareglur fyrir opinbera starfsmenn hér á landi. Á hinn bóginn eru mörg lög, sem taka til athafna opinberra starfsmanna byggð á siðferðisreglum eins og nánar var að vikið í kafla 2.13 hér að framan.

Í skýrslunni er minnt á að á sumum sviðum stjórnýslunnar kunni það að vera álitlegur kostur að setja opinberum starfsmönnum siðareglur. Svo að siðareglur komi á hinn bóginn að sem mestu gagni þurfa þær jafnan að vera sniðnar sérstaklega að aðstæðum starfsmanna á hverju sviði stjórnýslunnar. Oft ræðst það af skýrleika gildandi *réttarreglna* á ákveðnu sviði hvort þörf er fyrir sérstakar siðareglur. Sem dæmi um svið þar sem til álita kemur að taka saman sérstakar siðareglur er nefnt það álitamál hvaða gjafir, sem falla utan við gildis-svið 128. gr. almennra hegningarlaga um mútur, opinberir eftirlitsmenn megi þiggja frá þeim sem eftirlitið lýtur að. Áréttað var að enda þótt vandaðar og ítarlegar siðareglur verði teknar saman geti þær þó ekki leyst allan vanda því sífellt koma upp ný siðferðileg álitæfni.

5.3. Stjórnýslukerfið og eftirlit með starfsemi stjórnvalda.

Í þriðja kafla skýrslunnar var í meginráttum lýst stigskiptingu stjórnýslunnar milli æðri og lægra settra stjórnvalda. Í því kerfi er fólgið eftirlit með starfsemi stjórnvalda. Jafnframt var minnst á eftirlit utanaðkomandi aðila með stjórnýslunni, bæði dómstóla og stofnana sem Alþingi hefur sérstaklega komið á fót í því skyni.

Í kafla 3.9 voru raktar nokkrar tillögur um leiðir sem færar eru til úrbóta á þessu sviði.

1. Í kafla 3.9.1 var vikið að nokkrum sjónarmiðum um eftirlit. Minnt var á hve íslensk stjórnýsla er í raun lítil og fámenn í samanburði við stjórnýslu hins opinbera annars staðar á Norðurlöndum og að umfang eftirlits með stjórnvöldum verði að vera í ákveðnu samræmi við stærð stjórnýslunnar. Þyki ástæða til að auka eftirlit með stjórnýslunni sé því almennt vænlegra til árangurs að endurskipuleggja og styrkja það eftirlit sem fyrir er en að fjölga eftirlitsstofnunum sem hætta er á að verði veikburða.

2. Þá var vikið að nokkrum grundvallarsjónarmiðum um *lagatæknilega* útfærslu ákvæða um eftirlit í kafla 3.9.1. Þar sem ákveðið er að koma á fót eftirliti þarf að setja um það ákvæði *í lög*. Þar þarf að taka skýrt af skarið um *til hvaða þátta* eftirlitið á að taka, *hvernig haga eigi eftirlitinu*, þar á meðal um *upplýsingaöflun*, og loks *til hvaða úrræða stjórnvald geti gripið*, komi í ljós að eftirlitsskyld starfsemi er ekki í samræmi við lög. Ef lög eru ekki skýr um alla þessa þætti eru almennt miklar líkur á að eftirlitið komi ekki að tilætluðum notum. Þessi grundvallaratriði eiga við hvort sem andlag eftirlitsins er starfsemi hins opinbera eða einka-aðila.

3. Í kafla 3.9.2 er vikið að ólíkri stöðu bæði ráðherra og Alþingis gagnvart svonefndum lægra settum stjórnvöldum annars vegar og sjálfstæðum ríkisstofnunum og stjórnýslunefndum hins vegar. Meginreglan er sú að ráðherrar bera ábyrgð á stjórnarframkvæmdum öllum, sbr. 14. gr. stjórnarskrárinnar. Þetta ákvæði er m.a. byggt á þeirri forsendu að ráðherra fari með yfirstjórn þeirra stjórnarmálefna sem undir ráðuneyti þeirra heyra. Þrátt fyrir framangreinda meginreglu hefur myndast sú stjórnskipunarvenja að löggjafinn geti með lögum komið á fót sjálfstæðum stofnunum og stjórnýslunefndum sem undanþegnar eru almennum stjórnunar- og eftirlitsheimildum þess ráðherra sem málefni þessara stjórnvalda heyra stjórnar-farslega undir. Stjórnarskráin setur þó löggjafanum vafalítið ákveðin mörk hversu langt verður gengið við að takmarka vald ráðherra með þessum hætti. Þegar komið er á fót slíku sjálfstæðu stjórnvaldi sviptir löggjafinn ráðherra almennum stjórnunar- og eftirlitsheimildum yfir stjórnvaldinu og afléttir um leið þinglegri ábyrgð og ráðherraábyrgð af hlutaðeigandi ráðherra að því er snertir meðferð þessara valdheimilda. Þetta leiðir til þess að ráðherra getur ekki gefið slíku sjálfstæðu stjórnvaldi almenn eða sérstök tilmæli um úrlausn mála, nema hafa til þess lagaheimild. Ráðherra hefur heldur ekki eftirlit með störfum slíkra stjórnvalda, nema svo sé fyrir mælt í lögum. Alþingi getur því ekki dregið ráðherra til ábyrgðar fyrir störf

eða starfshætti þeirra stjórnvalda sem undanþegin eru stjórnunar- og eftirlitsvaldi hans. Það sem meira er, nefndarmenn sjálfstæðra nefnda verða heldur ekki dregnir til ábyrgðar af Alþingi þar sem engin samsvarandi ábyrgð hvílir á nefndarmönnum og á ráðherra gagnvart Alþingi, hvorki samkvæmt þingræðisreglunni né samkvæmt lögum nr. 4/1963, um ráðherraábyrgð. Þá er einnig ljóst að því fleiri sjálfstæðum stjórnvöldum sem löggjafinn kemur á fót, þeim mun erfiðara verður fyrir ríkisstjórn á hverjum tíma að stjórna og samhæfa aðgerðir innan stjórnsýslukerfisins.

Á síðustu árum hefur sjálfstæðum stjórnsýslunefndum fjölgað mikið án þess að greint verði að heildarstefnumörkun búi því að baki. Sú hætta fylgir, ef stjórnsýslunefndir verða mjög margar, að erfitt verði að manna þær hæfum einstaklingum auk þess sem kostnaður við stjórnsýslu eykst og stjórnsýslukerfið verður flóknara. Miðað við smæð hins íslenska stjórnsýslukerfis gæti verið skynsamlegt að sameina nefndir á ákveðnum sviðum og bæta starfs-skilyrði þeirra og gera þær öflugri þyki á annað borð ástæða til að færa vald frá ráðherra til nefndar.

Í skýrslunni er bent á að æskilegt sé að mótuð verði framtíðarstefna um þróun stjórnsýslukerfisins. Við slíka stefnumótun bæri m.a. að taka afstöðu til þess í hvaða tilvikum réttlætunlegt verður talið að gera undantekningu frá meginreglu íslenskrar stjórnskipunar og setja á fót sjálfstæða stofnun eða stjórnsýslunefnd.

4. Í kafla 3.9.3 var vikið að nauðsyn þess að staða stofnana innan stjórnsýslunnar sé skýr að lögum. Bent var á að öðru hverju komi upp vafi um hvort ráðherra hafi stjórnunar- og eftirlitsheimild gagnvart stjórnvaldi, hvort heimilt sé að kæra ákvarðanir stjórnvalds til ráðherra o.s.frv. Ástæður þessa eru oftast þær að lög hafa ekki mælt skýrt fyrir um stjórnsýslulega stöðu stjórnvalda, stundum vegna þess að hugtök í lögum eru ekki notuð með samræmdum hætti. Þannig rísa oft deilur um hvort telja beri stofnun sjálfstæða eða lægra sett stjórnvald eða hvort telja beri stjórnsýslunefnd sjálfstæða. Í ljósi þess að hér er um grundvallaratriði í skipan stjórnkerfisins að ræða eru þetta alvarlegir meinbugir á lögum. Í skýrslunni er minnt á, að umboðsmaður Alþingis hafi vakið athygli á þessum vanda í skýrslum sínum, sbr t.d. SUA 1993:10 og SUA 1995:13.

5. Í kafla 3.9.4 var vakin athygli á þeirri óvissu sem um það ríkir hvort eftirlit ráðuneytis skv. 9. gr. laga nr. 73/1969, um Stjórnarráð Íslands, taki einvörðungu til lægra settra stjórnvalda eða til allra stjórnvalda, þ.m.t. þeirra sem sjálfstæð eru. Nauðsynlegt er að breyta þessu ákvæði og taka af allan vafa um efnissvið þess.

6. Í kafla 3.9.5 var á það bent að nokkur réttaróvissa ríki um það hversu víðtækar heimildir æðra sett stjórnvöld hafa til þess að taka mál *ad eigin frumkvæði* til umfjöllunar og úrskurðar, sem lægra sett stjórnvald hefur afgreitt. Ef ætlunin er að hafa þetta úrræði virkt verður vart hjá því komist að setja í lög skýr ákvæði um þessa heimild.

7. Í 102. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998 segir að félagsmálaráðuneytið skuli hafa eftirlit með því að sveitarstjórnir gegni skyldum sínum samkvæmt sveitarstjórnarlögum og öðrum löglegum fyrirmælum. Vakinn var athygli á því að þau úrræði, sem félagsmálaráðuneytið hafi til að grípa vegna ólögmetra athafna sveitarstjórna, henti aðallega þegar um afhafnaleysisbrot sé að ræða. Þessi úrræði henta flest illa í þeim tilvikum þegar sveitarstjórn hefur tekið ólögmetra stjórnvaldsákvörðun. Í slíkum tilvikum kemur heimild til að ógilda ákvörðun best að notum. Vakinn var athygli á því að félagsmálaráðuneytið virðist einvörðungu hafa heimild til að ógilda ákvörðun sveitarstjórnar að fram hafi komið kæra frá aðila máls, sbr. 103. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998. Félagsmálaráðuneytið virðist á hinn

bóginn ekki hafa heimild til þess að fella ólögmatá ákvörðun sveitarstjórnar úr gildi að eigin frumkvæði á grundvelli 102. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998.

Í kafla 3.9.6 var lagt til að tekið verði til athugunar hvort ekki eigi að fela félagsmálaráðuneytinu heimild til að fella bersýnilega ólögmatá ákvarðanir sveitarstjórna úr gildi á grundvelli 102. gr. sveitarstjórnarlaga. Slík mál kæmu þá aftur til úrlausnar sveitarstjórnar. Sú aðstaða sem félagsmálaráðuneytinu er komið í með núgildandi ákvæðum 102. gr. laganna er ekki heppileg með tilliti til þeirra úrræða sem ráðuneytinu eru tiltæk. Sinni sveitarstjórn ekki tilmælum um að afturkalla ákvörðun sína hefur félagsmálaráðuneytið ekki önnur úrræði en að stöðva greiðslur úr Jöfnunarsjóði sveitarfélaga, en ekki fá öll sveitarfélög greiðslur úr þeim sjóði, eða höfða mál og krefjast þess að dagsektir verði lagðar á þá sveitarstjórnarmenn, sem ábyrgð bera. Bæði þessi úrræði eru mjög íþyngjandi, viðurhlutamikil og seinvirk. Ógilding bersýnilega ólögmatá stjórnvaldsákvæðana er mun virkara og einfaldara úrræði og betur til þess fallið að vernda íbúa sveitarfélagsins fyrir ólögmatá ákvörðunum sveitarstjórnar.

8. Til þess að rækja eftirlitshlutverk sitt og veita ríkisstjórn aðhald hefur Alþingi stjórnarskrárvarinn rétt til að afla upplýsinga frá ráðherra. Mælt er svo fyrir í 54. gr. stjórnarskrárinnar að alþingismönnum sé heimilt, með leyfi Alþingis, að óska upplýsinga ráðherra eða svars um opinber málefni með því að bera fram fyrirspurn um málið eða beiðast um það skýrslu. Í framkvæmd hafa komið upp deilur um hvort og þá að hvaða marki ráðherra er heimilt að undanþiggja í svörum sínum upplýsingar sem þagnarskylda ríkir um lögum samkvæmt. Í kafla 3.9.7 var vakin athygli á því að rétt sé að taka til athugunar hvort ástæða þyki til að setja nánari ákvæði í þingskapalög um slíkar fyrirspurnir til að fyrirbyggja deilur við framkvæmd fyrirspurnarréttar þingmanna.

9. Í kafla 3.9.8 var vakin athygli á því að í nokkrum lögum sé að finna ákvæði sem mæla fyrir um fullnaðarúrskurðarvald stjórnvalda um ákveðin málefni. Tilgangur margra þeirra virðist vera að koma í veg fyrir að deilur um úrlausn slíkra málefna verði borin undir dómstóla. Bent er á að fræðimenn hafi dregið í efa að ákvæði af þessum toga fái staðist 2. og 60. gr. stjórnarskrárinnar. Lagaákvæði af þessum toga má rekja til 19. aldar hugmynda um valdmörk á milli dómstóla og stjórnvalda. Því má velja fyrir sér hvort ekki sé tímaskekkja að hafa slík ákvæði í lögum. Hvað sem líður vafa um stjórnskipulegt gildi slíkra ákvæða, er erfitt að finna þeirri skoðun viðhlítandi rök að borgararnir eigi ekki a.m.k. rétt á að geta fengið endurskoðað af dómstólum hvort matskennd ákvörðun stjórnvalds um rétt þeirra eða skyldu sé lögmatá og byggð á málefnalegum sjónarmiðum. Af þessum sökum er rétt að tekið verði til athugunar hvort ekki sé ástæða til að fella slík ákvæði úr lögum.

10. Í lögum má finna ákvæði þar sem það er gert að skilyrði fyrir málsókn að mál hafi áður sætt úrlausn æðra setts stjórnvalds á grundvelli stjórnsýslukæru. Í kafla 3.9.8 var sett fram sú skoðun að æskilegt sé að skilyrða ekki rétt manna til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur fyrir dómstólum með þessum hætti, nema mjög veigamiklar ástæðar mæli með því. Í slíkum tilvikum mælir nefndin eindregið með því að sá varnagli verði þá ávallt sleginn í lögum að aðila máls sé heimilt að bera mál sitt undir dómstóla hafi hið æðra setta stjórnvald ekki leyst úr því innan þriggja mánaða frá því að kæra barst.

11. Fyrir kemur að í lögum sé lögbundinn frestur sem aðili máls hefur til málsóknar í tilefni af stjórnvaldsákvörðun. Í kafla 3.9.8 var minnt á að í 70. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 8. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995, sé mælt svo fyrir að öllum beri réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur eða um ákæru á hendur sér um refsiverða háttsemi með réttlátri málsmeðferð innan hæfilegs tíma fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli. Að mati nefndarinnar er æskilegt að skilyrða ekki rétt manna til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur

fyrir dómstólum með þessum hætti, nema mjög veigamiklar ástæðar mæli með því. Í slíkum tilvikum mælir nefndin eindregið með því að þess verði gætt að málsóknarfrestir séu ekki stuttir. Mjög stuttir málsóknarfrestir geta vafalítið farið í bága við 70. gr. stjórnarskrárinnar. Þá er æskilegt að haldið verði fast við þá reglu að slíkum málsóknarfrestum verði ekki beitt fortakslaust gagnvart aðilum nema þeim hafi verið leiðbeint um þá af stjórnvöldum í samræmi við 3. tölul. 2. mgr. 20. gr. stjórnsýslulaga.

12. Spurningin um það hvort rétt sé að koma á fót stjórn-gæsludómstólum hér á landi lýtur m.a. að dómstólaskipan landsins og hvort rétt sé að koma á fót sérdómstólum á þessu sviði. Það fellur utan við erindisbréf nefndarinnar að taka afstöðu til þessa álitæfnis. Á hinn bóginn vekur nefndin athygli á því að með lagabreytingum virðist að mestu hægt að taka upp það réttarfarshagræði hjá hinum almennu dómstólum hér á landi sem einkennir málsmeðferð hjá stjórn-gæsludómstólum. Að öðru leyti er æskilegt að tekið verði til sérstakrar athugunar hvort þörf er á að setja önnur sérákvæði í lög um meðferð einkamála, nr. 91/1991, til þess að auðvelda einstaklingum og félögum þeirra að sækja mál á hendur opinberum aðilum. Í kafla 3.9.8 var bent á að það séu ýmis ákvæði sem komi til greina að taka upp í lög um meðferð einkamála. Í þessu sambandi var t.d. bent á að lögin hafi ekki að geyma ákvæði sem heimili dómara að verða við kröfu um að fresta réttaráhrifum stjórnvaldsákvörðunar, að hluta eða öllu leyti, þegar veigamiklar ástæður mæla með því á meðan málið er til meðferðar fyrir dómi. Ráðherranefnd Evrópuráðsins hefur beint þeim tilmælum til aðildarríkja sinna að taka slík ákvæði upp í lög sín.

5.4. Afleiðingar réttarbrotu í stjórnsýslunni.

Í fjórða kafla skýrslunnar var fjallað um afleiðingar réttarbrotu í stjórnsýslunni, gerð grein fyrir viðurlögum við þeim og hverjir geta sætt stórnsýsluviðurlögum, refsivíðurlögum og bótaábyrgð. Jafnframt var sérstaklega fjallað um ábyrgð ráðherra í þessu tilliti.

Í kafla 4.9 voru raktar nokkrar tillögur um leiðir sem færar eru til úrbóta á þessu sviði.

1. Í kafla 4.9.1 var á það bent að ekki hafa verið gerðar breytingar á meginefni refsí-ákvæða XIV. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940, um opinbera starfsmenn, frá gildistöku laganna fyrir tæplega 60 árum að undanskildum breytingum með 51.–61. gr. laga nr. 82/1998 þar sem varðhald var afnumið sem refsitengund í merkingu 1. mgr. 31. gr. hgl.

Það er mat nefndarinnar að þörf sé á endurskoðun kaflans með tilliti til þeirra miklu breytinga sem orðið hafa á stjórnsýslunni og starfsumhverfi hennar á þessum tíma. Þannig sé t.d. sérstök ástæða til að taka afstöðu til þess hvort lagatæknileg og refsipólítísk rök standi til þess að afmarka nánar hugtakið *opinber starfsmaður*, einkum í ákvæðum 134.–135. gr. og 138.–141. gr. almennra hegningarlaga, þannig að skilgreining þess hóps opinberra starfsmanna, sem þessum ákvæðum er ætlað að taka til, verði skýrari.

2. Í kafla 4.9.1 var á það bent hve mörg óskýr þagnarskylduákvæði sé að finna í íslenskum lögum. Vakin var athygli á því að rétt kunni að vera að bregðast við þessum vanda með sama hætti og gert var í Danmörku og Noregi.

3. Í kafla 4.9.1 var vakin athygli á því að nokkur vafi leiki á hvort það sé refsivert fyrir starfsmenn stjórnsýslunnar að láta afhendi ófullnægjandi eða rangar upplýsingar til umboðsmanns Alþingis eða Ríkisendurskoðunar. Forsenda þess að umboðsmaður Alþingis og Ríkisendurskoðunar geti rækt skyldur sínar lögum samkvæmt er að þeim sé frjálts aðgangur að gögnum í vörslum stjórnsýslunnar og látnar í té bæði nauðsynlegar og réttar skýringar stjórnvalda.

Verði ráðist í endurskoðun á ákvæðum XIV. kafla almennra hegningarlaga, um brot í opinberu starfi, mælir nefndin með því að skýrt verði tekið af skarið um hverjum viðurlögum það varði starfsmann að veita umboðsmanni Alþingis og Ríkisendurskoðun ranga yfirlýsingu um málefni sem honum er skylt að gefa upplýsingar um samkvæmt lögum nr. 85/1997 og lögum nr. 86/1997.

4. Í kafla 4.9.2 var vakin athygli á því að hinn 22. mars 1960 samþykkti Alþingi þingsályktun þar sem skorað var á ríkisstjórnina að láta undirbúa heildarlöggjöf um skaðabótaábyrgð ríkis og sveitarfélaga. Ekkert varð þó úr því að slíkt frumvarp væri lagt fram á þingi.

Þar sem tæp fjörutíu ár eru liðin frá því að síðast var tekið til umfjöllunar hvort setja beri lög um bótaábyrgð hins opinbera hér á landi telur nefndin æskilegt að slík lagasetning verði á ný tekin til athugunar með hliðsjón af ríkjandi aðstæðum sem um margt hafa mikið breyst frá árinu 1960.

5. Að síðustu var í kafla 4.9.3 vakin athygli á því að kröfur til forms og efnis refsíákvæða hafa aukist talsvert á undanförunum árum, einkum vegna þróunar í mannréttindamálum. Þannig er það almennt gert að skilyrði fyrir beitingu refsíákvæða að þau séu skýr og öllum aðgengileg. Af skýrleikakröfunni leiðir að lýsing hins refsiverða verknaðar verður að vera nægilega nákvæm.

Með hliðsjón af þeim breytingum sem orðið hafa á stjórnarskrá og annarri löggjöf landsins frá árinu 1963 mælir nefndin með því að tekin verði afstaða til þess hvort ástæða sé til að ráðast í endurskoðun á lögum nr. 4/1963, um ráðherraábyrgð, en nokkur vafi leikur á hvort hin almenna verknaðarlýsing 10. gr. laganna teljist nægilega skýr samkvæmt þeim kröfum sem í dag eru gerðar til refsíákvæða.

5.5. Lokaorð.

Rétt er að ítreka að í samræmi við umboð nefndarinnar samkvæmt ályktun Alþingis frá 2. júní 1998 hefur umfjöllun í þessari skýrslu verið almenns eðlis og óhjákvæmilega takmarkast við grundvallaratriði þeirra þátta sem nefndinni var falið að kanna, enda umfjöllunarefnið bæði flókið og mikið að vöxtum. Eftir því sem velt er við þeim steinum sem nefndin hefur hnotið um koma vafalaust fleiri atriði í ljós en getið er í skýrslunni er þarfnast athugunar við.

Það er von nefndarinnar að skýrslan geti orðið grundvöllur málefnalegrar umræðu um starfsskilyrði stjórnvalda, ábyrgð þeirra gagnvart þinginu og þá einnig ábyrgð þingsins gagnvart stjórnvöldum m.t.t. þess hvernig það mótar verkahring þeirra og starfsskilyrði á hverjum tíma með lögum.