

Útdráttur

Út frá sjónarhóli eilífðarinnar eru 100 starfsár Hæstaréttar Íslands aðeins örskotsstund. Samtíminn og dómur sögunnar birta iðulega gjörólíkar myndir af því sem talið er satt og rétt. Fróðlegt getur því verið að bregða stærstu dómsmálum sögunnar undir slíkan samanburðarkvarða.¹ Í þessu samhengi er ekki léttvægt að minnast þess að menn eins og Jesús Kristus, Sókrates og fleiri sem fengið hafa almenningsálitið á móti sér vísuðu til æðri viðmiða og annars veruleika, sem veraldlegt vald gæti ekki endurskilgreint². Að baki býr hugmynd sem sneri aftur af fullu afli um miðbik 20. aldar að loknum stríðsátökum og fjöldamorðum síðari heimsstyrjaldarinnar, þar sem stríðsglæpadómstólar byggðu á að því að til væru lög sem stæðu ofar mannaþingum. Á sama tíma komu þjóðir heims sér saman um gerð alþjóðlegra sáttmála um vernd mannréttinda. Meðan ryk stríðsátakanna var enn að setjast vildu menn viðurkenna slíkan æðri sannleika, sem væri algildur og óbreytanlegur, en lúti ekki skilgreiningarvaldi þeirra sem halda um stjórnartaumana á hverjum tíma. Lesandinn er hvattur til að velta því fyrir sér hvaða hlutverki réttarfar og dómstólar gegna í þessu samhengi á 21. öld.

Dá segir Pílatus við hann: „Þú ert þá konungur?“ Jesús svaraði: „Rétt segir þú. Ég er konungur. Til Þess er ég fæddur og til þess er ég kominn í heiminn að ég beri sannleikanum vitni. Hver sem er sannleikans megin heyrir mína rödd.“ Pílatus segir við hann: „Hvað er sannleikur“

Jóhannes 18:37-38

[...]

Pílatus gekk aftur út fyrir og sagði við fólkið: „Nú leiði ég hann út til ykkar svo að þið skiljið að ég finn enga sök hjá honum.“ Jesús kom þá út fyrir með þyrnikórónuna og í purpurakápunni. Pílatus segir við fólkið: „Sjáið manninn!“

Þegar æðstu prestarnir og verðirnir sáu hann æptu þeir: „Krossfestu, krossfestu!“

Pílatus sagði við þá: „Takið þið hann og krossfestið. Ég finn enga sök hjá honum.“

Þeir svöruðu: „Við höfum lögmál og samkvæmt lögmálinu á hann að deyja því hann hefur gert sjálfan sig að Guðs syni.“

Þegar Pílatus heyrði þessi orð varð hann enn hræddari. Hann fór aftur inn í höllina og segir við Jesú: „Hvaðan ertu?“ En Jesús veitti honum ekkert svar. Pílatus segir þá við hann: „Viltu ekki tala við mig? Veistu ekki að ég hef vald til að láta þig lausan og ég hef vald til að krossfesta þig?“

Jesús svaraði: „Þú hefðir ekkert vald yfir mér ef þér væri ekki gefið það að ofan.

Fyrir því ber sá þyngri sök sem hefur selt mig þér í hendur.“

Eftir þetta reyndi Pílatus enn að láta hann lausan. En fólkið æpti: „Ef þú lætur hann lausan ert þú ekki vinur keisarans. Hver sem gerir sjálfan sig að konungi rís á móti keisaranum.“

Þegar Pílatus heyrði þessi orð leiddi hann Jesú út og settist í dómstólinn á stað þeim

¹ Með þessu er vísað til þeirrar gamalreyndu aðferðar að prófa hvort staðhæfing teljist hafa staðist prófstein tímans / hafi sannað gildi sitt sig í tímans rás. Sjá t.d. George Orwell „Lear, Tolstoy and the Fool“ í Sonia Orwell & Ian Angus (ritstj.) *The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell*, vol. 4 (Seeker & Warburg 1968), 290.

² Sbr. eftirfarandi ummæli sem Platón hefur eftir Sókratesi eftir uppkvaðningu dauðadómsins: „Nú fer ég héðan, dæmdur dauðasekur af yður. En þeir [ákærendurnir] fara sakfelldir af sannleikanum fyrir ódrengskap og ranglæti. Ég uni við minn dóm; uni þeir við sinn. Þetta mun hafa átt svo að fara og hygg ég, að því sé skaplega skipt“. Platón, *Síðustu dagar Sókratesar* (Sigurður Nordal þýð., 6. útg., Hið íslenska bókmenntafélag 2011), 68. Í þessum ummælum kristallast andstaða Sókratesar við afstöðu málaflækjumanna (sófista) sem skeyttu lítt um siðfræði eða sannleiksleit, né heldur um afleiðingar verka sinna til lengri tíma. Sjá Marina McCoy, *Plato on the Rhetoric of Philosophers and Sophists* (Cambridge University Press 2008).

*sem nefnist Steinhlað, á hebresku Gabbata. Þá var aðfangadagur páska, um hádegi. Hann sagði við fólkið: „Sjáið þar konung ykkar!“
Þá æptu menn: „Burt með hann! Burt með hann! Krossfestu hann!“
Pílatus segir við þá: „Á ég að krossfesta konung ykkar?“
Æðstu prestarnir svöruðu: „Við höfum engan konung nema keisarann.“
Þá seldi hann þeim hann í hendur og bauð að láta krossfesta hann.*

Jóhannes 19:4-16

Réttarfar: Göfug arfleifð vestrænnar rökræðu- og lýðræðishefðar eða vélrænn þjónn ofríkis og kúgunar?

1. Inngangur

Hver sem trúarleg afstaða lesandans kann að vera getur vart nokkur lögfræðingur lesið framangreinda lýsingu „réttarhaldanna“ yfir Kristi án þess að fyllast óhug. Ónotin minnka ekki eftir því sem nánar er rýnt í framgöngu Pílatúsar. Hverju mannsbarni er ljóst hvað dómara ber að gera sem finnur enga sök hjá þeim sem leiddur hefur verið fyrir dóm. Lúkas segir frá því að eftir að Pílatus hafði ítrekað talað til múgsins og vildi láta Jesú lausan, hafi þeir æpt á móti „Krossfestu, krossfestu hann“ og að í þriðja sinn hafi Pílatus sagt við þá að hann hefði enga dauðasök hjá Jesú fundið þá heimtaði lýðurinn engu að síður að hann yrði krossfestur „[o]g þeir höfðu sitt fram. Þá ákvað Pílatus að kröfu þeirra skyldi fullnægt.“³

Aldalöng saga Rómarveldis, mikilfenglegar byggingar og langvarandi menningarleg áhrif sem ennþá enduróma um víða veröld, eru til marks um það ægivald sem fulltrúar þessa forna heimsveldis fóru með. Pontíus Pílatus var fimmti rómverski landshöfðinginn yfir Júdeu, nánar tiltekið á árunum 26-36 e.Kr. Þegar þetta er ritað eru brátt tvær þúsaldir liðnar frá þeim atburðum sem guðspjallamennirnir skrásettu, auk rómverska sagnfræðingsins Tacítusar (56-120)⁴ o.fl. Hinn sögulegi rómarréttur hefur verið margvíslega vegsamaður af fræðimönnum frá því hann var enduruppgötvaður á Norður-Ítalíu seint á 11. öld.⁵ Það eitt og sér þýðir þó ekki að frásagnir af því hvernig rómverskur landshöfðingi keisarans Tíberíusar (42 f.Kr.-37 e.Kr.) stjórnaði þinghöldum og hvað hann lagði dómsniðurstöðum sínum til grundvallar eigi erindi við íslenska lögfræðinga á 21. öld. Er réttarkerfi okkar Íslendinga annars ekki örugglega fullkonnara ... og réttarfarið svo fagað að dómsmóð séu sjálfkrafa útilokuð á 21. öld?

Því er til að svara að ekkert kerfi er betra en fólkið sem hannaði það og starfrækir það. Það á við um réttarkerfið ekki síður en önnur kerfi. Lög og reglur nægja ekki til að skapa dyggðuga borgara og gott samfélag. Þótt tímarnir kunni að hafa breyst frá valdatíð Pílatúsar bendir fátt til þess að eðli mannskepnunnar hafi tekið einhverjum stakkaskiptum. Um „réttarhöldin“ yfir Kristi má nánar segja að ekkert réttarhald og engin dómsniðurstaða mannkynssögunnar hafi markað önnur eins tímamót í heimssögunni og valdið öðrum eins menningarlegum, pólitískum, trúarlegum, heimspekilegum og listfræðilegum landskjálfta. Einu réttarhöldin sem stæðust einhvern samanburð væru réttarhöldin yfir Sókratesi í Apenu (399 f.Kr.)⁶. Íslensk lög eru

³ Lúkas 23:20-24.

⁴ Tacitus, Rhiannon Ash (ritstj.) *Annals Book XV* (Cambridge University Press 2017), 44. kafli.

⁵ R.C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia* (Cambridge University Press 2002), 13.

⁶ Platón, *Síðustu dagar Sókratesar* (Sigurður Nordal þýð., 6. útg., Hið íslenska bókmenntafélag 2011).

auðvitað hluti af vestrænni réttarhefð, sem mótast hefur af sögu, goðsögnum, heimspeki, trú, menningu o.fl. Segja má að löggjöf okkar og réttarkerfi sé spröttið af slíkum sameiginlegum vestrænum rótum. Í því samhengi getur talist hollt að staldra við nokkur helstu kennileiti sögunnar af og til í því skyni að stilla okkar lagalegu og lögfræðilegu „siglingatæki“. Lagadeildum og samfélagi lögfræðinga ber á hverjum tíma að viðhalda umræðu um „lexiur“ réttarsögunnar, enda getur slíkt verið nauðsynleg áminning um það sem sannanlega ber að varast í lagasetningu, réttarframkvæmd og landsstjórn.

Aldarafmæli æðsta dómstóls þjóðarinnar er ekki verri tími en hver annar til að halda slíkri áminningu á loft. Sjálfumgleði er engum holl og kannski sérlega óholl ef hún leggst þungt á þá sem fara með opinbert vald og telja sig sökum stöðu sinnar, lærdóms eða tæknilegrar þekkingar vera kominn með vald á sannleikanum.⁷ Þýski lögfræðingurinn Bernd Rüthers (f. 1930) hefur orðað slíkar áhyggjur betur en undirritaður gæti nokkurn tímann gert:

[...] lagakenning sem smættuð hefur verið niður í spurningar um aðferðafræði og hvernig nota megi lög til að stýra atferli fólks (e. social engineering) líkist siglingafræðingi sem hefur yfir frábærum tækjabúnaði og stærðfræðipækkingu að ráða, en skortir áreiðanleg kennileiti (mið) til að sigla eftir, svo sem stjörnur, vita eða sendistöðvar.⁸

Tilvitnuð orð Rüthers mega kallast leiðarstef þeirrar greinar sem hér birtist.

2. Leit að sannleika er verkefni (og vandamál) laga og réttar

Sem landshöfðingi í Júdeu var Pontíus Pílatus fulltrúi víðfeðmasta og skipulagðasta veraldlegs valds sem nokkru sinni hafði risið á plánetunni Jörð. Þrátt fyrir háþróað samgöngukerfi Rómaveldis voru fjarlægðirnar slíkar að landshöfðinginn var keisaraveldið holdi klætt. Í því fólst algjört ægivald yfir lífi, frelsi og eignum þegnanna. Þungvopnaðar hersveitir þjálfaðra hermanna, auk skattheimtumanna, böðla o.fl. lutu boðvaldi landshöfðingjaembættisins. Dómsvaldið var samtvinnað valdinu til að setja þær boð- og bannreglur sem taldar voru nauðsynlegar í því skyni að halda lýðnum innan girðinga. Þrátt fyrir þetta birtist Pílatus okkur sem óttasleginn maður. Hvað hafði slíkur maður að óttast? Í fyrsta lagi er augljóst að hann óttast reiði múgsins, sem kallar eftir því að blóði verði úthellt. Pílatus leitar í sjáanlegri örvæntingu eftir leiðum til að sefa reiði þeirra með öðrum hætti, því augljóslega er maðurinn ekki sneiddur skynsemi. Hann bæði sér og skilur að saklausan mann má ekki dæma til refsingar. Í öðru lagi óttast Pílatus ægivald Rómarskeisarans og möguleg viðbrögð hans við dómum sem mögulega mættu teljast of vægir eða of grimmilegir og þannig ógnað stöðugleikanum. Í þriðja lagi óttast hann kennivaldið, í þessu tilviki æðstu prestana, sem í rafmögnum samskiptum landslýðs Júdeumanna við rómverska yfirvaldið gátu hæglega kveikt elda sem leitt gætu til uppþota og jafnvel langvarandi ófriðar.⁹

Rómarborg var miðja heimsins á þessum tíma og öldum saman eftir það. Þangað lágu allar götur og öldum saman lögðu menn á sig löng ferðalög, jafnvel alla leið frá Íslandi „til Róms“

⁷ Sjá t.d. Hans Petter Graver, *Judges Against Justice: On Judges When the Rule of Law is Under Attack* (Springer 2015), 15-34 (þýð. höf.).

⁸ Bernd Rüthers, *Die Unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im National-sozialismus* (Mohr Siebeck 2012), 526.

⁹ Ethelbert Stauffer, *Den historiske Jesus i ny belysning* (Stig Lindhagen þýð., Svenska Kyrkans diakonistyrelses bokförlag 1960), 153n.

í yfirbótarskyni og til sáluhjálpar. Enn í dag er heimsókn til „borgarinnar eilífu“ til þess fallin fylla aðkomumanninn lotningu og lyfta andanum. Fyrir utan Pantheon og önnur verkfræðileg undur sem þar er að sjá, geymir borgin trúarleg kennileiti og fagurfræðileg stórvirki, sem í sögulegu ljósi og mikilfengleika sem láta varla nokkurn mann ósnortinn.

Í listasögunni er talað um að *Endurreisnin* hafi náð sögulegum og einstökum hápunkti á tímabilinu 1495/1500 til 1520 og að þessu tímabili, sem nær m.a. yfir starfstíma Leonardo da Vinci, Michelangelo og Bramante, hafi lokið við ótímabært fráfall hins mikla listmálara og arkitekts Rafaels (1483-1520).¹⁰ Eitt mesta þrekvirki Rafaels er að finna í Vatíkaninu, nánar tiltekið í hinum svonefnda *Stanza della segnatura* sal, þar sem æðsti dómstóll Páfagarðs, *Segnatura Gratiae et Iustitiae*, sat frá og með árinu 1541.¹¹ Á fyrri stigum geymdi salurinn hluta af bókasafni páfans, þar sem talið er að rit um guðfræði, heimspeki, lög og fagurfræði hafi skipað öndvegissess, enda miðuðust fyrirmæli páfa um myndskreytingu salarins einmitt við þessi svið. Hinn rauði þráður málverkanna var að undirstrika að meginverkefni mannsins væri að leita ljóss og sannleika. Hlutverk Rafaels var að sýna þau svið sem leiðin liggur um. Málverkin sýna andans menn fyrri tíðar samankomna í litfögru umhverfi. Í forgrunni heimspekimálverksins, *Skólans í Apenu*,¹² stíga Platón og Aristóteles fram hlið við hlið. Platón bendir til himins og skírskotar til veraldar hugmynda og frummynda, en fingur Aristótelesar vísa niður til jarðar, til náttúruvísinda, rannsókna og reynslu. Rétt eins og Sókrates, sem sést grænklæddur vinstra megin á myndinni, eru Platón og Aristóteles djúpt sokknir í rökræður um anda og efni, sem enn eru ekki til lykta leiddar á 21. öld. Lögfræðingar þekkja þetta vel í sínum störfum t.d. þar sem staðhæfing um réttarreglu (*de lege lata*) samræmist ekki hugmyndum um það hvernig lögin ættu að vera (*de lege ferenda*). Á þeim vettvangi getur ströng formhyggja rekist harkalega á gagnsemishyggju og lögtækni togast á við réttarheimspekilegar hugmyndir, auk klassíks aðferðafræðilegs greinarmunar á „réttri“ og „tækri“ lagalegri niðurstöðu. Lagalegur ágreiningur getur rist svo djúpt að svörin blasa ekki alltaf við. Í slíkum tilvikum er ekki verra fyrir dómarrann að hefja augu sín upp fyrir sviðið sem nú var lýst og upp á hvelfinguna, þar sem heimspekin birtist holdi klædd, með einkunnarorðin „Causarum Cognitio“.¹³ Á hinum stóra veggnum, andspænis sjáum við annað meistaraverk, engu síðra, sem gengið hefur undir heitinu „Rökræðan um náðarmeðalið“,¹⁴ þar sem dýrlingar og fræðimenn standa hrærðir og agndofa frammi fyrir hinum mikla leyndardómi og leitast við að ná, með hugsun sinni og skrifum, utan um hið himneska kraftaverk, þ.e. þegar „Orðið varð hold“.¹⁵ Þar fyrir ofan situr táknmynd guðfræðinnar á himinhvolfinu og færir fram orðin „divinarum rerum notitia“¹⁶, þar sem hún stígur niður til jarðar meðan á umræðunni stendur. Þannig nálgast menn með samtali og opnum huga það sem mannshugurinn getur ekki höndlað án þess að finna til vanmáttar, undrunar og jafnvel skelfingar, þ.e. opinberun sannleikans. Samkvæmt myndinni miðlar Guð sannleikanum – opinberar sannindi sín – en svo er það

¹⁰ E.H. Gombrich, *Saga listarinnar* (Halldór B. Runólfsson þýð., Opna 2008), 287 o.á.

¹¹ Umfjöllun um þau listaverk Rafaels sem hér eru nefnd er byggð á eftirfarandi heimildum: Gianfranco Crimi, *St. Peters Basilica, The Sistine Chapel, The Raphael Rooms* (Futura Edizioni 2014), 195 o.á.; Antonio Paolucci, *Michelangelo and Raphael in the Vatican* (Edizioni Musei Vaticani 2013), 150 o.á.; Dalibor Vesely, *Architecture in the Age of Divided Representation: The Question of Creativity in the Shadow of Production* (MIT Press, 2004), 170-171.

¹² E. *The School of Athens*.

¹³ „Leitaðu skilnings á orsökum“

¹⁴ E. *Disputation of the Most Holy Sacrament*.

¹⁵ Jóh. 1:14.

¹⁶ „Skilningur á himneskum málefnum“.

mannsins að ákveða hvort hann samþykkir þessi sannindi eða hafnar þeim, en til þess hefur maðurinn fullan rétt á grunni hins *frjálsa vilja* sem honum hefur verið gefinn.

Táknfræðin að baki er heillandi en skýr: Maðurinn freistar þess af alefli að öðlast skilning á orsök alls sem er því að það er skylda hans (Skólinn í Aþenu). Með frjálsum vilja sínum viðurkennir hann sannleikann eins og hann hefur opinberast (Rökræðan). Styttri veggirnir tveir geyma áminningu um að jarðnesk tilvist mannsins væri ófullkomin án þeirrar hughreystingar sem *Fegurðin* færir og án þess öryggis sem *Lögin* veita. Málverkið *Fegurðin* sýnir stórskáld allra tíma, en *Lögin* eru borin uppi af höfuðdyggðum (visku, hófsemi og hugrekki), auk hinna kristnu höfuðdyggða (trúar, vonar og kærleika). Myndin vísar til þess að góð lög þurfi að vera innblásin af dyggðunum sem búa innra með hverjum manni, auk hinna kristilegu dyggða, sem Guð gefur. Fjórða gríska höfuðdyggðin, réttlæti, trónir efst í heildarmyndinni sem æðsta takmark laganna, með sverð sitt og vogarskálar, auk einkunnarorðanna „ius suum unicuique tribuere“.¹⁷

Allt framangreint endurspeglar þær áherslur sem ríkjandi voru í réttarfari og lögum miðalda, þar sem trúarleg stef voru allsráðandi í réttarfari og málsmeðferð. Sem dæmi má nefna að samkvæmt 22. kafla Þingskaparþáttar Grágásar skyldu dómendur vinna eið „áður þeir taki á dómi sínum“ þar sem hlutaðeigandi vann „eið að krossi, lögeið, og seg[i] það Guði að ég mun þann dóm dæma sem ég hygg lög vera“.¹⁸ Í lögboðinu er því einnig lýst öðrum svardögum þar sem málsaðilar skuldbundu sig til að sækja mál sín með því sem þeir hugðu „sannast og réttast og helst að lögum [...]“.¹⁹ Með tíð og tíma var vikið frá sönnunareglum sem fólu í sér framkvæmd tiltekinna athafna, svo sem járnburð²⁰ og ketiltak²¹. Þess í stað voru, í samræmi við réttarþróun meðal annarra þjóða, teknar upp reglur um frjálst sönnunarmat dómara og það m.ö.o. „lagt á vald dómara að meta út frá heilbrigðri skynsemi og mannlegri reynslu, hvenær telja verði ákveðið atriði sannað.“²² Í ákvæðum réttarfarslaga um sönnun, sönnunargögn og sönnunarmat, þar á meðal um trúverðugleika framburðar,²³ birtist grundvallarskuldbinding laga og réttar gagnvart því sem telst vera satt og rétt. Slík skuldbinding má teljast ein meginforsenda þess að starfsemi dómstóla njóti trausts meðal almennings.²⁴ Nú sem fyrr er lögum og rétti ætlað að tala inn í veruleika fólks og leiða efnislegan ágreining til lykta á grundvelli þess sem undir rekstri máls hefur verið afmarkað sem staðreyndir máls. Þar stöndum við frammi fyrir gamalkunnum áskorunum: Hvað vitum við í raun? Hvað getum við vitað?²⁵ Undir yfirborði Brennu-Njálssögu býr gagnrýni á réttarkerfi þar sem stóru málin eyðast vegna formgalla. Slíkt réttarfar, sem gerir formreglur að herrum efnisréttarins í stað þess að láta formið þjóna hinum efnislega veruleika, misvirðir það hlutverk sem stjórnskipunin og allur

¹⁷ „Sérhver fái það sem hann á skilið“.

¹⁸ Grágás, lagasafn íslenska þjóðveldisins (Mál og menning 1992), Þingskaparþáttur, 22. kap., 396.

¹⁹ Grágás, lagasafn íslenska þjóðveldisins (Mál og menning 1992), Þingskaparþáttur, 28. kap., 402.

²⁰ Grágás, lagasafn íslenska þjóðveldisins (Mál og menning 1992) Festarþáttur, 55. kap. 144.

²¹ Sama heimild.

²² Alþingistíðindi 1935, A-deild, 964

²³ Sbr. m.a. ákvæði 115. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála.

²⁴ Í þessu samhengi má vísa til almennra athugasemda við frumvarp til laga um dómstóla sem síðar varð að lögum nr. 15/1998, þar sem m.a. segir orðrétt: „Almennt er viðurkennt í lýðræðisríkjum að mikilvægt sé að dómstólar njóti lögmætis, ekki bara í þröngum lagalegum skilningi heldur einnig hvað það varðar að úrskurðir þeirra séu viðurkenndir og virtir af þorra fólks.“ Sjá Alþt. 1997-1998, A-deild, þskj. 176-176. mál, mgr. 9. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 50/2016 um dómstóla, kemur fram að eitt meginmarkmið laganna sé að stuðla að auknu trausti samfélagsins á dómskerfinu.

²⁵ Hans Petter Graver, *Hva er rétt?* (Universitetsforlaget 2012), 58-59.

almenningur ætlar dómstólunum að gegna. Anda laganna má ekki kæfa með blindri hlýðni við bókstafinn.²⁶

Á síðustu áratugum hefur hugmyndafræði póst-móðernisma rutt sér til rúms á sviði bókmennta, málnotkunar, sálfræði, sagnfræði, lista, málvísinda og nú lögfræði.²⁷ Á vettvangi lögfræðinnar hefur póst-móðernísk hugsun borið með sér ýmiss konar afstæðishyggju.²⁸ Afstæðishyggja er yfirheiti yfir þá skoðun að algildur sannleikur sé ekki til, heldur ráðist af sjónarhorni einstaklings eða hóps. Samkvæmt afstæðishyggju er staðhæfing sönn fyrir hvern þann sem fullyrðir að hún sé sönn - og ósönn fyrir hvern sem fullyrðir að hún sé ósönn.²⁹ Mælikvarði afstæðishyggjunnar er m.ö.o. huglægur en ekki hlutlægur. Svo sem nánar verður vikið að hér á eftir er slík hugsun í alvarlegu ósamræmi við grundvöll laganna og þeirra hugmynda sem lýst hefur verið hér að framan, þ.e. að til sé hlutlægur sannleikur og að sérhver staðhæfing sem sett er fram í rökræðu og málflutningi endurspegli slíkan sannleika. Afstæðishyggju póstmóðernismans á sviði lögfræði má rekja til manna á borð við Jacques Derrida, Michel Foucault o.fl.³⁰, sem sjálfir sóttu hugmyndir í smíðju Karls Marx,³¹ sbr. málflutning sem gerir persónur og leikendur að aðalatriðum fremur en orðin og athafnirnar. Með því að skoða allt sem gerist í ljósi hagsmunabaráttu og má lítilsvirða afstöðu andstæðingsins með því einu að vísa til stéttar, stöðu eða jafnvel útlits viðkomandi. Dómarar, sem hafa það hlutverk að kveða á um réttindi, skyldur, heimildir og ábyrgð, geta augljóslega ekki lagt slíka hugmyndafræði störfum sínum til grundvallar. Grundvallarhugsjónir laga og réttar, s.s. að allir skuli vera jafnir fyrir lögnum, standa gegn því að sannleikurinn sé jaðarsettur með slíkum aðferðum. Ef dómstólar ættu að gangast inn á það að engan hlutlægan sannleika megi finna þá væri um leið verið að ofurselja borgarana valdi þess sem er ófyrirleitnastur / sterkastur. Sagan sýnir að þegar sannleikurinn „deyr“³² opnast dyr alræðis og harðstjórnar, sem umber hvorki sjálfstæða hugsun né einstaklingsbundið mat.³³ Síðastgreint orsakasamhengi má m.a. sjá því hvernig ritskoðun, skoðanakúgun og þöggun dafna á tímum afstæðishyggju. Þegar allt er leyfilegt geta menn a.m.k. sameinast um að banna (!) málflutning þeirra sem á grunni lagalegra og siðrænna mælikvarða eða með vísan til samfélagslegra hagsmuna vilja hefta hið algera frelsi. Þegar þetta gerist hefur hringnum verið lokað. Vegferð sem hófst með vísan til sannleiksleitar er komin á endastöð þegar hún fer að miða að því að banna slíka leit! Ekkert heilbriggt réttarkerfi getur búið við slíkar hömlur, því aflagjafi laga og réttar er fólgin í því að menn fái að nýta hugsun sína, verja hagsmuni sína, leita réttar síns – og leita sannleikans. Rétt eins og náttúrulegt umhverfi manna tekur breytingum er manlegt samfélag breytingum háð. Af þessu leiðir að lögin eru einnig breytingum háð, þar sem þeim er ætlað að svara breytilegum þörfum, koma reiðu á óreiðuna, stilla til friðar og skapa grundvöll öryggis og fyrirsjáanleika. Lögin hljóta því óhjákvæmilega að byggjast á sannleiksleit. En sökum fyrrnefnds hverfuleika hins veraldlega heims þá verður sannleikurinn seint endanlega höndlaður. Viðfangsefni sérhvers manns, sem

²⁶ Sbr. II. Korintubréf 3:6.

²⁷ Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* (Oxford University Press 2009), 344.

²⁸ Sjá m.a. Margaret Davies, *Delimiting the Law: Postmodernism and the Politics of Law* (Pluto Press 1996).

²⁹ Sjá til hliðsjónar Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* (Oxford University Press 2009), 291-292.

³⁰ Sjá t.d. Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context* (Sweet & Maxwell 2003), 249.

³¹ Sjá t.d. Simon Choat, *Marx Through Post-Structuralism: Lyotard, Derrida, Foucault, Deleuze* (Continuum 2012), 1.

³² Orðalagið er sótt til yfirlitsrits Timothy Snyder, *On Tyranny* (Bodley Head 2017), 65-71.

³³ Sjá til hliðsjónar Viktor Klemperer, *The Language of the Third Reich* (Bloomsbury Academic 2013).

og löggjafans og dómstólanna, er samkvæmt þessu að seilast eilíflega eftir sannleikanum í þeirri viðleitni að yfirfæra hann á stöðugt nýjar aðstæður. Gera má ráð fyrir að leggja beri þennan skilning í einkunnarorðin á dómhúsi Hæstaréttar Noregs, „Lög – sannleikur - réttur“ (n. Lov sannhet rett).

Með vísan til alls framanritaðs skal áréttað að mönnum hefur í framkvæmd reynst erfitt að ná tangarhaldi á sannleikanum. Það breytir því þó ekki að enginn skortur hefur verið á mönnum sem vilja með valdi beygja aðra undir sína útgáfu af sannleikanum.

Ef lagt er til grundvallar að til sé óhagganlegur sannleikur er leitinn að honum háð sjálfstæðu framtaki hvers og eins, en auk þess samvinnuverkefni, þar sem menn skiptast á um að lýsa upp hina réttu braut. Þannig feta menn sig áfram, skref fyrir skref, rétt eins og Hæstiréttur Íslands hefur nú gert í rúmlega 100 ár. Hæstarétti – eins og öðrum dómstólum - er ætlað að fást við einstök tilvik og leysa réttilega úr ágreiningi á grundvelli þeirra réttarreglna sem við eiga hverju sinni.³⁴ Hlutverk dómstólanna er samkvæmt þessu ekki að setja réttarreglur eða blanda sér í pólitíska stefnumörkun. Enginn dómstóll, löggjafi eða stjórnsmálaflokkur getur talist hafa höndlað allan sannleikann. Enginn maður getur, án þess að blekkja sjálfa sig eða aðra, talið sér heimilt að þvinga eigin sannleika upp á aðra eða kafið aðra um hlýðni á grunni kreddu og kenningarfestu. Með sama hætti blasir við að enginn getur stytst sér leið með því að játast undir kennisetningar eða fórna eigin dómgreind á altari tilbúinnar hugmyndafræði. Að síðustu ber að vara við þeirri ályktun að sannleikurinn birtist ávallt í álitni meirihlutans. Fullyrðing getur verið sönn og rétt þótt meirihluti almennings eða valdhafa telji hana ranga.

Af öllu þessu má ráða að leitinni að sannleikanum er hvergi nærri lokið. Til að menn geti haldi henni áfram þurfa menn m.a. að geta reitt sig á að lög og réttarframkvæmd verji frjálsta og óþvingaða sannleiksleit,³⁵ þ.m.t. með því að standa vörð um tjáningarfrelsið. Um leið verður þó að taka fram að hér er að finna eina undirrót þeirrar spennu sem einkennir lög og rétt á hverjum tíma því forgangsröð réttarheimilda, samhengi í réttarframkvæmd og krafa um fyrirsjáanleika standa iðulega gegn því sem kenna má við óbundna sannleiksleit málsaðila.³⁶ Af þessum sökum má segja að réttarframkvæmdin einkennist af því að menn vegi þessi gildi hvert á móti öðru innan ramma laganna. Til skýringar má vísa til þess að öfugt við náttúruvísindin lýtur sannleiksleitinn innbyggðum takmörkunum á sviði lögfræðinnar³⁷ og að sannleiksmarkmiðið kann á því sviði að keppa við ýmis önnur markmið, svo sem því að viðhalda trausti, styrkja efnahagslífið, verja atvinnugreinar og undirstöður stjórnskipunarinnar.

Allt þetta er nefnt til að undirstrika að sú grein sem hér birtist er ekki skrifuð sem réttarheimspekileg æfing, heldur er hún sprottin af raunverulegum áhyggjum höfundar af því að við Íslendingar fetum nú hættulega braut, sem hæglega gæti leitt okkur á refilstigu upplausnar og alræðis, ef málefnalegar gagnrýni og lýðræðislegs aðhalds nýtur ekki við.

3. Réttarsalurinn sem starfsvettvangur lögmanna og dómara

Hvað ber dómurum að gera þegar handhafar löggjafarvalds ráðast að lögnum? Ber dómara við þær aðstæður að framfylgja lögum sem linnulaust og af ásettu ráði brjóta gegn

³⁴ Hans Petter Graver, *Hva er rett?* (Universitetsforlaget 2012), 61.

³⁵ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Harvard University Press 1993), 114.

³⁶ Sjá nánari umfjöllun höf. um þetta: Arnar Þór Jónsson, „Og sjá þú fellur fyrir draumi þínum“ í *Lög og samfélag* (Háskólinn í Reykjavík og Háskólaútgáfan 2016), 187-225.

³⁷ Sama heimild.

*grundvallarréttindum borgaranna, hindra réttláta málsmeðferð, svipta menn lagalegri vernd og ofurselja þá grimmúðlegum og óhæfilegum refsingum?*³⁸

Hans Petter Graver³⁹

Fullyrða má að enginn annar réttarsalur jarðarinnar er jafnfagurlega skreyttur og sá sem lýst var hér að framan. Skortur á myndskreytingum er þó ekki aðalástæða þess að réttarsalir eru í hugum margra ógnvænlegir staðir. Slíkur beygur er vel skiljanlegur í ljósi þeirra ríku hagsmuna sem þar eru til umfjöllunar. Sjálfur minnst ég þess að hafa sem laganemi í fyrstu skynjað formfestu og alvöru réttarfarsins sem þrúgandi og yfirþyrmandi. Eftir því sem ég öðlaðist meiri innsýn í réttarfarsreglur og samhengi þeirra sá ég dómsalina í mildara ljósi. Með samanburði á hinu agaða umhverfi dómsala annars vegar og hins vegar „frjálslegri“ orðræðu manna á öðrum sviðum þjóðlífsins, leyfi ég mér að telja að formreglur réttarfars gegna ómetanlegu hlutverki fyrir efnislegt inntak og gæði rökraðunnar. Íslenskir dómstólar, íslenskir lögfræðingar og íslensk þjóð búa í þessum efnunum að dýrmætum arfi sem okkur ber að standa vörð um. Grein þessi er rituð til áminningar um ábyrgð okkar í því samhengi.

Enda þótt þinghöld séu samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála og 1. mgr. 10. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála háð í heyranda hljóði er ekki rík hefð fyrir því héraðs að almenningur sitji yfir málflutningi. Í störfum mínum sem lögmaður og síðar sem dómari hef ég þó oft hugsað með mér að slíkt gæti verið jákvætt í fleiri en einum skilningi. Ekki aðeins gæti það aukið traust almennings á því starfi sem unnið er á vettvangi íslenskra dómstóla, heldur gætu slík kynni opnað augu manna fyrir gildi þess að rökraða lúti skýrum formreglum, renni í fyrirfram ákveðnum farvegi, beinist að kjarna máls, bægi frá gervirökum, höfði til skynsemi og leiti sannleikans.

Lagaframkvæmd hvers tíma er óhjákvæmilega lituð af þeim viðhorfum sem liggja að baki stjórnmalalífi og löggjafarstarfi. Málsmeðferð fyrir dómi þjónar m.a. þeim tilgangi að staðfesta gildandi rétt og leysa bæði málsaðila og pólitíska valdhafa undan því að þurfa að grípa til valdbeitingar. Af þeim sökum hafa bæði lýðræðislega kjörin stjórnvöld, sem og harðstjórar, hag af því að dómstólar virði og framfylgi settum rétti. Þannig velta í raun miklir hagsmunir á því að dómstólar ljái valdhöfum lögmati með því að leggja reglur þeirra til grundvallar dómsúrlausnum sínum. Ástæðan er m.a. sú að þá þurfa valdhafar síður að óttast mótmæli og hefndaraðgerðir þeirra sem bíða lægri hlut. Lögmætisáhrif slíkrar dómsmeðferðar renna auk þess stoðum undir trúverðugleika valdhafa og er til þess fallin að undirstrika þörf fyrir fyrirsjáanleika laga, sem kenna má við réttaröryggi.⁴⁰

Íslensk lög og lagaframkvæmd hafa ekki staðið utan við þær innlendu og erlendu hræringar sem orðið hafa í stjórnmalum, stjórnmalahemspeki og lagakenningum, svo fátt eitt sé nefnt. Almenningsálitið sveiflast frá einum tíma til annars. Það sem er vinsælt eina stundina er

³⁸ Hans Petter Graver, *Judges Against Justice: On Judges When the Rule of Law is Under Attack* (Springer 2015), 1 (þýð. höf).

³⁹ Hans Petter Graver (f. 1955) er prófessor við lagadeild háskólans í Osló. Umfjöllun hans skírskotar til þess tíma þegar Noregur var í raun og sann undir harðstjórn, þ.e. meðan á hernámi Þjóðverja stóð 1940-1945. Norskir hæstaréttardómarar sögðu þá af sér og réttarkerfið laskaðist. Þessir atburðir hvíla enn Norðmönnum og þótt Íslendingum geti reynst erfitt að setja sig í þeirra spor að þessu leyti er grein þeirri sem hér birtist ætlað að vekja lesandann til nánari umhugsunar um þau mikilvægu atriði sem hér um ræðir.

⁴⁰ Sjá til hliðsjónar Otto Kirchheimer, *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends* (Princeton University Press 1961), 6.

fyrirlitið þá næstu. Hugmyndir sem settar hafa verið á stall og boðaðar af sérfróðum hugmyndafræðingum eru fyrr en varir komnar á ruslahauga sögunnar. Enginn þarf að ímynda sér að lögin séu ónæg fyrir slíkum breytingum. Stjórnarskrám má breyta, lagabókstaf má túlka og réttarríki sem staðið hafa fastari fótum en Ísland hafa hrunið til grunna, ýmist með hægfare útvötnun æðstu hugsjóna, með byltingum, í kjölfar kosninga, efnahagslegra hamfara o.fl. Réttarfar sérhvers tíma ber ávallt að einhverju leyti merki þeirra lagalegu áherslna sem gegnsýra lögin þá stundina. Þannig má segja að fyrstu áratugir í starfi Hæstaréttar Íslands hafi litast af áherslum vildarréttar og að eftir síðari heimsstyrjöld megi greina stigvaxandi áhrif endurreists eðlisréttar í samræmi við þær áherslur sem lagðar voru eftir hörmungar síðari heimsstyrjaldar. Þá hafa áhrif evrópuréttar farið vaxandi eftir að Íslendingar gerðust formlega aðilar að EES samstarfinu 1. janúar 1994. Á síðustu árum hefur svo Mannréttindadómstóll Evrópu í auknum mæli látið til sín taka á sviði íslenskrar réttarframkvæmdar. Áherslurnar taka breytingum frá einum áratug til annars. Því mega menn gjarnan velta fyrir sér hlutverki lögmannna og dómara í þessu öllu. Ber þeim að þjóna vilja þeirra sem setja lögin og marka stefnu á hverjum tíma eða ber þeim að virða einhvern sannleika sem býr ofan við lögin?

Réttarfarsreglur marka í raun rammann utan um efnisreglurnar sem efnisleg úrslit dómsmála velta á. Réttarfarið er í þeim skilningi hlutlaust gagnvart því sem kenna má við sannleika. Eða hvað? Felur meginreglan um réttláta málsmeðferð ekki í sér skuldbindingu við það sem kenna má við efnislegt (viðtækt) réttarríki? Viðurkennum við þá ekki að í reynd sé til einhver sannleikur sem kalla má endanlegan, algildan eða æðri pólitískum sviptingum og lagalegum áherslubreytingum? Í því sem hér fer á eftir verður unnið nánar með þennan þráð út frá fyrrnefndri spurningu Pontíusar Pílatúsar: „Hvað er sannleikur?“

Þessi orð Pílatúsar verður að skoða í ljósi stöðu hans. Hann sat í stóli æðsta valdhafa á svæðinu, sem stýrði ekki aðeins ógnvænlegu framkvæmdavaldi heldur átti einnig síðasta orðið um það hvernig túlka bæri lögin. Á yfirborðinu stjórnaði hann á grundvelli laga en þar sem hann hafði túlkunarvaldið í sínum höndum gat hann notað lögin til að verja völd sín og til að ryðja brautina fyrir ætlunarverk sín. Sagan sem hér birtist er bæði gömul og ný. Á þeim 20 öldum sem liðnar eru frá valdatíð Pílatúsar hafa ótal harðstjórar tekið lögin í sínar hendur og notað þau sem kyflu á þegna sína. Í slíkum ríkjum hefur vissulega verið stjórnað með lögum en markmið laganna hefur þó ekki verið að vernda borgarana heldur valdhafana! Slíkt „réttarríki“ hefur stundum verið kennt við þröngt, tæknilegt eða formlegt réttarríkishugtak, andstætt réttarríki sem með lögum slær skjaldborg um frelsi og réttindi borgaranna gagnvart valdhöfum. Þessi síðari tegund stjórnarfars er í fræðibókum kennd við viðtækt eða efnislegt réttarríkishugtak. Af þessu má sjá að skírskotun til „réttarríkis“ veitir ekki nauðsynlega nokkra vernd gegn harðstjórn og alræði, heldur getur réttarríkið í þröngri mynd gert valdhöfum auðveldara að hrinda áætlunum sínum í framkvæmd, með því að beita lögum og grunnstofnunum ríkisins, þingi, lögreglu og dómstólum, fyrir vagninn. Ásjóna valdstjórnar er þá falin á bak við grímu réttarríkis þar sem dómstólar eru sjálfstæðir á yfirborðinu en embættismenn eru þó í reynd ekki annað en strengjabrúður valdhafanna. *Sannleikurinn* í slíku „réttarríki“ er þá ekki einn og eilífur, heldur afstæður og breytilegur eftir því hver fer með völdin hverju sinni.

Þótt gott sé til þess að hugsa að stjórnarskrá okkar Íslendinga sé reist á gömlum og traustum grunni og sæki lögmati sitt til reynslu, hefða og viðhorfa sem sannað hafa gildi sitt í aldanna rás, vekur þessi tenging stjórnarskrárinnar við aðrar stjórnarskrár vestrænna ríkja samhliða upp sígildan ugg. Ástæðan er augljóslega sú að ríki sem búið hafa við fögur fyrirheit og stjórnskipulega vernduð loforð um borgaraleg réttindi hafa á umliðnum öldum og áratugum

orðið ofríki, harðstjórn og alræði að bráð. Fyrir utan fall rómverska lýðveldisins (509 f.Kr – 27 f.Kr.), sem rómverska keisaradæmið (27 f.Kr. -426 e.Kr.) leysti af hólmi, má nefna þýska Weimar lýðveldið (1919-1933) o.fl. Í slíku ferli hefur það ítrekað gerst að dómara varpi frá sér því hlutverki að standa vörð um borgarlegt frelsi og réttindi. Sagan sýnir að þetta hafa dómara gert undir því yfirskini að þeir séu með þessu að „standa vörð um réttarríkið“ eða „framfylgja lögunum“. Með hliðsjón af þessari löngu sögu má teljast óraunsætt að ímynda sér að dómara 21. aldar þurfi ekki að standa frammi fyrir viðlíka áskorunum og þurfa þá að velja hvorum megin við línuna þeir velja að standa, þ.e. með löggjafanum eða með æðstu markmiðum réttarríkisins. Blóði drifin saga 20. aldar sýnir að hvorki löggjafingar né almennir borgara geta leyft sér að nálgast framangreindar spurningar eins og stjórnuglópar, blindaðir af glýju um staðfestu og áreiðanleika dómara umfram aðra menn. Sögulegar staðreyndir benda þvert á móti til þess að dómara hafi ríka tilhneigingu til að ganga athugasemdalaust í þjónustu nýrra valdhafa, jafnvel þótt valdhafarnir byggi stjórn sína á valdboði og kröfum um hlýðni, þvert á sjálfræði borgaranna.⁴¹

4. Starfsábyrgð dómara er ekki síst stjórnskipuleg

Á síðustu áratugum hefur settur réttur þanist út með fordæmalausum hætti. Samhliða hafa lögin orðið óaðgengilegri og ógagnsærri, þannig að almennir borgara eiga erfitt með að sjá til botns í regluverkinu. Við slíkar aðstæður aukast líkur á að menn misstigi sig í lagalegu tilliti. Í því skyni að verja eigið skinn leita menn í auknum mæli til sérfræðinga (teknókrata)⁴² og yfirfæra í reynd vald í þeirra hendur. Slík valdatilfærsla er hættuleg því henni fylgir engin samsvarandi ábyrgð, en besta vörnin gegn misnotkun valds er einmitt sú að valdhafar svari til sjálfir til ábyrgðar.⁴³ Í þessu umhverfi hafa dómstólar í vaxandi mæli orðið vettvangur þar sem leyst er úr stærstu deilumálum samtímans. Þar sem dómara á Íslandi eru skipaðir ótímabundið í embætti og bera ekki beina ábyrgð gagnvart kjósendum má telja óæskilegt í stjórnskipulegu tilliti að pólitískt vald sé með þessum hætti flutt frá ríkisstjórn og kjörnum fulltrúum almennings. Þessar ytri aðstæður valda þó því að dómara geta vænst þess að fá í hendur mál sem eru í eðli sínu hápólitísk en málsaðilar hafa kosið að beina í farveg dómsmáls fremur en að vinna að framgangi þess á lýðræðislegum vettvangi. Dómara þurfa að hafa burði til að takast á við slíka prófsteina án þess að gerast virkir þátttakendur í því ólýðræðislega ferli sem hér um ræðir.

Vissulega ber dómari skyldur, jafnvel umfram aðra menn, til þess að *framfylgja lögunum*. Slíkt orðalag má þó ekki blinda okkur gagnvart þeim lagalegu, siðferðilegu, heimspekilegu og samfélagslegu áskorunum sem að baki búa og birtast m.a. í skyldu dómara til að verja þær stjórnskipulegu undirstöður sem dómstörf grundvallast á, s.s. um aðskilnað dóms- og löggjafarvalds. Hér stígum við í reynd inn á svið réttarheimspekinnar þar sem leita þarf svara við því hvaða skilning beri að leggja í orðið „lög“ í þessu samhengi, sbr. 61. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944.

⁴¹ Sjá t.d. úttekt Tayyab Mahmud á valdaránstílvikum í fyrrum nýlenduríkjum en rannsóknin miðaðist við úrlausnir engilsaxnesks fordæmisréttar í kjölfar valdatöku fram til ársins 1994: Tayyab Mahmud, *Jurisprudence of Successful Treason: Coup d'Etat and Common Law* (Contell International Law Journal 27, 1994), 138-139.

⁴² Orðið „teknókrati“ er af grískum stofni og vísar til þess sem hefur völd (g. kratia) vegna sérþekkingar eða færni (g. techné).

⁴³ Sjá til hliðsjónar Philip K. Howard, *Try Common Sense: Replacing the Failed Ideologies of Right and Left* (Norton 2019) og *Rule of Nobody: Saving America from Dead Laws and Broken Government* (Norton 2014).

Kjósi menn að leggja þröngan skilning í lagahugtakið og miða t.d. aðeins við settan rétt geta dómara hæglega gerst handbendi einræðisherra og valdboðsafla. Með því móti veita dómara reglum slíkra stjórnvalda lögmætisstimpil. Frammi fyrir þessu ber að undirstrika að dómara eru ekki nauðbeygðir til að ganga slíkri andlegri ánaud á hönd og gerast viljalausar undirlægjur, þrælar og vinnudyr. Áður nefnt ákvæði 61. gr. stjórnarskrárinnar hefur í íslenskri lögfræði ætíð verið skýrt á þann veg að það vísi til lagahugtaksins í víðtækasta skilningi. Á þeim grunni ber dómurum að standa vörð um réttarríkið í efnislegri mynd, en í því felst skylda til að gæta að sjálfstæði dómstólanna og verja grundvallarréttindi borgaranna.

Allt framangreint er til áminningar um það að enginn dómari getur vænst þess að komast í gegnum starfsævina án þess að þurfa að standa frammi fyrir samvisku sinni og leita svara við hinum stóru spurningum um hinstu rök laga og réttar, þar sem grundvallarspurningin getur ennþá verið sú sama og forðum daga í Jerúsalem: „Hvað er sannleikur?“

Réttarsagan er því miður til marks um að dómara eru ekki síður líklegir en aðrir til að ganga í þjónustu valdhafa sem leitast við að stjórna með ofríki og standa gegn sjálfræði manna fremur en að vernda það. Hlýðni við handhafa valds er í þessum skilningi tvíbent fyrirbæri sem menn þurfa að skoða bæði út frá sjónarmiðum um mannlegt frelsi og mannlega ábyrgð. Frægar tilraunir félagssálfræðingsins Stanley Milgram (1933-1984) sem framkvæmdar voru á 7. áratugnum til að kanna undirgefni og hlýðni⁴⁴ bentu til þess að um þriðjungur manna sýndi burði til að rísa gegn fyrirskipunum þeirra sem fara með vald, en að 65% þátttakenda þóknudust fyrirskipunum um að veita öðrum raflost, jafnvel á hæsta styrk, þrátt fyrir sýnilegar kvalir þeirra sem raflost fengu.⁴⁵ Milgram greindi á milli þess sem hann kallaði „bindandi þætti“ og þess að „hagræða hugmyndum þeirra einstaklinga sem prófaðir voru“ í tilraunum Milgrams. Hinir bindandi þættir lutu að því að „tilraunaviðfangið“ hafði samþykkt að taka þátt í því sem fram fór, sýna kurteisi, vilja til að virða upprunalegt loforð sitt um að leggja sitt af mörkum til að tilraunin skilaði árangri, en allt ýtti þetta undir að vandræðalegt þótti að hætta þátttöku. Með „hagræðingu hugmynda“ var viðkomandi, þ.e. viðfanginu sem tilraunin beindist að, gert kleift að viðhalda sambandi sínu við rannsakandann en um leið dregið úr spennunni sem fylgdi sjáanlegri vanlíðan þeirra sem tilraunaviðfangið átti að veita raflost og þeirri togstreitu sem upp kom þegar sá sem bundinn var í rafmagnsstólinn krafðist þess að vera látinn laus, en rannsakandinn heimtaði aftur á móti að haldið yrði áfram.⁴⁶

Hans Petter Graver dregur samlíkingu milli Milgram aðstæðnanna og stöðu dómara, en Graver segir augljóst að svonefndir „bindandi þættir“ séu að verkum gagnvart sérhverjum dómara.⁴⁷ Þetta birtist í fyrsta lagi í þeim skuldbindingum sem dómaraembættinu fylgja og þeim lagalegu og faglegu skyldum sem dómari ber þegar kemur að því að framfylgja lögnum. Þessar skyldur hvíli á dómaranum meðan hann situr í embætti. Í öðru lagi vísar Graver í þessu samhengi til þess að viðamiklar rannsóknir renni stoðum undir það sem fyrr segir um Milgram tilraunirnar, þ.e. að mönnum finnist afar óþægilegt að draga sig út úr hóp sem vinnur saman og séu reiðubúnir til að fara út í öfgar til að forðast það að sýna óhlýðni eða fara ótroðnar slóðir.⁴⁸

⁴⁴ Í tilraunum Milgrams voru grandlausir þátttakendur hvattir til að gefa öðru fólki raflost.

⁴⁵ Moti Nissani (1990), *"A cognitive reinterpretation of Stanley Milgram's observations on obedience to authority"*. *American Psychologist*. 45 (12): 1384–1385.

⁴⁶ Hans Petter Graver, *Judges Against Justice: On Judges When the Rule of Law is Under Attack* (Springer 2015), 240.

⁴⁷ Sjá nánari umfjöllun höf. um þetta: Arnar Þór Jónsson, „Og sjá þú fellur fyrir draumi þínum“ í *Lög og samfélag* (Háskólinn í Reykjavík og Háskólaútgáfan 2016), 187-225.

⁴⁸ Sama heimild, 240.

Hópprýstingur verkar á mannlega vitund á stigi samsömunar, en þar samsama menn sig ímynd annarra, að mestu ómeðvitað þó. Á þessum forsendum getur hópprýstingur orsakast af samsömunartilhneigingu meðal fólks sem telur sig vera í sama „liði“ og valdið sterki hvöt til að kljúfa sig ekki úr hópnum.⁴⁹

Hvað varðar „hagræðingu hugmynda“ þeirra sem gegna dómaraembætti þá birtist það í áherslu á bindandi áhrif laga og í staðhæfingum um að lögin veiti dómáranum ekkert svigrúm til að beita frjálsum vali. Graver bendir einnig á að þetta birtist í ofuráherslu á aðskilnað laga og siðferðis, sem og að skilja á milli ákvörðunar dómsins annars vegar og afleiðingum dómsniðurstöðunnar á mannlegt líf hins vegar. Hvort tveggja geti gert dómáranum kleift að lifa með þeirri togstreitu sem hann finnur innra með sér þegar hann dæmir samkvæmt reglum sem fela í sér harðstjórn og kúgun, í trássi við æðri hugsjónir réttarríkisins um lýðræðislega lagasetningu og réttarvernd borgaranna.⁵⁰

Dæmi frá Suður-Afríku, Þriðja ríkinu, ríkjum Suður-Ameríku⁵¹ o.fl., sem Graver tiltekur, benda að hans mati til þess að valdhlyðni, ein og sér, nægi ekki til skýringar á því að dómárar gangi, án sýnilegs móttþróa, í þjónustu harðstjóra sem sölsað hafa lagasetningarvaldið undir sig. Í leit að viðbótarskýringum bendir Graver á það sem hann kallar „siðferðisblindu“ (e. moral blindness), sem ekki sé bundin við lönd þar sem harðstjórn er við lýði heldur megi einnig finna í réttarframkvæmd dómstóla í lýðfrjálsum ríkjum.⁵² Slík blindu valdi brenglu milli siðferðisvitundarinnar, annars vegar, og réttlætiskenndarinnar, hins vegar. Ein leiðin til að ýta undir slíka skekkju er að sögn Gravers fólgin í því að búa til fjarlægð milli gerenda og þolenda, milli dómara og dómþola, og að sú fjarlægð geti verið af sálrænum, líkamlegum eða lagalegum toga. Hin lagalega fjarlægð er búin til með því að flokka fólk í mismunandi hópa, t.d. sem brotamenn og fórnarlömb, eða sem þá sem *eiga rétt* annars vegar og þá sem *bera skyldur* hins vegar. Þetta gagnrýnir Graver á þeim forsendum að slík flokkun ryðji brautina fyrir harðstjóra. Flokkun sem þessi taki ekki tillit til þess að við erum öll mennsk. Flokkun í góða og vonða, réttláta og rangláta, grafi undan samúð og samkennd og ýti því undir siðferðisblindu í tilvikum þar sem lögin umbreytast í andlýðræðisleg tæki kúgunar og harðræðis.⁵³ Löggjafinn sé þó ekki nauðsynlega einn um það að ýta undir hjarðhegðun dómara að þessu leyti, því t.d. í Þýskalandi njóti prófessorar í lögum og fræðikenningar viðurkenningar sem mikilvægar réttarheimildir.⁵⁴

Í þessu samhengi er þess ennfremur að geta að félagsmótun dómara, starfsferill o.fl. eru mögulega meðal þeirra þátta sem draga úr líkum á því að dómárar, sér í lagi dómárar við æðstu dómstóla, beiti skapandi, sjálfstæðri eða frumlegri nálgun við úrlausn mála, enda hafi þeir á ferli sínum lært að líkja eftir þeim sem standa þeim ofar og gera þeim til hæfis. Að auki séu dómárar mótaðir af þeirri hugmynd laganna að dómárar eigi að vera ópólítískir.⁵⁵ Því

⁴⁹ Christopher Browning, *Ordinary Men: Reserve Police Battalion 101 and the Final Solution in Poland* (Harper Perennial 1998), 71.

⁵⁰ Hans Petter Graver, *Judges Against Justice: On Judges When the Rule of Law is Under Attack* (Springer 2015), 240.

⁵¹ Sama heimild, 244.

⁵² Sama heimild, 241-242.

⁵³ Sama heimild, 242.

⁵⁴ Sama heimild, 244.

⁵⁵ Sjá til hliðsjónar ákvæði 5. mgr. 4. gr. siðareglna Dómarafélags Íslands: „Sú ábyrgð sem fylgir starfi dómara takmarkar að einhverju marki frelsi þeirra til samfélagslegrar þátttöku og tjáningar og gerir ríkari kröfur til háttsemi en almennt eru gerðar til annarra. Dómárar skulu því ávallt gæta varkárni í opinberri umfjöllun, þar á meðal á samfélagsmiðlum, um umdeild eða viðkvæm málefni. Þá skulu dómárar gæta að því að virk þátttaka í stjórn málabaráttu á opinberum vettvangi er ósamrýmanleg starfi dómara. Það sama kann að eiga við um

sjónarmiði hefur verið hreyft að síðastnefnt atriði kunni að vera ein skýringin á því að dómstólar ljái jafnvel andlýðræðislegum valdhöfum stuðning sinn.⁵⁶

5. Réttarfarsins mark og mið

*Vei þeim dómara, er veit og sér
víst, hvað um málið réttast er,
vinnur það þó fyrir vinskap manns
að víkja af götu sannleikans.*

Passíusálmur 27:5⁵⁷

Tilvitnuð orð sálmaskáldsins geyma skírskotun til þess að ofar lögnum búi sannleikur, sem er æðri jafnvel stjórnarskrám. Bráðlega verða liðnar 20 aldir frá því atburðum þeim sem sagt er frá í Nýja testamentinu. Sú langa saga hefur sýnt að fátt er nýtt undir sólinni og að dómara geta aldrei vænst þess að geta sinnt starfi sínu án þess að verða sjálfir lagðir á vogarskálar þess mælikvarða um heilindi sem Pílatus féll svo eftirminnilega á. Niðurstaðan í því tilviki hangir eins og Damóklesarsverð yfir handhöfum dómvalds enn í dag og á öllum tímum. Sem landshöfðingi þekkti Pílatus vel skyldur sínar í lagalegu tilliti. Nú sem þá er viðfangsefni dómara að dæma ekki eftir öðru en réttum lögum. Íslenskur réttur er skýr um skyldur dómara í þessu tilliti. Áðurnefnt ákvæði 61. gr. stjórnarskrárinnar mælir sem fyrr segir fyrir um að dómara skuli fara einungis eftir lögnum. Í vafatilvikum, þar sem tekist er á um staðreyndir, ber dómurum að byggja aðeins á því sem telst sannað um staðreyndir máls og virða í því samhengi almennar sönnunarreglur, þ.m.t. meginreglur réttarríkisins um sönnunarbyrði. Í því felst m.a. að málsaðili þarf að sýna fram á að staðhæfingar hans um umdeild atvik séu réttar. Það gera menn með því að færa fram haldbær rök fyrir fullyrðingum sínum þannig að sérhver skynsamur maður geti sannfærst um að staðhæfingin sé rétt.⁵⁸

Hvort sem málflutningur snýst um sönnunatriði eða lagalegan ágreining hlýtur markmiðið ávallt að vera það að leita sannleikans, leiða í ljós hvað teljast má satt og rétt. Sú sannleiksleit sem fram fer fyrir dómi afmarkast þó vissulega af réttarfarsreglum. Þær reglur beina sönnunarfærslunni í farveg sem kalla má allt að því kennslufræðilegan, en markast auk þess af viðmiðum um hvað talist getur gagnlegt eða nytsemlegt til sönnunar. Fyrir dómi afmarkast sannleiksleitinn af einföldum spurningum á borð við það hvort samningar hafi komist á, hvort meðalhófs hafi verið gætt, hvort málsaðili (eða sakborningur) hafi unnið tiltekið verk, eða hvort lagaregla nái yfir tilvikið sem til umræðu er hverju sinni. Sannleiksleitinn sem fram fer innan framangreindra ramma takmarkast ekki aðeins af meginreglum réttarfars sem kalla mætti „innbyggðar skorður“ réttarfarslaga, þar á meðal um ákveðna og ljósa kröfugerð, um málsforræði og sammingsheimild, um afdráttarlausan málflutning (útilokunarreglan), jafnræði málsaðila, milliliðalaus málsmeðferð / sönnunarfærslu og frjálst sönnunarmat dómara, heldur afmarkast hún einnig af annars konar „ytri takmörkunum“ sem leiða má af takmörkunum

þátttöku í ýmsum félögum sem hafa yfirlýst pólitísk markmið eða í félögum þar sem leynd hvílir yfir siðareglum, félagatali eða starfsemi félags.“ Undirritaður hefur gagnrýnt orðalag þessa ákvæðis, bæði á fundum Dómarafélagsins og á opinberum vettvangi, sjá „Siðareglur dómara og hinn mannlegi þáttur við úrlausn dómsmála“ (2017) 67 Tímarit lögfræðinga 447 o.á.

⁵⁶ Sjá nánar Lisa Hilbink, “Agents of Anti-Politics: Courts in Pinochet’s Chile”. Í Ginsburg & Moustafa (ritstj.) *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes* (Cambridge University Press 2008),

⁵⁷ Hallgrímur Pétursson, *Passíusálmur – Sálmur nr. 27:5* (Menningarsjóður 1977), 116.

⁵⁸ Sjá m.a. Einar Arnórsson, *Dómstólar og réttarfar á Íslandi* (Reykjavík 1911), 433

mannlegs skilnings, skorti á tíma, fjármunum o.fl.⁵⁹ Sannleikurinn sem menn leita að fyrir dómi skírskotar því til þess að menn hafi unnið í samræmi við áskilnað réttarfarslaga í því augnamiði að komast að yfirvegaðri niðurstöðu á grundvelli kerfisbundins jafnræðis, sem kenna má við kröfur réttlátrar málsmeðferðar þar á meðal um fordómaleysi, áheyrn, nákvæmni, lögmæti dóms o.fl.

Líta má á málflytningu fyrir dómi sem grundvöll og forsendu þess að framangreind markmið náist. Málflytningurinn er mikilvægur þáttur í úrlausn ágreinings fyrir dómi, þar sem sannleiksleitinn er í aðalhlutverki en ekki sannfæringarkraftur, þar sem byggt er á staðreyndum en ekki höfðað til tilfinninga. Allt má þetta kallast forsenda þess að dómsmeðferð lúti lögmálum laga og reglna, en ekki geðþótta, og að unnið sé innan ramma viðurkenndra réttarheimilda þannig að uppfylltar séu a.m.k. lágmarkskröfur um viðmiðin sem byggt er á og þar með um fyrirsjáanleika og réttaröryggi.⁶⁰ Ef dómurum væri heimilt að kasta staðreyndum út um gluggann og láta kredur, fordóma og tilfinningar ráða niðurstöðunni væri verið að opna ormagryfju, sem reynslan sýnir að erfitt er að loka aftur.

Á tímum eins og þeim sem við nú lifum, þar sem póst-móðernískri hugmyndafræði hefur verið beitt til að afbyggja margt það sem til skamms tíma hefur flokkast undir sannindi og burðarstoðir vestrænnar stjórnskipunar, er full ástæða til varúðar á vettvangi laga og lögfræði. Þótt gagnrýni sé öllum holl blasir við að takmörk eru fyrir því hversu langt má ganga í neikvæðni og skömmum. Þegar gagnrýni umbreytist í afbyggingu og afbygging verður að niðurbroti og niðurbrot að eyðileggingu hefur réttaröryggi og fyrirsjáanleika verið fórnað fyrir upplausn, stjórnleysi og kaos. Slíkt samræmist augljóslega ekki markmiðum laga og lögfræði, sem miða að skipulagningu, friðsamlegri stjórn og yfirsýn. Lögin miða að því að koma reiðu á óreiðuna. Dómstólarnir þjóna því hlutverki að stuðla að friðsamlegri lausn deilumála. Réttlætisgyðjan er tákmynd æðstu hugsjóna um réttlæti og réttarríki. Blindandi leggur hún röksemdir málsaðila á vogarskálarnar og metur þær áður en hún notar sverð réttlætisins til að höggva á hnúta. Valdi sínu beitir hún ekki af geðþótta heldur samkvæmt lögum. Þetta er táknað með því að hún með annan fótinn á lögbók til marks um það að hún dæmi ekki af geðþótta heldur á grunni laga og sannleika. Þá stendur hún jafnan ofan á höfði höggorms,⁶¹ til að minna á að dómar hennar skuli vera óspilltir og að allir skuli vera jafnir fyrir lögunum.⁶² Á þeim hraðfleygu tímum sem við höfum lifað sl. áratugi, þar sem áhrif svonefnds póst-móðernisma hafa verið áberandi á sviði bókmennta, lista og jafnvel rutt sér til rúms á vettvangi stjórn mála með tilheyrandi áhrifum á lög, er réttlætisgyðjan væntanlega ein þeirra tákmynda sem rétt er að ryðja um koll, eða hvað? Ef lýsa ætti tákmynd alls þess sem er andstætt því sem réttlætisgyðjan stendur fyrir þá mætti freista þess með því að draga upp mynd af yfirgangssegg: Aðalsmerki viðkomandi gæti verið sleggja eða annað barefli reitt til höggs yfir þeim sem fallið hafa í ónáð hjá valdhafanum á þeirri stundu, augun eru opin og hvöss, eyrun eru refseyru (skollaeyru) og þau eru lokuð að öðru leyti en því að höggormur sem vafið hefur sig um háls

⁵⁹ Um síðarnefndu takmarkanimar má vísa til skáldaðrar frásagnar Ronalds Dworkin um dómurann Hercules, sjá Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth 1978) 116 o.á.

⁶⁰ Sjá nánari umfjöllun höf. um þetta: Arnar Þór Jónsson, „Og sjá þú fellur fyrir draumi þínum“ í *Lög og samfélag* (Háskólinn í Reykjavík og Háskólaútgáfan 2016), 187-225.

⁶¹ Sbr. Lúk. 10:19, „Ég hef gefið yður vald til að stíga á höggorma og sporðreka og yfir öllu óvinnarins veldi. Alls ekkert mun gera yður mein.“

⁶² Sbr. 5. Mós. 1:16-17, „Síðan gaf ég dómurum ykkar þessi fyrirmæli: „Hlýðið á mál bræðra ykkar. Kveðið upp réttláta dóma, hvort heldur málaferlin eru milli bræðra eða við aðkomumann sem nýtur verndar. Verið ekki hlutdrægir í dómum, hlýðið jafnt á háan sem lagan. Óttist engan mann því að dómurinn er Guðs. Reynist eitthvert mál ykkur um megn, þá skjótið því til mín og ég mun hlýða á það.“

viðkomandi og borað trýninu undir annað eyrað þar sem hann á einkaaðgang að hinum innri hlustum. Yfirgangsseggurinn er dólgur og valdníðingur sem fer í manngreinarálit, beitir geðþóttavaldi, vilar ekki fyrir sér að fremja óhæfuverk til að halda völdum, dregur menn í dilka á grundvelli útlitseinkenna, stéttar, stöðu, aldurs, kyns og hvers kyns annarra atriða sem nota má til að styrkja staðalímyndir (steríótýpur) og ala á ótta í anda tvíhyggju, þar sem heiminum er skipt upp í góða og vonda. Þessa andhverfa réttlætisgyðjunnar er fasismi.⁶³

Óþarft er að skilyrða þessa lýsingu við póst-móðernískan nútíma. Mannkynssagan geymir ótal dæmi um menn sem sýnt hafa sig viljuga til að hafna staðreyndum, hampa afstæði, kalla hið illa gott og hið góða illt, vilja gera myrkur að ljósi og ljós að myrkri.⁶⁴ Þeir setja fram ósannindi og endurtaka þau stöðugt til að má út mörk sannleika og lygi, lofa upp í ermina á sér þrátt fyrir að öllum megi vera ljóst að loforðin sé ekki unnt að efna, setja fram óraunsæjar lausnir, hvetja fólk til að gefa sig tilfinningunum á vald en hafna skynsemi sinni (og samvisku), nota slagorð í áróðursskyni og freista þess að ná tökum á almenningsálitinu til að geta haft áhrif á niðurstöður kosninga og þá breytt lögum og þannig stýrt niðurstöðum dómsmála. Þessi vegferð byrjar með því að menn gangast undir að allt sé afstætt og að enginn sannleikur sé til. Ekki er unnt að finna skýrara dæmi um þessar andstæður, en í samtali Krists við Pílatus sem vitnað var til í upphafi þessarar greinar. Svar Pílatusar um afstæðan sannleika er gefið í ótta, því hann hræddist heift keisarans sem yfir hann var settur, en það myndi þýða að Pílatusi yrði steipt af stóli.⁶⁵ Hallgrímur Pétursson orðar þessa klemmu svo: „þetta, sem helst nú varast vann, varð þó að koma yfir hann.“⁶⁶ Svar Pílatusar er réttlætning allra þeirra sem fyrr og síðar hafa misbeitt valdi til að koma lögum yfir andstæðinga sína og dæma þá á þeim grunni. Með því að afneita hlutlægum sannleika er lokað á umræðu um annað ríki ofar þessum heimi. Lóðréttur mælikvarði góðs og ills er þá klipptur bæði ofan af og neðan af. Eftir stendur aðeins láréttur heimur þar sem menn eru ofurseldir veraldlegu valdi. Tilvera manna í slíkum heimi leysist fyrr eða síðar upp í baráttu um skilgreiningarvaldið, þ.e. hverjum leyfist að skilgreina hvað teljist rétt og hvað rangt. Þetta vald færast svo milli þeirra sem valdfrekastur er hverju sinni. Þannig blasir við að þegar menn gefa sig afstæðishyggju á vald ofurselja þeir sig um leið hreinni valdbeitingu því í slíku umhverfi ræður ekkert annað en valdið og hagsmunir þess úrslitum. Útilokun staðreynda og afneitun sannleika er því fljótasta leiðin í átt til harðstjórnar þar sem lögin geta kveðið á um hvað sem er. Í slíku lagaumhverfi þar sem lög eru notuð til að svipta menn lífi, frelsi og eignum, þar sem ógn og kúgun er leyfð í nafni réttlætis, verða lögmenn að þrælum, lögreglumenn að böðlum og dómarar að nokkurs konar „veraldlegum prestum“ sem leggja blessun sína yfir það sem fram fer í nafni laganna.

Kjósi dómarar í nafni réttarfarsreglna, fræðikenninga, smeðjuláta við valdhafa o.s.frv. að efla eigin hag eða bjarga eigin skinni hvað sem það kann að kosta aðra, þá felur það í sér „Fástískt“

⁶³ Í þessu samhengi er ástæða til að árétta að fasismi er aðferð til að ná og halda völdum. Fasismi getur birst í gervi bæði vinstri og hægri stjórnsmála. Fasismi er í raun ekki annað pólitísk aðferðafræði þar sem fingri er bent á „óvini“ fólksins, en um leið reynt að höfða til tilfinninga þeirra sem ræðumaður telur tilheyra „sínun hópi“, þ.e. þeirra sem hafa sameiginleg útlitseinkenni eða hagsmuni (oftast meirihlutinn). Fasismi miðar að því að ryðja burt sannleikanum og setja *valdið* eitt í sannleikans stað. Stalín og Maó voru fasistar í þessum skilningi ekki síður en Mussolini og Hitler.

⁶⁴ Jesaja 5:20-24.

⁶⁵ Titillinn *amicus caesaris*, vinur keisarans, var heiðurstitill, að vera sviptur þeim heiðurstitli var að vera úthýst frá hirðinni og embættum, sjá Ethelbert Stauffer, *Den historiske Jesus i ny belysning* (Stig Lindhagen þýð., Svenska Kyrkans diakonistyrelses bokförlag 1960), 155.

⁶⁶ Passíusálmur 27:6.

samkomulag.⁶⁷ Gjaldið nú sem fyrr er sáluhjálparleysi viðkomandi dómara og jafnvel réttarkerfisins alls, því þótt löggafinn geti haft „lög að mæla“ hefur hann ekki alltaf rétt fyrir sér – og getur ekki talist hafa svarað öllum spurningum fyrirfram.

Í þessu samhengi blasir við að dómara bera, ásamt raunar lögmönnum, fræðimönnum o.fl., ábyrgð á heilbrigði og viðhaldi réttarríkisins. Eitt af aðalsmerkjum gagnrýnnar hugsunar á vettvangi laga og lögfræði, sem og raunar öllum öðrum fræðisviðum, er vilji og geta til að efast um eigin niðurstöður. Hver sem hafnar því að hlusta á mótrök gerist ekki aðeins sekur um hroka, heldur tekur um leið áhættu með því að þrengja sjónarhorn sitt og kjósa að horfa aðeins á það sem hann vill heyra í stað þess að reyna að sjá heildarmyndina. Þótt það kunni að virðast þægilegt að leita skjóls í slíkum tilbúnum / lokuðum heimi felur það í raun í sér afneitun á veruleikanum. Slík háttsemi er háskaleg bæði fyrir þann sem gerist sekur um hana, en einnig fyrir réttarkerfið (og stjórn málin sem leggja grunninn að lögunum). Með því að loka á óþægilegar staðreyndir grefur viðkomandi undan sjálfum sér sem manneskju / lögmanni / fræðimanni og veikir allt kerfið sem framsetningu hans er ætlað að styrkja. Ein helsta röksemdin fyrir því að skattfé almennings er veitt til háskólanáms og fræðastarfs er að þar þori menn að hugsa sjálfstætt, vera gagnrýnir á samtíma sinn, andæfa almenningsálitinu, setja fram óvinsæl sjónarmið og standa með því sem telja má satt og rétt. Andstaða við staðreyndir getur tekið á sig ljóta mynd og jafnvel leitt til þess að menn freisti þess að klæða lygar og blekkingar upp sem sannindi. Að því sögðu skal þó tekið fram að lögmenn komast ekki hjá því að vera sannorðir vilji þeir njóta trausts dómstóla og kollega sinna. Glati lögmenn trausti dómara, t.d. með því að beita blekkingum, getur reynst þrautin þyngri að byggja upp orðspor og traust að nýju.

6. Málflutningur fyrir dómi lýtur lögmálum klassískrar rökræðu

„Efinn leiðir oss til rannsókna, og með rannsóknum öðlumst vér skilning á sannleikanum“.⁶⁸
Peter Abelard (1079-1142)

Lögfræðin sem fræðigreinin miðar að því að draga fram og afmarka gildandi rétt. Réttarfar og réttarframkvæmd miða með sama hætti að því marki að leiða fram staðreyndir um „hvað gerðist“ og „hvað gildir“. Í samræmi við framangreint er málflutningur fyrir dómi grein af meiði klassískrar rökræðuhefðar⁶⁹, þar sem málsaðilum, með fulltingi málflytjenda, er heimilt að tjá afstöðu sína, reifa sjónarmið sín um málsatvik og færa fram röksemdir máli sínu til stuðnings.

Framangreindum skordum rökræðuhefðarinnar er ekki ætlað að drepa niður skapandi hugsun eða vængstýfa lögmenn og dómara þannig að þeir geti ekki hafið sig til andlegs flugs sem gert gæti þeim kleift að setja umþrætt sönnunar- eða lagaatriði í víðara lagalegt, aðferðafræðilegt og siðrænt samhengi. Framsetning lögfræðilegra röksemda er auðvitað í grunninn tæknilegt viðfangsefni, þar sem t.d. er unnið að því að heimfæra orð og athafnir til viðeigandi lagaákvæða. Samhengi hinna lagalegu röksemda, forgangsröðun þeirra, túlkun o.s.frv. kallar á hinn bóginn iðulega á frjóa hugsun, yfirsýn og hæfileika til að tengja mismunandi þætti saman í eina samhangandi heild, þar sem viðfangsefnið er ekki slitið úr samhengi heldur skoðað í

⁶⁷ Johann Wolfgang Goethe, *Fást* (Yngvi Jóhannesson, Menningarsjóður 1972).

⁶⁸ Peter Abelard, *Sic and non*, ritsj. B.B. Boyer & R. McKeon (Chicago, 1976), 103 (þýð. höf.).

⁶⁹ Sjá t.d. yfirlitsrit J.B. Hjort, *Prosedyreteknikk* (Den norske sakførerforening 1956), þar sem sótt er í smiðju Cicero (106-43 f.Kr.) og Quintilian (35-100 e.Kr.), jafnt sem síðari tíma manna.

samhengi við það sem máli skiptir. Reyndur málflutningsmaður, sem t.d. kann að setja afmarkað álitafni í samhengi við réttarframkvæmd fyrri ára, getur á þennan hátt staðið mun betur að vígi í málflutningi en sá sem ekkert hefur fram að færa annað en tæknilega þekkingu.⁷⁰

Réttarsalurinn er vettvangur jafnræðisþví þar hlusta menn iðulega jafnlengi - eða lengur - en þeir sjálfir tala. Þar njóta menn þess dýrmæta frelsis til tjáningar og rökræðu, sem telja má eina af meginstöðum réttarríkisins, lýðræðisins og lýðveldisins. Eins og sérhvert þinghald fyrir dómi einkennist aðalmeðferð og málflutningur af kurteisi og virðingu. Þar kemst enginn upp með yfirgang eða dónaskap. Þar fær enginn að neyta aflsmunar. Þvert á móti standa málsaðilar þar jafnfætis gagnvart óhlutrægum dómurum. Háir sem lágir njóta þar sama réttar, fá sömu áheyrn og orð þeirra vega jafnþungt, sbr. ákvæði 70. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.

Svo sem fyrr greinir gegna réttarfarsreglur lykilhlutverki í því samhengi sem hér um ræðir. Þær marka ramma utan um ágreining og beina honum í farveg friðsamlegrar úrlausnar. Sú áheyrn sem menn fá hjá dómara og sú gagnkvæma hlustun sem málsaðilar taka þátt í fyrir dómi er einnig þjóðfélagslega mikilvæg, því í frjálsu samfélagi er ágreiningur ekki aðeins óhjákvæmilegur, heldur einnig dýrmætur. Ágreiningur þjónar m.a. þeim tilgangi að vekja okkur til umhugsunar, knýr okkur til að líta á mál út frá fleiri sjónarmiðum en áður, hvetur okkur til að endurskoða fyrri hugmyndir, til að heilbrigðra efasemda, áminnir okkur um hættur þess að frjósa fastur í kreddum og skoðanahroka, auk þess sem ágreiningur kallar okkur frá stöðnun og stíflu yfir í flæði og sannleiksleit. Síðastnefnt atriði er gulls ígildi fyrir sérhvert réttarkerfi, a.m.k. meðan formreglum er ætlað að þjóna efnisreglum, en ekki öfugt. Kjósi menn að víkja frá framangreindum markmiðum sannleiksleitarinnar, t.d. með því að takmarka frelsi málsaðila til að velja, setja fram og ræða málsástæður sínar, væri með því stigið örlagaríkt skref í þá átt að gera réttarfarið að þjóni kreddu, bókstafshyggju og blindrar kennisetningar. Saga alræðisríkja 20. aldar, með öllu því ofríki, skoðanakúgun og valdbeitingu sem þar birtist, ætti að vera öllum dagleg áminning um hættur þess að réttarfarinu sé umbreytt í barefli valdhafa til að nota mætti til að auðvelda hvers kyns mismunun, til takmörkunar á aðgengi að dómstólum, til þöggunar eða þvingunar í þágu ríkjandi hugmyndafræði eða kreddu sem bannar rökræðu og efasemdir um þær hugmyndir sem ríkjandi valdhafar vilja hampa og setja á stall.

Ágreiningur málsaðila fyrir dómi snýst í meginatriðum annars vegar um staðreyndir og hins vegar um lagaatriði. Í báðum tilvikum má ganga út frá því að markmið málflutningsins sé að leita sannleikans. Í þessum tilgangi geyma ákvæði laga nr. 91/1991 reglur um málsmeðferð eftir að greinargerð stefnda hefur verið lögð fram, sbr. 14. kafla laganna.

Þegar deilt er um staðreyndir freista menn þess að nálgast sannleikann með framlagningu skjala, ljósmynda, með því að leiða vitni, með öflun matsgerða o.s.frv. Þegar deilt er um lagaleg atriði freista menn sömuleiðis að leita sannleikans með því að staðreyna hvað telja beri til gildandi réttar. Þetta gera lögmenn m.a. með orðskýringu og markmiðsskýringu. Í því samhengi er iðulega vísað til athugasemda sem fylgdu frumvarpi til þeirra laga sem deilt er um í málinu. Lögmenn notast í þessu samhengi einnig við dóma sem taldir eru hafa beina skírskotun til málsins sem fordæmi, til lögjöfnunar, til þess að regla sé brottfallin sökum notkunarleysis (lat. desvetudo) eða með skírskotun til erlendrar réttarframkvæmdar. Upptalning þessi gæti verið miklu lengri en þessi fáu dæmi duga þó til að undirstrika að réttarframkvæmdin grundvallast

⁷⁰ Sjá nánari umfjöllun höf. um þetta: Arnar Þór Jónsson, „Og sjá þú fellur fyrir draumi þínum“ í *Lög og samfélag* (Háskólinn í Reykjavík og Háskólaútgáfan 2016), 187-225.

ekki síst á þekkingu og frjórri hugsun þeirra lögmanna sem færa fram rök sín fyrir dómi. Þetta er nefnt hér til áminningar um að þekking á fyrri framkvæmd jafngildir ekki „sannleikanum“. Sannleikur, venja og hefð eru ekki samheiti. Í tímans rás má finna mýmörg dæmi þess að menn hafi ríghaldið í kenningar, lagabókstaf, skýringarleiðir, aðferðir og ýmiss konar rétttrúnað. Með slíka kenningarfestu að vopni hafa þessir sömu menn ritað lærðar bækur, búið til glæsileg kerfi og reist byggingar úr steini og dýrum málmum. Sem dauðlegar verur stöndum við engu að síður frammi fyrir þeim óafneitanlega *sannleika* að allt er í heiminum hverfult, allt er á hverfanda hveli, allt er breytingum háð, að náttúruleg málin hafa eilíf og síverkandi áhrif á tilvist okkar. Á hverjum degi mæta okkur nýjar aðstæður. Líðan okkar – og hegðun – er ekki óháð veðri og vindum. Í mannlegu samfélagi er tilvera okkar óhjákvæmilega öðrum háð. Líf okkar snýst um aðlögun að öllu þessu, en jafnframt um stefnumörkun og staðfestu. Þekking er nauðsynleg forsenda þess að okkur geti vel farnast í þessu ölduróti. Þekking á innra lífi mannsins, lögmálum náttúrunnar og lífsferli mannsins, allt eru þetta forsendur þess að nálgast eitthvað sem kalla mætti sannleika. Sá sem leitar þekkingar á slíkum forsendum ástundar ekki lærdóm vegna hégóma, sýndarmennsku eða í fjárhagslegum tilgangi, heldur til sem leið til farsældar, stöðugleika o.þ.h. Dómari sem hlýðir á málflutning getur ekki sagt að honum sé sama um hvað telst satt og rétt. Slíkur dómari bregst skyldum sínum við málsaðila, við lögin, við samfélagið og við réttlætið.

Vandamálið við sannleikann á vettvangi laganna er að hann er ekki alltaf sá sami.⁷¹ Viðfangsefni lögmanna og dómara er því með sama hætti síbreytilegt. Í hverju nýju máli fyrir sig verða menn því að höndla sannleikann í nýrri mynd. Þetta er nefnt hér til að benda á að þótt málflytjendur standi hvor gegn öðrum og freisti þess að sannfæra dóminn um sína hlið „sannleikans“ þá er málflutningur einnig, öðrum þræði, samstarfsverkefni þar sem menn vinna í sameiningu að því að fjarlægja óhreinindi, falsrök, aukaatriði o.fl. frá því sem kalla má kjarna málsins. Rökræðan er í þessum skilningi samvinna. Sannleiksleitin er samstarfsverkefni margra, málsaðila, vitna, lögmanna, matsmanna, meðdómenda, fræðimanna, dómara o.fl.

Í ljósi alls framanritaðs er lögfræðilegur sannleikur ekki eitthvað sem einn maður getur látið öðrum í té eins og hvert annað áþreifanlegt fyrirbæri. Kreddur, fordómar, ofstæki, blekkingar og krafa um hlýðni, eru einkenni sértrúarsafnaða hvers konar. Lögfræðin kallar ekki menn til blindrar undirgefni og hlýðni, heldur til gagnrýnninnar og skapandi hugsunar. Hver sem kýs að nálgast lagaleg álitæfni út frá kreddu eða skilyrðislausri hollustu við tiltekna kenningu gengur til starfa eins og maður sem hefur sjálfur lokað fyrir skilningarvitin. Hann nálgast viðfangsefnið ekki með opnum huga. Heimur lögfræðinnar er ekki svo ótengdur raunheiminum þröngsýn kenningarfesta sé lögfræðileg dyggð, eða hvað? Hvorki ég eða þú, lesandi góður, værum á sérlega góðum stað ef við kysum að hamla sannleiksleit annarra, neituðum að horfa í mælitæki þeirra eða íhuga niðurstöður rannsókna þeirra. Þegar menn vilja leggja út á þær brautir að leita sannleikans er það ekki okkar að banna þeim það, hamla störfum þeirra eða standa gegn gagnaöflun og rannsóknum. Meðan ég og þú viljum fá að njóta hugsunar- og tjáningarfrelsis, hljótum við í nafni sanngirni og samkvæmni að verða að leyfa öðrum að njóta sambærilegs réttar. Hver sem vill banna öðrum að nota eigin huga og tjá hugsanir sínar er kominn út á ystu mörk þess sem réttarskipan okkar gerir ráð fyrir, en þar gilda meginreglur sem lögfræðingum er skylt að virða, þ.m.t. málfrelsi, umburðarlyndi, jafnræði málsaðila fyrir dómi o.s.frv.

⁷¹ Um sannleiksleit sem verkefni laga og réttar vísast til umfjöllunar í kafla 2 hér að framan.

Þótt ýmsir kunni að vilja hreyfa því sjónarmiði í almennri umræðu að skerða beri málfrelsi, takmarka aðgengi að dómstólum og beita fleiri útilokandi aðgerðum þá ber að skoða slík sjónarmið í samhengi við undirstöður réttarríkisins og réttarframkvæmdarinnar allrar. Hver sem myndi leyfa sér að bera fram slík sjónarmið fyrir dómi myndi um leið afhjúpa hugsunarhátt sem kenna yrði við ofstæki og þröngsýni, sem ekki á heima fyrir dómi. Kreddufesta afsakar þar heldur ekki slíkar kröfur.

Dómstólar gegna lykilhlutverki í því að greiða fyrir friðsamlegri lausn deilumála. Stjórnskipun Íslands og réttarfarslög endurspeгла að á þeim vettvangi gilda lögmál klassískrar rökfræði, þar sem rökfærslur þurfa að vera gildar og rökvísi hefur ákvarðandi áhrif á niðurstöður mála. Af þessu leiðir augljóslega að að bæði lögmenn og dómarmar þurfa að starfa á grunni gagnrýnnar hugsunar og stýrast hvorki af kreddum, hugsunarleysi né blindri hlýðni. Málflutningur fyrir dómi miðar að því að greina sannindi frá ósannindum, gagnrýna hugsun frá kenningarfestu, staðreyndir frá tálmyndum, raunsæi frá fagurgala, röksemdir frá blekkingum. Í þessu ljósi er málflutningur fyrir dómi betur lýst sem samræðu en sem kappræðu.

Úrlausnir dómstóla skulu í samræmi við allt framangreint byggjast á hyggjuviti en ekki hugsunarleysi, á fyrirliggjandi upplýsingum en ekki ágiskunum, á rökhusun en ekki blindri kenningarfestu. Þróttmikil rökræða lögmanna fyrir dómi er besta leiðin til að skerpa sýn dómsins á sakarefni máls. Þetta gera lögmenn best með því að leggja fram mismunandi röksemdir sem dómarmar geta lagt á vogarskálar, borið saman og notað til að komast að niðurstöðu út frá því sem hægt er að sannreyna. Rökræðan er því ekki aðeins samkeppni, heldur einnig samvinna.

7. Samantekt

Hér að framan hefur verið fjallað almennt um hlutverk og skyldur dómara við meðferð mála fyrir dómi. Umfjöllunin er til áminningar um þá þungu ábyrgð sem hvílir á herðum dómara sem þjóna laga og réttar. Dómurum er treyst fyrir miklu valdi, sem felur m.a. í sér það hlutverk að skýra og túlka lögin, ákvarða refsingar og höggva á hnúta í flóknum lagaþrættum. Endanleg niðurstaða dómstóla hefur bindandi áhrif, sbr. ákvæði 116. gr. laga nr. 91/1991 og 186. gr. laga nr. 88/2008. Allt krefur þetta dómara um aðgætni, nákvæmni, vandvirkni og síðast en ekki síst um mikilvægi þess að dómarmar hyggi vel að valdmörkum í stjórnskipulegu og lagalegu tilliti, sbr. m.a. 1. mgr. 24. gr. laga nr. 91/1991. Samkvæmt 2. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins er valdþáttum ríkisins ætlað að tempra hvern annan og segja má að öll tilvera réttarríkisins hvíli á því að þessar stöðir skili hlutverki sínu og að mörkin milli valdþáttanna séu virt. Af þessu leiðir m.a. að dómurum er ekki ætlað að taka sér löggjafarvald. Þeim ber m.ö.o. að virða lögin en ekki að setja þau.

Spurningin sem vaknar þá enn og aftur er hvernig dómarmar geti staðið gegn þrýstingi frá yfirvöldum - og jafnvel kollegum sínum - um „nauðsyn“ samræmdrar réttarframkvæmdar og þar með að allir gangi í takt? Hefur dómari aðeins um tvo kosti að velja, þ.e. að dæma samkvæmt vilja löggjafans eða gerast einhvers konar „lögfræðilegur andófsmaður“? Samkvæmt bandaríska stjórn málafræðingnum Gene Sharp (1928-2018) eru dómarmar sjaldnast á milli steins og sleggju í þeim skilningi að þurfa annað hvort að „spila með“ eða brjóta gegn lögunum. Sharp benti á 200 aðferðir sem tiltækar séu til viðnáms gegn harðstjórn. Þessum

aðferðum hefur verið skipt í þrjá meginflokka, sem eru: 1) andmæli eða fortölur, 2) ósamvinnuþýði eða 3) íhlotun (e. intervention), sem allar standa dómurum til boða.⁷²

Hans Petter Graver segir erfiðasta álitaeefnið felast í því að skilgreina hvenær stjórnarferið sé komið inn á braut harðstjórnar. Hvenær teljast valdhafar hafa vikið svo af braut frjálslyndrar stjórnskipunar að dómstólar verði að spyrna við fótum? Í sumum tilvikum blasir þetta auðvitað við, svo sem ef valdarán er framið eða ef landið er hernumið af erlendu ríki. Við slíkar aðstæður þurfa dómstólar að ákveða hvort þeir ætli að halda starfi sínu áfram á grundvelli fyrra stjórnskipulags eða samþykkja að starfa í umboði nýrra stjórnvalda. Graver segir að þótt flestir dómstólar velji, í framkvæmd, seinni kostinn, þá sýni reynslan að sú ákvörðun geti leitt menn inn á háskalegar brautir. Ástæðan er sú að dómstólum reynist mjög erfitt að setja fram andmæli síðar, þegar valdbeiting hinnar nýju stjórnar er komin út fyrir öll mörk. Þegar dómstólar hafa á annað borð samþykkt að starfa á grunni nýs stjórnarfyrikomulags með vísan til hollustu við nýju stjórnina geti þeir vart forðast að verða handbendi valdhafanna. Graver bendir í þessu samhengi á að eini valkostur dómstólanna, sem telja megi siðferðilega raunhæfan, sé sá að þeir byggji starf sitt áfram á eldra stjórnskipulaginu. Meðan þetta geti haldið sé þetta eina leiðin til að tempra ráðstafanir nýju valdhafanna, að því gefnu auðvitað að nýja stjórnin kenni sig við réttarríki. Graver telur að til lengri tíma litið geti þetta aftrað valdhöfum frá því að feta brautir sem eru mjög þungbærar fyrir borgarana. Dómstólar geti m.ö.o. komið böndum á ólýðræðislega valdbeitingu með því að þvinga stjórnina til að virða ákvæði stjórnarskrár. Takist það ekki mun það leiða til uppgjörs milli stjórnvalda annars vegar og dómsvaldsins hins vegar, sem dómsvaldið muni að öllum líkindum tapa í fyrstu umferð.⁷³

Nú sem fyrr er full ástæða til að minna á það að löggjöf, lagasetning og regluverk fara ekki alltaf saman við stjórnskipulag sem kenna má við efnislegt réttarríki. Þvert á móti má halda því fram að auðveldasta leiðin til að afnema réttarríkið sé með lagasetningu og dómaframkvæmd á þeim grundvelli. Þetta er helsta ástæðan að baki þeirri stjórnarskrárkvöð sem mælt er fyrir um í 3. mgr. 79. gr. þýsku grundvallarlaganna (þ. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*),⁷⁴ þar sem nánar tiltekið er tekið fram „engin stjórnlagabreyting geti afnumið grundvallarréttindi⁷⁵ stjórnarskrárinnar eða stjórnskipulag þýska sambandslýðveldisins.“ Grundvallarlögin hefjast með svofelldum formálsorðum:

Meðvituð um ábyrgð sína gagnvart Guði og mönnum, innblásin af staðfastri ákvörðun um að vinna að heimsfriði sem fullgildur þegn⁷⁶ í sameinaðri Evrópu, hefur þýska þjóðin, í krafti eigin valds til að setja stjórnslög, samþykkt þessi grundvallarlög. (Þýð. höf.).

Ekki þarf að fjölyrða um þá rjúkandi rúst sem þýsku grundvallarlögin eru reist á, þar sem valdi hafði verið misbeitt með öllum ráðum. Ógnarstjórnin, ófriðurinn og blóðbaðið sem fylgdi í kjölfarið varð Þjóðverjum tilefni til að setja framangreinda „eilífðarskuldbindingu“ í stjórnslög sín eftir seinna stríð, í þeim tilgangi að tryggja að aldrei yrði með neyðarlögum rudd braut fyrir valdníðslu, auk þess sem ákvæðinu er ætlað að varna því að yfirgnæfandi félagslegum þrýstingi

⁷² Sjá nánar Gene Sharp, *From Dictatorship to Democracy: A Conceptual Framework for Liberation* (Albert Einstein Institution 2010), 31.

⁷³ Hans Petter Graver, *Judges Against Justice: On Judges When the Rule of Law is Under Attack* (Springer 2015), 248-249.

⁷⁴ Samþykkt á þýska þinginu 23. maí 1949.

⁷⁵ Sbr. ákvæði 1. gr. – 20. gr. þýsku grundvallarlaganna.

⁷⁶ Þ. Gleichberechtigtes Glied.

yrði beitt til að breyta því sem Þjóðverjar vildu, í ljósi biturrar reynslu, verja sem ævarandi grundvöll hins nýja sambandslýðveldis. Í því felst nánar að engum meirihlutastjórnarmíðum eða pólitískum valdhöfum leyfist að umturna eða brjóta niður þær hugsjónir efnilegs og víðtæks réttarríkis sem þýsku grundvallarlögunum var ætlað að verja. Þjóðverjum má vera öllum betur ljóst að þótt borgaraleg réttindi séu í hávegum höfð nú á tímum og varin af innlendum sem alþjóðlegum dómstólum, þá veitir það enga tryggingu fyrir því að þessi sömu réttindi verði varin með sama hætti þegar frá líður og gagnger umbreyting hefur orðið á félagslegu og pólitísku landslagi.

Framanritað er nefnt í samhengi þessarar greinar m.a. til að draga athygli lesandans að því hve óraunsætt er að ímynda sér að þeir tímar séu liðnir að ræða þurfi um gildi grundvallarlaga eða gefa gaum að sannleikanum í landsréttarlegu, þjóðréttarlegu eða evrópuréttarlegu samhengi. Þekking á framangreindum ákvæðum þýsku grundvallarlaganna er nauðsynleg forsenda skilnings á þeim djúpstæða ágreiningi sem kraumað hefur við lágan hita milli Evrópusambandsins annars vegar og þýska stjórnlagadómstólsins hins vegar um áratuga skeið⁷⁷ þar til upp úr sauð með dómi stjórnlagadómsins 5. maí 2020⁷⁸ þar sem alvarlegar athugasemdir voru gerðar við stórfelld kaup Evrópska seðlabankans (ECB) á ríkisskuldabréfum. Evrópudómstóllinn í Lúxemborg svaraði með yfirlýsingu þess efnis, að úrskurð þýska dómstólsins væri marklaus „því Evrópudómstóllinn einn gæti haft lögsögu yfir gjörðum stofnana Evrópusambandsins.“ Á sama tíma hótaði Ursula von der Leyen, forseti framkvæmdarstjórnar ESB, að höfðað yrði mál gagnvart Þýskalandi fyrir brot á sáttmálum ESB með þeim orðum að „Lokaorðið í Evrópurétti er alltaf í Lúxemborg, hvergi annars staðar.“⁷⁹ Tekið skal fram að með þessu er undirritaður ekki að líkja starfsháttum Evrópusambandsins við harðstjórnarríki, heldur aðeins að undirstrika að menn geta aldrei litið svo á að þeir tímar séu liðnir að ekki þurfi lengur að standa vörð um inntak stjórnarskráa og þær hugmyndir um réttarríkið sem ákvæði þeirra eru reist á, þ.m.t. að allt ríkisvald eigi sér uppruna hjá borgurunum, um lýðræðislegt aðhald, temprun ríkisvalds, réttláta málsmeðferð, tjáningarfrelsi o.fl.

Hans Petter Graver lýsir afstöðunni með þessum orðum:

Frammi fyrir löggjöf sem felur í sér ofríki mætir dómarrinn siðferðilegu vali. Mikilvægt er að viðurkenna að dómarrar eru bæði frjálsir til að taka slíkar ákvarðanir og svigrúm til að stíga það skref. Lagaleg harðstjórn verður ekki leidd beint af lögunum heldur er hún afleiðing af því að dómarrar beiti lögunum og leggi þau ákvörðunum sínum til grundvallar. Lögin framfylgja sér ekki sjálf. Meira að segja dómarrar eiga val um hvort þeir fylgja lögunum eða ganga gegn þeim. Álitaefnið snýst ekki um lög eða réttarheimspeki heldur um mannlegt val og athafnir sem menn eru siðferðilega ábyrgir fyrir.

Þegar menn taka slíkar ákvarðanir er enginn valkostur hlutlaus í lagalegum skilningi. Hvort sem menn velja að taka sér stöðu með löggjafanum eða með réttarríkinu og djúpsettum meginreglum þess, þá felur ákvörðunin í sér bæði siðferðilegt og pólitískt val. Þótt þetta val sé oft klætt í búning lögfræðilegrar rökleiðslu er það engu að síður bæð pólitískt og siðferðilegt val. Af því

⁷⁷ Sjá m.a. dóm þýska stjórnlagadómstólsins 22. október 1986 í svonefndu Solange II máli: BVerfGE 73, 339, [1987] 3 CMLR 225.

⁷⁸ Sjá <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-032.html>> skoðað 26. maí 2020.

⁷⁹ Stefán Gunnar Sveinsson, “Stefna að opnun landamæra í nokkrum skrefum” *Morgunblaðið* (Reykjavík 14. maí 2020) 34.

leiðir að ekki ætti að letja dómara frá því að taka stöðu gegn handhöfum löggjafarvalds og framkvæmdavalds af ótta við að það feli í sér þátttöku í stjórnmalabaráttu.⁸⁰

Undir lok bókar sinnar kemur Graver enn og aftur að þeirri spurningu, hvort unnt sé að koma í veg fyrir að dómara leggi illum stefnumálum lið. Er hægt að setja niður einhverjar leiðbeiningar fyrir dómara í baráttunni við hið illa? Er unnt að útbúa einhvers konar siðferðilegan áttavita fyrir handhafa dómsvalds sem gæti komið í veg fyrir eða minnkað líkur á að dómara víki frá grundvallarviðmiðum um réttlæti og réttarríki? Graver segir reynsluna sýna að hvorki lagakenningar né „rétt aðferðafræðileg nálgun“ geymi lykilinn að endanlegu svári við þessum vanda. Ekki sé vænlegt til árangurs að starfa innan þess þrönga ramma sem afmarkaður er af hlutverki og skyldum dómara. Þess í stað verði þeir, eins og Hannah Arendt, segir í ritgerð sinni um persónulega ábyrgð manna í harðstjórnarríkjum,⁸¹ að stíga út fyrir hlutverk sitt sem dómara og spyrja sjálfa sig hvar þolmörk þeirra gagnvart ólýðræðislegum stjórnarháttum liggja. Til að geta veitt viðnám gegn ytri þrýstingi þurfi dómara að læra að verjast eða taka afstöðu gegn neikvæðum þáttum í umhverfinu og spyrna gegn áhrifavaldi sem þeir vilja ekki eða þurfa ekki á að halda.⁸² Með vísan til alls framangreinds er þess ekki að vænta að slík ákvörðun sé auðveld eða að viðnámið verði fyrirhafnarlítið.

8. Lokaorð

Ef marka má réttarsögu Vesturlanda má kannski segja að andóf gegn harðstjórum sé göfugasta þjónusta sem nokkur dómari getur innt af hendi gagnvart samfélagi sínu, lögnum og æðstu hugsjónum réttarríkisins. Þær hugsjónir hafa sannað gildi sitt í tímans rás og flust í núverandi mynd til okkar með lagahefð sem fósrað hefur réttarfarsreglur og fægt - stundum því miður með blóði og stáli - skuldbindingar ríkisvalds og alþjóðasamfélags um frelsi og réttindi borgaranna. Hefðin og réttarsagan færa okkur í hendur mikil verðmæti, að því gefnu að við berum vit og gæfu til að læra af þessu, tileinka okkur þann lærdóm og sýna það í verki. Okkur ber skylda til að færa afkomendum okkar þessa hefð óskaddaða í hendur. Því er brýnt að við skiljum hvað talist getur traust undirstaða laga og réttar, rifjum upp hvað hefur reynst vel í fortíð og ræðum hvað getur nýst okkur í nútíð (og framtíð). Allt þetta útheimtir rökræðu, þar sem t.a.m. verður rætt um hvað teljist til raunverulegra grundvallaratriða og hvað megi fella undir túlkunaratriði. Tjáningarfrelsi og frjáls rökræða eru meðal helstu forsendna þess að réttarríkið viðhaldist, því meðan menn þora að spyrja mikilvægra spurninga og leita svara í sameiningu er minni hætt á að lýðræðið verði tækniræði og / eða lýðskrumi að bráð. Mikilvægasta verkefni laganna er að verja hið frjálsa rými, þar sem menn geta hugsað, talað og veitt öðrum frelsi til slíks hins sama. Með samsvarandi hætti er það ekki hlutverk handhafa ríkisvalds að njörva allt svo fast niður að það hamli síðari þróun, bindi hendur þeirra sem síðar koma og skaði þar með síðari kynslóðir.

Dómurum hefur verið falið að munda sverð réttlætisins en aðeins um afmarkaðan tíma. Sverðið tilheyrir samfélaginu, það var verkfæri fyrri kynslóða, og verður verkfæri afkomenda okkar. Okkur ber því að gæta þess vel. Illt er góðu sverði í grjót að höggva.

⁸⁰ Hans Petter Graver, *Judges Against Justice: On Judges When the Rule of Law is Under Attack* (Springer 2015), 292 (þýð. höf.).

⁸¹ Hannah Arendt, *Responsibility and Judgment* (Schocken Books 2003), 46.

⁸² Hans Petter Graver, *Judges Against Justice: On Judges When the Rule of Law is Under Attack* (Springer 2015), 293.

Heimildaskrá

George Orwell „Lear, Tolstoy and the Fool” í Sonia Orwell & Ian Angus (ritstj.) *The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell*, vol. 4 (Seeker & Warburg 1968).

Plátón, *Síðustu dagar Sókratesar* (Hið íslenska bókmenntafélag 2011).

Marina McCoy, *Plato on the Rhetoric of Philosophers and Sophists* (Cambridge University Press 2008).

Bíblían, heilög ritning (Hið íslenska biblíufélag 2007).

Tacitus, Rhiannon Ash (ritstj.) *Annals Book XV* (Cambridge University Press 2017).

R.C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia* (Cambridge University Press 2002).

Hans Petter Graver, *Judges Against Justice: On Judges When the Rule of Law is Under Attack* (Springer 2015).

Hans Petter Graver, *Hva er rett?* (Universitetsforlaget 2012).

Bernd Rüthers, *Die Unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im National-sozialismus* (Mohr Siebeck 2012).

Ethelbert Stauffer, *Den historiske Jesus i ny belysning* (Stig Lindhagen þýð., Svenska Kyrkans diakonistyrelses bokförlag 1960).

E.H. Gombrich, *Saga listarinnar* (Halldór B. Runólfsson þýð., Opna 2008).

Gianfranco Crimi, *St. Peters Basilica, The Sistine Chapel, The Raphael Rooms* (Futura Edizioni 2014).

Antonio Paolucci, *Michelangelo and Raphael in the Vatican* (Edizioni Musei Vaticani 2013).

Dalibor Vesely, *Architecture in the Age of Divided Representation: The Question of Creativity in the Shadow of Production* (MIT Press, 2004).

Grágás, lagasafn íslenska þjóðveldisins (Mál og menning 1992).

Alþingistíðindi 1935, A-deild, 964.

Alþingistíðindi 1997-1998, A-deild, þskj. 176-176. mál, mgr. 9.

Lög

- 2. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944
- 1. mgr. 8. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála
- 1. mgr. 24. gr. laga nr. 91/1991
- 116. gr. laga nr. 91/1991
- 14. kafli laga nr. 91/1991
- 115. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála.
- 186. gr. laga nr. 88/2008.
- Þýsku grundvallarlögin (samþykkt á þýska þinginu 23. maí 1949).

Dómar

- Dómur þýska stjórnlagadómstólsins 22. október 1986 í svonefndu Solange II máli: BVerfGE 73, 339, [1987] 3 CMLR 225.
- Dómur þýska stjórnlagadómstólsins 5. maí 2020
<<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-032.html>>
skoðað 26. maí 2020.

Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* (Oxford University Press 2009).

Margaret Davies, *Delimiting the Law: Postmodernism and the Politics of Law* (Pluto Press 1996).

Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context* (Sweet & Maxwell 2003).

Simon Choat, *Marx Through Post-Structuralism: Lyotard, Derrida, Foucault, Deleuze* (Continuum 2012).

Timothy Snyder, *On Tyranny* (Bodley Head 2017).

Viktor Klemperer, *The Language of the Third Reich* (Bloomsbury Academic 2013).

Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Harvard University Press 1993).

Otto Kirchheimer, *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends* (Princeton University Press 1961).

Tayyab Mahmud, *Jurisprudence of Successful Treason: Coup d'Etat and Common Law* (Contell International Law Journal 27, 1994).

Philip K. Howard, *Try Common Sense: Replacing the Failed Ideologies of Right and Left* (Norton 2019)

Philip K. Howard, *Rule of Nobody: Saving America from Dead Laws and Broken Government* (Norton 2014).

Moti Nissani (1990), "A cognitive reinterpretation of Stanley Milgram's observations on obedience to authority". *American Psychologist*. 45 (12): 1384–1385.

Christopher Browning, *Ordinary Men: Reserve Police Battalion 101 and the Final Solution in Poland* (Harper Perennial 1998).

Siðareglur Dómarafélags Íslands

Arnar Þór Jónsson, „Siðareglur dómara og hinn mannlegi þáttur við úrlausn dómsmála“ (2017) 67 Tímarit lögfræðinga 447 o.á.

Lisa Hilbink, “Agents of Anti-Politics: Courts in Pinochet’s Chile”. Í Ginsburg & Moustafa (ritstj.) *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes* (Cambridge University Press 2008).

Hallgrímur Pétursson, *Passíusálmar – Sálmur nr. 27:5* (Menningarsjóður 1977).

Einar Arnórsson, *Dómstólar og réttarfar á Íslandi* (Reykjavík 1911).

Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth 1978).

Ethelbert Stauffer, *Den historiske Jesus i ny belysning* (Stig Lindhagen þýð., Svenska Kyrkans diakonistyrelses bokförlag 1960).

Johann Wolfgang Goethe, *Fást* (Yngvi Jóhannesson, Menningarsjóður 1972).

Peter Abelard, *Sic and non*, ritstj. B.B. Boyer & R. McKeon (Chicago, 1976).

J.B. Hjort, *Prosedyreteknikk* (Den norske saksförelörening 1956).

Gene Sharp, *From Dictatorship to Democracy: A Conceptual Framework for Liberation* (Albert Einstein Institution 2010).

Stefán Gunnar Sveinsson, “Stefna að opnun landamæra í nokkrum skrefum” *Morgunblaðið* (Reykjavík 14. maí 2020) 34.

Hannah Arendt, *Responsibility and Judgment* (Schocken Books 2003).

