

Víðir Smári Petersen

HÖFÐUN DÓMSMÁLA VEGNA ATHAFNA OG ÁKVARÐANA STJÓRNVALDA*

Efnisyfirlit

1. Inngangur.....	605
2. Endurskoðunarvald dómstóla og takmörk þess	607
2.1 Inngangur	607
2.2 Efnislegt endurskoðunarvald.....	608
2.2.1 Endurskoðunarvaldið er rúmt í framkvæmd	608
2.2.2 Sérstaklega víðtækt endurskoðunarvald.....	609
2.2.3 Takmarkanir á efnislegri endurskoðun dómstóla	611
2.2.3.1 Takmörkun þegar stjórnvaldsákvörðun byggir á afar matskenndum þáttum.....	611
2.2.3.2 Takmörkun þegar byggt er á innbyrðis vægi málefnalegra sjónarmiða.....	612
2.2.3.3 Sérfræðilegt mat stjórnvalda	614
2.3 Formlegri takmarkanir á endurskoðunarvaldinu	616
2.3.1 Mál undanþegin lögsögu dómstóla	617
2.3.2 Dómstólar taka ekki nýjar ákvarðanir	619
2.3.3 Endurskoðunarvaldið takmarkast af efnisatriðum viðkomandi ákvörðunar	623
2.4 Samanburður á endurskoðunarvaldi dómstóla og æðra settra stjórnvalda	625
3. Aðild til sóknar	627
3.1 Meginreglan um skilyrði fyrir aðild	627
3.1.1 Beinir hagsmunir	627
3.1.2 Einstaklegir hagsmunir.....	629
3.1.3 Lögvarðir hagsmunir	630
3.2 Rýmkuð aðild	631
3.3 Sóknaraðild lægra setts stjórnvalds.....	635
4. Aðild til varnar	637
4.1 Hvaða stjórnvaldi ber að stefna?.....	638
4.2 Hvaða kröfu ber að gera?.....	640
4.3 Stefna ber aðilum í viðkomandi stjórnsýslumáli	643
5. Kröfugerð	646
5.1 Ógildingarkröfur	646

5.2 Aðfararhæfar kröfur	646
5.3 Viðurkenningarkröfur	648
5.4 Bótakröfur	650
5.4.1 Bætur fyrir fjárhagslegt tjón	652
5.4.2 Bætur fyrir miska	656
5.4.3 Samanburður á skilyrðum bóta fyrir fjártjón og miska	659
6. Samantekt	662
Abstract	665
Heimildir	666

1. Inngangur

Á hverjum degi standa stofnanir, sveitarfélög, ráðuneyti og önnur stjórnvöld frammi fyrir hundruð athafna og ákvarðana sem gætu sætt endurskoðun annarra. Staðreyndin er aftur á móti sú að flestir láta stjórnvaldsákvæðanir óátaldir, yfirleitt með réttu. Sá sem fær ekki byggingarleyfi, vegna þess að fyrirhugað mannvirki er í ósamræmi við deiliskipulag, sýnir ákvörðun sveitarfélagsins skilning. Umsækjandi um starf er ósáttur við að vera ekki ráðinn en sér að sá sem fékk starfið er vel hæfur og telur hann sig því ekki eiga rétt á bót sinna mála. Fyrirtæki ákveður að gera ekki ágreining um fjárhæð stjórnvaldssektar, nemendur sætta sig við einkunnagjafir kennara og svo mætti lengi áfram telja. Ef sá sem á hagsmuna að gæta telur á hinn bóginn að á sér hafi verið brotið getur hann yfirleitt fengið viðkomandi stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða. Standa honum að jafnaði tvær leiðir til boða. Annars vegar getur hann kært viðkomandi ákvörðun til æðra setts stjórnvalds, annaðhvort til viðkomandi ráðherra eða sjálfstæðrar úrskurðarnefndar þegar það á við.¹ Hins vegar getur hann höfðað mál fyrir dómstólum með það að markmiði að hnekkja stjórnvaldsákvörðuninni með dómi. Síðarnefnda leiðin er viðfangsefni þessarar greinar.²

Höfðun dómsmála í því skyni að fá stjórnvaldsákvörðun hnekkta er efni sem er á mörkum stjórnsýsluréttar, stjórnskipunarréttar og réttarfars og er afar þýðingarmikið fyrir lögmennt að kunna góð skil á því hvernig höfða á mál af þessu tagi, enda geta mistök leitt til frávísunar máls frá dómi. Þá er brýnt að fræðimenn sýni þessu efni áhuga í ljósi þess að reglurnar sem um þetta efni gilda byggja í sumum tilvikum á flóknu samspili óskráðra reglna sem fyrst og fremst hafa mótast í dómaframkvæmd. Á árunum 2005-2008 var gróska í fræðaskrifum um þetta efni og birtust nokkuð margar greinar í lögfræðitímaritum hér á landi sem vörðuðu þetta svið með einum eða

* Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum.

¹ Undantekningar eru til frá þessari reglu, sbr. til dæmis að úrskurðir óbyggðanefndar sæta aðeins endurskoðun dómstóla, sbr. 14. gr. laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta.

² Taka má fram að viðkomandi hefur einnig þriðja úrræðið, sem er að kvarta til umboðsmanns Alþingis eftir að hann hefur tæmt kæruleiðir innan stjórnsýslunnar, en álit embættisins eru ekki bindandi gagnvart stjórnvöldum þótt þau hafi í framkvæmd tvímælalaut mikið vægi.

öðrum hætti.³ Þessi grein er að uppbygginu og efni líkust tveimur greinum eftir Ólaf Jóhannes Einarsson sem birtust í Tímariti lögfræðinga árin 2007 og 2008.⁴ Tilgangur þessarar greinar er aftur á móti þríþættur: Í *fyrsta lagi* að beina sjónum að viðfangsefnum sem hafa hlotið litla athygli hingað til, eins og til dæmis skilyrðum skaðabóta þegar kemur að stjórnvaldsákvörðunum og hvernig endurskoðunarvald dómstóla takmarkast ekki aðeins af efnislegum heldur einnig formlegum þáttum. Í *öðru lagi* að gera grein fyrir nokkrum þáttum í dómaframkvæmd síðustu ára og hvernig hún rímar við sjónarmið fræðimanna og fyrri fordæmi, en á þeim u.þ.b. ellefu árum sem liðið hafa frá því að síðustu fræðaskrif birtust hér á landi um þetta efni hafa fallið fróðlegir dómar sem nauðsynlegt er að gefa gaum. Í *þriðja lagi* er rýnt í fræðin og framkvæmdina með gleraugum lögmans, sem er þýðingarmikið sjónarhorn, enda vinna lögmenn með þessar reglur frá degi til dags. Sjónum verður því beint að atriðum sem höfundur telur að geti haft hagnýta þýðingu fyrir starfandi lögmenn og nemendur í þessum fræðum.⁵

Uppbygging þessarar greinar verður með eftirfarandi hætti: Í *öðrum kafla* verður fjallað um endurskoðunarvald dómstóla. Þetta er viðfangsefni sem margir fræðimenn hafa fjallað um í gegnum tíðina, bæði frá sjónarhorni stjórnskipunar- og stjórnsýsluréttar.⁶ Í þessari grein verður sjónum beint að atriðum sem hafa ekki hlotið eins mikla athygli, einkum takmörkun á endurskoðunarvaldi dómstóla gagnvart

³ Sjá nánar upptalningu fræðaskrifa í neðanmálgreinum 4-9.

⁴ Sjá Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi“. *Tímarit lögfræðinga* 2007, bls. 39-81 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum – hvaða þættir ákvörðunar hafa komið til endurskoðunar dómstóla?“ *Tímarit lögfræðinga* 2008, bls. 261-302. Þess má geta að Ólafur Jóhannes hefur tekið efni þessara tveggja greina saman í fjölríti og uppfærir það reglulega. Sjá nýjustu útgáfu 2016.

⁵ Tekið skal fram að í grein þessari verður ekki fjallað sérstaklega um skilyrði fyrir ógildingu stjórnvaldsákvörðana. Ítarleg grein hefur verið gerð fyrir því efni á öðrum vettvangi og ekki verður séð að dómaframkvæmd síðari ára gefi tilefni til einhvers konar endurskoðunar eða endurmats á því sem þegar hefur verið ritað. Sjá til dæmis Arnar Þór Stefánsson: „Um ógildingu stjórnvaldsákvörðana“. *Úlfjótur* 2005, bls. 261-315. Arnar Þór Stefánsson: „Um ógildingu stjórnvaldsákvörðana“. Í ritinu *Um ógildingu stjórnvaldsákvörðana* (Óársett).

⁶ Sjá til dæmis Ragnhildur Helgadóttir: „Vald dómstóla til að endurskoða stjórnvaldsákvörðanir.“ *Tímarit lögfræðinga* 2005, bls. 99-112, Eiríkur Tómasson: „Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda skv. 60. gr. stjórnarskrárinnar.“ *Úlfjótur* 1984, bls. 183-217 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum – hvaða þættir ákvörðunar hafa komið til endurskoðunar dómstóla?“ *Tímarit lögfræðinga* 2008, bls. 261-302.

framkvæmdavaldinu. Hér er ekki aðeins átt við takmörkun á efnislegri endurskoðun dómstóla heldur einnig því sem kalla mætti formtakmarkanir á endurskoðunarvaldinu. Í *þriðja kafla* verður vikið að því hverjir geta átt aðild til sóknar að málum fyrir dómstólum í málum þar sem reynir á gildi athafna og ákvarðana stjórnvalda. Þótt nokkuð hafi verið fjallað um meginregluna um að aðili verði að hafa einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta til þess að geta freistað þess að fá stjórnvaldsákvörðun hnekkt fyrir dómstólum⁷, hefur minna farið fyrir greiningu á undantekningum frá þeirri reglu, sérstaklega með hliðsjón af nýlegri dómaframkvæmd. Í framhaldinu verður í *fjórða kafla* gerð grein fyrir því hvernig haga eigi aðild slíkra dómsmála til varnar, en hér er um að ræða atriði sem veldur stundum örvæntingu á meðal lögmannna og hefur orðið tilefni nokkuð gagnrýnna skrifa fræðimanna.⁸ Tilgangurinn með umfjölluninni í þessari grein er að fjalla með kjarnyrtum hætti um þær meginreglur sem mótast hafa í framkvæmd og beina sjónum að nýlegum dómum um þetta efni. Í *fimmta kafla* verður fjallað um hvaða kröfugerð stefnandi getur gert í dómsmálum af þessu tagi. Um þetta hefur verið fjallað á öðrum vettvangi⁹, en í þessari grein verður sérstök áhersla lögð á bótakröfur (þ.m.t. miskabótakröfur) sem hafa hingað til hlotið litla athygli í þessu samhengi. Loks verða helstu niðurstöður dregnar saman í *sjötta kafla* greinarinnar.

2. Endurskoðunarvald dómstóla og takmörk þess

2.1 Inngangur

Í þessum kafla verður, eins og heiti hans gefur til kynna, fjallað um endurskoðunarvald dómstóla gagnvart athöfnum og ákvörðunum framkvæmdavaldsins og með hvaða hætti þetta vald sætir takmörkunum. Takmörkin á endurskoðunarvaldinu geta verið tvenns

⁷ Sjá til dæmis Páll Hreinsson: „Aðili stjórnáskilumáls“. Tímarit lögfræðinga 2005, bls. 387-406 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi“, einkum bls. 40-48.

⁸ Sjá einkum Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið?“ Úlfjótur 2005, bls. 495-525, Skúli Magnússon: „Er þörf á lagasetningu um aðild hins opinbera að dómsmálum?“ Úlfjótur 2005, bls. 527-538 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi“, bls. 48-67.

⁹ Sjá til dæmis Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið“, Róbert R. Spanó: Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“, Tímarit Lögréttu 2005, bls. 67-85, Arnar Þór Stefánsson: Ógilding stjórnvaldsákvæðana (fjölrit), bls. 62-65 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi“, bls. 67-75.

konar. Annars vegar takmörk á því hversu langt dómstólar ganga í *efnislegu* mati stjórnvaldsákvæðana og hins vegar takmarkanir sem segja má að stafi af formlegri þáttum, eins og almennum valdmörkum dómstóla og stöðu þeirra í stjórnskipun landsins. Má sem dæmi nefna að af stjórnarskránni leiðir að dómstólar *endurskoða* almennt aðeins ákvarðanir og athafnir stjórnvalda og geta því yfirleitt ekki tekið nýjar ákvarðanir í stað þeirra ákvarðana sem krafist er ógildingar á.

2.2 Efnislegt endurskoðunarvald

2.2.1 Endurskoðunarvaldið er rúmt í framkvæmd

Í 1. mgr. 60. gr. Stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (hér eftir skammstöfuð stjskr.) kemur fram að dómendur skeri úr öllum ágreiningi um „embættistakmörk yfirvalda“. Þá er einstaklingum og lögaðilum í 70. gr. stjskr. tryggður réttur til aðgangs að dómstólum, en í ákvæðinu segir að öllum beri réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur með réttlátri málsmeðferð innan hæfilegs tíma fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli. Um samband 60. og 70. gr. stjskr. er fjallað í frumvarpi því er varð að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995, en þar segir:

„Regluna í 1. mgr. 8. gr. frumvarpsins um aðgang að dómstólum má ekki skilja svo bókstaflega að hún girði almennt fyrir að ákveðnir málaflokkar lúti málsmeðferð innan stjórnáskrárinnar. Þess verður þó krafist samkvæmt reglunni að unnt sé að bera lokaákvörðun innan stjórnáskrárinnar undir dómstóla, þannig að dómstóll geti a.m.k. metið hvort stjórnvald hafi gætt réttra reglna um málsmeðferð, hvort lögmæt sjónarmið liggja ákvörðuninni til grundvallar og hvort form hennar er lögmætt. Má einnig leiða þennan rétt af nágildandi 60. gr. stjórnarskrárinnar.“¹⁰

Af texta 60. gr. stjskr. og framangreindum frumvarpsetexta virðist gert ráð fyrir því að endurskoðunarvald dómstóla sé þröngt. Orðalag 60. gr. gefur til kynna að endurskoðunarvald dómstóla taki fyrst og fremst til þess að leggja mat á hvort stjórnvald hafi verið innan þeirra marka sem lög setja þeim, til dæmis hvort valdþurrð hafi verið til staðar eða ekki. Þá segir í frumvarpsetexta vegna 70. gr. stjskr. að dómstólar eigi „a.m.k.“ að geta metið hvort stjórnvald hafi gætt réttra reglna um málsmeðferð, hvort lögmæt sjónarmið liggi ákvörðuninni til grundvallar og hvort form hennar sé lögmætt.

¹⁰ Alþt. 1994-1995, A-deild, bls. 2097.

Hvað sem þessu orðalagi líður er raunin önnur í réttarframkvæmd og er óumdeilanlegt að endurskoðunarvald dómstóla er afar rúmt.¹¹ Í dæmaskyni má nefna að í dómi *Hæstaréttar frá 25. febrúar 2016 í máli nr. 628/2015 (endurupptökunefnd)* var tekið fram að dómstólar ættu *úrskurðarvald* um ákvarðanir endurupptökunefndar. Dómstólar veigra sér þannig ekki við að endurskoða úrlausnir stjórnvalda og skiptir ekki máli þótt um afar matskenndar stjórnvaldsákvarðanir sé að ræða. Má sem dæmi nefna að dómstólar endurmeta hvort hæfasti umsækjandinn hafi verið ráðinn í tiltekið starf þótt slík ákvörðun sé byggð á fjölbreyttum þáttum, bæði huglægum og hlutlægum.¹²

2.2.2 Sérstaklega víðtækt endurskoðunarvald

Bent hefur verið á í fræðaskrifum að dómstólar virðast taka sér sérstaklega víðtækt endurskoðunarvald þegar stjórnvöldum eru fengnar heimildir til þess að leggja mat á réttarfarsleg álitafni.¹³ Eru í því sambandi yfirleitt nefndir tveir eldri dómur til sögunnar, *Hrd. 1965, bls. 766 (áfrýjunarleyfi 1)* og *Hrd. 1966, bls. 246 (áfrýjunarleyfi 2)*. Þessi sjónarmið um sérstaklega víðtækt endurskoðunarvald þegar kemur að réttarfarslegum álitafnum hafa fengið frekari stuðning á síðustu árum í dómsmálum sem varðað hafa ákvarðanir svokallaðrar endurupptökunefndar sem starfar á grundvelli IX. kafla laga nr. 50/2016 um dómstóla.¹⁴

Á árinu 2013 var dómstólalögum, lögum um meðferð einkamála og lögum um meðferð sakamála breytt með það að markmiði að færa ákvörðunarvald um endurupptöku óáfrýjaðra og dæmdra mála frá Hæstarétti og til endurupptökunefndar, sbr. lög nr. 15/2013. Þrátt fyrir þessar breytingar sló Hæstiréttur strax þann tón í fyrsta dómi sínum um þetta efni, sbr. áðurnefndan *dóm Hæstaréttar frá 25. febrúar 2016 í*

¹¹ Sjá nánar Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“. Í ritinu *Stjórnsýsluréttur – fjölrít: endurskoðun á stjórnvaldsákvörðun*, Reykjavík 2016, bls. 1-8 og 40-72. Sjá einnig Ragnhildur Helgadóttir: „Vald dómstóla til að endurskoða stjórnvaldsákvarðanir“, einkum bls. 111-112.

¹² Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 61-68.

¹³ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 60-61, Eiríkur Tómasson: „Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda skv. 60. gr. Stjórnarskrárinnar“. *Úlfjótur* 1984, bls. 208-209 og Ragnhildur Helgadóttir: „Vald dómstóla til að endurskoða stjórnvaldsákvarðanir“, bls. 107-108.

¹⁴ Sjá almennt um endurupptökunefnd og þau álitafni sem henni tengjast Kristín Benediktsdóttir og Stefán Már Stefánsson: „Um heimildir endurupptökunefndar í ljósi stjórnskrárákvæða um dómsvald“, *Úlfjótur* 2015, bls. 131-139.

máli nr. 628/2015 (endurupptökunefnd), að dómstólar hefðu vald til þess að endurskoða ákvarðanir nefndarinnar, enda heyrði hún undir framkvæmdavald ríkisins. Það væri því að lokum í höndum dómstóla að taka afstöðu til þess hvort lög stæðu til þess að endurupptaka mál.

Í þeim málum þar sem Hæstiréttur hefur talið að ekki hafi verið skilyrði til endurupptöku hefur málunum verið vísað frá dómi, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 25. febrúar 2016 í máli nr. 628/2015 (endurupptökunefnd)*, *dóm Hæstaréttar frá 20. febrúar 2019 í máli nr. 601/2019 (shaken baby)* og *dóm Hæstaréttar frá 21. maí 2019 í máli nr. 12/2018 (ne bis in idem)*. Í öllum dómunum er farið gaumgæfilega yfir það hvort hin réttarfarslegu skilyrði endurupptöku hafi í reynd verið uppfyllt. Eftir að lög nr. 50/2016 tóku gildi hefur Hæstiréttur aðeins einu sinni talið að skilyrði hafi verið uppfyllt til þess að endurupptaka mál, en málið var dæmt efnislega og dómfelldu sýknaðir í samræmi við kröfur ákærvaldsins, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 27. september 2018 í máli nr. 521/2017 (Guðmundar- og Geirfinnsmálin)*.

Af þessum dómum vekur sérstaklega athygli að í áður nefndum dómi *Hæstaréttar frá 25. febrúar 2016 í máli nr. 628/2015 (endurupptökunefnd)* byggði Hæstiréttur á upplýsingum sem óvíst er hvort endurupptökunefnd hafi haft þegar hún tók ákvörðun um endurupptöku viðkomandi máls. Í málinu var meðal annars deilt um hvort fullnægjandi hefði verið við áfrýjun tiltekins sakamáls að verjandi en ekki hinn dómfelldi ritaði undir yfirlýsingu um áfrýjun. Hæstiréttur taldi, að virtum samskiptum verjandans og dómfellda í framhaldi af uppkvaðningu héraðsdóms, að líta yrði svo á að dómfelldi hefði veitt verjandanum umboð til að koma fram fyrir sína hönd gagnvart ríkissaksóknara og dómstólum vegna áfrýjunar málsins. Síðan sagði:

„Í framkvæmd við áfrýjun héraðsdóma í sakamálum hefur lengi tíðkast að telja lögmann bærán um að standa að yfirlýsingu til ríkissaksóknara um áfrýjun sakamáls án þess að lögð sé fram sérstök yfirlýsing ákærða sjálfs um áfrýjun eða skriflegt umboð hans til lögmannsins í þessu skyni. Hafa þau tilvik um árabíl í raun verið í meiri hluta.“

Af framangreindri tilvitnun virðist ljóst að Hæstiréttur leggur til grundvallar eigin reynslurök af áfrýjun sakamála í gegnum tíðina. Styður þetta enn frekar þær ályktanir fræðimanna að dómstólar gangi afar langt í endurskoðun stjórnvaldsákvarðana þegar um er að ræða réttarfarsleg álitafni, enda eru dómstólar þar á heimavelli en ekki handhafar framkvæmdarvalds.

2.2.3 Takmarkanir á efnislegri endurskoðun dómstóla

Þrátt fyrir að almenna reglan sé sú að endurskoðunarvaldið sé víðtækt finnast dæmi þess að dómstólar forðist að endurskoða efnisatriði ákvarðana eða athafna hins opinbera. Þegar um er að ræða sérfræðileg atriði, sem ekki eru á færi löglærðra dómara að meta, getur farið eftir atvikum hversu víðtæk endurskoðunin verður og hversu mikið svigrúm dómstólar veita viðkomandi stjórnvaldi. Skipta má þessum dæmum gróflega upp í a.m.k. þrjá flokka, eins og nú verður rakið.

2.2.3.1 Takmörkun þegar stjórnvaldsákvörðun byggir á afar matskenndum þáttum

Í *fyrsta lagi* má ljóst vera að endurskoðunarvald dómstóla getur sætt takmörkunum ef stjórnvaldsákvörðun er byggð á afar matskenndum þáttum, eins og til dæmis huglægu eða fagurfræðilegu mati. Þetta getur m.a. átt við á sviði skipulagsmála, byggingarlistar o.þ.h. Í tilviki skipulagsmála er eðlilegt að sveitarstjórnir hafi víðtækt svigrúm þegar kemur að því að ákveða hvort og þá með hvaða hætti verður af tilteknum áformum um uppbyggingu, sbr. til hliðsjónar sjónarmið sem fram koma í *dómi Hæstaréttar frá 7. febrúar 2013 í máli nr. 439/2012 (Kópavogsbær)*.¹⁵ Ákvarðanir sveitarstjórna í þessum efnum geta byggt á afar huglægum þáttum og getur meðal annars fagurfræði haft áhrif á afstöðu sveitarstjórnamanna. Einum sveitarstjórnamanni gæti þótt tillaga um nýja byggingu falleg og samræmast vel byggingarstíl í viðkomandi hverfi á meðan öðrum gæti þótt byggingin óskapnaður. Óeðlilegt væri ef dómstólar ætluðu að skipta sér af slíku huglægu mati

¹⁵ *Dómur Hæstaréttar frá 7. febrúar 2013 í máli nr. 439/2012 (Kópavogsbær)*: S krafðist þess að felld yrði úr gildi ákvörðun sveitarfélagsins K um að hafna tillögu að breyttu deiliskipulagi er varðaði aðgengi að húsi hans. Taldi S að ákvörðun K hefði brotið í bága við ákvæði þágildandi byggingar- og skipulagsreglugerða, 72. gr. stjkskr. og jafnræðisreglu stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Að auki taldi S að ákvörðun K væri reist á ómálefnalegum sjónarmiðum. Hæstiréttur vísaði til þess að sveitarstjórn hefði víðtækt vald í skipulagsmálum innan marka sveitarfélags. Í 1. mgr. 38. gr. laga nr. 123/2010 væri kveðið á um að sveitarstjórn bæri ábyrgð á og annist gerð deiliskipulags. Samkvæmt því heyrði það undir sveitarstjórnina að samþykkja deiliskipulag endanlega, sbr. 40. til 42. gr. laganna, og gildi hið sama um breytingar á slíku skipulagi, sbr. 43. gr. laganna. Taldi Hæstiréttur að S hefði ekki sýnt fram á að ákvörðun bæjarstjórnar K að hafna framkominni tillögu að breytingu á deiliskipulagi hefði brotið í bága við lög eða stjórnvaldsfyrirmæli. Þá taldi rétturinn að ekki hefði verið leitt í ljós að ómálefnaleg sjónarmið hafi búið að baki þeirri ákvörðun. Taldi rétturinn því að héraðsdómur ætti að vera óraskaður þar sem K var sýknað af kröfum S

nema það væri bersýnilega ómálefnalegt.¹⁶ Sem annað dæmi um stjórnvaldsákvörðun þar sem fagurfræði getur ráðið ríkjum má nefna hönnunarsamkeppni samkvæmt 44. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Í slíkum samkeppnum getur útlit hönnunar eðli máls samkvæmt haft afgerandi þýðingu.

Ítreka má að dómstólar hafa ekki veigrað sér við því að endurskoða hvort hæfasti einstaklingurinn hafi verið ráðinn í tiltekið starf. Ákveðinn ómöguleiki er á hinn bóginn fyrir dómstóla að ætla að endurskoða frammistöðumat í starfsviðtölum við umsækjendur, enda voru þeir ekki viðstaddir þau. Dómstólar geta þó endurskoðað framkvæmd og umgjörð starfsviðtala og til dæmis lagt mat á hvort starfsviðtölum hafi verið gefið of mikið vægi í hæfnismati eða hvort afstaða þeirra sem voru viðstaddir viðtölin var bersýnilega byggð á ómálefnalegum sjónarmiðum, sbr. til hliðsjónar *Hrd. 2004, bls. 153 (mál nr. 330/2003) (Leikfélag Akureyrar)*.¹⁷ Þá geta aðilar kallað þá sem voru viðstaddir viðtölin til sem vitni í viðkomandi máli í því skyni að varpa ljósi á hvað fram fór í viðtölunum.

2.2.3.2 Takmörkun þegar byggt er á innbyrðis vægi málefnalegra sjónarmiða

Í öðru lagi má ráða af dómi *Hæstaréttar frá 4. febrúar 2010 í máli nr. 88/2009 (Veidifélag Miðfirðinga)* ráða að þegar stjórnvaldsákvörðun byggir á mörgum sjónarmiðum sem geta vegist á, og þannig megi komast að fjölpættum niðurstöðum, sé hæpið að dómstólar endurskoði vægi einstakra þátta við matið.¹⁸

Dómur Hæstaréttar frá 4. febrúar 2010 í máli nr. 88/2009 (Veidifélag Miðfirðinga). Í málinu var til umfjöllunar gildi arðskrár fyrir Veidifélag Miðfirðinga sem gerð var á grundvelli þágildandi laga um lax- og silungsveiði nr. 76/1970. Stefnendur málsins kröfðust þess að arðskrá félagsins yrði felld úr gildi og vísuðu þeir meðal annars til þess að aðferð og forsendur útreiknings við mat yfirmatsmanna á aðstöðu til netaveiða hefði ekki verið í samræmi við framangreind lög. Hæstiréttur vísaði til þess að þótt í 1. mgr. 50. gr. laga nr. 76/1970 hefði án tæmandi talningar verið greint frá

¹⁶ Byggt er á sambærilegum sjónarmiðum í fjölríti Ólafs Jóhannesar Einarssonar: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 71.

¹⁷ Sjá einnig um sambærilegt álitaefni *álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 4210/2004* þar sem umboðsmaður gerði athugasemdir við það hvernig staðið var að skráningu upplýsinga vegna viðtala sem tekin voru við umsækjendur um embætti ráðuneyttisstjóra félagsmálaráðuneytisins og það vægi sem ráðherra hafði gefið upplýsingum sem hann aflaði sjálfur með samtölum og atriðum sem að hans sögn komu fram í viðtölum.

¹⁸ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 70-71.

helstu þáttum, sem taka skyldi mið af við gerð arðskrár fyrir félagssvæði veiðifélags, hefði öll frekari ákvörðun í þeim efnum verið háð mati stjórnvalds, þegar beita þurfti yfirmati til að koma á slíkri arðskrá. Hæstiréttur taldi að arðskrá samkvæmt yfirmatinu hefði hvorki verið reist á ólögmaetum né ómálefnalegum sjónarmiðum. Ekki væri á færi dómstóla að taka til endurskoðunar forsendur sem færðar voru fyrir niðurstöðu yfirmatsins.

Þessu til viðbótar má aftur nefna til sögunnar dæmi um ráðningu í starf, en á undanförunum árum hefur verið nokkuð rætt um notkun á Excel-stigatöflum og hlutlægri einkunnagjöf í ráðningarmálum. Í slíkum tilvikum geta komið upp ýmis vafamál. Í dæmaskyni má nefna umsækjendur A og B sem sóttu um tiltekið starf. Menntun var metin til 30 stiga af 100 og A fékk 28 stig og B 26 stig fyrir þann lið. Við þessar aðstæður má spyrja hvers vegna menntun gildi 30% en ekki til dæmis 20% og af hverju A fékk 28 stig en ekki til dæmis 27? Fyrir dómstóla getur verið erfiðleikum bundið að hafa sterkar skoðanir á þessum spurningum, nema vægið eða einkunnagjöfin sé bersýnilega röng eða ómálefnaleg, til dæmis ef menntun gildir aðeins 5% við ráðningu í stöðu prófessors eða ef umsækjandi með doktorspróf fær lægri einkunn fyrir menntun en umsækjandi sem aðeins er með B.A.-gráðu. Taka ber fram að umboðsmaður Alþingis hefur gagnrýnt að þessari aðferð sé stundum beitt með of formlegum eða fortakslausum hætti en minna fari fyrir efnislegu mati á þekkingu og getu umsækjenda.¹⁹

Hvað sem þessari afstöðu umboðsmanns líður virðast dómstólar hafa lagt blessun sína yfir þá aðferð að raða umsækjendum eftir hlutlægum aðferðum, sbr. meðal annars *dóm Hæstaréttar frá 7. júní 2018 í máli nr. 578/2017 (úrskurðarnefnd umhverfis- og auðlindamála)* og *dóma Hæstaréttar frá 19. desember 2017 í málum nr. 591/2017 og 592/2017 (Landsréttarmál)*. Í síðarnefndu málunum var ekki haggð við stigafjölda umsækjenda eða fyrirkomulagi einkunnagjafar dómnefndar sem mat hæfi umsækjenda til að verða dómáráð við Landsrétt. Hæstiréttur taldi aftur á móti að annmarki hefði verið á mati dómnefndarinnar þar sem hún lagði í reynd ekki mat á færni umsækjenda til að semja dóma, heldur gaf öllum umsækjendum fullt hús fyrir þann þátt. Hæstiréttur leit á hinn bóginn til þess að umræddur matsþáttur hefði haft óverulegt vægi í heildastigafjölda dómnefndar, eða 2,5 stig af 105 stigum, og væri annmarkinn því óverulegur og gæfi einn og sér ekki tilefni til þess að vikið yrði frá álitni nefndarinnar. Vafalaust hefði Hæstiréttur mátt leggja

¹⁹ Sjá *Skýrslu umboðsmanns Alþingis fyrir árið 2016*. Umboðsmaður Alþingis, Reykjavík 2017, bls. 15-16. Sjá einnig sambærileg sjónarmið í grein Hafsteins Dan Kristjánssonar: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 74-75.

mat á hvort forsvaranlegt hefði verið að gefa svo fá stig fyrir þá hæfni að geta samið dóma þegar skipa átti í dómastöður, en varfærni réttarins að þessu leyti skýrist mögulega af sams konar sjónarmiðum og fram koma í áður nefndum dómi *Hæstaréttar frá 4. febrúar 2010 í máli nr. 88/2009 (Veidifélag Miðfirðinga)* um að dómstólar muni ekki leggja eigið mat á hvert vægi einstakra málefnalega sjónarmiða eigi að vera nema það sé bersýnilega ómálefnalegt. Hér skal þó tekið fram að arðskrámat á grundvelli laga nr. 61/2006 er flókið sérfræðilegt mat sem byggir á samspili fjölmargra þátta og gæti sú staðreynd hafa haft áhrif á niðurstöðu *Hæstaréttar* í máli *Veidifélags Miðfirðinga*. Endurskoðun á innbyrðis vægi forsendna þegar kemur að ráðningu í starf er ekki eins framandi fyrir dómstóla og má finna dæmi þess að dómstólar gangi langt í að endurskoða vægi sjónarmiða við mat á hæfni umsækjenda, sbr. til dæmis *Hrd. 2006, bls. 4891 (mál nr. 195/2006) (Sendiráðsprestur)*.

2.2.3.3 Sérfræðilegt mat stjórnvalda

Loks ber í þriðja lagi að nefna að Ólafur Jóhannes Einarsson hefur bent á að dómstólar fari sér stundum hægt í endurskoðun stjórnvaldsákvarðana sem í grunninn byggja á sérfræðilegu mati viðkomandi stjórnvalds.²⁰ Má í þessu sambandi nefna nokkra dóma, *Hrd. 2000, bls. 2131 (mál nr. 486/1999) (lektorsstarf)*, *Hrd. 2005, bls. 5237 (mál nr. 208/2005) (Tryggingastofnun 1)* og *dóm Hæstaréttar frá 10. mars 2016 í máli nr. 436/2015 (Tryggingastofnun 2)*.

Hrd. 2000, bls. 2131 (mál nr. 486/1999) (lektorsstarf). Málsatvik voru þau að Háskóli Íslands auglýsti starf lektors í sálfræði við félagsvísindasvið skólans. Í auglýsingunni kom fram að um væri að ræða sérstaka tímabundna lektorsstöðu á sviði tilraunasálfræði með megináherslu á skynjun og hugfræði. Dómnefnd var skipuð til þess að meta hæfni umsækjenda og komst hún að þeirri niðurstöðu að L uppfyllti vel almennar kröfur sem gerðar væru til lektora en taldi hann þó ekki hafa sýnt fram á hæfni sína á þeim sviðum sem sérstaklega voru tiltekin í auglýsingunni. L höfðaði mál gegn dómnefndinni, Háskóla Íslands og íslenska ríkinu og krafðist ógildingar á niðurstöðu nefndarinnar. Hæstiréttur vísaði til þess að dómnefndinni bæri að fara eftir auglýsingunni og að ekki yrði séð að hún hafi farið út fyrir hana. Ekki væri á færi dómstóla að endurskoða sérfræðilegt mat nefndarinnar og var héraðsdómur því að öðru leyti staðfestur með vísan til forsendna um annað en málskostnað, þ.e. stefndu voru sýkn af ógildingarkröfu L.

²⁰ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 68-70.

Hrd. 2005, bls. 5237 (mál nr. 208/2005) (Tryggingastofnun 1). Á stefndi Tryggingarstofnun ríkisins og krafðist þess að stofnunin greiddi henni umönnunargreiðslur sem hún taldi sig eiga rétt til á grundvelli 4. gr. laga nr. 118/1993, sbr. 5. gr. reglugerðar nr. 504/1997. Ekki var talið á valdsviði dómstóla að kveða á um að greiða bæri hærri greiðslur en sem næmi því sem Tryggingarstofnun ríkisins hafði ákveðið. Hæstiréttur taldi að slíkt kallaði á að rétturinn legði sérfræðilegt mat á forsendur sem löggjafinn hafði mælt fyrir um að tryggingalæknir hjá stofnuninni skyldi meta.

Dómur Hæstaréttar frá 10. mars 2016 í máli nr. 436/2015 (Tryggingastofnun 2). Í þessu máli var sambærilegt álitaefni uppi og í framangreindum dómi. Hæstiréttur vísaði í framanreifaðan dóm réttarins í máli nr. 208/2005 og sagði að dómstólar væru bærir samkvæmt 60. gr. stjkskr. að fjalla um lögmæti ákvarðana eins og þeirrar sem umrætt mál fjallaði um. Á hinn bóginn væri ekki á valdsviði réttarins að leggja sérfræðilegt mat á það hvort Tryggingarstofnun ríkisins hefði, sem stjórnvaldi, verið rétt að veita styrk til bifreiðakaupa í tilviki stefnanda og þá hversu háan með tilliti til sjúkdóms sonar hans, fötlunar og annarra aðstæðna.

Þessi afstaða Hæstaréttar virðist á yfirborðinu skiljanleg, þ.e. dómáramur hafa yfirleitt aðeins yfir að ráða sérfræðiþekkingu á sviði lögfræði og eiga því erfitt með að endurmeta til dæmis læknisfræðileg álitamál. Á hinn bóginn liggur fyrir að lög nr. 91/1991 um meðferð einkamála (hér eftir skammstöfuð eml.) gera ráð fyrir því að dómstólar geti lagt mat á slík atriði. Þannig getur aðili á grundvelli IX. kafla laganna aflað sér matsgerðar til þess að freista þess að færa sönnur á fullyrðingar sínar um sérfræðileg atriði. Þá geta embættisdómarar kallað til sérfróðan meðdómanda ef þörf er á sérkunnáttu í dómi til að leysa úr málinu, sbr. 2. mgr. 2. gr. eml.

Hér má sem dæmi nefna *dóm Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014 (Vífílfell)*. Um var að ræða samkeppnismál þar sem Vífílfell krafðist ógildingar á tilgreindum úrlausnum samkeppnisyfirvalda. Í málinu reyndi á flókin hagfræðileg álitaefni, meðal annars um staðgöngu gosdrykkja og kolsýrðra vatnsdrykkja og sat sérfróður meðdómandi í málinu í héraði. Þótt niðurstaðan hafi að endingu lotið að því hvort rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi uppfyllt skilyrði 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 (hér eftir skammstöfuð ssl.) er alveg ljóst af niðurstöðu héraðsdóms, sem staðfest var með vísan til forsendna í Hæstarétti, að hagfræðilegt mat á markaðsaðstæðum hafði áhrif á niðurstöðuna. Í málinu virðast dómstólar þannig ekki hafa veigrað sér við því að leggja mat á hagfræðileg álitaefni, þótt Samkeppniseftirlitið búi yfir yfirgripsmikilli sérfræðikunnáttu á því sviði.

Þá má nefna að í dómi *Hæstaréttar frá 25. febrúar 2016 í máli nr. 477/2015 (Harpa)* var deilt um úrskurð yfirfasteignamatsefnar þar sem staðfest var ákvörðun Þjóðskrár um að fasteignamat Hörpunnar, tónlistar- og ráðstefnuhúss, yrði að ákveðinni fjárhæð. Þjóðskrá hafði tekið þá ákvörðun á grundvelli svokallaðrar kostnaðaraðferðar en H ohf. vildi meina að beita ætti svonefndri tekjumatsaðferð við útreikning á fasteignamati hússins. Hæstiréttur féllst á málalíbúnað H ohf., en með því fór rétturinn ofan í aðferðafræði Þjóðskrár við fasteignamat og taldi stjórnvaldið hafa beitt röngu mati í þessu tilvik. Hæstiréttur lagði því mat á fýsileika tveggja aðferða sem Þjóðskrá, hið sérfróða stjórnvald á þessu sviði, hafði þróað meðal annars á grundvelli töl- og stærðfræðilíkana. Þess ber þó að geta að í málinu lá fyrir matsgerð dómkvaddra matsmanna þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að markaðsvirði Hörpu væri langt undir því fasteignamati sem Þjóðskrá hafði komist að niðurstöðu um.

Samkvæmt framangreindu er ekki ljóst hvað skýrir þá afstöðu Hæstaréttar í Hrd. 2000, bls. 2131 (mál nr. 486/1999) (lektorsstarf), Hrd. 2005, bls. 5237 (mál nr. 208/2005) (Tryggingastofnun 1) og dómi Hæstaréttar frá 10. mars 2016 í máli nr. 436/2015 (Tryggingastofnun 2) að sérfræðilegt mat í þeim tilvikum sæti ekki endurskoðun dómstóla. Þá er erfitt að finna samræmi á milli þessara dóma og annarra þar sem dómstólar hafa ekki veigrað sér við því að kafa djúpt ofan í sérfræðileg atriði. Mögulega hafði það áhrif í framangreindum dómum að engin matsgerð lá fyrir sem hnekkt gat sérfræðilegu mati viðkomandi stjórnvalda. Rökstuðningur Hæstaréttar hefði þá mátt vera af þeim meiddi í stað þess að gefa í skyn að sérfræðilegt mat af þessum toga sæti ekki endurskoðun dómstóla. Ljóst er enda að lítið er eftir af rétti manna til aðgangs að dómstólum ef dómstólar endurskoða ekki stjórnvalds-ákvæðanir þar sem reynir á aðra sérþekkingu en lögfræðilega.

2.3 *Formlegri takmarkanir á endurskoðunarvaldinu*

Í kaflanum hér að framan var rakið að dómstólum er fátt óviðkomandi þegar kemur að efnislegri endurskoðun ákvarðana og athafna stjórnvalda, þótt finna megi dæmi þess að dómstólar veigri sér við slíkri endurskoðun í einstaka tilvikum. Umfjöllunin í þessum kafla mun á hinn bóginn beinast að þeim takmörkunum sem leiða af reglum réttarfars, eðli dómstóla og stöðu þeirra innan stjórnskipunarinnar.

2.3.1 Mál undanþegin lögsögu dómstóla

Í þróngum undantekningartilvikum geta tiltekin mál verið undanskilin lögsögu dómstóla og þar með endurskoðunarvaldi þeirra. Í 1. mgr. 24. gr. eml. kemur fram að dómstólar hafi vald til að dæma um hvert það sakarefni sem lög og landsréttur ná til nema það sé skilið undan lögsögu þeirra samkvæmt lögum, samningi, venju eða eðli sínu. Eigi sakarefni ekki undir dómstóla er því vísað frá dómi.²¹ Ákveðnar stjórnvaldsákvarðanir geta því samkvæmt eðli sínu og efni verið undanþegnar endurskoðun dómstóla. Líta verður á þetta sem undantekningu sem skýra beri þróngt. Í þessu sambandi er áhugavert að bera saman annars vegar *dóm Hæstaréttar frá 8. maí 2008 í máli nr. 207/2008 (ríkissaksóknari 1)* og hins vegar *dóm Hæstaréttar frá 20. desember 2018 í máli nr. 30/2018 (ríkissaksóknari 2)*, en í báðum málunum var tekist á um hvort dómstólar væru bærir til þess að endurskoða ákvarðanir ríkissaksóknara um að hætta rannsókn á meintum refsiverðum brotum.

Dómur Hæstaréttar frá 8. maí 2008 í máli nr. 207/2008 (ríkissaksóknari 1). Í málinu krafðist A ógildingar á þeirri ákvörðun ríkissaksóknara að ljúka opinberri rannsókn á andláti dóttur hans. Ríkissaksóknari gerði þá kröfu að málinu yrði vísað frá á þeim grundvelli að ekki væri innan valdsviðs dómstóla að dæma um ákvörðun hans að rannsókn lögreglu á máli skuli hætt. A varðist frávísunarkröfu R meðal annars með þeim rökum að hvergi kæmi fram í 76. gr. þágildandi laga um meðferð opinberra mála nr. 19/1991 að ríkissaksóknari hefði fullnaðarvald um þá ákvörðun að hætta rannsókn máls og að ekki sé unnt að bera slíka ákvörðun undir dómstóla. Að auki vísaði A til 60. gr. stjkskr. Svo fór að héraðsdómur féllst á að vísa málinu frá á þeim grundvelli að ríkissaksóknari nyti sjálfstæðis í starfi sínu og ætti þannig fullnaðarmat um það hvort grundvöllur sé fyrir því að halda rannsókn áfram eða hætta henni. Það félli ekki undir valdsvið dómstóla að ógilda slíka ákvörðun ríkissaksóknara. Meiri hluti Hæstaréttar staðfesti úrskurð héraðsdóms og vísaði til þess að um væri að ræða ákvörðun um meðferð valdheimilda ríkissaksóknara sem gæti eðli sínu samkvæmt ekki sætt endurskoðun dómstóla. Var málinu vísað frá á grundvelli 1. mgr. 24. gr. eml. Minni hluti Hæstaréttar, eða einn dómari, vildi fella úr gildi ákvæði héraðsdóms um frávísun málsins. Sérákvæðið byggði á því að dómstólar skæru úr ágreiningi um lögmæti og mörk athafna yfirvalda samkvæmt 60. gr. stjkskr., þar með talið um það hvort lög veiti stjórnvaldi fullnaðarúrskurðarvald á tilteknu sviði. A ætti rétt samkvæmt 70. gr. stjkskr. á að fá úrlausn dómstóla um gildi stjórnvaldsathafna sem vörðuðu lögmæta

²¹ Almenna umfjöllun um 1. mgr. 24. gr. laga nr. 91/1991 má finna í Markús Sigurbjörnsson og Kristín Benediktsdóttir: *Einkamálaréttarfar*, bls. 115-116 og 123-127.

hagsmunum hans. Í ljósi þessara fyrirmæla stjórnarskrárinnar bæri að leggja fyrir héraðsdóm að taka kröfu sóknaraðila til efnismeðferðar um lögmati ákvörðunar ríkissaksóknara.

Dómur Hæstaréttar frá 20. desember 2018 í máli nr. 30/2008 (ríkissaksóknari 2). G höfðaði mál og krafðist ógildingar á þeirri ákvörðun ríkissaksóknara að hefja ekki lögreglurannsókn á ætluðum brotum æðstu embættismanna Seðlabanka Íslands gegn 148. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 (hér eftir skammstöfuð hgl.) um rangar sakargiftir. Kröfugerð sína byggði G annars vegar á því að ákvörðun ríkissaksóknara hefði verið reist á rangri skýringu á 148. gr. hgl. og hins vegar að sá saksóknari sem tók ákvörðunina fyrir hönd ríkissaksóknara hefði verið vanhæfur til töku hennar. Héraðsdómur féllst á málstað G og felldi ákvörðun ríkissaksóknara úr gildi á þeim grundvelli að svo verulegir annmarkar hefðu verið á ákvörðun ríkissaksóknara að ekki yrði hjá því komist að fella hana úr gildi. Landsréttur vísaði málinu frá héraðsdómi á þeim rökum að umrædd ákvörðun væri hluti af valdheimildum sem fengnar væru ríkissaksóknara að lögum. Valdheimildirnar væru þess eðlis að þær gætu ekki sætt endurskoðun dómstóla, sbr. 1. mgr. 24. gr. eml. Þessu til stuðnings vísaði Landsréttur til fyrri fordæma Hæstaréttar, meðal annars áður reifaðan *dóm Hæstaréttar frá 8. maí 2008 í máli nr. 207/2008 (ríkissaksóknari 1)*. Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að ekki væri á færi dómstóla, með tilliti til þrígreiningar ríkisvaldsins og verkaskiptingu ákærvaldsins og dómstóla, að hrinda ákvörðun ákæranda um að mæla ekki fyrir um lögreglurannsókn eða láta ekki verða af saksókn af efnislegum ástæðum. Heimild dómstóla til endurskoðunar sem studd er við 60. gr. stjkskr. sé bundin við atriði sem varða formhlið máls og á þeim grunni hefði Landsréttur átt að taka afstöðu til þess hvort starfsmaðurinn sem tók ákvörðunina hefði verið hæfur til þess. Að svo búnu komst rétturinn að þeirri niðurstöðu að hann hefði ekki verið vanhæfur og frávisun málsins frá dómi því staðfest.

Tvennt vekur athygli við framangreinda dóma. Í *fyrsta lagi* sú staðreynd að í *dómi Hæstaréttar frá 8. maí 2008 í máli nr. 207/2008 (ríkissaksóknari 1)* vegast á tvenns konar sjónarmið, annars vegar um að ríkissaksóknari sé æðsti handhafi ákærvalds og hins vegar stjórnarskrárbundinn réttur A til að fá dómstóla til að endurskoða viðkomandi stjórnvaldsákvörðun. Meirihluti tveggja dómara taldi fyrirnefndu sjónarmiðin veigameiri en minnihlutinn taldi að réttur A ætti að veга þyngra á vogarskálinni. Í ljósi þess hversu veigamiklir hagsmunir vegast þarna á og atkvæði dómara skiptust 2-1 má draga í efa að dómurinn hafi afgerandi fordæmisgildi. Betur hefði farið á því að málið hefði verið dæmt af fimm dómurum til að taka af allan vafa um hvort sjónarmiðið ætti að veга þyngra.

Í öðru lagi má segja að ákveðinn vafi sé uppi um hvort dómarnir tveir séu að öllu leyti samrýmanlegir. Í dómi *Hæstaréttar frá 8. maí 2008 í máli nr. 207/2008 (ríkissaksóknari 1)* var talið að Hæstiréttur gæti ekki endurskoðað ákvarðanir ríkissaksóknara og var enginn fyrirvari gerður við þá niðurstöðu. Í dómi *Hæstaréttar frá 20. desember 2018 í máli nr. 30/2018 (ríkissaksóknari 2)* er hins vegar opnað á það að dómstólar kanni formhlið ákvörðunar ríkissaksóknara og í dómnum var tekin efnisleg afstaða til þess hvort tiltekinn starfsmaður hefði verið vanhæfur til að taka viðkomandi ákvörðun. Niðurstaða í síðara málinu er eðlileg í ljósi 60. og 70. gr. stjskr., enda væri ótækt fyrir einstaklinga og lögaðila að þurfa að þola það til dæmis að ákvörðun ríkissaksóknara um að fella niður rannsókn væri bersýnilega tekin af vanhæfum embættis- eða starfsmanni. Vafalaust má túlka niðurstöðuna sem ákveðna mála-miðlun á milli sjónarmiða meiri- og minnihlutans í dómi *Hæstaréttar frá 8. maí 2008 í máli nr. 207/2008 (ríkissaksóknari 1)*. Á hinn bóginn stendur enn eftir sú spurning hvers vegna dómstólar endurskoða ekki efnishlið ákvörðunar ríkissaksóknara, enda er væntanlega alveg jafn bagalegt ef ákvörðun embættisins er bersýnilega ómálefnaleg eins og ef ákvörðun er tekin af vanhæfum embættis- eða starfsmanni.

Nánar verður fjallað um það í næsta kafla að af fyrrnefndu ákvæði 1. mgr. 24. gr. eml. leiðir einnig að dómstólar geta aðeins endurskoðað stjórnvaldsákvarðanir en ekki tekið nýjar ákvarðanir sem eru annars efnis en þær sem leitað er endurskoðunar á.

2.3.2 Dómstólar taka ekki nýjar ákvarðanir

Eins og að framan er rakið er endurskoðunarvald dómstóla afar víðtækt. Mikilvægt er á hinn bóginn að átta sig á því að dómstólar *endurskoða* aðeins stjórnvaldsákvarðanir og geta ógilt þær ef þeim er áfátt að formi eða efni til en af þrískiptingu ríkisvaldsins leiðir að almennt er ekki á færi dómstóla að taka nýjar ákvarðanir um málefni sem stjórnvöldum eru falin með lögum í stað stjórnvaldsákvarðana sem ógiltar kunna að verða með dómi, eins og komist er að orði í dómi *Hæstaréttar frá 19. júlí 2010 í máli nr. 436/2010 (aðalskipulag Flóahrepps)*. Sjá einnig dóm *Hæstaréttar frá 11. apríl 2011 í máli nr. 187/2011 (HOB-vín)*, og dóm *Hæstaréttar frá 16. mars 2017 í máli nr. 85/2017 (endurupptaka Al-*

*Thani máls) en gagnstæða niðurstöðu í dómi Hæstaréttar frá 6. júní 2012 í máli nr. 327/2012 (Drómi).*²²

Dómur Hæstaréttar frá 19. júlí 2010 í máli nr. 436/2010 (aðalskipulag Flóahrepps). Málsvik voru þau að umhverfisráðherra hafði synjað að staðfesta aðalskipulag sveitarfélagsins F á tilteknu landsvæði. F stefndi því íslenska ríkinu og krafðist þess annars vegar að ákvörðun umhverfisráðherra yrði ógilt með dómi og á hinn bóginn að viðurkennt yrði með dómi að ráðherra bæri að staðfesta umrætt aðalskipulag sveitarfélagsins. Héraðsdómur vísaði málinu frá en Hæstiréttur sneri niðurstöðu héraðsdóms við að hluta og lagði fyrir héraðsdóm að taka til efnismeðferðar gildi ákvörðunar umhverfisráðherra. Á hinn bóginn staðfesti Hæstiréttur þá niðurstöðu héraðsdóms að vísa viðurkenningarkröfu sveitarfélagsins frá dómi. Um þetta sagði rétturinn: „Enda þótt dómstólar skeri samkvæmt 60. gr. stjórnarskrárinnar úr öllum ágreiningi um embættistakmörk yfirvalda og geti þannig ógilt ákvarðanir framkvæmdavaldshafa ef þeim er áfátt að formi eða efni leiðir af þrískiptingu ríkisvaldsins, sbr. 2. gr. stjórnarskrárinnar, að almennt er ekki á færi dómstóla að taka nýjar ákvarðanir um málefni sem stjórnvöldum eru falin með lögum í stað stjórnvaldsákvæðana sem ógiltar kunna að verða með dómi.“

Dómur Hæstaréttar frá 11. apríl 2011 í máli nr. 187/2011 (HOB-vín). Í málinu gerði H ekki kröfu um ógildingu ákvarðana ÁTVR heldur beindist hluti kröfugerðarinnar að því að ákveðið yrði hvert skyldi vera efnislegt innihald ákvarðana sem kæmu í þeirra stað. Hæstiréttur vísaði meðal annars til 2. gr. stjkskr. og sagði að það leiddi af ákvæðinu að almennt væri ekki á færi dómstóla að taka nýjar ákvarðanir um málefni sem stjórnvöldum væru falin með lögum og ógildanlegar kynnu að vera eða gefa stjórnvöldum fyriræli um efnislegt innihald slíkra ákvarðana. Rétturinn vísaði einnig til framanreifaðs dóms réttarins í máli nr. 436/2010 til stuðnings niðurstöðu sinni um frávisun þessa hlutar kröfugerðar H.

Dómur Hæstaréttar frá 6. júní 2012 í máli nr. 327/2012 (Drómi). Í málinu krafðist fjármálafyrirtækið A hf. þess að hluti einnar ákvörðunar FME yrði felldur úr gildi er laut að vaxtakjörum skuldabréfs. Varnaraðilinn D hf. taldi að ekki væri á færi dómstóla að ógilda ákvörðun stjórnvalds að hluta með þeim afleiðingum að hún stæði að öðru leyti eftir og þannig efnislega breytt. Í þessu sambandi vísaði Hæstiréttur til 18. gr. laga nr. 87/1998 um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi en þar sagði að sá sem ekki vilji una ákvörðun FME geti höfðað mál til ógildingar hennar innan ákveðins tíma. Þótt A hf. væri að krefjast þess í málinu að nánar tiltekinn

²² Sjá einnig fræðilega umfjöllun sem benti í sömu átt en birtist áður en umræddir dómur féllu, Róbert R. Spanó: „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“, bls. 70-72.

Þáttur í ákvörðun FME frá 4. febrúar 2011 yrði felldur úr gildi yrði að gæta að því að þau atriði hennar, sem eftir stæðu, væru efnislega á sama veg og fyrri ákvörðun FME frá 5. júní 2009, sem myndi standa í heild óhöggud ef ákvörðunin frá 4. febrúar 2011 yrði felld úr gildi að öllu leyti. Efnislega gæti engu breytt að þessu leyti fyrir D hf. hvort ákvörðunin 4. febrúar 2011 yrði ógilt í heild eða aðeins að hluta eins og A hf. krafðist í málinu. Að auki væri dómstólum með 18. gr. laga nr. 87/1998, sbr. 60. gr. stjskr., fengið vald til að ógilda ákvarðanir FME og í því sambandi var enginn greinarmunur gerður á tilvikum eftir því hvort FME hefði áður tekið ákvörðun um sama málefni, sem rakna myndi við þegar síðari ákvörðun yrði ógilt, eða hvort engin ákvörðun lægi þá fyrir. Með þessu úrlausnarvaldi væri á engan hátt lagt í hendur dómstóla að taka efnislega ákvörðun í máli í stað þess að stjórnvald taki hana. Því væru engin haldbær rök til þess að vísa málinu frá dómi og var hinn kærði úrskurður því felldur úr gildi og lagt fyrir héraðsdóm að taka málið til efnismeðferðar.

Dómur Hæstaréttar frá 16. mars 2017 í máli nr. 85/2017 (endurupptaka Al-thani málsins). Kröfu Ó um að viðurkennt yrði að skilyrði fyrir endurupptöku máls, sem dæmt hafði verið í Hæstarétti, væru uppfyllt var vísað frá héraðsdómi á þeim grundvelli að í kröfugerð Ó fælist í raun að dómstólar myndu taka nýja ákvörðun í málinu. Slíkt væri á hendi endurupptökunefndar en ekki á hendi dómstóla sbr. 1. mgr. 24. gr. eml. um meðferð einkamála. Hæstiréttur staðfesti úrskurð héraðsdóms með vísan til forsendna.

Ástæðan fyrir þessari afstöðu dómstóla er ekki síst sú að ógilding stjórnvaldsákvörðunar þarf ekki að þýða að stjórnvaldi beri að taka aðra ákvörðun en tekin var í upphafi. Ef stjórnvaldsákvörðun er til dæmis ógilt vegna þess að stjórnvald braut gegn rannsóknarskyldu sinni, sbr. 10. gr. ssl., getur það skoðað málið á nýjan leik og tekið sömu ákvörðun, að því gefnu að sjálfsögðu að fullnægjandi rannsókn styðji þá niðurstöðu.²³

Undantekningar finnast í dómafrankvæmd frá þeirri meginreglu að dómstólar taki ekki nýjar ákvarðanir um málefni sem stjórnvöldum eru falin með lögum. Á það einkum við í þeim tilvikum þegar stjórnvald hefur ekkert svigrúm til mats við skýringu á hlutaðeigandi lagaákvæði. Er þetta orðað með eftirfarandi hætti í *dómi Hæstaréttar frá 2. júní 2016 í máli nr. 595/2015 (tekjutengdar greiðslur)*: „[...] dómstólar [geta] kveðið á um athafnaskyldu stjórnvalds, svo sem skyldu til að inna af hendi greiðslu, að því tilskildu að stjórnvaldinu hafi verið falið að taka slíka ákvörðun á grundvelli laga þar sem ýmist er ekki svigrúm til mats eða óumdeilt er að ákvæði þeirra hafi verið skýrð á tiltekinn hátt í

²³ Arnar Þór Stefánsson: „Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana“ (fjölrit), bls. 58-59.

framkvæmd.“ Sama niðurstaða var í dómi *Hæstaréttar frá 21. júní 2017 í máli nr. 334/2017 (fóstursamningur)* og dómi *Hæstaréttar frá 31. júlí 2017 í máli nr. 451/2017 (Landsréttur – formhluti)*.²⁴

Dómur Hæstaréttar frá 31. júlí 2017 í máli nr. 451/2017 (Landsréttur – formhluti). Á var einn af 33 umsækjendum um embætti dómara við Landsrétt og meðal þeirra 15 sem dómnefnd samkvæmt lögum um dómstóla nr. 15/1998 hafði talið hæfasta til að gegna embætti landsréttardómara. Dómsmálaráðherra gerði tillögu til Alþingis um hvaða 15 umsækjendur skyldi skipa dómara við réttinn sem samþykkt var en Á var ekki meðal þeirra. Af þessu tilefni höfðaði Á mál á hendur íslenska ríkinu og krafðist meðal annars ógildingar á athöfnum ráðherra. Hæstiréttur reifaði 60. gr. og 1. mgr. 70. gr. stjskr. og vísaði til þess að ákvæðin hefðu verið skýrð á þann veg að sérhver maður sem ætti lögvarinna hagsmuna að gæta geti almennt krafist þess fyrir dómi að ákvarðanir stjórnvalda verði ógiltar ef þær brjóta í bága við lög að formi eða efni til. Hinn stjórnarskrárvarði réttur yrði ekki skertur eða takmarkaður með lögum en þó væri ekki á færi dómstóla að taka nýjar ákvarðanir um málefni sem stjórnvöldum eru falin með lögum í stað stjórnvaldsákvarðana sem ógiltar kunna að verða með dómi, svo sem ráðið yrði af 2. gr. stjskr., *nema stjórnvöld hafi ekki neitt svigrúm til mats við skýringu á hlutaðeigandi lagaákvæðum.*

Eitt þekktasta dæmið úr réttarframkvæmd þar sem dómstólar hafa mælt fyrir um athafnaskyldu opinbers aðila er *Hrd. 1999, bls. 2015 (mál nr. 151/1999) (Táknmálstúlkun)*.

Hrd. 1999, bls. 2015 (mál nr. 151/1999) (Táknmálstúlkun). B og F stefndu Ríkisútvarpinu og kröfðust þess að því yrði gert skylt að láta túlka á táknmáli framboðsumræður í sjónvarpi kvöldið fyrir kosningar til Alþingis. Ríkisútvarpið hafði áður hafnað beiðni F um hið sama. Hæstiréttur féllst á kröfur B og F og lagði þá skyldu á Ríkisútvarpið að túlka umræddar framboðsumræður í sjónvarpi kvöldið fyrir alþingiskosningar. Hæstiréttur byggði meðal annars á því að það væri óaðskiljanlegur þáttur kosningarréttar sem verndaður væri í III. kafla stjórnarskrárinnar og 3. gr. I viðauka MSE að sá sem nyti kosningaréttar hefði tækifæri til að kynna sér þau atriði sem kosið væri um. Ríkisútvarpið hefði það lögákvæðna hlutverk að kynna frambjóðendur og stefnumál þeirra fyrir kosningar til Alþingis og því bæri að gæta jafnræðis þegar það sinnti því hlutverki sínu. Þótt játa bæri Ríkisútvarpinu verulegt svigrúm við tilhögun dagskrár og útsendingar að þá yrðu ákvarðanir sem raska skyldum þeim og réttindum sem mælt er fyrir

²⁴ Sjá einnig fræðilega umfjöllun sem benti í sömu átt en birtist áður en umræddir dómur féllu, Róbert R. Spanó: „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“, bls. 83.

um í 15. gr. laga nr. 68/1985 að styðjast við gild málefnaleg rök. Sama ætti við um frávik frá skyldum samkvæmt 7. gr. laga nr. 59/1992. Um þetta ættu dómstólar endanlegt mat. Var fallist á kröfur B og F og viðurkennt að Ríkisútvarpinu væri skylt að láta túlka umræður á táknmáli um leið og þær færu fram.

Samkvæmt þessu er ljóst að dómstólar geta mælt fyrir um athafnaskyldu opinberra aðila ef hún er ótvíræð og ekki háð mati. Í tilviki táknmálastúlkunardómsins lá fyrir að annaðhvort bar að túlka kosningasjónvarpið á táknmáli eða ekki. Þar sem ákvörðunin um að gera það ekki var talin brjóta gegn mannréttindum B og F gat ekki komið til greina að Ríkisútvarpið tæki sömu ákvörðun á nýjan leik. Hafði ekki síst þýðingu í þessu sambandi að dómur féll 6. maí 1999, aðeins tveimur dögum fyrir þingkosningar og degi áður en senda átti beint út frá umræðum forystumanna stjórnmalasamtaka. Þeir sem þörf höfðu fyrir táknmálastúlkun hefðu af þeim sökum hugsanlega glatað lýðræðislegum grundvallarréttindum ef Hæstiréttur hefði ekki tekið afgerandi afstöðu um athafnaskyldu Ríkisútvarpsins. Af þeim sökum var hreinlega af dómstólum að viðurkenna beinlínis skylduna.

Hér er þó um að ræða undantekningu frá meginreglunni um að dómstólar *endurskoði* aðeins stjórnvaldsákvarðanir og eðlilegt að þeir sýni varfærni þegar kemur að kröfugerðum um athafnaskyldu stjórnvalda.²⁵ Ef einhverjar líkur eru á því að stjórnvald geti tekið sömu ákvörðun aftur, að undangenginni rétttri málsmeðferð, er eðlilegt að ógilda stjórnvaldsákvörðunina í stað þess að viðurkenna athafnaskyldu. Sjá um þetta til dæmis *dóm Hæstaréttar frá 6. desember 2018 í máli nr. 857/2017 (Zoe)*, sem reifaður er í næsta kafla.

2.3.3 *Endurskoðunarvaldið takmarkast af efnisatriðum viðkomandi ákvörðunar*

Það sem þrengir enn frekar að endurskoðunarvaldi dómstóla er að þeir endurskoða yfirleitt aðeins þann lagagrundvöll sem lá til grundvallar hinni endurskoðuðu ákvörðun. Þá getur borgarinn ekki fengið úr því skorið í viðkomandi máli hvort önnur skilyrði fyrir stjórnvaldsákvörðun hafi verið uppfyllt en þau sem sérstaklega komu til skoðunar í viðkomandi ákvörðun. Sjá meðal annars eftirfarandi dóma til skýringa:

²⁵ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi“, bls. 74-75.

Dómur Hæstaréttar frá 16. maí 2012 í máli nr. 593/2011 (FME). Málavextir voru þeir að FME lagði stjórnvaldssekt á fjármálafyrirtækið E hf. með stoð í þágildandi 13. tölul. 1. mgr. 110. gr. laga nr. 161/2002 vegna brots gegn 30. gr. sömu laga. Fjármálaeftirlitið hafði komist að þeirri niðurstöðu að fjórir menn væru fjárhagslega tengdir aðilar í skilningi a. liðar 4. mgr. 2. gr. reglna nr. 216/2007 og því teldust skuldbindingar þeirra til einnar áhættu samkvæmt 30. gr. laga nr. 161/2002. E hf. höfðaði mál og krafðist ógildingar á stjórnvaldssektinni. FME byggði á því til vara að aðilarnir gætu fallið undir b. lið 4. mgr. 2. gr. reglnanna en þar sem ákvörðun FME var í engu reist á því ákvæði taldi Hæstiréttur að eingöngu yrði leyst úr málinu á grundvelli a. liðarins.

Dómur Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014 (Vifilfell). Í málinu hafði Samkeppniseftirlitið lagt sekt á V hf. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti þá ákvörðun en þó lækkað sektarfjárhæðina. Í kjölfarið höfðaði V hf. mál á hendur Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu aðallega til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar og endurgreiðslu sektarinnar en ellegar til niðurfellingar hennar. V hf. byggði á því að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hefði ekki verið notast við rétta markaðsskilgreiningu og þar með hafi verið brotið gegn 10. gr. ssl. Héraðsdómur komst að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn 10. gr. ssl. og var því úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála felldur úr gildi. Fyrir Hæstarétti lagði Samkeppniseftirlitið fram ný gögn en um það sagði Hæstiréttur að eftirlitið hefði ekki stuðst við þau við undirbúning ákvörðunar sinnar. Óumdeilt var að þau höfðu ekki verið kynnt V hf. á því stigi málsins. Niðurstaða héraðsdóms var því staðfest með vísan til forsendna.

Dómur Hæstaréttar frá 6. desember 2018 í máli nr. 857/2017 (Zoe). Í málinu krafðist ónefnd stúlka þess að felldur yrði úr gildi úrskurður mannanafnanefndar í tilteknu máli og viðurkennt að hún mætti bera eigin nafnið Zoe. Í úrskurði mannanafnanefndar var lagt til grundvallar að nafnið Zoe væri hvorki ritað eftir almennum ritreglum íslensks máls þar sem bókstafurinn „z“ væri ekki notaður í íslenskri starfsetningu né að ritháttur nafnsins hefði öðlast hefð hér á landi og væri því í andstöðu við 1. mgr. 5. gr. laga nr. 45/1996 um rithátt eigin nafns. Hæstiréttur taldi að þar sem mannanafnanefnd vék í engu að öðrum skilyrðum viðkomandi lagaákvæðis gætu þau ekki komið til athugunar, svo sem hvort starfsetning nafnsins að öðru leyti væri í lagi, hvort eða hvernig það gæti tekið íslenska eignarfallssendingu og hvort það bryti í bága við íslenskt málkerfi. Rétturinn færði að því búnu rök fyrir því að grunnforsenda mannanafnanefndar um að ekki mætti rita nöfn með bókstafnum „z“ væri röng, enda hefði sérstaklega verið tekið fram í auglýsingu nr. 132/1974 um íslenska stafsetningu að rita mætti sérnöfn af erlendum uppruna með „z“. Var þegar af þeirri ástæðu fallist á ógildingarkröfu ónefndu stúlkunnar. Á hinn bóginn var því hafnað

að viðurkennt yrði að stúlkan mætti bera eigin nafnið Zoe, enda væri ekki á grundvelli þagnarinnar einnar hægt að leggja til grundvallar að mannanafnanefnd hafi talið önnur skilyrði viðkomandi lagaákvæðis uppfyllt.

Af framangreindum dómum má draga eftirfarandi ályktanir: Í fyrsta lagi má stjórnvald fyrir dómi ekki byggja á öðrum lagagrundvelli en lagður var til grundvallar í hinni umdeildu ákvörðun, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 16. maí 2012 í máli nr. 593/2011 (FME)*. Hér skal tekið fram að dómurinn varðaði álagningu stjórnvaldssektar, sem er afar íþyngjandi ákvörðun, og gæti slíkt haft áhrif við mat á því hvert fordæmisgildi dómsins er. Á hinn bóginn er ekki að finna neina fyrirvara í dóminum að þessu leyti og má af þeim sökum færa sterk rök fyrir því að forsendur réttarins hafi almennt fordæmisgildi. Í öðru lagi geta stjórnvöld ekki lagt fram ný gögn og vísað til nýrra sjónarmiða fyrir dómi, enda endurskoða dómstólar aðeins þá ákvörðun sem stjórnvaldið tók og þau rök sem bjuggu henni að baki, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014 (Vífílfell)*. Í þriðja lagi tekur Hæstiréttur ekki afstöðu til skilyrða eða sjónarmiða sem viðkomandi stjórnvald var þögult um, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 6. desember 2018 í máli nr. 857/2017 (Zoe)*. Af síðastnefnda dóminum má ráða að mannanafnanefnd hefði getað hafnað því að stúlkan mætti bera nafnið Zoe á öðrum forsendum en hún gerði í fyrstu, að því gefnu að þær væru lögmætar og málefnalegar. Skemmst er þó frá því að segja að nefndin tók málið fyrir á nýjan leik og samþykkti nafnið Zoe í *úrskurði sínum frá 20. febrúar 2019 í máli nr. 5/2019*.

2.4 Samanburður á endurskoðunarvaldi dómstóla og æðra settra stjórnvalda

Áður en sagt er skilið við endurskoðunarvald dómstóla er rétt að minnast stuttlega á að endurskoðun æðra settra stjórnvalda er ekki bundin sömu takmörkunum og endurskoðunarvald dómstóla. Dómstólar eru meðal annars bundnir af málalíbúnaði málsaðila og geta ekki byggt á öðrum málsástæðum en aðilarnir hafa beinlínis haldið fram. Þá er endurskoðunarvaldið einnig takmarkað við það að *endurskoða* ákvarðanir og stjórnvöld geta að jafnaði ekki byggt á nýjum sjónarmiðum eða öðrum gögnum en lágu viðkomandi ákvörðun til grundvallar, eins og áður er rakið.

Þetta á ekki við um endurskoðun æðra settra stjórnvalda. Æðra sett stjórnvöld geta endurskoðað málsmeðferð lægra setts stjórnvalds í heild sinni og getur almennt byggt á öllum þeim sjónarmiðum og gögnum

sem lægra sett stjórnvald hefur haldið uppi, sem og nýjum sjónarmiðum, réttarheimildum og gögnum.²⁶ Æðra sett stjórnvald er því ekki bundið að nokkru leyti við niðurstöður og forsendur lægra setts stjórnvalds og getur þannig ráðið bót á þeim annmörkum sem voru á málsmeðferð eða efnislegri niðurstöðu lægra setta stjórnvaldsins. Skýrt dæmi um þetta er *Hrd. 2003, bls. 4714 (mál nr. 172/2003) (barnaverndarmál)*. Í dómi Hæstaréttar kom fram að úrskurður barnaverndarnefndar Z hafi verið haldinn svo alvarlegum annmörkum að varðaði ógildinguna hans. Á hinn bóginn var talið að hið æðra setta stjórnvald, barnaverndarráð, hefði bætt úr annmörkunum með sjálfstæðri gagnaöflun og var því ekki fallist á ógildingarkröfu í málinu.

Fyrir lögmennt getur oft verið erfitt að ráðleggja umbjóðendum hvort þeir eigi að kæra ákvörðun til æðra setts stjórnvalds eða fara með mál sitt beint fyrir dómstóla. Í því sambandi getur til dæmis skipt máli hvort málsmeðferð fyrir æðra settu stjórnvaldi taki langan tíma eða hvort framkvæmd stjórnvaldsins sé óhagstæð málstað umbjóðandans. Í slíkum tilvikum getur verið eðlilegt að ráðleggja umbjóðandanum að höfða dómsmál í stað þess að bíða úrskurðar æðra setta stjórnvaldsins. Hér skal tekið fram að ekki er skylda að kæra stjórnvaldsákvarðanir til æðra settra stjórnvalda áður en mál er höfðað fyrir dómi, nema slík skylda leiði beinlínis af lögum, sbr. til dæmis 40. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 (hér eftir nefnd samkeppnislög).²⁷ Sjá um þetta *dóm Hæstaréttar frá 20. janúar 2015 í máli nr. 808/2014 (Suðurnesjalína 2 – Orkustofnun)* þar sem tekið var fram að aðilum málsins hefði verið heimilt að velja á milli þess að kæra leyfisveitinguna til tiltekinnar úrskurðarnefndar og leita í framhaldinu til dómstóla eða bera leyfisveitinguna undir dómstóla án þess að leita fyrst úrlausnar nefndarinnar. Á hinn bóginn kann það að koma einstaklingi eða lögaðila í koll ef hann kærir ekki til æðra setts stjórnvalds, til dæmis gæti það komið niður á málskostnaði eða bótakröfu viðkomandi. Sjá *dóm Hæstaréttar frá 7. apríl 2009 í máli nr. 444/2008 (Miðengi)* þar sem tilteknum bótakröfum H var hafnað þar sem hann neytti ekki kæruleiðar sem honum var tæk. Var þetta orðað á þann veg að H hefði verið í „lófa lagið að leitast við að rétta hlut sinn“ með því að kæra hina umdeildu ákvörðun til tiltekinnar úrskurðarnefndar. Er þetta í samræmi við sjónarmið skaðabótaréttarins um takmörkun tjóns, þ.e. að aðili getur takmarkað tjón (og kostnað sinn)

²⁶ Sjá Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur: málsmeðferð*. Reykjavík 2013, bls. 528-532.

²⁷ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 38-39 og Eiríkur Tómasson: „Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda skv. 60. gr. stjórnskrárinnar“, bls. 191-193.

með því að freista þess að fá bót sinna mála hjá æðra settu stjórnvaldi í stað þess að standa í málarekstri með tilheyrandi kostnaði.²⁸

Þá getur það í sumum tilvikum verið spurning um „taktík“ hvort ákvörðun lægra setts stjórnvalds er kærð eða þess strax freistað að krefjast ógildingar ákvörðunarinnar fyrir dómstólum. Ef ákvörðun lægra setts stjórnvalds er bersýnilega reist á rangri lagatúlkun eða vafasömum ályktunum gæti verið „taktískara“ að fara með málið beint fyrir dómstóla í stað þess að gefa stjórnvöldum tækifæri á að lagfæra það sem aflaga fór hjá hinu lægra setta stjórnvaldi. Á móti kemur að kálið er ekki endilega sopið þótt í ausuna sé komið, því þótt ógildingin nái fram getur stjórnvaldið mögulega fengið tækifæri til að taka sömu ákvörðun en á öðrum forsendum. Þetta fer þó eftir eðli málsins og forsendum dómstóla hverju sinni.

3. Aðild til sóknar

Af dómaframkvæmd er ljóst að ekki getur hver sem er höfðað mál vegna ákvarðana eða athafna stjórnvalda. Sá sem býr í Kópavogi getur ekki krafist ógildingar á byggingarleyfi sem gefið var út í Fjarðabyggð, enda snertir útgáfa byggingarleyfisins ekki hagsmuni íbúa á Suðvesturhorninu. Í þessum kafla verður fjallað um hvaða skilyrði aðili þarf að uppfylla til þess að geta höfðað mál með það að markmiði að fá stjórnvaldsákvörðun hnekkt fyrir dómi.

3.1 Meginreglan um skilyrði fyrir aðild

Til þess að öðlast aðilastöðu í stjórnslumáli, og þar með fyrir dómstólum ef síðar reynir á gildi ákvörðunar stjórnvaldsins, sbr. fyrri málslið 60. gr. stjórnarskrárinnar, er meginreglan sú að aðili verður að eiga *einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna* að gæta (hagsmunareglan). Líkt og fram kemur í *Hrd. 2003, bls. 2685 (mál nr. 83/2003) (Samskip)* er ekki til einhlítur mælikvarði í þessum efnum og ber að líta til hvers tilviks fyrir sig.

3.1.1 Beinir hagsmunir

Þegar metið er hvort aðili eigi „beinna“ hagsmuna að gæta í framangreindu sambandi er litið til þess hversu sterk og nán tengsl hann hefur við efni stjórnvaldsákvörðunarinnar. Umsækjandi um leyfi,

²⁸ Sjá sjónarmið af þessu tagi hjá Arnari Þór Stefánssyni í fjölríti hans um ógildingu stjórnvaldsákvörðana, bls. 65.

til dæmis starfsleyfi eða byggingarleyfi, á augljóslega beinna hagsmuna að gæta og getur leitað til æðra settra stjórnvalda eða dómstóla ef hann telur að synjun um leyfisveitingu sé ólögmat. Með sama hætti er sá aðili máls sem íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun beinist gegn, til dæmis fyrirtæki sem þarf að greiða háa sekt vegna samkeppnislagaþrota. Telji fyrirtækið að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sé ólögmat getur það kært ákvörðunina til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og í kjölfarið leitað til dómstóla ef kærán ber ekki árangur. Sjá í dæmaskyni *dóm Hæstaréttar frá 2. febrúar 2015 í máli nr. 273/2015 (Sorpa bs.)* og *dóm Hæstaréttar frá 10. september 2015 í máli nr. 28/2015 (Forlagið)*.

Á hinn bóginn er skilyrðið um *beina* hagsmuni ekki fortakslaust og er almennt litið svo á í fræðum og framkvæmd að hægt sé að öðlast aðilastöðu þótt hagsmunirnir séu strangt til tekið óbeinir.²⁹ Má sem dæmi nefna meðumsækjendur um starf, nágretta og keppinauta.³⁰ Sá sem sækir um starf og er ekki ráðinn er í strangasta skilningi ekki andlag viðkomandi ákvörðunar, það er sá sem ráðinn er í starfið. Þrátt fyrir það hefur meðumsækjandinn augljósa hagsmuni af því að láta reyna á það fyrir dómi hvort staðið hafi verið að ráðningunni eða skipuninni með lögmætum hætti, sbr. til dæmis *dóm Hæstaréttar frá 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010 (héraðsdómari)* og *dóma Hæstaréttar frá 19. desember 2017 í málum nr. 591/2017 og 592/2017 (Landsréttur)*.

Með sama hætti væri það of þröng skýring á aðilahugtakinu ef nágrenni gæti ekki átt aðild að máli er varðar útgáfu byggingarleyfis. Þannig getur viðbygging við mannvirki haft áhrif á útsýni eða skuggavarp og skert verðmæti fasteignarinnar, sbr. til dæmis *dóm Hæstaréttar frá 1. mars 2018 í máli nr. 201/2017 (Krikaskóli)*. Þá gæti atvinnurekstur í nágrenni við íbúðabyggð haft ónæði og jafnvel mengun í för með sér, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 26. apríl 2012 í máli nr. 523/2011 (svínabú)*. Hér eru hagsmunirnir því náþýlisréttarlegs eðlis, enda eiga fasteignareigendur rétt á því að geta notið eigna sinna í friði án þess að þeim hagsmunum sé raskað umfram það sem eðlilegt þykir. Við mat á því hvort náþýlis- og grenndarhagsmunum fasteignar-eiganda er raskað getur að sjálfsgöðu skipt máli hversu nálægt fasteignin er hinum fyrirhuguðu framkvæmdum. Hér má nefna *Hrd. 2005, bls. 2503 (mál nr. 20/2005) (Alcoa)* þar sem deilt var um lögmæti umhverfismats og veitingar starfsleyfis fyrir álver í Reyðarfirði. Um aðild H sagði í dómi Hæstaréttar: „[H] á að vísu heimilisfesti í

²⁹ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 11 og Páll Hreinsson: „Aðili stjórnsýslumáls“, bls. 389-390.

³⁰ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 11.

Fjarðabyggð en heimili hans er langt frá fyrirhuguðu álveri og getur hann ekki reist aðild sína að stjórnsluákvörðun um álverið á grenndarrétti.“

Loks hafa keppinautar verið taldir aðilar að stjórnslumáli ef ákvörðun í málinu getur haft áhrif á samkeppnislega hagsmuni viðkomandi. Sá sem ber fram kvörtun vegna samkeppnislagabrota keppinautar síns hefur verið talinn aðili að því máli, sbr. áðurnefndan *Hrd. 2003, bls. 2685 (mál nr. 83/2003) (Samskip)*. Þá má nefna að fyrirtæki geta haft ríka hagsmuni af því að koma í veg fyrir samruna keppinauta sinna. Í dæmaskyni má nefna matvöruverslanirnar A og B sem hafa í hyggju að sameinast. Áður en kaupin ganga í gegn þurfa fyrirtækin í samræmi við 17. gr. og 17. gr. a.-g. samkeppnislaga að tilkynna Samkeppniseftirlitinu um samrunann. Keppinautarnir C og D gætu fundið þessum samruna allt til foráttu, til dæmis ef sameinaða fyrirtækið AB kæmi til með að verða í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir matvöruverslanir. Ef Samkeppniseftirlitið heimilar samrunann gætu keppinautarnir kært ákvörðunina til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og krafist þess að samruninn verði ógiltur. Sjá um þetta til dæmis *dóm Hæstaréttar frá 8. nóvember 2012 í máli nr. 277/2012 (Stjörnugrís)*.

Dómur Hæstaréttar frá 8. nóvember 2012 í máli nr. 277/2012 (Stjörnugrís). Deilt var um hvort samruni þriggja fyrirtækja á markaði fyrir svínarækt og slátrun á svinum, þ.e. Stjörnugríss hf., Grísagarðs ehf. og Rekstrarfélagsins Brautar ehf., fæli í sér röskun á samkeppni. Samkeppniseftirlitið taldi í fyrri ákvörðun sinni frá 3. febrúar 2011 ekki forsendur til að hafast að vegna samrunans og vísaði eftirlitið í því sambandi til reglna samkeppnisréttarins um félög á fallandi fæti. Keppinautar Stjörnugríss hf. kærðu ákvörðunina til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem felldi ákvörðunina úr gildi og vísaði aftur til eftirlitsins til frekari meðferðar. Taldi nefndin að ósannað væri að skilyrðin um fyrirtæki á fallandi fæti væru fyrir hendi. Samkeppniseftirlitið tók málið fyrir á nýjan leik og ógilti samrunann með ákvörðun 21. júlí 2011. Staðfesti áfrýjunarnefnd samkeppnismála þessa niðurstöðu. Stjörnugrís hf. höfðaði síðan mál til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar og var málið meðal annars höfðað gegn keppinautunum sem kærðu fyrri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til nefndarinnar. Dómstólar gerðu ekki athugasemdir við þessa tilhögun málshöfðunarinnar.

3.1.2 Einstaklegir hagsmunir

Með skilyrðinu um einstaklega hagsmuni er átt við að hagsmunir þess sem málið höfðar mega ekki vera of almennir. Málið verður, með

öðrum orðum, að snerta viðkomandi á sérstakan hátt umfram aðra. Ef um er að ræða ákvörðun eða athöfn sem snertir allan almenning er ósennilegt að nokkur maður geti talist aðili viðkomandi máls. Hefur verið nefnt sem dæmi að enginn eigi aðild að máli sem snertir setningu stjórnvaldsfyrirmæla, eins og til dæmis reglugerð.³¹ Það er aðeins ef reglugerðin hefur sérstök áhrif á tiltekinn aðila að aðilastaða getur skapast. Um slíkt tilvik má nefna *dóm Hæstaréttar frá 6. desember 2018 í máli nr. 508/2017 (makrill)* þar sem viðurkennd var bótaskylda íslenska ríkisins gagnvart H ehf. vegna þess að fiskiskipi H ehf. var á grundvelli reglugerða úthlutað minni aflaheimildum í makríl en skylt hafði verið samkvæmt lögum.

Sem gott dæmi um skilin á milli almennra og einstaklegra hagsmuna má nefna *úrskurð Landsréttar frá 8. febrúar 2019 í máli nr. 69/2019 (Laxeldi)*.

Úrskurður Landsréttar frá 8. febrúar 2019 í máli nr. 69/2019 (Laxeldi). Málavextir voru þeir að A hafði fengið leyfi til reksturs stöðva til sjókvíaldis. A ehf. og G ehf. kröfðust þess að rekstarleyfið yrði ógilt með dómi. Héraðsdómur taldi að þeir síðarnefndu hefðu ekki sýnt fram á að þeir hefðu einstaklega og sérgreinda hagsmuni af úrlausn málsins umfram aðra þannig að þeir gætu talist hafa lögvarða hagsmuni af úrlausn dómkrafna sinna. Var málinu því vísað frá dómi. Sagði m.a. eftirfarandi í úrskurði dómsins: „Stefnendur hafa ekki orðið fyrir tjóni af starfsemi stefnda, [A], hvað sem síðar kann að gerast. Þá hafa þeir ekki sýnt framá að starfsemi skapi hagsmunum þeirra sérstaklega afmarkaða eða sérgreinda áhættu. Hagsmunir þeir sem stefnendur leitast við að verja með lögsókn sinni eru í eðli sínu almannahagsmunir. Það eru hagsmunir sem allir þeir sem atvinnu hafa af nýtingu náttúru landsins, bæði beint og óbeint hafa einnig. Hagsmunir þeirra sem unna náttúru landsins og vilja tryggja vernd hennar [...]. Eins og háttar til í þessu máli verður ekki fallist á að stefnendur hafi sýnt framá að þeir hafi þess konar einstaklega og sérgreinda hagsmuni af úrlausn málsins að þeir hafi lögvarða hagsmuni af úrlausn dómkrafna sinna.“ Málinu var af þeim sökum vísað frá dómi og staðfesti Landsréttur þá niðurstöðu.

3.1.3 *Lögvarðir hagsmunir*

Skilyrðið um lögvarða hagsmuni er verulega samofið skilyrðunum um beina og einstaklega hagsmuni og er oft erfitt að skilja þar á milli. Dómstólar virðast jafnframt í sumum tilvikum nota þessi hugtök jöfnum höndum og blanda þeim saman, eins og í fyrrnefndum úrskurði Landsréttar frá 8. febrúar 2019 í máli nr. 69/2019 (Laxeldi) þar sem sagði

³¹ Páll Hreinsson: „Aðili stjórnslumáls“, bls. 393.

að stefnendur hefðu ekki sýnt fram á einstaklega og sérgreinda hagsmuni af úrlausn málsins og því hefðu þeir ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn dómkrafna sinna. Í dómaframkvæmd hefur skilyrðið verið túlkað á þann veg að sakarefnið verði að skipta máli fyrir stöðu viðkomandi að lögum að fá dóm um það, sbr. Hrd. 2001, bls. 2281 (mál nr. 173/2001) (Hverfell). Sjónarmið á borð við almennan áhuga á náttúruvernd eða umhyggja fyrir örlögum sveitarfélags duga ekki til þess að aðili teljist eiga lögvarða hagsmuni af úrlausn krafna sinna.³²

3.2 Rýmkuð aðild

Dómstólar hafa komist að þeirri niðurstöðu að einstaklingar eða lögaðilar geti öðlast aðilastöðu að lögum þrátt fyrir að þeir uppfylli ekki kröfur hagsmunareglunnar, þ.e. hafi ekki beinna, einstaklegra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn um dómkröfur sínar. Eins og ráða má af Hrd. 2002, bls. 2241 (mál nr. 231/2002) (*Kárahnjúkavirkjun*) og dómi *Hæstaréttar frá 20. janúar 2015 í máli nr. 808/2014 (Suðurnesjalína 2 – Orkustofnun)* gildir undantekningin eingöngu í þeim tilvikum þar sem einstaklingar eða lögaðilar geta öðlast aðilastöðu á grundvelli sérreglna einstakra laga. Ef viðkomandi sérreglur gera ráð fyrir sérstakri aðkomu almennings að undirbúningi máls öðlast sá sem kemur á framfæri athugasemdum vegna málsins aðilastöðu samkvæmt stjórnisýslurétti og getur því borið lögmati ákvörðunarinnar undir dómstóla.³³ Af þessu má jafnframt draga þá ályktun að aðrir geti ekki öðlast aðilastöðu en þeir sem senda slíkar athugasemdir.

Hrd. 2002, bls. 2241 (mál nr. 231/2002) (Kárahnjúkavirkjun). Í málinu höfðu aðilar mál á hendur íslenska ríkinu og kröfðust þess aðallega að úrskurður umhverfisráðherra um mat á umhverfisáhrifum Kárahnjúkavirkjunar yrði felldur úr gildi og ráðherra gert að staðfesta úrskurð Skipulagsstofnunar sem hafði lagst gegn framkvæmdinni. Krafan byggðist einkum á því að virkjun myndi valda verulegum og óafturkræfum umhverfisáhrifum. Til vara kröfðust stefnendur þess að úrskurður umhverfisráðherra yrði ómerktur en krafan var reist á þeim grundvelli að málsmeðferð ráðherra hefði verið andstæð lögum. Sóknaraðilar töldu að með ákvæðum laga nr. 106/2000, nánar tilgreindum tilskipunum Evrópubandalagsins, sem giltu á EES svæðinu, og Árósasamningnum um aðgang að upplýsingum, þátttöku almennings í ákvarðanatöku og aðgangi að réttlátri málsmeðferð í umhverfismálum væri tryggt rúm aðild manna að

³² Páll Hreinsson: „Aðili stjórnisýslumáls“, bls. 394.

³³ Páll Hreinsson: „Aðild að stjórnisýslumáli“, bls. 405.

umhverfismálum, jafnt fyrir stjórnvöldum sem og dómstólum. Um þetta sagði Hæstiréttur að með ákvæðum 2. másl. 4. mgr. 10. gr. og 4. mgr. 12. gr. laga nr. 106/2000 væri vikið frá þeirri almennu reglu stjórnásluréttar að sá einn geti orðið aðili að máli fyrir stjórnvöldum, sem eigi einstaklega, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta. Af slíkum lögbundnum undantekningarreglum yrðu ekki dregnar víðtækari ályktanir en felast í orðum þeirra. Í lögum nr. 106/2000 væru engin sérákvæði um aðild að dómsmáli sem höfðað væri um ákvörðun stjórnvalds á grundvelli laganna. Því færi um aðild að slíku dómsmáli eftir almennum reglum, þar á meðal þeirri grunnreglu að baki ákvæðum laga nr. 91/1991 að dómstólar leysi ekki úr sakarefni nema sýnt sé að það skipti að lögum máli fyrir stöðu stefnanda að fá dóm um það. Hæstiréttur féllst því ekki á að heimild sóknaraðila til að eiga aðild að dómsmáli um aðalkröfu sína gæti verið rýmri en leiddi af almennum reglum af þeim sökum einum að þeir hafi átt aðild að undanfarandi málsmeðferð stjórnvalda. Sóknaraðilar voru þannig ekki taldir geta átt lögvarða hagsmuni af efnisdómi um þá kröfu sína og var aðalkröfunni því vísað frá dómi. Að því er varakröfu sóknaraðila varðar vísaði Hæstiréttur til meginreglu fyrri málsliðar 60. gr. stjskr. um að sá, sem aðild hefur átt að máli fyrir stjórnvaldi, eigi almennt rétt til að bera undir dómstóla hvort farið hafi verið að lögum við meðferð þess og úrlausn. Það sama gildi hvort sem aðild þess sem í hlut á helgaðist af almennum reglum stjórnásluréttar eða sérreglum eins og þeim sem fram koma í 2. másl. 4. mgr. 10. gr. og 4. mgr. 12. gr. laga nr. 106/2000. Af þeim sökum yrði ekki litið svo á að sóknaraðila skorti lögvarða hagsmuni af því að fá úrlausn dómstóla um varakröfu sína.

Dómur Hæstaréttar frá 20. janúar 2015 í máli nr. 808/2014 (Suðurnesjalína 2 – Orkustofnun). M. o.fl. voru eigendur sex jarða í sveitarfélaginu V en fyrirhugað var að háspennulína myndi liggja um jarðir þeirra. Gerðu þeir aðallega þær dómkröfur að felld yrði úr gildi sú ákvörðun stefnda O að veita stefnda L hf. leyfi til að reisa og reka flutningsvirkið Suðurnesjalínu 2. Ágreiningur reis um aðild þeirra að málinu og vísaði héraðsdómur málinu frá á grundvelli vanreifunar á aðild þeirra. Hæstiréttur rakti að þegar landeigandi hefur neytt umsagnarréttar samkvæmt 3. mgr. 34. gr. raforkulaga teldist hann hafa orðið aðili að því stjórnáslumáli sem rekið er um veitingu leyfis til lagningar flutningsvirkis. Í skjóli meginreglu fyrri málsliðar 60. gr. stjskr. nýtur sá sem aðild hefur átt að máli fyrir stjórnvaldi almennt réttar til að bera undir dómstóla hvort farið hafi verið að lögum um meðferð þess. Það sama ætti við hvort sem aðild þeirra helgaðist af almennum reglum stjórnásluréttar eða sérreglum einstakra laga og vísaði Hæstiréttur til framanreifaðs dóms Hæstaréttar í máli nr. 231/2002 í því sambandi. Samkvæmt því yrði ekki litið svo á að M o.fl. skorti lögvarða hagsmuni af því að fá úrlausn dómstóla um hvort þeir ágallar hafi verið á þeirri leyfisveitingu varnaraðilans O sem um ræddi í málinu að varða ætti

ógildingu hennar. Taldi Hæstiréttur því að málinu yrði ekki vísað frá héraðsdómi af þeirri ástæðu.

Í fljótu bragði mætti ætla að þessi rýmkaða aðild hafi eitthvað að gera með það að bæði dómsmálin eru af vettvangi umhverfisréttar. Er þessu jafnframt stundum haldið á lofti í almennri lögfræðilegri umræðu, þ.e. að vegna þess að umhverfið hafi engan sérstakan málsvara og erfitt sé að sýna fram á *einstaklega* hagsmuni af úrlausn slíkra mála þar sem hagsmunirnir eru yfirleitt almennir, beri að slaka á aðildarhugtaki réttarfars. Framsetning af þessu tagi felur í sér oftúlkun á framanreifuðum dómum Hæstaréttar. Hið rýmkaða aðilahugtak í stjórnslurétti snýst eingöngu um það að einstaklingur eða lögaðili getur á *grundvelli sérlaga* öðlast aðild að stjórnslumáli ef sérlögin gera ráð fyrir ríkri aðkomu almennings og viðkomandi aðili sendir inn athugasemdir. Vissulega er það svo að í flestum tilvikum eru sérlög af þessu tagi á sviði umhverfisréttarins, en ekki verður séð af umræddum dómum að skilyrði sé að slík heimild sé á því réttarsviði. Í þessu sambandi mætti hugsa sér að í samkeppnislög væri sett heimild fyrir almenning til þess að koma á framfæri athugasemdum vegna samrunamála hjá Samkeppniseftirlitinu. Einstaklingur sem kæmi á framfæri slíkum athugasemdum gæti öðlast aðilastöðu, eins og ráða má af áður nefndum dómum, þótt ekki væri um að ræða hagsmuni umhverfisins.

Þessu til viðbótar má nefna að ekki er útilokað að önnur atvik geti réttlætt það að víkja frá hagsmunareglunni, m.a. aðgerðir og athafnir stjórnvaldsins í aðdraganda ákvörðunar. Ef stjórnvaldið hefur komið fram við einstakling eða lögaðila eins og aðila máls, til dæmis með því að veita honum andmælarétt, svara hans sjónarmiðum og birta ákvörðun fyrir honum, er ekki loku fyrir það skotið að dómstólar líti svo á að viðkomandi hafi öðlast aðilastöðu, jafnvel þótt hann hefði ekki í upphafi haft beinna, einstaklegra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins.³⁴ Á þetta hefur þó ekki reynt með afgerandi hætti í réttarframkvæmd.

Að lokum má nefna að umhverfissamtök njóta rýmkaðrar aðildar að málum fyrir úrskurðarnefnd umhverfis- og auðindamála. Þannig þurfa

³⁴ Um þetta má nefna úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur 22. febrúar 2019 í málum nr. 252 og 253/2019 þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að aðilar hefðu stöðu aðila í tilteknu stjórnslumáli m.a. vegna þess að ráðherra hafði veitt þeim umsagnarrétt og tekið sérstaka afstöðu til röksemda þeirra í rökstuðningi fyrir hinn umdeildu stjórnvaldsákvörðun. Þar sem frávisunarkröfu stefnda var hafnað í málinu voru úrskurðirnir ekki kærnanlegir.

þau ekki að sýna fram á að þau hafi einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta af tilteknum málum ef það samrýmist tilgangi samtakanna að gæta þeirra hagsmuna sem kæran lýtur að, sbr. 3. mgr. 4. gr. laga nr. 130/2011 um úrskurðarnefnd umhverfis- og auðlindamála. Þessi undantekning umhverfisverndarsamtaka gildir aftur á móti ekki fyrir dómstólum og þurfa umhverfissamtök því að sýna fram á að uppfyllt séu hefðbundin réttarfarsleg skilyrði til aðildar að viðkomandi máli. Sjá um þetta dóm *Hæstaréttar frá 2. ágúst 2017 í máli nr. 432/2017 (Landvernd)*.

Dómur Hæstaréttar frá 2. ágúst 2017 í máli nr. 432/2017 (Landvernd). Umhverfissamtökin Landvernd kröfðust þess að ógilt yrði með dómi framkvæmdaleyfi Landsnets hf. vegna lagningar Kröflulínu 4. Í úrskurði héraðsdóms kom fram að í lögum nr. 130/2011 um úrskurðarnefnd umhverfis- og auðlindamála væri að finna ákvæði þar sem vikið væri frá þeirri almennu reglu stjórnvöldum að sá einn gæti orðið aðili að máli fyrir stjórnvöldum sem ætti einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta. Í lögnum væru hins vegar engin sérákvæði um aðild að dómsmáli sem höfðað væri um ákvörðun stjórnvalds á grundvelli laganna. Færi því um aðild að slíku dómsmáli eftir almennum reglum, þ.á m. þeirri grunnreglu að dómstólar leysi ekki úr sakarefni nema sýnt sé að það skipti að lögum máli fyrir stöðu stefnanda að fá dóm um það. Vísaði héraðsdómur til þess að við fullgildinguna hins svonefnda Árósasamnings hér á landi hefði þurft að ráðast í allmargar lagabreytingar, m.a. með setningu laga nr. 130/2011. Með vísan til lögskýringargagna taldi héraðsdómur ljóst að vilji löggjafans hefði ekki staðið til þess að umræddar lagabreytingar hafi átt að leiða til breytinga á almennum réttarfarsreglum um aðild. Samkvæmt því og með vísan til þess að L hefði ekki sýnt fram á lögvarða hagsmuni sína af málinu var því vísað frá dómi. Hæstiréttur staðfesti úrskurð héraðsdóms með þeirri áréttingu að við setningu laga nr. 130/2011 hefði löggjafinn tekið afstöðu til áskilnaðar Árósasamningsins um að sá hluti almennings sem málið varði hafi aðgang að kæruleiðum fyrir rétti eða hjá annarri og óhlutdrægri stofnun sem komið hefði verið á fót með lögum.

Sambærileg niðurstaða varð í dómi *Hæstaréttar frá 21. nóvember 2013 í máli nr. 677/2013 (Álftanesvegur)* og úrskurði *Landsréttar frá 15. júní 2018 í máli nr. 418/2018 (Hringvegur um Hornafjörð)*.

3.3 Sónnaraðild lægra setts stjórnvalds

Meginreglan er sú að lægra sett stjórnvald getur ekki stefnt æðra settu stjórnvaldi til ógildingar á úrskurði þess nema fyrir því sé skýr lagaheimild.³⁵

Hrd. 1998, bls. 2821 (Samkeppnisráð). Samkeppnisráð stefndi meðal annars áfrýjunarnefnd samkeppnismála og gerði þá dómkröfu á hendur nefndinni að lagt yrði fyrir hana að taka framangreint mál fyrir að nýju til afgreiðslu á grundvelli annarra málsástæðna M og M hf. en þeirrar að frestur Samkeppnisráðs samkvæmt 2. mgr. 18. gr. samkeppnislaga til að ógilda yfirtöku M hf. á S hf. hafi verið liðinn þegar ráðið tók ákvörðun í málinu. Hæstiréttur sagði að samkvæmt meginreglu stjórnsýsluréttar væri úrlausn æðra stjórnvalds um skýringu á lögum bindandi. Lægra settu stjórnvaldi bæri að hlíta niðurstöðu æðra stjórnvalds sem endurskoðað hefur ákvörðun hins lægra setta á grundvelli kæru frá aðila. Hið lægra setta stjórnvald geti aðeins hlutast til að fá úrskurðinum hnekkð að til staðar sé ótvíræð lagaheimild fyrir það til að skjóta deiluefninu til dómstóla.

Nefna má eftirfarandi fjögur dæmi um sérreglur þar sem lægra settu stjórnvaldi er veitt heimild til þess að höfða mál vegna úrskurðar æðra setts stjórnvalds: Í fyrsta lagi má nefna að samkvæmt 24. gr. upplýsingalaga nr. 140/2012 er gert ráð fyrir því að stjórnvald geti höfðað dómsmál til þess að fá hnekkð niðurstöðu úrskurðarnefndar um upplýsingamál um skyldu stjórnvaldsins til að afhenda gögn. Í öðru lagi getur Lánasjóður íslenskra námsmanna höfðað mál til að freista þess að hnekkja úrskurðum málskotsnefndar LÍN, sbr. 3. mgr. 5. gr. a. laga nr. 21/1992 um Lánasjóð íslenskra námsmanna. Í þriðja lagi getur ráðherra ýmist sjálfur eða að tillögu stjórnvalds höfðað mál til ógildingar á úrskurði yfirskattanefndar, sbr. 15. gr. laga nr. 30/1992 um yfirskattanefnd. Þessi málsóknarheimild er þó sérstök að því leyti að yfirskattanefnd er ekki æðra sett stjórnvald gagnvart ráðherra.³⁶ Í fjórða lagi getur Samkeppniseftirlitið höfðað mál til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sbr. 41. gr. samkeppnislaga.

Þegar síðastnefnda heimildin var leidd í lög með lögum nr. 14/2011 um breytingu á samkeppnislögum var heimildin rökstudd með eftirfarandi hætti í athugasemdum með frumvarpi því er síðar varð að lögnum:

³⁵ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 28-29.

³⁶ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 29.

„Sú staðreynd að Samkeppniseftirlitið hefur ekki málskotsrétt til dómstóla takmarkar möguleika eftirlitsins til þess að gæta hagsmuna almennings í samkeppnismálum. Hlutverk eftirlitsins er meðal annars að vernda þá lögvörðu almannahagsmuni sem felast í virkri samkeppni og því óeðlilegt að það geti ekki gætt almannahagsmuna til sóknar fyrir dómstólum. Mikilvægt er að eftirlitið geti, eftir atvikum, varið fyrir dómstólum niðurstöðu ákvarðana sinna sem áfrýjunarnefndin hefur ógilt eða breytt. Slíkt leiðir til jafnræðis aðila máls og einnig er hægt að leiða líkur að því að það leiði til ennþá vandaðri málsmeðferðar hjá áfrýjunarnefndinni. Oft er um að ræða stór og mikilvæg mál sem eru stefnumarkandi á markaði og er fyrst og fremst ætlað að stuðla að aukinni samkeppni neytendum til hagsbóta. Því er ljóst að mikilvægt er að eftirlitið geti borið úrskurði áfrýjunarnefndarinnar undir dómstóla.“

Þar sem fyrrgreindar málsóknarheimildir eru undantekningar frá meginreglunni um að lægra sett stjórnvöld geti ekki borið úrskurði æðra settra stjórnvalda undir dómstóla verður að skýra þær þröngt. Athygli vekur að Samkeppniseftirlitið hefur í a.m.k. tvígang gert þá kröfu fyrir dómi að sektir sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafði ákvarðaðar yrðu hækkaðar. Annars vegar í *dómi Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014 (Vífilfell)* þar sem krafa eftirlitsins um hækkun sektarinnar kom ekki til skoðunar þar sem fallist var á ógildingarkröfu Vífilfells hf. og hins vegar í *dómi Landsréttar frá 14. júní 2019 í máli nr. 490/2018 (Byko og Norvik)* þar sem Landsréttur hækkaði sekt sem áfrýjunarnefndin hafði ákveðið. Samkeppniseftirlitið hafði sektað umrædd fyrirtæki um 650 milljón krónur en áfrýjunarnefndin lækkaði sektina niður í 65 milljón krónur. Samkeppniseftirlitið höfðaði mál og krafðist þess að fyrirtækjunum yrði gert að greiða 650 milljón krónur í sektargreiðslu. Í dómi héraðsdóms var ákveðið að sektin yrði 400 milljón krónur en með dómi Landsréttar var úrskurði áfrýjunarnefndarinnar „breytt“, eins og það er orðað í dómsorði, þannig að fyrirtækjunum var gert að greiða 325 milljón króna sekt.

Niðurstaða Landsréttar er gagnrýniverð, einkum af tveimur ástæðum. Annars vegar vegna þess að í 41. gr. samkeppnislaga segir einvörðungu að Samkeppniseftirlitið geti krafist *ógildingar* á úrskurði áfrýjunarnefndar. Alls óvíst er hvort krafa um hækkun sektar rúmist innan þessarar heimildar og eru ekki færð rök fyrir því í dómi Landsréttar. Hins vegar er vafasamt í ljósi meginreglunnar um að dómstólar *endurskoði* aðeins stjórnvaldsákvarðanir að „breyta“ slíkum ákvörðunum með íþyngjandi hætti. Dómstólar hafa talið sér heimilt að *lækka* sektir til hagsbóta fyrir einstaklinga og fyrirtæki, enda rúmast slík

breyting innan þeirrar stjórnvaldsákvörðunar sem krafist er ógildingar á, sbr. til dæmis *dóm Hæstaréttar frá 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011 (Icelandair)*. Breyting til hækkunar getur ekki rúmast innan slíkrar kröfu og má því líta svo á að Landsréttur hafi í umræddu máli í reynd tekið *nýja* stjórnvaldsákvörðun, sem er í andstöðu við áðurreifuð sjónarmið um að dómstólar *endurskoði* aðeins stjórnvaldsákvörðanir.

4. *Aðild til varnar*

Hér á landi hefur ekki verið farin sú leið að setja sérstakar reglur um varnaraðild íslenska ríkisins að dómstólum. Þegar kemur að því að meta hvaða stjórnvald á að eiga aðild til varnar fer það eftir almennum óskráðum réttarfarsreglum, meðal annars um aðildarhæfi og lögvarða hagsmuni.³⁷ Þessar reglur má fyrst og fremst ráða af dómaframkvæmd. Sú staðreynd að ekki er fyrir að fara einföldum og settum lagareglum um aðild stjórnvalda og íslenska ríkisins til varnar gerir málsóknir gegn stjórnvöldum flóknari og þyngri í vöfum en ella. Þá eru niðurstöður dómstóla um þetta umdeilanlegar, auk þess sem þær eru ekki að fullu samrýmanlegar, eins og nánar verður rakið hér á eftir. Getur því verið vandasamt að ákveða hverjum beri að stefna. Í störfum lögmanna getur drjúgur tími farið í ákvörðun um þetta með tilheyrandi kostnaði fyrir umbjóðandann. Niðurstaða lögmannsins er stundum sú að stefna fleiri en færri aðilum til þess að öruggt sé að dómstólar vísi málinu ekki frá eða sýkni á grundvelli aðildarskorts. Þetta getur komið niður á málskostnaði umbjóðandans og skilvirkni málsins ef varnaraðilum er stefnt sem ekkert erindi eiga í dómsmálið. Þessi varfærna aðferð lögmanna er á hinn bóginn skiljanleg í ljósi dómaframkvæmdar dómstóla. Á árinu 2005 lagði Skúli Magnússon, héraðsdómari, til að sett yrðu sérstök lög um þetta efni og birti hann drög að slíku frumvarpi í grein sem birtist í *Úlfjóti* árið 2005.³⁸ Ágætt er að nota þennan vettvang til þess að taka undir þessi sjónarmið og hvetja til þess að umrædd leið verði farin. Þótt lögfræðingar hafi eflaust gaman að því að brjóta heilann um varnaraðild íslenska ríkisins með hliðsjón af dómaframkvæmd Hæstaréttar kemur þetta ástand niður á hagsmunum þeirra sem þurfa að höfða mál af þessu tagi. Það er því von höfundar að

³⁷ Um aðildarhæfi hins opinbera og stofnana þess vísast til Markús Sigurbjörnsson og Kristín Benediktsdóttir: *Einkamálaréttarfar*, bls. 68-71. Varðandi skilyrðið um lögvarða hagsmuni vísast til sama rits, bls. 119-123.

³⁸ Sjá Skúli Magnússon: „Er þörf á lagasetningu um aðild hins opinbera að dómsmálum?“. *Úlfjótur* 2005, bls. 530-538.

umfjöllun þessa kafla verði í framtíðinni aðeins áhugaverð í réttar-sögulegu tilliti.

4.1 Hvaða stjórnvaldi ber að stefna?

Meginreglan um varnaraðild íslenska ríkisins er að stefna ber því stjórnvaldi sem tók viðkomandi ákvörðun.³⁹ Um þetta má vísa til ummæla í *Hrd. 2000, bls. 1379 (mál nr. 324/1999) (Smyrlaberg)*: „Ekki verður talið, að unnt sé með dómi að ógilda stjórnvaldsákvörðun nema því stjórnvaldi, sem ákvörðun tók, sé stefnt til varna í málinu.“ Á hinn bóginn verður viðkomandi stjórnvald að njóta aðildarhæfis, en í því sambandi má vísa til *Hrd. 2004, bls. 3398 (mál nr. 358/2004) (siðanefnd)* þar sem talið var að siðanefnd Háskóla Íslands hefði ekki slíka stöðu innan stjórnkerfis HÍ að hún gæti átt aðild að dómsmáli.

Meginreglan á einna best við þegar um er að ræða ákvörðun sem hefur ekki sætt kæru til æðra stjórnvalds. Slíkt getur gerst þegar annað af tvennu er fyrir hendi. Annars vegar ef um er að ræða stjórnvalds-ákvörðun sem sætir ekki endurskoðun æðra setts stjórnvalds, eins og á til dæmis við um úrskurði óbyggðanefndar sem eingöngu sæta endurskoðunar dómstóla, sbr. 14. gr. laga nr. 58/1998 um þjóðlendur og ákvörðun marka eignarlanda, þjóðlendna og afrétta. Hins vegar ef aðili ákveður einfaldlega að höfða dómsmál í stað þess að kæra mál til æðra setts stjórnvalds. Eins og áður er rakið er aðila þetta heimilt nema lög mæli fyrir um skyldu til þess að tæma kæruleiðir áður en leitað er til dómstóla, sbr. áðurnefndan *dóm Hæstaréttar frá 20. janúar 2015 í máli nr. 808/2014 (Suðurnesjalína 2 – Orkustofnun)*.

Málið vandast á hinn bóginn ef fyrir liggur ákvörðun æðra setts stjórnvalds í umræddu máli. Dómaframkvæmd er á þá leið að ekki beri að stefna hinu æðra setta stjórnvaldi, eins og mögulega hefði verið eðlilegt að álykta út frá meginreglunni í *Hrd. 2000, bls. 1379 (mál nr. 324/1999) (Smyrlaberg)*. Í staðinn á að stefna hinu lægra setta stjórnvaldi, þrátt fyrir að krafist sé ógildingar á úrskurði æðra setta stjórnvaldsins. Um þetta má vísa til eftirfarandi dóma:

Hrd. 1997, bls. 2856 (Fremri Langey). Í málinu var umhverfisráðherra og Dalabyggð stefnt og krafist ógildingar á úrskurði ráðherrans og ákvörðun hreppsnefndar sveitarfélagsins um bann við dýrahaldi í Fremri-Langey. Um varnaraðild í málinu sagði: „Dalabyggð var

³⁹ Sjá til dæmis Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvalds-ákvörðunum“, bls. 14, Skúli Magnússon: „Er þörf á lagasetningu um aðild hins opinbera að dómsmálum?“, bls. 535 og Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið?“. *Úlfjótur* 2005, bls. 514 og áfram.

varnaraðili að því stjórnýslumáli, sem umhverfisráðherra felldi fyrrnefndan úrskurð á. Er því þörf á aðild Dalabyggðar að máli um gildi þessa úrskurðar. Umhverfisráðherra, sem gegndi í þessu tilviki hlutverki æðra stjórnvalds á málskotsstigi innan stjórnýslunnar, sbr. 26. gr. stjórnýslulaga nr. 37/1993, hefur hins vegar enga lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins, sem gæti leitt til aðildar hans að því. Er ekki heldur nein réttarfarsnauðsyn á að gefa ráðherranum kost á að láta til sín taka dómsmál, sem eingöngu er höfðað til ógildingar á úrskurði hans. Af þessum sökum verður að vísa sjálfkrafa frá héraðsdómi kröfum [J] á hendur umhverfisráðherra.“

Hrd. 2002, bls. 1169 (mál nr. 378/2001) (Hönnun hf.). H hf. höfðaði mál á hendur áfrýjunarnefndar samkeppnismála og krafðist ógildingar á úrskurði nefndarinnar. Um þessa tilhögun sagði Hæstiréttur: „Áfrýjandi, sem gegnir hlutverki úrskurðarnefndar á málskotsstigi innan stjórnýslunnar, hefur [...] enga þá lögvörðu hagsmuni af úrlausn málsins, sem leitt gætu til aðildar hans að því [...]“. Var málinu því vísað frá dómi.

Samkvæmt þessu er það afstaða Hæstaréttar að æðra sett stjórnvald hafi ekki lögvarða hagsmuni af því að verja ákvarðanir sínar fyrir dómstólum, heldur sé það á herðum hinna lægra settu stjórnvalda að taka til varna fyrir hin æðra settu. Virðist þetta vera afstaða réttarins hvort sem hið æðra setta stjórnvald er sjálfstæð kærunefnd eða ráðherra. Þessi framkvæmd Hæstaréttar hefur sætt gagnrýni fræðimanna.⁴⁰ Á það hefur meðal annars verið bent að ekki sé fullt samræmi á milli dóma að því er varðar aðild ráðherra og hefur verið vísað til nokkurs fjölda dóma þar sem dómstólar hafa látið slíka aðild óátalda, þótt um æðra sett stjórnvald sé að ræða.⁴¹ Taka má undir þessa gagnrýni og jafnframt þær tillögur sem komið hafa fram um að eðlilegt sé að setja ákvæði, sambærilegt og ákvæði í norsku einkamálalögum, um að stefna beri því stjórnvaldi sem tók ákvörðun á æðsta stjórnýslustigi.⁴² Slíkt myndi horfa til skýringar og einföldunar.

Til þess að undirstrika það öngstræti sem þessi framkvæmd er komin í má nefna eftirfarandi dæmi, sem áður var tekið í einfaldaðri mynd: Matvöruverslanirnar A og B hafa komist að samkomulagi um sameiningu og tilkynna samrunann til Samkeppniseftirlitsins. Í kjölfar málsmeðferðar Samkeppniseftirlitsins kemst eftirlitið að þeirri

⁴⁰ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 22-24 og Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið?“

⁴¹ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 21-22 og Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið?“, bls. 516 og áfram.

⁴² Einar Karl Hallvarðsson: „Fordæmi um fordæmi“. *Bifröst Journal of Social Sciences* 2010, bls. 27-28.

niðurstöðu að ekki séu efni til að ógilda samrunann, þar sem hann er ekki talinn raska samkeppni. Keppinautarnir C og D eru ósáttir við þessa niðurstöðu og kæra hana til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sem fellir ákvörðun Samkeppniseftirlitsins úr gildi og ógildir samrunann. Bæði A og B og Samkeppniseftirlitið eru ósátt við þessa niðurstöðu. Samkeppniseftirlitið höfðar dómsmál á grundvelli 41. gr. samkeppnislaga og krefst ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Hér vandast vissulega málið því með réttu ætti eftirlitið að stefna sjálfu sér í umræddu máli sem hinu lægra setta stjórnvaldi, en það er ekki tækt út frá réttarfarslegu sjónarmiði. Stofnunin þyrfti þá væntanlega að stefna A, B, C og D til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar (eins og nánar verður rakið í kafla 4.3 er þörf á aðild allra þeirra sem aðild áttu að málinu hjá stjórnvöldum). A og B myndu síðan höfða annað mál gegn Samkeppniseftirlitinu og krefjast ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar.

Í framangreindu dæmi er Samkeppniseftirlitið bæði til sóknar og varnar í tveimur málum sem varða sama sakarefni, þ.e. hvort tilefni sé til þess að ógilda úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í máli A og B gegn Samkeppniseftirlitinu þarf eftirlitið að verja gjörðir áfrýjunarnefndarinnar og færa rök fyrir því að ekki sé tilefni til ógildingar. Í máli Samkeppniseftirlitsins gegn A, B, C og D færir sama stofnun á hinn bóginn rök fyrir því að úrskurðurinn sé rangur. Eins og áður er nefnt hefur Samkeppniseftirlitið í tvígang krafist hækkunar á sekt sem ákveðin var af áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Í sömu málunum höfðuðu málsaðilar mál og kröfðust ógildingar á úrskurðum áfrýjunarnefndarinnar, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014 (Vífílfell)* og *dóm Landsréttar frá 14. júní 2019 í máli nr. 490/2018 (Byko og Norvik)*. Eftirlitið tók til varna gegn kröfum málsaðila og varði úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Í umræddum málum var Samkeppniseftirlitið þó í öllum meginatriðum sammála efnislegri niðurstöðu áfrýjunarnefndar, þótt eftirlitið væri ósammála fjárhæð *sektanna*. Framangreint dæmi sýnir aftur á móti að búa má til aðstaður þar sem eftirlitið er beinlínis ósammála *efnislegri* niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar, en þarf samt að taka til varna fyrir hana. Slík aðstaða er þversagnarkennd.

4.2 Hvaða kröfu ber að gera?

Þótt mál vegna úrskurðar æðra setts stjórnvalds sé höfðað gegn lægra setta stjórnvaldinu ber eftir sem áður að krefjast ógildingar á úrskurði æðra setta stjórnvaldsins. Svo aftur sé notað dæmið af

Samkeppniseftirlitinu yrði málið höfðað gegn eftirlitinu en þess krafist að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála yrði ógiltur. Þetta veldur ekki vandræðum þegar lægra og æðra setta stjórnvaldið hafa komist að sömu niðurstöðu og á sömu forsendum, til dæmis um að ógilda samruna á milli tveggja fyrirtækja. Í þeim tilvikum verður niðurstaða lægra setta stjórnvaldsins tvímælalaust hluti af niðurstöðu hins æðra setta, sbr. *Hrd. 1997, bls. 643 (Kirkjugarðar Reykjavíkur-prófastsdæma)*. Ógilding á úrskurði æðra setts stjórnvalds hefði því einnig áhrif til ógildingar á niðurstöðu lægra setta stjórnvaldsins.⁴³

Málið vandast hins vegar þegar niðurstöður lægra og æðra setts stjórnvalds eru ekki að öllu leyti samrýmanlegar. Er þá þörf á því að krefjast einnig ógildingar á niðurstöðu lægra setta stjórnvaldsins? Dómaframkvæmd er nokkuð misvísandi um þetta og má nefna eftirfarandi tvo dóma, en síðari dómurinn féll innan við þremur mánuðum eftir að sá fyrrnefndi gekk:

Dómur Hæstaréttar frá 1. desember 2011 í máli nr. 116/2011 (Vélar og verkfæri). Í kjölfar ábendingar um að V ehf. hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína á markaði fyrir sölu og þjónustu lásakerfa hóf S athugun á því. Með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var V ehf. talinn hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og gert að greiða 15.000.000 króna stjórnvaldssekt. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um brot V ehf. gegn 11. gr. fyrrnefndra laga en lækkaði álagða stjórnvaldssekt í 10.000.000 krónur. V ehf. höfðaði mál gegn Samkeppniseftirlitinu og krafðist ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Í málinu snérist ágreiningur aðila fyrst og fremst um hvernig skilgreina ætti þann markað sem V ehf. starfaði á og hvort staða hans á markaði væri réttilega skilgreind í úrskurði nefndarinnar. Í dómi Hæstaréttar kom fram að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hefði markaðurinn verið skilgreindur sem sala á efni til höfuðlyklagerðar. Það hefði verið gert í ítarlega rökstuddu máli með samanburði á hinum ýmsu tegundum aðgangskerfa á markaði með tilliti til verðs og eiginleika og athugunar á því hvort staðganga væri á milli þessara vöru- og þjónustutegunda. Áfrýjunarnefndin komst hins vegar að þeirri niðurstöðu að sú markaðsskilgreining væri of þröng, en ekki var að finna frekari skilgreiningu og umfjöllun um hver réttur markaður málsins væri. Um þetta segir síðan í dómi Hæstaréttar: „Ef það var álit áfrýjunarnefndar samkeppnismála að rétt skilgreindur markaður málsins væri annar en sá, sem Samkeppniseftirlitið hafði samkvæmt framansögðu komist að niðurstöðu um, bar áfrýjunarnefnd að rökstyðja það með tilvísun til markaðslegra

⁴³ Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið?“, bls. 498-499 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 15.

staðreynda og þá jafnframt hver væri staða áfrýjanda á þeim markaði þannig að ekki léki vafi á. Hafi áfrýjunarnefnd talið gögn skorta um hinn rétt skilgreinda markað og stöðu áfrýjanda á honum bar henni að kalla eftir þeim, en ekki verður séð að svo hafi verið gert. Þegar framangreint er haft í huga verður talið að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi hvorki gætt þeirrar skyldu sinnar við meðferð máls áfrýjanda að upplýsa málið nægjanlega í skilningi 10. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993, né hafi áfrýjunarnefnd rökstutt niðurstöðu sína með þeim hætti sem áskilið er í 4. tölulið 31. gr., sbr. 22. gr. laganna. Er úrskurður áfrýjunarnefndar samkvæmt þessu haldinn svo verulegum annmörkum að fella ber hann úr gildi.“ Í kjölfar þessa sagði Hæstiréttur: „Að þessari dómsniðurstöðu fenginni er undir áfrýjanda komið hvort hann unni fyrrgreindri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, eða hvort hann óskar innan lögmæltis frests að bera ákvörðun eftirlitsins á nýjan leik undir áfrýjunarnefnd samkeppnismála.“

Dómur Hæstaréttar frá 23. febrúar 2012 í máli nr. 72/2011 (Valitor). Í málinu gerði Valitor kröfu um að felldur yrði úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í tilteknu máli „svo og ákvörðun [Samkeppniseftirlitsins].“ Um þessa kröfugerð sagði Hæstiréttur: „[E]kki eru efni til að ógilda ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, sem skotið var til áfrýjunarnefndarinnar og leiddi til úrskurðar hennar 9. febrúar 2010, þar sem ákvörðun þessi var efnislega orðin hluti úrskurðarins.“

Dómsniðurstöðurnar virðast, a.m.k. við fyrstu sýn, vera ósamrýmanlegar. Í fyrra málinu var úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála felldur úr gildi en gengið út frá því að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins myndi að fenginni þeirri niðurstöðu „rakna við“. Væri þá undir V hf. komið hvort fyrirtækið myndi una við ákvörðun eftirlitsins eða óska eftir því „innan lögmæltis frests“ að bera ákvörðunina undir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Taka má fram að tilvísun réttarins til lögmæltra fresta sætir furðu í ljósi þess að fjögurra vikna kærufrestur til áfrýjunarnefndarinnar, sbr. 9. gr. samkeppnislaga, hafði runnið sitt skeið rúmu tveimur og hálfu ári áður en dómur Hæstaréttar gekk. Í síðara málinu var eins og fyrri dómurinn hefði ekki fallið og orðaði Hæstiréttur það sem augljósa meginreglu, sem ekki þyrfti að fjölyrða um, að ekki þyrfti sérstaklega að krefjast ógildingar á ákvörðun lægra setts stjórnvalds.

Ef finna á samræmi á milli þessara dóma mætti halda því fram að meginreglan sé a.m.k. sú að óþarft sé að krefjast jafnframt ógildingar á ákvörðun lægra setts stjórnvalds, einkum þegar ákvörðunin er að öllu leyti samrýmanleg niðurstöðu hins æðra setta stjórnvalds. Í ljósi dóms Hæstaréttar frá 1. desember 2011 í máli nr. 116/2011 (*Vélar og verkfæri*)

getur komið til greina að ógilda *eingöngu* niðurstöðu æðra setta stjórnvaldsins ef sérstakur ógildingarannmarki er á þeirri málsmeðferð sem ekki var til staðar hjá lægra setta stjórnvaldinu, eins og til dæmis vanhæfi nefndarmanna, skortur á rannsókn eða rökstuðningi o.s.frv. Í slíkum tilvikum er a.m.k. varkárara fyrir aðila dómsmáls að krefjast ógildingar á úrlausnum beggja stjórnvalda. Úrlausn æðra setta stjórnvaldsins gæti þá verið felld úr gildi vegna formannmarka og jafnframt komist að niðurstöðu um að efnisniðurstaðan væri ólögmæt. Sú niðurstaða myndi hafa í för með sér ógildinguna á bæði ákvörðun lægra setta stjórnvaldsins og úrskurði hins æðra setta.

4.3 Stefna ber aðilum í viðkomandi stjórnýslumáli

Dómstólar hafa litið svo á að til varnar sé einnig nauðsynlegt að stefna öllum þeim sem aðild áttu að máli á stjórnýslustigi, til dæmis verði að stefna þeim sem lögðu fram kvörtun, tóku til varna eða kærðu til æðra setts stjórnvalds.⁴⁴ Sjá meðal annars *Hrd. 2006, bls. 4390 (mál nr. 539/2006) (Lífeyrissjóður)* og *Hrd. 2002, bls. 2241 (mál nr. 231/2002) (Kárahnjúkavirkjun)*.

Hrd. 2002, bls. 2241 (mál nr. 231/2002) (Kárahnjúkavirkjun). Dómurinn var reifaður í öðru samhengi í kafla 3.2. A, G, N og Ó höfðuðu mál á hendur íslenska ríkinu þar sem þeir kröfðust þess aðallega að úrskurður umhverfisráðherra um mat á umhverfisáhrifum Kárahnjúkavirkjunar yrði felldur úr gildi og ráðherra gert að staðfesta úrskurð Skipulagsstofnunar sem hafði lagst gegn framkvæmdinni. Aðilar að umræddu kærumáli fyrir umhverfisráðherra voru 122 talsins. Í dómi Hæstaréttar sagði: „Eins og málið liggur fyrir Hæstarétti verður ekki séð hversu margir af þessum aðilum við meðferð málsins fyrir umhverfisráðherra geti talist hafa átt einstaklega, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn þess. Ótvírætt er þó að Landsvirkjun hefur sem svonefndur framkvæmdaraðili í skilningi laga nr. 106/2000 haft slíka hagsmuni. Úr varakröfu sóknaraðila um ómerkingu úrskurðar umhverfisráðherra frá 20. desember 2001 verður ekki leyst fyrir dómstólum án þess að þar eigi aðild Landsvirkjun og aðrir þeir, sem kunna að hafa átt slíka hagsmuni meðal þeirra 117 annarra, sem kærðu úrskurð Skipulagsstofnunar til ráðherra. Með því að sóknaraðilar gættu þess ekki að beina varakröfu sinni að þeim aðila, einum eða fleiri, sem hér um ræðir, er slíkur galli á málsókn þeirra að einnig verður að vísa þessari kröfu frá héraðsdómi.“

Hrd. 2006, bls. 4390 (mál nr. 539/2006) (Lífeyrissjóður). Þar hafði H kvartað til samkeppnisyfirvalda og krafist þess að kannað yrðu

⁴⁴ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 25-27.

hvort ákveðinir þættir í starfsemi tiltekinna lífeyrissjóða stönguðust á við samkeppnislög og hvort ástæða væri til að grípa til íhlutunar af þeim sökum. H stefndi eingöngu Samkeppniseftirlitinu en ekki lífeyrissjóðunum. Um þetta sagði Hæstiréttur: „Áttu sjóðirnir ótvírætt aðild að því máli og litu samkeppnisstofnun og samkeppniseftirlitið enn fremur svo á. Þar sem athugun samkeppnisyfirvalda beindist meðal annars að fjárhagslegum og stjórnunarlegum tengslum sjóðanna við þá, sem höfðu með höndum rekstur þeirra, verður jafnframt að líta svo á að þeir hafi átt verulegra, einstaklegra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins. Einnig verður að líta svo á að þessir lífeyrissjóðir hafi átt aðild að málinu á málskotsstigi fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnis- mála í tilefni af stjórnsýslukærum sóknaraðila. Í dómum Hæstaréttar hefur verið litið svo á að óhjákvæmilegt sé að beina kröfu um ógildingu úrskurðar æðra stjórnvalds að þeim, sem hafa átt aðild að málinu á málskotsstigi, enda hafi þeir átt verulegra, einstaklegra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn stjórnsýslumálsins [...]“ Þar sem lífeyrissjóðunum var ekki stefnt var málinu vísað frá dómi.

Til viðbótar við þetta hefur á ákveðnum sviðum mótast venja um að gagnaðila á stjórnsýslustigi sé *eingöngu* stefnt og látið vera að stefna stjórnvaldinu. Á þetta einkum við í málum sem varða í grunninn einkaréttarlegan ágreining á milli tveggja aðila, eins og í tilviki mála er varða útgáfu á byggingarleyfi og skráningu vörumerkja. Sjá um þetta eftirfarandi dóma:

Hrd. 2006, bls. 167 (mál nr. 326/2005) (Byggingarleyfi). Í málinu krafðist H ógildingar á byggingarleyfi fyrir nýjum sumarbústað í eigu M og S þar sem ekki hafði verið leitað samþykkis hans fyrir því að hann risi á sameignarlandi aðilanna. Hæstiréttur vísaði til þess að miðað við dómaframskýmd yrði „ekki gerð krafa um það, að sveitarfélag eigi aðild að dómsmáli þar sem fjallað er um gildi byggingarleyfis“. Ekki var því nauðsynlegt að stefna sveitarfélaginu G til ógildingar á byggingarleyfi sem það hafði gefið út.

Hrd. 2004, bls. 2039 (mál nr. 471/2004) (CELEBRA). Í málinu höfðaði PE mál á hendur G og krafðist þess aðallega að úrskurði áfrýjunarnefndar yrði hrundið og dæmt yrði að skráning vörumerkisins CELERA skyldi halda gildi sínu hvað varðar vörur í flokki 5. Til vara krafðist hann að fyrrnefndum úrskurði yrði breytt á þann veg að skráning vörumerkisins CELERA skyldi halda gildi sínu hvað varðar lyfseðilskyld lyf í flokki 5. Hvorki Einkaleyfastofan né áfrýjunarnefnd hugverkaréttinda á sviði iðnaðar áttu aðild að málinu og ekki var gerð athugasemd við það af hálfu Hæstaréttar.

Ólafur Jóhannes Einarsson hefur gagnrýnt þessa framkvæmd og réttilega bent á að óheppilegt sé að stjórnvald eigi ekki aðild að

dómsmáli þar sem deilt er um gildi ákvörðunar þess.⁴⁵ Þá hlýtur í mörgum tilvikum að vera erfitt fyrir gagnaðilann að ætla að færa sannfærandi rök fyrir því að sveitarfélag hafi til dæmis við útgáfu (eða synjun) leyfis gætt að öllum formreglum stjórnvöldstjórnvaldsins, svo sem um fullnægjandi rannsókn eða andmælarétt, enda hefur hann ekki sömu upplýsingar um málsmeðferðina og sveitarfélagið sjálft. Einkaaðila er því í reynd fengið það hlutverk að gæta almanna-hagsmuna fyrir dómi. Ekki er endilega víst að hagsmunir almennings og viðkomandi aðila fari ávallt saman og spyr Ólafur Jóhannes sig þeirrar spurningar hvaða heimildir málsaðilar hefðu til þess að gera dómsátt sem væri í andstöðu við fyrri ákvörðun stjórnvaldsins.⁴⁶ Ákveðinn varnagli er þó sleginn að þessu leyti í 1. mgr. 108. gr. laga nr. 91/1991 þar sem tekið er fram að dómari geti synjað aðilum um að gera dómsátt ef hann telur ólöglegt að gera hana, efni hennar óljóst eða ómögulegt að efna hana. Hæstiréttur hefur í kjölfar skrifa Ólafs Jóhannesar gengið skrefi lengra í *dómi réttarins frá 8. mars 2013 í máli nr. 115/2013 (Skotveiðifélag)*.

Dómur Hæstaréttar frá 8. mars 2013 í máli nr. 115/2013 (Skotveiðifélag).

S höfðaði mál gegn íslenska ríkinu, ÍK, E, S og Reykjavíkurborg og krafðist meðal annars ógildingar á úrskurði umhverfisráðuneytisins þar sem felld var úr gildi ákvörðun heilbrigðisnefndar R um útgáfu starfsleyfis til S til reksturs skotæfingavæðis. Í dómi Hæstaréttar segir: „Ekki verður séð að varnaraðilinn Reykjavíkurborg hafi lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins og samkvæmt dómaframkvæmd verður ekki gerð krafa til þess að sveitarfélag eigi aðild að máli þegar fjallað er um gildi leyfis af því tagi sem hér um ræðir.“ Var málinu því vísað frá dómi gagnvart Reykjavíkurborg.

Færa má sterk rök fyrir því að dómurinn oftúlki fyrri fordæmi Hæstaréttar. Þannig hafði Hæstiréttur áður talið að *óþarft* væri að stefna jafnframt stjórnvaldinu í málum af þessu tagi, en ekki verður séð að rétturinn hafi áður talið að mál af þessu tagi væru sveitarfélaginu í reynd óviðkomandi. Niðurstaðan er í besta falli óvenjuleg, enda hlýtur sveitarfélag að hafa augljósa hagsmuni af því að verja málsmeðferð eða efnislega niðurstöðu sína um útgáfu eða synjun leyfis. Er það í raun æskilegast, eins og áður hefur verið bent á.

⁴⁵ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 19.

⁴⁶ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 19-20.

5. Kröfugerð

5.1 Ógildingarkröfur

Þegar höfða á dómsmál til ógildingar á stjórnvaldsákvörðun þarf lögmaður ekki aðeins að huga að því hvernig hann hagar aðild til sóknar og varnar heldur þarf hann einnig að ákveða hvaða kröfur hann gerir fyrir dómi fyrir hönd umbjóðanda síns. Langalgengast er að gerð sé krafa um að ákvörðun eða athöfn stjórnvalds verði ógilt.⁴⁷ Ef deilt er um lögmati úrskurðar yfirfasteignamatsnefndar, svo dæmi sé tekið, gæti kröfugerð sóknaraðila verið á þessa leið: „Stefnandi krefst þess að úrskurður yfirfasteignamatsnefndar frá 1. janúar 2019 í máli nr. 1/2019 verði ógiltur með dómi.“⁴⁸ Slík kröfugerð er hreinleg og veldur sjaldnast vafa eða flækjum frá réttarfarslegu sjónarhorni. Ef dómstóll fellst á kröfuna hefur hann komist að niðurstöðu um að ákvörðun eða athöfn stjórnvaldsins hafi verið í ósamræmi við lög. Dómsorð dómstólsins gæti þá verið á þessa leið: „Ógiltur er úrskurður yfirfasteignamatsnefndar frá 1. janúar 2019 í máli nr. 1/2019.“ Áhrif dómsins eru þau að úrskurðurinn hefur ekki réttaráhrif lengur gagnvart þeim sem hann beindist gegn.⁴⁹ Það getur svo farið eftir atvikum hverju sinni hvaða þýðingu ógilding hefur, þ.e. hvort ákvörðun sé ógild frá öndverðu eða hvort ákvörðunin hafi haft réttaráhrif frá því að hún var tekin og þar til dómur gekk um ógildi hennar. Þá getur farið eftir atvikum hvort stjórnvald getur tekið viðkomandi álitæfni aftur til skoðunar eða ekki, en í því sambandi skiptir mestu máli hvort komist er að niðurstöðu um að stjórnvald hafi brotið gegn efnis- eða formreglu stjórnsýsluréttarins.⁵⁰

5.2 Aðfararhæfar kröfur

Annað dæmi um einfalda og hreinlega kröfugerð eru kröfur sem fullnægja má með aðför hjá sýslumanni á grundvelli laga nr. 90/1989 um aðför.⁵¹ Sem dæmi um aðfararhæfa peningakröfu má nefna bótakröfur, en um þær verður fjallað sérstaklega í kafla 5.4. Ekki er algengt að annars konar aðfararhæfum kröfum verði komið við í

⁴⁷ Róbert R. Spanó: „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“, bls. 70.

⁴⁸ Sjá sambærilega kröfugerð í dómi *Hæstaréttar* 25. febrúar 2016 í máli nr. 477/2015 (*Harpa*).

⁴⁹ Arnar Þór Stefánsson: *Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana* (fjölrit), bls. 56.

⁵⁰ Sjá nánar umfjöllun Arnars Þórs Stefánssonar: „Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana“ (fjölrit), bls. 56-59.

⁵¹ Sjá umfjöllun um aðfararhæfar kröfur í Markús Sigurbjörnsson og Kristín Benediktsdóttir: *Einkamálaréttarfar*, bls. 113-114.

málum sem snerta athafnir og ákvarðanir stjórnvalda (öðrum en málskostnaðarkröfur á hendur hinu stefnda stjórnvaldi). Ástæðan er einkum sú, eins og rakið er í kafla 2.3.2, að dómstólar *endurskoða* aðeins stjórnvaldsákvarðanir en taka ekki nýjar í stað þeirra sem ógiltar kunna að verða. Aðfararhæf krafa um að ráðherra staðfesti og undirriti skipulag bryti þannig í bága við þessa meginreglu og yrði vísað frá dómi, eins og raunin varð í fyrrnefndum *dómi Hæstaréttar frá 19. júlí 2010 í máli nr. 436/2010 (aðalskipulag Flóahrepps)*. Þrátt fyrir þetta tíðkast aðfararhæf kröfur í ákveðnum tegundum mála. Algengast er að gera slíka kröfu þegar krafist er ógildingar á ákvörðunum um sektargreiðslur eða álagningu skatta. Sá sem höfðar slíkt mál krefst yfirleitt ógildingar á viðkomandi úrlausn og jafnframt að íslenska ríkið endurgreiði sektargreiðsluna eða hina álögðu skatta, eftir atvikum með vöxtum. Aðfararhæfa krafan er þá gerð *samhliða* ógildingarkröfunni. Má sem dæmi nefna aðurnefndan *dóm Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014 (Vífílfell)* þar sem tiltekinn úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála var ógiltur og íslenska ríkið dæmt til að endurgreiða álagða sekt, að fjárhæð 80 milljón krónur, með dráttarvöxtum. Sjá einnig dóm *Hæstaréttar frá 22. nóvember 2018 í máli nr. 811/2017 (Fura)* þar sem ógiltir voru úrskurðir ríkisskattstjóra og yfirsattanefndar og íslenska ríkið dæmt til að endurgreiða H rúmar 83 milljón krónur með nánar tilgreindum vöxtum. Ef svo ólíklega færi að íslenska ríkið myndi ekki greiða hinar dæmdu endurgreiðslukröfur gætu dómhafar krafist aðfarar hjá sýslumanni, sbr. 1. töluliður 1. mgr. 1. gr. laga nr. 90/1989.

Þá má af dómaframkvæmd ráða að mögulegt er að koma við aðfararhæfum kröfum í málum sem eiga einhvers konar einkaréttarlega skírskotun. Sem dæmi má nefna vörumerkjamál, en ágreiningurinn í þeim er yfirleitt í reynd einkaréttarlegs eðlis (þ.e. ágreiningur um það hvort vörumerki sem A notar sé of líkt vörumerki B) þótt hann geti verið í búningi stjórnsýslumáls hjá Hugverkastofunni og áfrýjunarnefnd hugverkaréttinda á sviði iðnaðar. Má sem dæmi nefna *dóm Hæstaréttar frá 1. desember 2016 í máli nr. 97/2016 (Sushisamba)* þar sem felldur var úr gildi tiltekinn úrskurður áfrýjunarnefndarinnar og S ehf. bannað að nota vörumerkið sushisamba í rekstri sínum. Þá má nefna að krefjast má fjarlægingar á mannvirki sem reist er á grundvelli ógilds skipulags eða byggingarleyfis, sbr. *dóma Hæstaréttar frá 22. nóvember 2012 í málum nr. 137 og 138/2012 (Suðurhús)*, en við slíkar aðstæður er hin aðfararhæfa skylda lögð á eiganda mannvirkisins (einkaaðila) en ekki stjórnvaldið sjálft, þótt fjarlægingarkrafan byggji á sömu sjónarmiðum og ógildingarkrafa. Einnig má minnst á *dóm Hæstaréttar frá 9. júní 2016 í máli nr. 268/2016 (lokun flugbrautar)* þar sem íslenska ríkinu

var gert að loka brautinni NA/SV (flugbraut 06/24) á Reykjavíkurlugvelli. Í málinu var þó ekki tekist á um hefðbundna athöfn eða ákvörðun stjórnvalds, heldur var um að ræða samnings-skuldbindingu sem íslenska ríkið hafði vanefnt.

Ljóst er af framangreindu að aðfararhæfar kröfur ganga yfirleitt lengra en ógildingarkröfur og því er eðlilegt að setja þær fyrrnefndu fram eingöngu eða samhliða ógildingarkröfu þegar valið stendur á milli þessara tveggja kosta. Þegar aðili getur sett fram aðfararhæfa kröfu yrði ógildingarkrafa í reynd nokkurs konar miðjumóð og næði vart þeim markmiðum sem stefnandi stefndi að með málsókn sinni. Sem dæmi má nefna það þegar aðili telur að viðbygging nágranna síns hafi verið reist á grundvelli ólögmeats byggingarleyfis eða skipulags. Í því tilviki myndi það duga skammt að ætla að krefjast ógildingar á byggingarleyfinu því byggingin stæði enn, þrátt fyrir ógildinguna. Við ákveðnar aðstæður getur ógildingarkrafa í reynd stappað nærri lögspurningu sem er andstæð 1. mgr. 25. gr. eml., sbr. til hliðsjónar sambærilega aðstöðu í dómi *Hæstaréttar frá 26. nóvember 2015 í máli nr. 759/2015 (AGC)*. Miklu nærtækara væri að gera kröfu um fjarlægingu mannvirkisins, annaðhvort eingöngu eða samhliða ógildingarkröfunni. Slík kröfugerð næði bersýnilega þeim markmiðum sem viðkomandi stefndi að með málsókn sinni, sbr. áðurnefnda dóma *Hæstaréttar frá 22. nóvember 2012 í málum nr. 137 og 138/2012 (Suðurhús)*.

5.3 Viðurkenningarkröfur

Í 2. mgr. 25. gr. og d. lið 80. gr. eml. er gert ráð fyrir því að sá sem telur á rétti sínum brotið geti höfðað dómsmál og haft þar uppi viðurkenningarkröfu, til dæmis kröfu um að viðurkennt verði að brotið hafi verið á viðkomandi, kröfu um viðurkenningu á bótaskyldu ríkisins eða kröfu um viðurkenningu á tilteknum réttindum. Skipta má viðurkenningarkröfum í dómsmálum gegn hinu opinbera í a.m.k. fjóra flokka.

Í *fyrsta lagi* eru það kröfur um viðurkenningu á bótaskyldu stjórnvaldsins. Kröfur af þessu tagi valda sjaldnast vafa í framkvæmd, þótt vandmeðfarið geti verið að orða þær, enda þarf að lýsa vel þeirri háttsemi sem á að hafa valdið viðkomandi tjóni. Sem dæmi má nefna dóm *Hæstaréttar frá 6. desember 2018 í máli nr. 508/2017 (Makrill)* þar sem viðurkennt var að íslenska ríkið bæri „skaðabótaábyrgð á því fjártjóni sem áfrýjandi, Huginn ehf., kann að hafa beðið vegna þess að Huginn VE 55 var á árunum 2011 til 2014 með ákvörðunum Fiskistofu, sem teknar voru á grundvelli reglugerða, úthlutað minni aflaheimildum en skylt

var samkvæmt lögum nr. 151/1996 um fiskveiðar utan lögsögu Íslands.“ Helsta vandamálið sem stefnandi kann að standa frammi fyrir í málum af þessu tagi er að sanna að hann hafi orðið fyrir tjóni, en það varðar ekki kröfugerðina sem slíka heldur skilyrði skaðabóta um sönnun tjóns, en um það verður fjallað í kafla 5.4.

Í *öðru lagi* kröfur um að viðurkennt verði að stjórnvaldi sé skylt að aðhafast eitthvað, til dæmis að tálknómálstúlka kosningasjónvarp eða láta þýða námsefni á íslenskt táknmál, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 12. ágúst 2015 í máli nr. 394/2015 (námsefni á táknmáli)*. Eins og áður er rakið heyrta slíkar kröfur til undantekninga og eru þær yfirleitt taldar andstæðar því hlutverki dómstóla að *endurskoða* stjórnvaldsákvarðanir.

Í *þriðja lagi* kröfur um viðurkenningu á því að tiltekin athöfn sé lögmæt eða ólögmæt, til dæmis krafa um viðurkenningu á því að uppsögn hafi verið ólögmæt, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 21. september 2017 í máli nr. 650/2016 (biðlaun yfirlæknis)*. Fjallað hefur verið með ítarlegri hætti um kröfugerð af þessu tagi á öðrum vettvangi og vísast til þess sem þar kemur fram.⁵² Á undanförunum árum hafa dómstólar verið gjarnir á að vísa kröfum af þessu tagi frá dómi, ýmist vegna þess að þær fela í sér lögspurningu í andstöðu við 1. mgr. 25. gr. eml., eða vegna þess að aðila skortir lögvarða hagsmuni af úrlausn sakarefnis um viðkomandi kröfu.⁵³ Að mati höfundar er yfirleitt hægt að móta kröfur af þessu tagi með öðrum hætti, til dæmis í formi ógildingarkröfu eða kröfu um viðurkenningu á bótaskyldu. Af þeim sökum er eðlilegt að lögmenn forðist kröfugerð af þessu tagi til að komast hjá réttarfarsflækjum, nema ósennilegt sé að sömu markmið náist með annars konar kröfum. Í það minnsta er rétt að samhliða séu gerðar kröfur sem líklegt er að standist réttarfarspróf dómstóla.

Í *fjórdða lagi* má gera kröfur um viðurkenningu á tilteknum réttindum. Slík kröfugerð verður þó að vera ákveðin að efni til og má ekki vera óljós. Ástæðan er einkum sú að dómstólar eiga að ráða ágreiningi til lykta og dómsniðurstöður eiga því ekki að valda vafa um hvert efni þeirra er. Sem dæmi um kröfugerð sem talin var ganga upp að þessu leyti má nefna *dóm Hæstaréttar frá 9. febrúar 2017 í máli nr. 223/2016 (launaþróun)* þar sem stefnandi krafist viðurkenningar á því að íslenska ríkinu og Tryggingastofnun ríkisins hafi „frá 30. maí 2007 verið

⁵² Sjá til dæmis Hafstein Dan Kristjánsson: „Viðurkenningarkröfur um (ó)lögmæti einhvers“, bls. 39-82, Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið“, bls. 523 og áfram og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttarfarskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi“, bls. 67.

⁵³ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Viðurkenningarkröfur um (ó)lögmæti einhvers“, bls. 44-52 og 77.

óheimilt að ákvarða bætur til hennar samkvæmt lögum nr. 100/2007 um almannatryggingar án þess að fara eftir 69. gr. laganna.“ Um þessa kröfu sagði Hæstiréttur:

Er krafa áfrýjanda á því reist að með því að svo hafi ekki verið gert hafi verið farið á svig við réttmætar væntingar hennar, eignarréttur hennar hafi með því verið skertur, jafnræðis hafi ekki verið gætt við skerðingarnar og þær ekki framkvæmdar með stjórnskipulega gildum hætti. [...]Með kröfu sinni og þeim málsástæðum sem hún er reist á leitar áfrýjandi viðurkenningar dómstóla á því að löggjafinn hafi með þeim hætti sem áður er lýst farið á svig við grundvallarreglur stjórnarskrárinnar og með því skert stjórnarskrárvarin réttindi áfrýjanda. Hefur hún að þessu leyti afmarkað nægjanlega hvaða réttindi hún telur sig njóta á grundvelli 76. gr. stjórnarskrárinnar. Yrði krafa áfrýjanda tekin til greina fæli sú niðurstaða í sér að ráðið hefði verið til lykta ágreiningi um þau réttindi sem hún telur sig njóta samkvæmt stjórnarskrárákvæðinu. Fullnægir kröfugerð áfrýjanda samkvæmt þessu áskilnaði d. liðar 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991 um ákveðna kröfugerð til viðurkenningar á tilteknum réttindum.

5.4 Bótakröfur

Ef aðili telur sig hafa orðið fyrir tjóni vegna athafnar eða ákvörðunar stjórnvalds er eðlilegt fyrir viðkomandi að hann leitist við að rétta hlut sinn með því að krefjast bóta. Bótakröfur geta orðið sérstaklega raunhæfar í málum þar sem ógildingarkröfu verður ekki komið við. Sem dæmi um slíkt má nefna starfsmannamál, þar sem sá sem telur á rétti sínum brotið getur ekki fengið sig settan inn í starfið sem annar var ráðinn eða skipaður til að gegna.⁵⁴ Hagsmunir og væntingar þess sem var ráðinn eða skipaður í starfið mæla gegn því að ógildingarkrafa geti náð fram að ganga og því þarf sá sem telur á rétti sínum brotið í starfsmannamálum yfirleitt að láta duga að krefjast bóta. Sjá um þetta til dæmis *Hrd. 1999, bls. 1404 (mál nr. 81/1999) (sýslumannsembætti á Akranesi)*.

Bótakröfur í málum sem varða athafnir eða ákvarðanir stjórnvalda eru einkum þrenns konar. Í *fyrsta lagi* getur viðkomandi gert kröfu um viðurkenningu á bótaskyldu, sem áður er fjallað um. Í *öðru lagi* getur hann gert kröfu um peningagreiðslu fyrir fjártjón. Sem dæmi um þetta má nefna að ef aðili hefur orðið fyrir hagnaðarmissi vegna stjórnvalds-ákvörðunar getur hann krafist þess að viðkomandi stjórnvald (eða íslenska ríkið) verði dæmt til að greiða honum bætur sem nemur

⁵⁴ Sjá til dæmis Arnar Þór Stefánsson: *Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana* (fjölrit), bls. 54-56.

hagnaðarmissinum. Í því sambandi má nefna *dóm Hæstaréttar frá 20. september 2012 í máli nr. 416/2011 (Héðinsfjarðargöng 2)* þar sem íslenska ríkið var dæmt til að greiða Íslenskum aðalverktökum hf. og NCC International AS tæpar 260 milljón krónur með tilteknum vöxtum vegna þess hagnaðarmissis sem fyrirtækin máttu þola og var talin afleiðing af ólögmati ákvörðun Vegagerðarinnar um að hafna öllum tilboðum í gerð Héðinsfjarðargangna á árinu 2003. Munurinn á viðurkenningarkröfum og kröfu um greiðslu tiltekinna fjárhæðar er í sjálfu sér ekki annar en sá að í fyrrnefnda tilvikinu er ekki tekist á um fjárhæð tjónsins, en sá sem höfðar slíkt mál verður þó að sanna að hann hafi orðið fyrir tjóni. Viðurkenningarmál getur því í ákveðnum tilvikum verið undanfari dómsmáls þar sem gerð er krafa um peningagreiðslu. Sem dæmi um þetta má nefna áðurnefndan dóm um greiðslu bóta vegna útboðs Héðinsfjarðargangna, en um það voru rekin tvo dómsmál. Annars vegar dómsmál um viðurkenningu bótaskyldunnar, en fallist var á þá kröfu í *Hrd. 2005, bls. 4506 (mál nr. 182/2005) (Héðinsfjarðargöng 1)*, og hins vegar dómsmál þar sem tekist var á um fjárhæð bótanna, sbr. áðurnefndan dóm *Hæstaréttar frá 20. september 2012 í máli nr. 416/2011 (Héðinsfjarðargöng 2)*. Hver er þá tilgangurinn með höfðun viðurkenningarmáls? Er ekki nóg að höfða eingöngu dómsmál um fjárhæð bótanna? Svarið við þessu er í sjálfu sér já, en það getur verið taktísk ákvörðun hjá lögmanni að höfða viðurkenningarmálið fyrst. Slíkt mál er einfaldara í sniðum og krefst ekki sömu sönnunarfærslu og í bótamálum þar sem gerð er krafa um greiðslu peninga, en í þeim þarf yfirleitt að færa sönnur á fjárhæð tjónsins með dómkvaðningu matsmanna. Ef bótaskylda er ekki fyrir hendi er kostnaðarminna fyrir umbjóðandann að fá leyst úr því með einföldum og skjóttum hætti í viðurkenningarmáli í stað þess að eyða tíma og peningum í að flytja mál sem getur verið flókið frá bæði lögfræðilegu og tæknilegu sjónarhorni.

Í þriðja lagi getur sá sem telur sig hafa orðið fyrir tjóni gert kröfu um greiðslu miskabóta samkvæmt b. lið 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993. Miskabætur eru bætur fyrir ófjárhagslegt tjón, til dæmis ef stjórnvaldsákvörðun er sérstaklega móðgandi eða íþyngjandi fyrir þann sem hún beinist gegn.⁵⁵ Færst hefur í aukana á undanförunum árum að gerð sé miskabótakrafa vegna athafna og ákvarðana stjórnvalda og eru gildar ástæður fyrir því, eins og síðar verður rakið.

⁵⁵ Einar Karl Hallvarðsson: „Miskabótakröfur í málum er varða réttarstöðu opinberra starfsmanna“, bls. 87-91.

Í eftirfarandi umfjöllun verður fjallað nánar um hvernig skilyrði skaðabóta horfa við í málum þar sem gerð er krafa um bætur fyrir fjártjón og miska vegna athafna og ákvarðana stjórnvalda. Ekki verður fjallað í ítarlegu máli um almenn skilyrði bótaréttar, heldur verður sjónum beinst að því hvernig skilyrðin horfa við í málum af þessu tagi. Um almenn skilyrði skaðabóta vísast til fræðirita um það efni.⁵⁶

5.4.1 Bætur fyrir fjárhagslegt tjón

Meginregla íslensks réttar um bótaskyldu hins opinbera er sakarreglan, en frumskilyrði þess að til bótaskyldu geti stofnast á grundvelli hennar er að tjónþoli sýni fram á að tjónvaldur hafi valdið tjóni með saknæmri og ólögmati háttsemi.⁵⁷ Stjórnvöld geta í undantekningartilvikum verið bótaábyrg á grundvelli svokallaðrar hlutlægrar ábyrgðarreglu, en í þeim tilvikum þarf ekki að sanna að stjórnvaldið hafi sýnt af sér sök. Sem dæmi um slíka reglu má nefna 51. gr. skipulagslaga nr. 123/2010.

Ljóst má vera að ekki er full samkvæmni í dómaframkvæmd um hversu strangar kröfur eigi að gera til sönnunar um saknæmi stjórnvalda. Þannig eru dæmi um að Hæstiréttur hafi talið að brot stjórnvalds gegn lögum hafi sjálfkrafa bótaskyldu í för með sér, sbr. *dóm Hæstaréttar 26. júní 2018 í máli nr. 637/2017 (sveitarfélagið Ölfus)* þar sem talið var að málsmeðferð sveitarfélags við uppsögn starfsmanns hafi verið í andstöðu við 10. gr. stjórnábyrgðarlaga nr. 37/1993. Komst Hæstiréttur síðan þannig að orði að þegar af þeirri ástæðu væri talið að brottvikningin hafi verið ólögmet og voru starfsmanninum dæmdar bætur, bæði fyrir fjártjón og miska. Önnur niðurstaða var aftur á móti í *dómi Hæstaréttar 19. október 2017 í máli nr. 684/2016 (skotveiðifélag)* þar sem mun ríkari kröfur voru gerðar til sönnunar á skilyrðinu um saknæmi:

Dómur Hæstaréttar 19. október 2017 í máli nr. 684/2016 (skotveiðifélag): Í málinu hafði sveitarfélagið R veitt S starfsleyfi fyrir skotvöll á Álfsnesi. Íbúasamtökin K og tveir einstaklingar kærðu útgáfu þess til umhverfisráðherra og var leyfið fellt úr gildi með úrskurði hans. Með dómi Hæstaréttar í máli nr. 651/2013 var úrskurðurinn felldur úr gildi en hver aðila látinn bera sinn kostnað af málinu í héraði og fyrir Hæstarétti. S höfðaði í kjölfarið mál og krafðist aðallega skaðabóta úr hendi íslenska ríkisins á þeim grunni að ríkið hefði valdið sér tjóni vegna þess kostnaðar sem S hefði þurft að bera af því að sækja rétt sinn í fyrrgreinda málinu. Til vara krafðist S þess

⁵⁶ Sjá einkum Eirík Jónsson og Viðar Má Matthíasson: *Bótaréttur I – Skaðabótaréttur*.

⁵⁷ Sjá ítarlega umfjöllun um sakarregluna í Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I – Skaðabótaréttur*, bls. 93-213.

að skaðabótaskyld ríkisins yrði viðurkennd. Hæstiréttur taldi að í framangreindum dómi hefði verið komist að rökstuddri niðurstöðu með túlkun á viðeigandi lagareglum. S hefði ekki sýnt fram á að starfsmenn ráðuneytisins hefðu á grundvelli sakar valdið sér tjóni af ásetningi eða gáleysi þannig að hann gæti sótt bætur úr hendi ríkisins vegna kostnaðar hans af rekstri málsins. Skilyrðinu um saknæmi væri því ekki fullnægt og íslenska ríkið þar af leiðandi sýknað af kröfum S.

Í dómnum er *ekki* talið að röng lagatúlkun, sem leiddi til ólögmætrar ákvörðunar, nægði til þess að skilyrðinu um saknæmi væri fullnægt. Hér eru því gerðar strangari kröfur til sönnunar á saknæmi en til dæmis í mörgum líkamstjónamálum, þar sem tíðkast hefur að beita svokölluðu reglufestu saknæmi. Með því er átt við að brot á tiltekinni háttternisreglu leiðir þegar af þeirri ástæðu til skaðabótaskyldu.⁵⁸ Ljóst er jafnframt að afar erfitt getur verið fyrir aðila að stjórnslumáli að gera sennilegt að stjórnvald hafi hagað sér með sérstaklega saknæmum hætti, til dæmis að starfsmenn stjórnvaldsins hafi gegn betri vitund tekið ólögmæta ákvörðun. Á hinn bóginn getur hafa skipt máli í umræddum dómi að eingöngu var um að ræða ranga *lagatúlkun*. Hér má til hliðsjónar benda á að það væri of strangur mælikvarði að dæma lögmann bótaskyldan fyrir að hafa túlkað lög með öðrum hætti en dómstólar (nema að túlkun hans hafi verið óforsvaranleg). Ekki er ráðrúm til að kafa dýpra ofan í þetta efni, en ástæða þykir til þess að hvetja til nánari rannsóknar á því, þ.e. hvenær háttsemi stjórnvalda telst saknæm og ólögmæt og hvort umrædd skilyrði geti horft öðruvísi við eftir því um hvers konar mál er að ræða og hvers eðlis brot stjórnvaldsins er.

Annað skilyrði skaðabóta er að sýna þarf fram á orsakatengsl, þ.e. að hin ólögmæta háttsemi hafi leitt til tjóns fyrir tjónþola. Ekki er nóg að sýna fram á annaðhvort að tjónvaldur hafi viðhaft ólögmæta háttsemi eða að tjónþoli hafi orðið fyrir tjóni, heldur er einnig gert að skilyrði að sýni fram á að háttsemin sé *orsök* tjónsins.⁵⁹ Í tilviki athafna og ákvarðana stjórnvalda er gerð sú krafa að sá sem telur sig hafa orðið fyrir tjóni sýni fram á að stjórnvaldsákvörðun hefði átt að vera honum hagfelld, sbr. til dæmis *Hrd. 2002, bls. 3373 (sorpörgun)*.⁶⁰ Sem dæmi má nefna að í starfsmannamálum þarf sá sem telur sig hlunnfarinn að gera sennilegt að hann hefði verið ráðinn í starfið ef gætt hefði verið réttra

⁵⁸ Sjá Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I – Skaðabótaréttur*, bls. 133.

⁵⁹ Sjá nánari umfjöllun í Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I – Skaðabótaréttur*, bls. 337-359.

⁶⁰ Arnar Þór Stefánsson: *Um ógildinguna stjórnvaldsákvæðana (fjölrit)*, bls. 64.

laga og málsmeðferðar.⁶¹ Erfitt getur reynst að sýna fram á þetta skilyrði, enda er oft illmögulegt að spá fyrir um það sem hefði orðið. Hefur þetta á öðrum stað verið nefndur „aðalhöfuðverkur“ málsaðila í málum af þessu tagi, og undir það má taka.⁶² Sjá um þetta eftirfarandi dóma:

Dómur Hæstaréttar 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010 (embætti héraðsdómara). Í málinu var komist að þeirri niðurstöðu að skipun í embætti héraðsdómara hefði verið ólögmat. Dómnefnd samkvæmt 12. gr. laga nr. 15/1998 um dómstóla komst að þeirri niðurstöðu að G og tveir aðrir hefðu verið mjög hæfir til að gegna embættinu. Ráðherra skipaði á hinn bóginn umsækjanda sem nefndin taldi að stæði framangreindum þremur umsækjendum að baki þrátt fyrir að sá teldist hæfur til að gegna embætti héraðsdómara. Ekki var talið liggja fyrir að G hefði staðið næst því að hljóta embættið og voru íslenska ríkið og Á því sýknuð af kröfu G um viðurkenningu á skaðabótaskyldu vegna fjártjóns hans.

Dómur Hæstaréttar 24. nóvember 2011 í máli nr. 162/2011 (lóðaúthlutun í Kópavogi II). A og L sóttu um byggingarrétt á lóð sem var auglýst. Sveitarfélagið K hafnaði umsókn A og L en fram kom að þau höfðu verið talin uppfylla lágmarksviðmið um möguleika á fjármögnun framkvæmda. Þau hefðu á hinn bóginn ekki komist að í útdrætti um lóð. A og L kærðu synjunina til félagsmálaráðuneytisins sem komst að þeirri niðurstöðu að úthlutunin hefði verið ólögmat. Einhverjir þeir sem hefðu sótt um þessar sömu lóðir hefðu sótt um til vara og fengið þær úthlutaðar. Af samanburði af högum A og L og þeirra sem fengu úthlutað lóðina sem um var að ræða ályktaði Hæstiréttur að þau hefðu að minnsta kosti staðið þeim jafnfætis til að fá úthlutun á grundvelli úthlutunarreglna K. Hæstiréttur taldi að A og L hefði verið mismunað freklega og á ólögmatan hátt af K með því að útiloka þau frá því að koma til álita við úthlutun á byggingarrétti á þeim tveimur lóðum sem þau sóttu um til vara. A og L voru á hinn bóginn ekki talin hafa sýnt fram á að þau hafi staðið framar öðrum umsækjendum um þessar lóðir þannig að þau gætu krafist bóta fyrir missi hagnaðar af því að hafa ekki fengið rétt úthlutað. Staðfestur dómur héraðsdóms um sýknu K af kröfu þeirra um bætur fyrir fjárhagslegt tjón.

Sambærileg niðurstaða var í *dómi Hæstaréttar 4. desember 2008 í máli nr. 181/2008 (lóðaúthlutun í Kópavogi I)* þar sem kom fram að ósannað væri að úthlutunarreglur Kópavogsbæjar hafi falið í sér að I og S hafi átt „skýlausan rétt á að fá lóðina og þá um leið að þau hafi orðið fyrir tjóni við að missa af henni, sem [Kópavogsbæ] sé skylt að bæta þeim.“

⁶¹ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 76.

⁶² Arnar Þór Stefánsson: *Um ógildingu stjórnvaldsáskvarðana (fjölrit)*, bls. 64.

Í þessu sambandi má nefna að ef líkurnar á því hvernig mál hefði farið eru jafnar er eðlilegt að stjórnvaldið sé sýknað, enda þarf sá sem höfðar málið a.m.k. að sýna fram á að meiri líkur en minni séu á að ákvörðun hefði verið honum hagfelld. Um þetta má vísa til eftirfarandi dóms:

Dómur Hæstaréttar 18. júní 2009 í máli nr. 604/2008 (vanhæfi dómara). P hafði höfðað mál gegn L og krafist bóta vegna tjóns sem hann taldi sig hafa orðið fyrir vegna ólögmaetra athafna L. Úrslit málsins í Hæstarétti á árinu 1997 urðu þau að þrír dómamar vildu sýkna L en tveir dómamar skiluðu sératkvæði og vildu taka kröfu P til greina. Árið 2003 komst mannréttindadómstóll Evrópu að þeirri niðurstöðu að einn þriggja dómara sem skipuðu meirihluta Hæstaréttar hafi verið vanhæfur til setu í dóminum vegna fjárhagslegra tengsla við L og með því hafi verið brotið gegn 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Taldi P íslenska ríkið bera fébótaábyrgð gagnvart sér annars vegar vegna þess að hann hafi ekki notið réttlátrar málsmeðferðar og hins vegar þar sem það hafi ekki rétt hlut hans nægjanlega í kjölfar niðurstöðu mannréttindadómstólsins. Um orsakatengsl á milli tjóns P og þátttöku vanhæfs dómara í máli hans sagði Hæstiréttur: „Við meðferð hæstaréttarmáls nr. 210/1996 var Hæstiréttur Íslands skipaður fimm dómurum. Ef frá er talið atkvæði hins vanhæfa dómara við meðferð málsins féllu atkvæði jafnt þar sem tveir dómamar sýknuðu Landsbanka Íslands af kröfu áfrýjanda, en tveir vildu taka kröfu hans á hendur bankanum til greina. Á það verður fallist með héraðsdómi, að ógerlegt er eins og mál þetta er vaxið að geta sér til um það á hvern veg atkvæði hefðu fallið í Hæstarétti ef annar dómari hefði frá öndverðu skipað dóminn í stað þess sem með réttu átti að víkja sæti við meðferð málsins. Sama myndi eiga við ef lögum um meðferð einkamála hefði verið breytt á þann veg sem áfrýjandi mæltist til um og mál hans endurupptekið og dæmt í Hæstarétti á nýjan leik í skjóli slíkrar lagaheimildar. Er í því tilviki einnig útilokað að leiða að því líkur, hvernig atkvæði hefðu fallið í endurskipuðum Hæstarétti. Er því ekki fullnægjandi af hálfu áfrýjanda að vísa til þess, fjárkröfu sinni til stuðnings, að Hæstiréttur kynni að hafa komist að annarri niðurstöðu hefði hann verið skipaður öðrum dómendum við meðferð málsins. Er þar aðeins um getgátur að ræða, en ekki fullnægjandi sönnun fyrir orsakatengslum milli ætlaðs tjóns áfrýjanda og þess að ekki var fylgt reglum 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans, en slík sönnun er forsenda þess að áfrýjanda verði dæmdar bætur á þessum grundvelli úr hendi stefnda. Málsástæðu áfrýjanda sem byggir á þessum grunni er því hafnað.“

Þriðja skilyrðið sem hér skiptir máli er að sá sem krefst bóta þarf að sýna fram á að hann hafi orðið fyrir tjóni vegna viðkomandi

ákvörðunar eða athafnar stjórnvaldsins.⁶³ Eins og áður er rakið er þetta yfirleitt gert með dómkvaðningu matsmanna ef þörf er á sérfræðikunnáttu til að leggja mat á tjónið. Í sumum tilvikum getur sönnunin verið einfaldari í sniðum, til dæmis ef deilt er um ólögmæta uppsögn starfsmanns. Ef viðkomandi starfsmaður er kominn með aðra vinnu í kjölfar uppsagnarinnar er það skilyrði fyrir bótum vegna fjártjóns að laun hans í nýja starfinu séu lægri en í því gamla, enda hefur hann ekki orðið fyrir fjártjóni ef hann er nú launahærri en áður. Ef nýja starfið gefur ekki eins mikið í vasann og hið gamla nægir að setja kröfuna fram með þeim hætti að bera saman tekjur viðkomandi í nýja og gamla starfinu og margfalda með þeim árafjölda sem hann á eftir á vinnumarkaði. Sjaldan er fallist á fjárhæð slíkra krafna, enda er framtíðin háð ýmsum óvissuþáttum. Í dæmaskyni má nefna að ef viðkomandi er ungur að árum gæti hann allt eins fengið starf með mun hærri launum síðar. Vegna þessara óvissuþátta eru bætur í málum af þessum toga ákvarðaðar að álítum, að teknu tillit til aldurs viðkomandi, menntunar, launatekna, atvinnumöguleika og atvika að öðru leyti, sbr. orðalag Hæstaréttar í aðurnefndum *dómi réttarins 26. júní 2018 í máli nr. 637/2017 (sveitarfélagið Ölfus)*. Þá reyndi í *dómi Hæstaréttar 19. desember 2017 í máli nr. 592/2017 (Landsréttur)* með áhugaverðum hætti á sönnun fjártjóns.

5.4.2 Bætur fyrir miska

Í b. lið 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga kemur fram að heimilt sé að láta þann sem ábyrgð ber á ólögmætri meingerð gegn frelsi, friði, æru eða persónu annars manns greiða miskabætur til þess sem misgert var við. Hér eru nokkur atriði sem þarf að staldra við.

Í *fyrsta lagi* er *ólögmæt meingerð* meginskilyrði miskabóta. Hugtakið er ekki alls kostar skýrt en í dómaframkvæmd hefur verið lagt til grundvallar að með því sé átt við að tjóni verður að vera valdið með ásetningi eða *verulegu* gáleysi tjónvalds, sbr. *dóm Hæstaréttar 1. júní 2017 í máli nr. 768/2016 (ferðaþjónusta fatlaðra)*. Ólögmæt meingerð felur því í sér, a.m.k. í orði kveðnu, strangara saknæmisskilyrði en á við um bætur fyrir fjártjón, þar sem almennt (einfalt) gáleysi nægir. Eins og rakið er í riti Eiríks Jónssonar og Viðars Mús Matthíassonar um skaðabótarétt má af dómaframkvæmd ráða að stundum séu, þrátt fyrir þetta, tiltölulegar vægar kröfur gerðar í þessum efnum.⁶⁴ Taka má undir þessi sjónarmið

⁶³ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“, bls. 76.

⁶⁴ Eiríkur Jónsson og Viðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I – Skaðabótaréttur*, bls. 562.

og er erfitt að finna fullt samræmi í dómaframkvæmd hvað þetta varðar. Þannig má sem dæmi nefna að málsaðilum í dómi *Hæstaréttar 24. nóvember 2011 í máli nr. 162/2011 (lóðaúthlutun í Kópavogi II)* voru dæmdar miskabætur fyrir að fá ekki lóð úthlutað í Kópavogi.⁶⁵ Á hinn bóginn var sýknað af miskabótakröfu í áður nefndum dómi *Hæstaréttar 1. júní 2017 í máli nr. 768/2016 (ferðaþjónusta fatlaðra)*, en komist hafði verið að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga þegar málsaðilar, sem voru fatlaðir einstaklingar á Sólheimum sóttu um ferðaþjónustu á vegum viðkomandi sveitarfélags. Þótt gæði þess að búa í Kópavogi séu alþekkt má færa afar sterk rök fyrir því að hagsmunir málsaðila í fyrra málinu hafi verið smávægilegar samanbornir við hagsmuni hinna fötluðu einstaklinga í síðara málinu af því að fá ferðaþjónustu. Ljóst virðist þó að í málunum leggur Hæstiréttur ríkari áherslu á eðli og alvarleika *brots* stjórnvaldsins fremur en hagsmuni þess sem ákvörðunin eða athöfnin beinist gegn. Í lóðaúthlutunarmálinu var talið að málsaðilum hefði verið mismunað „freklega“ og hefði Kópavogsbær því brotið gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga, sem er ein af þýðingarmestu efnisreglum stjórnsýsluréttarins. Í hinu málinu var aftur á móti komist að niðurstöðu um brot á 10. gr. stjórnsýslulaga, sem er form- en ekki efnisregla og því að jafnaði ekki eins þýðingarmikil og efnisreglur stjórnsýsluréttar.

Í öðru lagi eru ferns konar verndarhagsmunir tilteknir í b. lið 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga, þ.e. frelsi, friður, æra eða persóna annars manns.⁶⁶ Sjaldan reynir á fyrstu tvö atriðin í dómaframkvæmd, enda varða flest dómsmálin ákvarðanir eða athafnir stjórnvalda sem taldar eru bitna á orðspori eða öðrum sambærilegum hagsmunum viðkomandi. Í áður nefndum dómi *Hæstaréttar 24. nóvember 2011 í máli nr. 162/2011 (lóðaúthlutun í Kópavogi II)* var miskabótaskylda Kópavogsbæjar aftur á móti ekki heimfærð undir tiltekna verndarhagsmuni b. liðar 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga, heldur var látið nægja að fullyrða að ákvörðun bæjarins hafi „bitnað á“ áfrýjendum og væri hún „þess eðlis“ að fullnægt væri skilyrðum lagaákvæðisins. Þessi niðurstaða er gagnrýni-verð, enda er afar erfitt að sjá hvernig það gat bitnað á æru eða persónu málsaðilanna að fá ekki úthlutað lóð í Kópavogi. Hefði raunar mátt færa sterk rök fyrir því að miskabótaskylda væri ekki fyrir hendi, þar

⁶⁵ Þess má geta að í öðru sambærilegu máli vegna lóðaúthlutunar í Kópavogi var ekki gerð krafa um miskabætur, en sýknað var af bótakröfu fyrir fjártjón, sbr. *dóm Hæstaréttar 4. desember 2008 í máli nr. 181/2008 (lóðaúthlutun í Kópavogi I)*.

⁶⁶ Einar Karl Hallvarðsson: „Miskabótakröfur í málum er varða réttarstöðu opinberra starfsmanna“, bls. 90-91.

sem ekki væri brotið gegn þeim hagsmunum sem lagaákvæðinu væri ætlað að vernda. Gagnstætt þessari niðurstöðu voru færð rök fyrir því í *dómum Hæstaréttar 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010 (embætti héraðsdómara)* og 19. desember 2017 í máli nr. 592/2017 (*skipun Landsréttardómara*) með hvaða hætti ákvörðun var talin bitna á umræddum verndarhagsmunum, en í báðum dómunum var talið að ákvörðun ráðherra hefði að „ófyirsýnju bitnað á orðspori“ viðkomandi umsækjanda. Tjón á orðspori má væntanlega heimfæra bæði undir æru og persónu þess sem ákvörðun beinist gegn.

Í þriðja lagi er fróðlegt að í dómaframkvæmd hefur ekki verið gert að skilyrði að sá sem krefst miskabóta færi sönnur á að stjórnvaldsákvörðun hefði átt að vera honum í hag. Dómstólar hafa, með öðrum orðum, slakað á kröfunni um orsakasamband þegar kemur að miskabótakröfum. Um þetta má vísa sérstaklega til *dóms Hæstaréttar 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010 (embætti héraðsdómara)*. Í málinu hafði íslenska ríkið og viðkomandi ráðherra verið sýknaðir af kröfu vegna fjártjóns eins umsækjandans þar sem honum hafi ekki tekist sönnun um að hann stæði öðrum umsækjendum framur. Umsækjandanum voru aftur á móti dæmdar miskabætur og sagði meirihluti Hæstaréttar (þrír dómáramur) að engu breytti þótt umsækjandinn hafi verið metinn jafnhæfur tveimur öðrum umsækjendum og því ekki átt lögvarinn rétt á að hljóta embættið. Minnihluti réttarins (tveir dómáramur) var á öðru máli og vildi sýkna af miskabótakröfunni, m.a. á þeim grundvelli að ekki væri uppfyllt skilyrði um orsakasamband. Niðurstaða meirihlutans hefur orðið ofan á í framkvæmd, en í margnefndum *dómi Hæstaréttar 24. nóvember 2011 í máli nr. 162/2011 (lóðaúthlutun í Kópavogi II)* segir sérstaklega að ekki ráði úrslitum um miskabótakröfu málsaðila þótt þeir hafi ekki sýnt fram á að þeir hafi átt rétt á að fá úthlutað byggingarrétti á grundvelli umsóknar sinnar.

Í fjórða lagi eru ekki gerðar strangar kröfur um sönnun tjóns þegar kemur að miskabótakröfum. Tjónþoli þarf að sanna að skilyrði séu fyrir hendi til að dæma miskabætur, en þar sem bæturnar eru ófjárhagslegar þarf ekki að færa sönnur á fjárhæð tjónsins, eins og í tilviki bóta fyrir fjártjón.⁶⁷ Í staðinn eru bætur ákvarðaðar að álitum, þar sem m.a. er litið til þess hversu alvarlegt brotið er og hversu þýðingarmiklir þeir hagsmunir eru sem brotið beinist gegn. Af *dómum Hæstaréttar 11. apríl 2017 í máli nr. 544/2016 (sjúkraskrá)* og 11. október 2018 í máli nr. 827/2017 (*yfirmaður rannsóknardeildar fikniefnamála*) má þó ráða að sönnunarfærsla um ófjárhagslegt tjón, eins og vottorð frá sálfræðingi eða lækni um

⁶⁷ Eiríkur Jónsson og Víðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I – Skaðabótaréttur*, bls. 211.

andlega vanlíðan viðkomandi í kjölfar hinnar umdeildu ákvörðunar stjórnvaldsins, getur haft þýðingu við mat á fjárhæð bótanna. Af fyrrnefnda dóminum má ljóst vera að miskabætur voru ákvarðaðar nokkuð lágar (200.000 krónur) m.a. með hliðsjón af því að „engin viðhlítandi sönnunarfærsla“ hafði farið fram um það ófjárhagslega tjón sem viðkomandi taldi sig hafa orðið fyrir. Í síðarnefnda dóminum voru bætur á hinn bóginn ákvarðaðar háar (1.500.000 krónur), en í málinu lágu fyrir tvö læknisvottorð um óvinnufærni málsaðila vegna andlegrar vanheilsu. Kom m.a. fram í öðru vottorðinu að í kjölfar hinnar umdeildu ákvörðunar hefði viðkomandi upplifað „andlegt hrun“. Af forsendum Hæstaréttar má glöggjt ráða að fjárhæð bótanna er ákvörðuð út frá þeim lýsingum sem fram koma í umræddum læknisvottorðum, en sérstaklega er vísað til þess af hálfu réttarins að hin umdeilda ákvörðun hafi haft mikil áhrif á viðkomandi.

5.4.3 Samanburður á skilyrðum bóta fyrir fjártjón og miska

Af framangreindu er ljóst að nokkur munur er á skilyrðum fyrir greiðslu fjártjóns- og miskabóta í málum gegn hinu opinbera. Í tilviki miskabóta er slakað á skilyrðinu um orsakasamband, auk þess sem ekki eru gerðar kröfur til þess að bótafjárhæð sé sönnuð með afgerandi hætti, þótt sönnunarfærsla í þeim efnum geti haft áhrif á fjárhæð bótanna. Saknæmiskrafan er á hinn bóginn (a.m.k. í orði kveðnu) strangari í tilviki miskabóta en bóta fyrir fjártjón, þótt dómaframkvæmd sé ekki að fullu samrýmanleg. Þrátt fyrir að finna megi dóma þar sem ekki virðast gerðar ríkar kröfur gerðar í þessum efnum verður að ganga út frá því að sá sem krefst miskabóta verði a.m.k. að sýna fram á *verulegt* gáleysi.

Að sjálfsögðu er það matsatriði hverju sinni hvort lögmenn gera bótakröfu og hvort þeir geri þá kröfu um bætur fyrir fjártjón og/eða miska. Fyrir það fyrsta er ljóst að bótakröfur eiga alls ekki alltaf við, en þegar slík tilvik koma upp getur verið skynsamlegt að setja þær fram. Á þetta einkum við í þeim tilvikum þar sem erfitt getur verið að gera kröfu um ógildingu, til dæmis þegar sjónarmið mæla gegn því að fallast á ógildingarkröfu, eins og í tilviki starfsmannamála, eða þegar ólíklegt er að krafa um athafnaskyldu stjórnvalds nái fram að ganga vegna þeirra atriða sem rakin eru í kafla 2.3.2. Í slíkum tilvikum þarf sérstaklega að leggja mat á hvort viðeigandi geti verið að gera kröfu um miskabætur, en kosturinn við slíkar kröfur eru að þær eru ávallt dómtekar og vart getur komið til greina að vísa þeim frá dómi, að því gefnu að önnur réttarfarsskilyrði séu uppfyllt, svo sem um lögvarða

hagsmuni sóknaraðila af úrlausn málsins. Ástæðan er einkum sú að miskabætur eru dæmdar að álitum og ekki þarf að sanna annað en að skilyrði b. liðar 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga séu uppfyllt. Þröskuldarnir til þess að ná fram bótakröfu fyrir fjártjón eru að mörgu leyti hærri en í tilviki miskabóta, enda þarf að sýna fram á tjón með afgerandi hætti og sanna orsakatengsl. Eins og áður er rakið getur það í mörgum tilvikum verið afar vandasamt.

Að lokum má nefna að dómstólar hafa í nokkrum tilvikum komist að þeirri niðurstöðu að ekki sé mögulegt að gera bótakröfu samhliða ógildingarkröfu (eða kröfu um viðurkenningu á ólögmati ákvörðunar). Hefur þá verið litið svo á að krafa um ógildingingu sé í reynd ekki annað en málsástæða til stuðnings bótakröfu málsaðilans og hann hafi því ekki lögvarða hagsmuni af því að fjallað sé sjálfstætt um ógildingarkröfuna.⁶⁸ Hefur þetta verið gert bæði þegar um er að ræða kröfu um bætur fyrir fjártjón, sbr. meðal annars *dóm Hæstaréttar 11. júní 2009 í máli nr. 298/2009 (nauðungarsala)*, og þegar um er að ræða bætur fyrir miska, sbr. *Hrd. 1999, bls. 1404 (mál nr. 81/1999) (sýslumannsembætti á Akranesi)*. Í fyrra málinu gerði málsaðili tvíþætta kröfu, annars vegar kröfu um viðurkenningu á því að ranglega hafi verið staðið að nauðungarsölu og hins vegar kröfu um bætur vegna tjóns sem hann taldi sig hafa orðið fyrir vegna þess sem aflaga hafði farið við nauðungarsöluna. Um fyrri kröfuna sagði Hæstiréttur: „Ljóst er að fyrri hluti kröfunnar felur aðeins í sér málsástæðu fyrir síðari hluta hennar. Sóknaraðili hefur ekki lögvarða hagsmuni af því að fá sérstakan viðurkenningardóm um hana.“ Var fyrri hluta kröfunnar því vísað frá dómi. Sambærileg niðurstaða var varðandi ógildingarkröfu í dómi *Hæstaréttar 11. október 2018 í máli nr. 827/2017 (yfirmaður rannsóknardeildar fikniefnumála)*. Í áðurnefndum *Hrd. 1999, bls. 1404 (mál nr. 81/1999) (sýslumannsembætti á Akranesi)* gerði málsaðilinn kröfu annars vegar um ógildingingu á ákvörðun dómsmálaráðherra um að fela honum að gegna embætti sýslumanns á Hólmavík í stað sýslumannsembættis á Akranesi. Hins vegar gerði hann kröfu um bætur fyrir miska sem hann taldi ákvörðunina hafa valdið sér. Um þetta sagði Hæstiréttur: „Telja verður síðari kröfu sóknaraðila á hendur varnaraðila reista á þeirri grunnröksemd, að framangreind ákvörðun dómsmálaráðherra um flutning hans í embætti hafi ekki verið skuldbindandi og varði því bótaskyldu. Verður því ekki leyst úr miskabótakröfu sóknaraðila án þess að taka afstöðu til þessarar röksemdar. Hins vegar hefur

⁶⁸ Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Viðurkenningarkröfur um (ó)lögmati einhvers“, bls. 47-48.

sóknaraðili ekki sýnt fram á, að hann hafi af því hagsmuni að lögum, að jafnframt þessu verði sérstaklega viðurkennt með dómi ólögmæti og ógildi þessarar ákvörðunar. Ber því að vísa fyrri lið í fyrri kröfu sóknaraðila frá héraðsdómi.”

Telja verður þessa nálgun Hæstaréttar varhugaverða, enda eru ekki öll sömu skilyrði fyrir því að fá ákvörðun ógilta eins og að fá bætur dæmdar, hvort sem er bætur fyrir fjártjón eða miska. Skilyrði ógildingar eru eingöngu þau að sýna þarf fram á að brotið hafi verið gegn efnis- eða formreglum stjórnisýsluréttarins, að brotið sé verulegt og ekki séu hagsmunir sem mæla gegn því að ógildingarkrafan nái fram að ganga.⁶⁹ Skilyrði bóta eru fleiri og strangari, eins og áður er rakið, meðal annars um sönnun tjóns og orsakasambands í tilviki bóta fyrir fjártjón og skilyrði um verulegt gáleysi í tilviki miskabóta. Ljóst er því að málsaðili hlýtur yfirleitt að hafa lögvarða hagsmuni af því að fá sérstaklega skorið úr um ógildingarkröfu sína. Að öðrum kosti gæti hann lent í því að ógildingarkröfu hans sé vísað frá dómi og viðkomandi stjórnvald síðan sýknað af bótakröfunni, til dæmis vegna þess að ekki tókst sönnun um tjón, þótt skilyrði hefðu verið uppfyllt til þess að fá viðkomandi ákvörðun ógilta. Ekki er fullnægjandi í slíkum tilvikum að mögulega megi ráða af forsendum dómsins að ákvörðunin hafi verið ólögmæt og ógildanleg. Ljóst er enda að erfitt getur verið að framfylgja því sem aðeins kemur fram í forsendum, enda geta aðilar mögulega haft mismunandi skilning á því sem þar kemur fram – öfugt við dómsorð sem ávallt eru afgerandi um hina efnislegu niðurstöðu dómstóla. Þá er ekki útilokað að dómstólar sýkni stjórnvald af bótakröfu án þess að taka með afgerandi hætti afstöðu til þess hvort hin undirliggjandi ákvörðun hafi verið ógildanleg. Þessu til viðbótar gæti það haft neikvæð áhrif á ákvörðun um málskostnað málsaðila ef efnisleg niðurstaða er að endingu um sýknu stjórnvaldsins.

Í framangreindu sambandi má nefna áður nefndan *dóm Hæstaréttar 1. júní 2017 í máli nr. 768/2016 (ferðaþjónusta fatlaðra)* þar sem ákvörðun sveitarfélags var ógilt með dómi en hafnað var kröfu málsaðila um greiðslu miskabóta. Niðurstaða dómsins sýnir með óyggjandi hætti fram á að skilyrði fyrir ógildingu (eða að fallist sé á kröfu um viðurkenningu á ólögmæti) og bótum eru ekki þau sömu og því er eðlilegt að ógildingarkröfur fái að „hanga inni“ í dómsmálum sem þessum.

⁶⁹ Arnar Þór Stefánsson: Um ógildingu stjórnvaldsákvarðana (fjölrit), bls. 6.

6. *Samantekt*

Í þessari grein var fjallað um helstu atriði sem hafa þarf í huga þegar höfðuð eru dómsmál til þess að hnekkja athöfnum eða ákvörðunum stjórnvalda. Lögð var áhersla á að fjalla um efnið út frá hagnýtu sjónarhorni og með hliðsjón af dómaframkvæmd Hæstaréttar. Þá var einkum staldrað við atriði sem hingað til hafa hlotið litla athygli, en í staðinn fjallað með kjarnyrtari hætti um efni sem aðrir hafa greint með ítarlegum hætti. Í þessum kafla verða þýðingarmestu niðurstöður greinarinnar dregnar saman í stuttu máli.

Í *öðrum kafla* greinarinnar var fjallað um endurskoðunarvald dómstóla og takmörk þess. Bent var á að efnislegt endurskoðunarvald dómstóla er yfirleitt víðtækt í framkvæmd og tekið undir með fræðimönnum um það að dómstólar endurskoði sérstaklega vel mál þar sem reynir á réttarfarsleg álítaefni. Þá var með ítarlegum hætti fjallað um takmarkanir á efnislegri endurskoðun dómstóla og m.a. varpað ljósi á að Hæstiréttur hefur í sumum tilvikum talið að dómstólar geti ekki endurskoðað sérfræðilegt mat stjórnvalda, en í öðrum tilvikum hafa dómstólar kafað djúpt ofan í sérfræðileg atriði. Ekki er ljóst hvað skýrir þetta misræmi og var í greininni bent á að lítið væri eftir af rétti manna til aðgangs að dómstólum ef dómstólar gætu ekki endurskoðað stjórnvaldsákvæðanir þar sem reynir á aðra sérþekkingu en lögfræðilega. Einnig var í öðrum kafla fjallað um þær takmarkanir á endurskoðunarvaldinu sem leiða af reglum réttarfars, eðli dómstóla og stöðu þeirra innan stjórnskipunarinnar. Vikið var að því að dómstólar *endurskoða* aðeins stjórnvaldsákvæðanir og taka ekki nýjar ákvæðanir í stað þeirra sem kunna að verða ógiltar með dómi. Frá þessu eru undantekningar í dómaframkvæmd, en eðlilegt er að dómstólar sýni varfærni þegar kemur að kröfugerðum um athafnaskyldu stjórnvalda. Þá var vikið að þremur nýlegum dómum Hæstaréttar sem sýna fram á að endurskoðunarvald dómstóla takmarkast af efnisatriðum viðkomandi ákvörðunar. Þegar deilt er um gildi tiltekinna athafnar eða ákvörðunar stjórnvalds getur það, með öðrum orðum, almennt ekki byggt á öðrum sjónarmiðum eða gögnum en lágu ákvörðuninni til grundvallar.

Í *þriðja kafla* var fjallað um það hvaða skilyrði þurfa að vera uppfyllt svo einstaklingur eða lögaðili geti öðlast aðilastöðu til sóknar í dómsmálum af þessu tagi. Í upphafi var vikið að meginreglunni, svokallaðri hagsmunareglu, sem gerir kröfu um að sóknaraðili hafi beinna, einstaklegra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn máls. Þetta eru grunnstef sem margsinnis hefur verið fjallað um á öðrum

vettvangi og því var sjónum einkum beint að undantekningum frá þessari reglu. Þannig leiðir af dómaframkvæmd að aðildarhugtakið getur verið rýmra við ákveðnar kringumstæður. Á það einkum við í þeim tilvikum þar sem sérreglur mæla fyrir um sérstaka og ríka aðkomu almennings, til dæmis þannig að hver sem er geti komið á framfæri athugasemdem vegna tiltekinna þýðingarmikillar framkvæmdar. Sá sem kemur á framfæri slíkum athugasemdem getur með því öðlast aðilastöðu, bæði í stjórnáslulegum og réttarfarslegum skilningi. Þá var bent á að ekki væri hægt að útiloka að önnur atvik gætu réttlætt það að vikja frá hagsmunareglunni, m.a. aðgerðir og athafnir stjórnvaldsins í aðdraganda ákvörðunar, til dæmis ef stjórnvald hefur beinlínis eða með aðgerðum sínum viðurkennt að viðkomandi njóti aðilastöðu. Loks var í þriðja kafla vikið að undantekningum frá meginreglunni um að lægra sett stjórnvald gæti ekki stefnt æðra settu stjórnvaldi til ógildingar á úrskurði þess. Sjónum var einkum beint að nýlegum dómi *Landsréttar í máli nr. 490/2018 (Byko og Norvik)* þar sem rétturinn virðist hafa tekið nýja stjórnvaldsákvörðun með því að hækka sekt áfrýjunarnefndar samkeppnismála, að kröfu Samkeppniseftirlitsins. Bent var á að þetta væri í andstöðu við viðurkennd sjónarmið um að dómstólar *endurskoði* aðeins stjórnvaldsákvörðanir en taki ekki nýjar í staðinn.

Í *fjórdða kafla* var fjallað um hvaða réttarreglur gilda um aðild ríkisins og stjórnvalda til varnar í dómsmálum þar sem reynir á gildi athafna eða ákvarðana stjórnvalda. Meginreglan er sú að stefna ber því stjórnvaldi sem tók viðkomandi ákvörðun. Ef um er að ræða ákvörðun sem kærð hefur verið til æðra setts stjórnvalds vandast hins vegar málið þar sem Hæstiréttur hefur mótað þá reglu að áfram beri að stefna *lægra setta stjórnvaldinu*, þrátt fyrir að krafist sé ógildingar á úrskurði æðra setta stjórnvaldsins. Tekið var undir með áhyggjum annarra fræðimanna af því að þessi framkvæmd væri umdeilanleg og lögfesta þyrfti sérreglur um aðild íslenska ríkisins að dómsmálum til varnar. Til að leggja frekari áherslu á þetta var tekið raunhæft dæmi af málarekstri þar sem Samkeppniseftirlitið var til sóknar og varnar í dómsmálum um sama sakarefni, þ.e. um ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Af dæminu var ljóst að Samkeppniseftirlitið þurfti að taka til varna fyrir áfrýjunarnefndina þótt stjórnvaldið væri beinlínis ósammála efnislegri niðurstöðu nefndarinnar. Í þessu sambandi var einnig vakin athygli á því að dómaframkvæmd væri ekki að öllu leyti samrýmanleg um það hvort nauðsynlegt væri að krefjast ógildingar á bæði úrskurði æðra setts stjórnvalds og ákvörðun hins lægra setta. Af dómi *Hæstaréttar í máli nr. 116/2011 (Vélar og verkfæri)* má ráða að til

greina geti komið að ógilda *eingöngu* niðurstöðu æðra setts stjórnvalds ef sérstakur ógildingarannmarka er á málsmeðferð þess, sem ekki var til staðar hjá lægra setta stjórnvaldinu. Þá var í fjórða kafla vikið að þeirri reglu sem mótast hefur í dómafrankvæmd um að nauðsynlegt sé að stefna öllum þeim sem aðild áttu að máli á stjórnvíslystugi. Jafnframt var fjallað um þá venju, sem mótast hefur í ákveðnum tilvikum, um að stefna *eingöngu* einkaaðilum sem aðild áttu að stjórnvíslyslumálinu og láta þannig vera að stefna viðkomandi stjórnvaldi. Bent var á að þetta gæti verið varhugavert þar sem einkaaðila væri með þessu fyrirkomulagi falið að taka til varna og færa rök fyrir því að málsmeðferð viðkomandi stjórnvalds hafi verið forsvaranleg, þrátt fyrir að hann hafi ekki endilega sömu upplýsingar um málsmeðferðina og stjórnvaldið sjálf. Þá var vikið að *dómi Hæstaréttar í máli nr. 115/2013 (Skotveiðifélag)* þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að Reykjavíkurborg hefði ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn máls þar sem krafist var ógildingar á stjórnvaldsákvörðun sem varðaði útgáfu starfsleyfis. Niðurstaðan er óvenjuleg, enda hlýtur sveitarfélag að hafa augljósa lögvarða hagsmuni af því að verja málsmeðferð eða efnislega niðurstöðu sína um útgáfu eða synjun leyfis.

Loks var í *fimmta kafla* fjallað um helstu kröfur sem sóknaraðili getur gert í dómsmálum sem höfðuð eru til að hnekkja athöfnum eða ákvörðunum stjórnvalda. Byrjað var á því að gera stuttlega grein fyrir ógildingarkröfum en það eru langalgengustu og hreinlegustu kröfurnar sem sóknaraðili getur gert í dómsmálum af þessu tagi. Því næst var vikið að aðfararhæfum kröfum og nefnt að slíkum kröfum verði ekki alltaf komið við í ljósi þeirrar meginreglu að dómstólar *endurskoði* aðeins stjórnvaldsákvörðanir en taki ekki nýjar. Á hinn bóginn var vikið að nokkrum dæmum um aðfararhæfar kröfur sem hafa tíðkast í framkvæmd og komist að þeirri niðurstöðu að ef til greina kæmi að gera aðfararhæfa kröfu *bæri* að setja slíka kröfu fram eingöngu eða samhliða ógildingarkröfu. Rökin eru þau að aðfararhæfar kröfur ganga lengra en ógildingarkröfur og í sumum tilvikum myndu ógildingarkröfur ekki ná þeim markmiðum sem viðkomandi stefnir að með málsókn sinni. Þá var í stuttu máli fjallað um viðurkenningakröfur og þeim skipt í fjóra flokka. Sérstaklega var því beint til lögmanna að forðast að gera kröfu um viðurkenningu á því að tiltekin athöfn væri lögmæt eða ólögmæt, enda geta slíkar kröfur oft stappað nærri því að vera lögsurningar. Yfirleitt mætti ná markmiðum málsóknarinnar með annars konar kröfum og því væri eðlilegt að gera þær til að forðast óþarfa réttarfarsflækjur. Stór hluti kaflans var síðan helgaður bótakröfum þar sem vikið var að skilyrðum fyrir annars vegar bótum

fyrir fjártjón og hins vegar bótum fyrir miska. Sjónum var einkum beint að þeirri staðreynd að skilyrði þessara bóta væru ekki þau sömu. Þannig getur reynst þrautin þyngri fyrir sóknaraðila í málum af þessu tagi að fá dæmdar bætur fyrir fjártjón þar sem erfitt getur verið að yfirstíga kröfur um sönnun á orsakasambandi og tjóni. Á þessum skilyrðum er aftur á móti slakað verulega þegar kemur að miskabótakröfum, en á móti eru gerðar strangari saknæmiskröfur til þess að fá slíkar bætur dæmdar. Kosturinn við miskabótakröfur er ótvírætt sá að slíkar kröfur eru ávallt dómtekar og vart getur komið til greina að vísa þeim frá dómi. Að endingu var það viðhorf Hæstaréttar gagnrýnt að ekki ætti að gera ógildingarkröfur samhliða bótakröfum. Þannig hafa dómstólar, a.m.k. í mörgum tilvikum, litið svo á að ógildingarkrafa sé í reynd ekki annað en málsástæða fyrir bótakröfu og því hafi sóknaraðili ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn um fyrrnefndu kröfuna. Í þessu sambandi var bent á að skilyrði bóta væru fleiri og strangari en þau skilyrði sem þyrfti að uppfylla til þess að fá ákvörðun ógilta. Af þeim sökum hlyti málsaðili yfirleitt að hafa lögvarða hagsmuni af því að fá sérstaklega skorið úr um ógildingarkröfu sína. Þannig gæti stjórnvaldsákvörðun verið ógilt með dómi en bótakröfu hafnað þar sem ekki væru uppfyllt skilyrði fyrir bótaábyrgð, eins og var raunin í dómi Hæstaréttar í máli nr. 786/2016 (*ferðapjónusta fatlaðra*).

Abstract

The purpose of this article is to explore and examine the procedural requirements that a party needs to meet in order to be able to bring an administrative decision before the Icelandic courts. This is an issue that has gained some academic interest in the past, but I focus on relevant and interesting topics that have not received much attention before, for instance the requirements for getting pecuniary and non-pecuniary damages as a result of an unlawful administrative decision. I also review recent court precedent and examine whether and to what extent they are consistent with past practices and academic literature. The article is written from a litigator's point of view and, therefore, I discuss issues and topics that I believe to have general and important practical significance for practicing attorneys.

Heimildir

- Arnar Þór Stefánsson: „Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana“. *Úlfljótur* 2005, bls. 261-315.
- Arnar Þór Stefánsson: *Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana. Kennslurit. Óársett.*
- Alþingistíðindi*
- Einar Karl Hallvarðsson: „Fordæmi um fordæmi“. *Bifröst Journal of Social Sciences* 2010, bls. 19-49.
- Einar Karl Hallvarðsson: „Hvernig er þetta með ríkið?“ *Úlfljótur* 2005, bls. 495-525.
- Einar Karl Hallvarðsson: „Miskabótakröfur í málum er varða réttarstöðu opinberra starfsmanna“. *Rannsóknir í félagsvísindum VI* 2005, ritstjóri Róbert R. Spanó, bls. 87-116.
- Eiríkur Jónsson og Víðar Már Matthíasson: *Bótaréttur I - Skaðabótaréttur*. Reykjavík 2015.
- Eiríkur Tómasson: „Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda skv. 60. gr. stjórnarskrárinnar“. *Úlfljótur* 1984, bls. 183-217.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ráðningar í opinber störf“. *Stjórnmál og stjórnsýsla* 2014, bls. 45-82.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Viðurkenningarkröfur um (ó)lögmati einhvers“. *Úlfljótur* 2018, bls. 39-82.
- Hafsteinn Þór Hauksson, Kjartan Bjarni Björgvinsson og Ólafur Jóhannes Einarsson: *Stjórnsýsluréttur – fjölrit: endurskoðun á stjórnvaldsákvæðunum. Kennslurit*. Reykjavík 2016.
- Kristín Benediktsdóttir og Stefán Már Stefánsson: „Um heimildir enduruppþökunefndar í ljósi stjórnarskrárákvæða um dómssvald“. *Úlfljótur* 2015, bls. 131-139.
- Markús Sigurbjörnsson og Kristín Benediktsdóttir: *Einkamálaréttarfarar*. Reykjavík, 4. útgáfa 2019.
- Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvæðunum - hvaða þættir ákvæðunar hafa komið til endurskoðunar dómstóla?“ *Tímarit lögfræðinga* 2008, bls. 261-302.
- Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvæðunum endurskoðaða fyrir dómi“. *Tímarit lögfræðinga* 2007, bls. 39-81.
- Páll Hreinsson: „Aðili stjórnsýslumáls“. *Tímarit lögfræðinga* 2005, bls. 387-406.
- Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur: málsmeðferð*. Reykjavík 2013.
- Ragnhildur Helgadóttir: „Vald dómstóla til að endurskoða stjórnvaldsákvæðanir“. *Tímarit lögfræðinga* 2005, bls. 99-112.
- Róbert R. Spanó: „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“. *Tímarit Lögréttu* 2005, bls. 67-85.
- Skúli Magnússon: „Er þörf á lagasetningu um aðild hins opinbera að dómsmálum?“ *Úlfljótur* 2005, bls. 527-538.
- Skýrsla umboðsmanns Alþingis fyrir árið 2016. Umboðsmaður Alþingis*, Reykjavík 2017.
- Dómaskrá**
- Dómar Hæstaréttar Íslands*
- Hrd. 1965, bls. 766.
- Hrd. 1966, bls. 246.
- Hrd. 1997, bls. 643.
- Hrd. 1997, bls. 2856.
- Hrd. 1998, bls. 2821.
- Hrd. 1999, bls. 1404 (mál nr. 81/1999).
- Hrd. 1999, bls. 2015 (mál nr. 151/1999).
- Hrd. 2000, bls. 1379 (mál nr. 324/1999).
- Hrd. 2000, bls. 2131 (mál nr. 486/1999).
- Hrd. 2001, bls. 2281 (mál nr. 173/2001).
- Hrd. 2002, bls. 1169 (mál nr. 378/2001).
- Hrd. 2002, bls. 2241 (mál nr. 231/2002).
- Hrd. 2003, bls. 2685 (mál nr. 83/2003).
- Hrd. 2003, bls. 4714 (mál nr. 172/2003).
- Hrd. 2002, bls. 2241 (mál nr. 231/2002).

Hrd. 2004, bls. 153 (mál nr. 330/2003).
Hrd. 2004, bls. 2039 (mál nr. 471/2004).
Hrd. 2004, bls. 3398 (mál nr. 358/2004).
Hrd. 2005, bls. 2503 (mál nr. 20/2005).
Hrd. 2005, bls. 4506 (mál nr. 182/2005).
Hrd. 2005, bls. 5237 (mál nr. 208/2005).
Hrd. 2006, bls. 167 (mál nr. 326/2005).
Hrd. 2006, bls. 4390 (mál nr. 539/2006).
Dómur Hæstaréttar frá 8. maí 2008 í máli nr. 207/2008.
Dómur Hæstaréttar frá 4. desember 2008 í máli nr. 181/2008.
Dómur Hæstaréttar frá 7. apríl 2009 í máli nr. 444/2008.
Dómur Hæstaréttar frá 4. febrúar 2010 í máli nr. 88/2009.
Dómur Hæstaréttar frá 19. júlí 2010 í máli nr. 436/2010.
Dómur Hæstaréttar frá 11. apríl 2011 í máli nr. 187/2011.
Dómur Hæstaréttar frá 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010.
Dómur Hæstaréttar frá 1. desember 2011 í máli nr. 116/2011.
Dómur Hæstaréttar frá 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011.
Dómur Hæstaréttar frá 23. febrúar 2012 í máli nr. 72/2011.
Dómur Hæstaréttar frá 26. apríl 2012 í máli nr. 523/2011.
Dómur Hæstaréttar frá 16. maí 2012 í máli nr. 593/2011.
Dómur Hæstaréttar frá 6. júní 2012 í máli nr. 327/2012.
Dómur Hæstaréttar frá 20. september 2012 í máli nr. 416/2011.
Dómur Hæstaréttar frá 8. nóvember 2012 í máli nr. 277/2012.
Dómur Hæstaréttar frá 22. nóvember 2012 í máli nr. 137/2012.
Dómur Hæstaréttar frá 22. nóvember 2012 í máli nr. 138/2012.
Dómur Hæstaréttar frá 7. febrúar 2013 í máli nr. 439/2012.
Dómur Hæstaréttar frá 8. mars 2013 í máli nr. 115/2013.
Dómur Hæstaréttar frá 21. nóvember 2013 í máli nr. 677/2013.
Dómur Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014.
Dómur Hæstaréttar frá 20. janúar 2015 í máli nr. 808/2014.
Dómur Hæstaréttar frá 2. febrúar 2015 í máli nr. 273/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 12. ágúst 2015 í máli nr. 394/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 10. september 2015 í máli nr. 28/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 26. nóvember 2015 í máli nr. 759/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 25. febrúar 2016 í máli nr. 477/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 25. febrúar 2016 í máli nr. 628/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 10. mars 2016 í máli nr. 436/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 2. júní 2016 í máli nr. 595/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 9. júní 2016 í máli nr. 268/2016.
Dómur Hæstaréttar frá 1. desember 2016 í máli nr. 97/2016.
Dómur Hæstaréttar frá 9. febrúar 2017 í máli nr. 223/2016.
Dómur Hæstaréttar frá 16. mars 2017 í máli nr. 85/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 21. júní 2017 í máli nr. 334/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 31. júlí 2017 í máli nr. 451/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 2. ágúst 2017 í máli nr. 432/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 21. september 2017 í máli nr. 650/2016.
Dómur Hæstaréttar frá 19. desember 2017 í máli nr. 591/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 19. desember 2017 í máli nr. 592/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 1. mars 2018 í máli nr. 201/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 7. júní 2018 í máli nr. 578/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 26. júní 2018 í máli nr. 637/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 27. september 2018 í máli nr. 521/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 22. nóvember 2018 í máli nr. 811/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 20. desember 2018 í máli nr. 30/2018.
Dómur Hæstaréttar frá 6. desember 2018 í máli nr. 508/2017.

Dómur Hæstaréttar frá 6. desember 2018 í máli nr. 857/2017.

Dómur Hæstaréttar frá 20. febrúar 2019 í máli nr. 601/2019.

Dómur Hæstaréttar frá 21. maí 2019 í máli nr. 12/2018.

Úrlausnir Landsréttar og héraðsdóms

Úrskurður Landsréttar frá 15. júní 2018 í máli nr. 418/2018.

Úrskurður Landsréttar frá 8. febrúar 2019 í máli nr. 69/2019.

Úrskurðir Héraðsdóms Reykjavíkur frá 22. febrúar 2019 í málum nr. 252 og 253/2019.

Dómur Landsréttar frá 14. júní 2019 í máli nr. 490/2018.

Úrlausnir stjórnvalda

Úrskurður mannanafnanefndar frá 20. febrúar 2019 í máli nr. 5/2019