



Skúli Magnússon

héraðsdómari og dósent
við lagadeild H.Í.

„HVERS VEGNA ERUÐ ÞIÐ ALLTAF AÐ ÞESSU ÞRASI?“

Hugleiðingar um lög og lagalegan ágreining

Deilur um lagaleg efni eru núorðið nánast fastur liður í umræðum um öll meiri háttar þjóðfélagsmál. Gildir einu hvort rætt er um áætlanir um stórvirkjanir, gagnagrunn á heilbrigðissviði, stjórnskipulega stöðu forseta lýðveldisins eða aðild íslenska ríkisins að ýmsum þjóðréttarlegum skuldbindingum; ætíð er vísað til laga til stuðnings sjónarmiðum með og á móti. Oft verður úr slíkum málflutningi grautur af pólitískum og lagalegum sjónarmiðum sem erfitt er að henda reiður á. Þeim sem flytja mál sitt í almennri umræðu er þó vorkunn, því lagaleg sjónarmið eru iðulega siðferðilega lituð og þannig ekki augljóst hvenær komið er út fyrir mörk lagalegrar umræðu og inn á svið siðferðis og stjórnmála. Að þessu slepptu hafa lögín siðferðilega þýðingu. Frá siðferðilegu sjónarmiði er því mikilvægt að hægt sé að styðja það góðum rökum að tiltekin athöfn sé lögleg. Þótt löglegar athafnir geti verið siðlausar í ákveðnum tilvikum, eru löglausar athafnir nánast alltaf siðferðilega ámælisverðar. Við þetta bætist að fólk er almennt löghlýðið og sá sem brýtur lögín er

einfaldlega ekki líklegur til að ná sínu fram.

Það kemur því vart á óvart að þegar kemur að því að setja fram lagalegar fullyrðingar (þ.e. segja hvað séu gildandi lög um ákveðið tilvik) eru talsmenn hinna og þessara skoðana sjaldnast hlutlausir. Þvert á móti keppast þeir oft við að sveigja lagabókstafinn, venjuna, fordæmið eða aðrar réttarheimildir sem eiga við um málefnið, til þess að þeirra skoðun fái sem besta lagastoð og löghelgan. Oft er leitað til lögfræðinga til álitsgjafar þegar svona ber undir. Fer þá eftir atvikum hvort álit viðkomandi lögfræðinga er „pantað“ með fyrirfram ákveðna niðurstöðu í huga eða afrakstur heiðarlegra fræðilegra vinnubragða. Hitt er víst að menn slá gjarnan varnagla við álitum lögfræðinga sem starfa undir boðvaldi hagsmunaaðila eða eiga með öðrum hætti allt sitt undir slíkum aðilum. Þegar kemur að því að kveða upp endanlegt álit um hvað séu gildandi lög í landinu, þ.e. á vettvangi dómstóla, skiptir auðvitað öllu máli að hlutaðeigandi lögfræðingar, dómararnir, séu sjálfstæðir í störfum og óháðir öllum hagsmunum. Þegar álit lögfræðinga er

metið verður þannig að hafa í huga að sumir lögfræðingar hafa það hlutverk að túlka málstað umbjóðenda sinna og styðja hann lagalegum rökum, en hlutverk annarra er að láta uppi álit á lögum óháð hagsmunum, stétt, kynferði, kynþætti eða öðrum viðlíka sjónarmiðum.

Ég verð þess stundum var að ólöglerðir viðmælendur mínir eru undrandi þegar upp kemur lagalegur ágreiningur um málefni sem skipta almenning miklu. „Hvers vegna eruð þið alltaf að þessu þrasi?“ er stundum spurt. Það að lögfræðingar skuli takast á í opinberri umræðu virðist þannig vera haft til marks um einhverja vanheilsu samfélagsins. Að minnsta kosti virðist venjulegu fólki (ef svo má taka til orða um ólöglerða) að það sé eitthvað meira en lítið bogið við þessi „fræði“ sem kenna sig við lög þegar sífellt kemur upp ágreiningur um þær reglur sem gilda um mikilvæga hagsmuni samfélagsins og lögfræðingar eru enn og aftur ósammála. Sumir virðast telja að maður sjálfur, sem útskrifaður lögfræðingur, hljóti að blygðast sín við svona aðstæður, jafnvel að maður eigi að biðja samborgara sína afsökunar á ófremdarástandinu. Sá grunur kann einnig að liggja í loftinu að vandamálið sé lögfræðingarnir sjálfir – án þeirra myndu allir búa í sátt og samlyndi og lagalegur ágreiningur heyra sögunni til.

Við þessar aðstæður hvarflar sú hugsun eflaust að fólki að mismunandi túlkunar „lögspekinga“, eins og þeir eru þá nefndir, séu í raun allt sama vitleysan og engin leið sé til að skera úr um hver hafi á réttu að standa. Á endanum hafi einfaldlega þeir sterkari, snjallari og þrekmeiri sitt fram. Lögfræðingar séu ekkert annað en „atvinnuþrasarar“ – menn sem hafi fengið sérstaka þjálfun í kappræðu og útrúsnúningum og bjóði þjónustu sína hæstbjóðanda án tillits til málefna hans og málstaðar, ekki ósvipað og sófistarnir voru sakadir um að gera á dögum Sókratesar. Til eru þeir sem ganga jafnvel svo langt að telja

dómara vera fulltrúa ákveðinna hagsmuna og erindreka ráðandi afla í samfélaginu og sjálfstæði þeirra og hlutleysi orðin tóm. Samkvæmt þessu verða niðurstöður dómara ekkert annað en formleg löghelgan hagsmunapots ýmissa áhrifahópa.

Þessi efahyggja um lögin og lögfræðina er raunar ekki bundin við þá sem ekki hafa aflað sér sérstakrar menntunar á sviði laga og réttar. Meðal lögfræðinga fá hugmyndir sem þessar ákveðnari búning og eru settar fram sem lærdar kenningar um eðli laga. Þessir lögfræðingar eru líkastir guðsmönnum sem hafa misst trúna á Guð. Þeir trúa því ekki lengur að hægt sé að komast að hlutlægum niðurstöðum um lög og rétt. Fyrir þeim er sannleiksgildi lagalegra fullyrðinga annað hvort ekki til eða það verður ekki sannreynt með neinum vitsmunalegum hætti. Hver og einn setur fram fullyrðingar um lög og rétt eftir sínum hentugleikum og hagsmunum og á endanum er það sá áhrifamesti sem hefur sitt fram. Samkvæmt þessum kenningum verða það atriði eins og stétt, kynferði, kynþáttur eða félagsleg staða að öðru leyti sem ráða úrslitum um lagalega niðurstöðu, jafnvel þegar um er að ræða dómara eða aðra embættismenn sem í orði kveðnu eru ekki tengdir neinum hagsmunum. Ef þessar kenningar eru lagðar til grundvallar skiptir auðvitað höfuðmáli að til dómarastrafa veljist fólk úr mismunandi þjóðfélagshópum, enda eru það atriði tengd þessum hópum sem ráða úrslitum um niðurstöður dómara, en ekki einhver „lög“. Samkvæmt þessum hugmyndum ætti Hæstiréttur líklega að vera skipaður með svipuðum hætti og Alþingi og endurspeglja þjóðfélagið með einhverjum hætti.

Í þessari hugleiðingu vil ég reyna að slá nokkuð á ötta þeirra sem eru við það að missa trúna á lögin í ljósi siendurtekinnna átaka um gildandi rétt í landinu. Ég vil í fyrsta lagi halda því fram að ágreiningur um lög sé bæði eðlilegur og óhjákvæmilegur fylgífiskur laga. Iðkun skipulegrar lögfræði

útiloki ekki að lagalegur ágreiningur komi upp, enda þótt lögfræðin geti hjálpað til við að leiða slíkan ágreining til lykta með skynsamlegum hætti. Ég vil þannig reyna að færa að því rök að lagalegur ágreiningur sé eitt af viðfangsefnum lögfræðinnar fremur en einhvers konar sjúkleikamerki laganna eða þeirrar fræðigreinar sem fæst við lögin. Í öðru lagi vil ég halda því fram að lagalegur ágreiningur sé síður en svo vísbending um að ekki sé hægt, a.m.k. oftast nær, að meta réttmæti (eða sannleiksgildi) lagalegra fullyrðinga. Þessar fullyrðingar krefjast þess að við skoðum stuttlega grundvöll lagalegrar niðurstöðu og eðli lagalegra ályktana.

I

Fyrir á öldum deildu menn um hvort jörðin væri flöt eða hnöttött. Sú skoðun að jörðin væri hnöttött fékk stoð í ýmsum athugunum og mælingum. Það að siglt var í kringum jörðina á sínum tíma varð líklega til þess að sannfæra einhverja efasemdann um að jörðin væri ekki flöt. Í dag er að finna gervitunglamynd af jörðinni í landafræðibókum grunnskólanema og gervihnettir, sem sveima um jörðina, nýtast fólki í daglegu lífi þess. Nútímamaður sem efaðist um að jörðin sé hnöttött, þrátt fyrir allar framangreindar vísbendingar, yrði líklega talinn viti sínu fjær eða sérlega illa gefinn frekar en að litið væri svo á að um „skoðun“ hans væri að ræða, sem ætti eins mikinn rétt á sér og hver önnur.¹ Á sviði *raunvísinda* er þannig almennt unnt að sannreyna fullyrðingar með einhverjum hætti, t.d. með athugunum eða tilraunum. Raunvísindin skera endanlega úr ágreiningi

manna um náttúruleg fyrirbæri og hegðan þeirra, eða leitast a.m.k. við að gera það.

Vísindin einskorða sig ekki við umfjöllun um efnisheiminn og þau lögmál sem um hann gilda. Samfélag manna, samskipti þeirra, hugsun og hegðan lýtur lögmálum orsakar og afleiðingar, sem eru viðfangsefni svonefndra *félagsvísinda*. Félagsvísindin, sem eiga sér mun styttri sögu en raunvísindin, glíma við ýmis sérstök vandamál. Þannig eru tilraunir á sviði félagsvísinda oft vandkvæðum bundnar og sannreynsla kenninga getur verið erfið eða jafnvel ómöguleg. Auk þess geta kenningar á sviði félagsvísinda haft áhrif á mannlega breyttni og þar með breytt því andlagi sem kenningunum er ætlað að skýra. Ólíkt raunvísindunum fást félagsvísindin þannig ekki við dautt efni heldur vitsmunaverur, sem mögulega geta breytt háttsemi sinni. Ef til dæmis er sýnt fram á það á vettvangi afbrotafræði að hertar refsingar í tilteknum brotaflokki fækki brotum, kann vel svo að fara að refsingar verði hertar á meðvitaðan hátt, t.d. með lagasetningu. Ólíkt því sem gildir um útskýringar á náttúrulegum fyrirbærum hefur kenning fræðimannsins þannig breytt þeim veruleika sem hún fjallar um. Þrátt fyrir þetta eiga félagsvísindin það sameiginlegt með raunvísindunum að þau leitast við að varpa ljósi á orsakalögmál og þannig útskýra það sem er, var og verður. Góð kenning (eða sönn fullyrðing) á sviði félagsvísinda spáir réttilega fyrir um framvindu atburða, að óbreyttum forsendum, en slæm kenning (ósönn fullyrðing) gerir það ekki.²

Þær greinar sem kenndar við

¹ Í þessu sambandi verður að minnast á félagið „The Flat Earth Society“, sem stofnað var 1993; og hefur þann-megintilgang að berjast gegn þeirri viðteknu hugmynd að jörðin sé hnöttött, en félagið byggir skoðun sína á því að jörðin sé flöt með fimm hliðar. Áhugasamir lesendur geta kynnt sér sjónarmið félagsins á heimasíðu þess (www.flat-earth.org) og metið sjálfir hvort stofnun félagsins helgist af gamni, alvöru eða öðrum ástæðum.

² Hafa ber í huga að meðal tímafrekra viðfangsefna ýmissa félagsvísinda (og raunar einnig raunvísinda) er skýring eða

afmörkun ýmissa hugtaka. Umfjöllun um þessi efni hefur oft á sér blæ heimspeki eða hugvísinda, enda er hér ekki um að ræða skýringu orsakalögmála. Í hinum ýmsuýmum greinum félagsvísindanna er byrjunarreitir rannsóknar einhvers konar afmörkun á hugtaki, sem felur í sér nánari afmörkun á því að hverju rannsóknin beinist. Ef rannsaka á umfang, orsakir og afleiðingar spillingar í tilteknu samfélagi þarf félagsvísindamaður óhjákvæmilega að byrja á því taka afstöðu til þess hvað spilling er og hvað ekki, svo aðeins eitt dæmi sé tekið.

hugvísindi eða „húmanísk“ fræði hafa ekki þau einkenni vísinda sem að framan greinir. Ólíkt raunvísindum og félagsvísindum einkennast þessar greinar þannig af því að ómögulegt er að staðreyna fullyrðingar þegar efast er um þær.³ Þau ólíku sjónarmið sem t.d. koma fram í rökræðum Platóns eiga sér þannig oft og iðulega hliðstæðu í samtímanum. Byrjanda í heimspekilegri rökræðu virðist þannig e.t.v. að ekki hafi miklu þokað í þessum efnum síðustu árþúsundin. Í þessu sambandi ber þó að hafa í huga að skilningur okkar á þeim vandamálum sem hér er fjallað um getur hafa aukist þó ágreiningurinn sé enn fyrir hendi. En hvar stendur lögfræðin í þessari fjölskyldu vísinda og fræða?

Svo mikið er víst að *lögfræði* er ekki raunvísindi, enda fæst lögfræðin ekki við skýringu náttúrulegra fyrirbæra heldur samfélag og háttsemi manna. En telst lögfræði e.t.v. til einhvers konar félagsvísinda? Sumir hafa viljað ganga svo langt að segja að lögin séu í raun ekkert annað en það sem dómstólar segi að séu lög.⁴ Ef gengið er út frá þessu fæst lögfræðin við það að segja fyrir um – að spá – hverjar úrlausnir dómstóla verði í hinum og þessum málum. Við slíka spádóma verður að sjálfsögðu að gæta að því hvers konar fólk gegnir dómarastöðum, hvaða menntun og gildismat það hefur, hvernig það bregst við ýmiss konar þrýstingi o.s.frv. Jafnvel getur verið ástæða til þess að kanna áhrifamikla dómara sérstaklega, t.d. þá sem sitja í Hæstarétti, með tilliti til hegðunar og sálarlífs þeirra. Ef þessi skilningur á lögfræði er lagður til grundvallar, er lögfræði smættuð

niður í hrein félagsvísindi.⁵ Lögfræði verður þá sú grein sem leitast við að útskýra orsakir lagalegra fullyrðinga (einkum hjá dómstólum) og jafnframt spá fyrir um hvers efnis þessar fullyrðingar verða. Lögfræðin er þannig orðin „vísindaleg“ í þeim skilningi að hún fæst við orsakalögmál og unnt er að sannreyna lagakenningar með hliðsjón af því hvort þær samræmast raunveruleikanum (þ.e. niðurstöðum dómstóla þegar þær liggja fyrir).

Framangreind hugmynd um lögin felur auðvitað í sér að lögfræði í hefðbundnum skilningi er varpað fyrir róða. Með hugmyndinni er því hafnað að til séu tiltekin viðmið – réttarreglur – sem geti vísað dómaranum og öðrum veginn að niðurstöðum sínum. Þetta birtist til dæmis í því að lögmaður getur ekki rökstutt fyrir dómara að svona *atti* hann að dæma mál aður en dómur hefur gengið. Samkvæmt hugmyndinni hefur dómari ekki heldur neitt að styðjast við þegar hann kemst að niðurstöðu í máli, enda þótt hann kunni að verða fyrir áhrifum frá hinu og þessu sem skoðast þá sem orsakir fyrir úrlausn hans. Í stuttu máli samrýmist þessi hugmynd alls ekki þeirri hugsun að þeir sem fara eftir og beita lögnum (þar á meðal dómarar) líti iðulega á lögin sem safn eða jafnvel kerfi bindandi viðmiða (reglna).

Óhætt er að ganga út frá því að fólk vegi og meti háttsemi sína og annarra með hliðsjón af einhverju sem það kallar „lög“ og telji sig geta sagt til um efni þessara viðmiða, a.m.k. að einhverju marki. Ef við

3 Stærðfræði er ein af þeim greinum sem erfitt er að staðsetja í framangreindri þrískiptingu vísinda. Fullyrðingar stærðfræðinnar eru hins vegar ekki sannaðar með staðreynslu, þ.e. með athugunum á raunveruleikanum, heldur eru þær leiddar af ákveðnum forsendum sem í strangasta skilningi teljast ósannaðar.

4 Þessi kenning, sem hér er stórléga einfölduð, er oft kendd við bandaríska hæstaréttardómarann og fræðimanninn O.W. Holmes, sbr. ummæli hans: „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law“ („The Path of the Law“, *Harvard Law Review*, árg. 1897, bls. 457). Þeir sem hafna „dogmatískri“

lögfræði (þ.e. að unnt sé að komast að hlutlægum niðurstöðum um lög með ákveðnum aðferðum), eins og rætt var um í inngangi greinarinnar, útskýra lagalega niðurstöðu iðulega með svipuðum hætti.

5 Sögnin „smætta“ er hér notuð í merkingu ensku sagnarinnar „reduce“, en með þessu er átt við að greining leiði í ljós að eitthvað sé í raun hluti einhvers annars þótt rætt sé um þetta tvennt sem aðskilda hluti í tungumálinu. Þannig felur framangreind kenning það í sér að ekki er litið á lögfræði sem sjálfstæða fræðigrein heldur hluta af samfélagslegum rannsóknum

teljum mögulegt að fjalla um efni þessara viðmiða með vitsmunalegum hætti er einhvers konar lögfræði möguleg, þótt með því sé lítið sagt um að hvaða marki þessi „fræði“ hafa einkenni vísinda. Lögfræði er þá „normatíf“ fræði – fræðigreinin sem fjallar um efnislegt inntak tiltekinnna viðmiða, en leitast ekki sérstaklega við að útskýra samfélagsleg lögmal, eins og félagsvísindin. Með vísan til fullyrðinga lögfræðinnar getur lögmaðurinn sagt við dómarrann að svona ætti hann að dæma málið þótt svo kunni að fara að dómarrinn komist að allt annarri niðurstöðu. Orsakir þess að dómarrinn komst að tiltekinni niðurstöðu má auðvitað einnig skoda með aðferðum sálfræði og félagsvísinda, en slík rannsókn hefur aðeins óbeina þýðingu fyrir lögfræðina.⁶ Með vísan til lögfræðinnar getum við einnig slegið föstum réttarreglum án þess að vita nokkuð um hvort fólk fer eftir þessum reglum eða hvaða raunverulegu áhrif þær kunna að hafa á háttsemi fólks. Raunar má segja að réttarkerfið gangi út frá því að einhverjir fari ekki eftir réttarreglum og þannig mistakist að láta reglurnar hafa tilætlud áhrif á háttsemi manna. Fjöldi lagareglna fjallar einmitt um tilvik sem þessi, og störf lögfræðinga felast oft og tíðum í því að skera úr um réttarbrot manna og meta afleiðingar þeirra lögum samkvæmt.

Ef þessi skilningur er lagður í lögfræðina, má vera ljóst að lagalegar fullyrðingar eiga meira skylt við fullyrðingar á sviði hugvísinda, t.d. á sviði siðfræði og fagurfræði, en fullyrðingar á sviði félags- og raunvísinda. Réttarreglur eru þá eitthvað

sem ekki verður smættað niður í einhvers konar staðreyndir sem hægt er að rannsaka með aðferðum raun- eða félagsvísinda.⁷ Ekki frekar en unnt er að sannreyna tiltekið siðferðilegt viðmið eða ákveðna túlkun á bókmenntaverki. Réttarreglur eru viðmið (norm) sem hafa sérstaka verufræðilega stöðu, ef svo má að orði komast. Með þessu er átt við að við getum ekki þreifað á þessum viðmiðum, vegið þau eða mælt. Réttarreglur eru til með þeim eina hætti að (margt) fólk telur þær vera til, vera ákveðins efnis og bindandi um háttsemi sína og annarra. Með aðferðum félagsvísinda getum við vissulega gert kannanir á því hvaða viðmið, m.a. lagareglur, fólk virðir eða telur gilda um háttsemi sína. Þótt slíkar niðurstöður geti haft þýðingu fyrir lögfræðina, er spurningum um gildandi rétt með engum hætti fullsvarað með slíkum rannsóknum.⁸

Samanborið við siðfræði hefur lögfræðin þá sérstöðu að hún byggir niðurstöður sínar á ákveðnum heimildum, svonefndum réttarheimildum. Lögfræðingar hafa þannig oft fastara land undir fótum en siðfræðingar, ef svo má að orði komast. En hversu fast land eru réttarheimildirnar og aðferðirnar við úrvinnslu þessara heimilda? Það gleymist oft að byrjunarreitir flestra lögfræðinga, þ.e. viðmið umræddra réttarheimilda og aðferðir við að telka þær, er alls ekki sjálfgefinn. Svo unnt sé að hefjast handa við lagalega ályktun verður að liggja fyrir hverjar réttarheimildirnar eru og hvaða samband er á milli þeirra. Þá fyrst geta lögfræðingar hafist handa við að

6 Bandarískar rannsóknir sem sýna að atriði eins-ogá bórð við kynferði og kynþáttur hefur hafa áhrif á niðurstöður dómara eru að sjálfsögðu áhugaverðar fyrir lögfræðina. Slíkar rannsóknir kunna einnig að verða tilefni til ýmissa viðbragða lagasetningarvalds. Rannsóknir sem þessar hafa þó ekki beina þýðingu fyrir eiginlega lögfræði, enda hefur líklega aldrei verið lögfræðilegur ágreiningur um það að þessi atriði eigi ekki að hafa nein áhrif á lagalega niðurstöðu dómstóla.

7 H. Kelsen (1881–1973) er líklega fyrsti fræðimaðurinn sem-gerðtil að gerai ítarlega grein fyrir lögum sem viðmiðum, sem fjalla verður um sem slík, með kenningu sem ber heitið „hin hreina kenning um lögin“ (þ. *Reine Rechtslehre*). Samkvæmt

kenningu Kelsen á kenning um lögin ekki aðeins að vera „hrein“ af öllu siðferðilegu mati, heldur einnig „hrein“ af staðreyndadómum, en með því siðarnefnda er vísað til þess að lagaleg viðmið verða ekki að fullu útskýrd með vísan til staðreynda, t.d. vilja valdhafanna. Sjá nánar um þetta í *Introduction to the Problems of Legal Theory* (ensk þýðing á 1. útgáfu *Reine Rechtslehre* frá 1934), Oxford 1992, bls. 7–14.

8 Sú staðreynd að enginn virði tiltekna réttarreglu getur í vissum tilvikum haft lagalega (og þar með normatífa) þýðingu. Til dæmis gæti þetta leitt til þess að lög teldust fallin niður fyrir fyrningu. Þetta þýðir hins vegar ekki að regla sé ekkert annað en tiltekin regluleg háttsemi fólks.

meðhöndla réttarheimildirnar, þ.e. slá föstu efni þeirra, finna þá reglu sem þær hafa að geyma, túlka þær eða hvernig sem við viljum nú orða það. Þegar öllu er á botninn hvolft byggist niðurstaða lögfræðings þannig á ákveðinni hugmynd um lagalega aðferð, þ.e. um hverjar réttarheimildirnar séu og hvernig beri að fara með þær. Lögfræðingurinn getur ekki sannað réttmæti niðurstöðu sinnar, ekki frekar en siðfræðingurinn eða bókmenntafræðingurinn. Einnig er ljóst að aðrir lögfræðingar kunna að færa fram aðrar túlkanir og komast að annarri niðurstöðu. Þá kemur upp sú staða sem nefnd var hér í inngangi sem mörgum finnst til marks um þrot lögfræði sem vísinda eða fræða.

Enda þótt fullyrðingar um lög verði ekki sannaðar með þeim hætti sem oft er unnt í raunvísindum, og stundum einnig í félagsvísindum, er ekki þar með sagt að þessar fullyrðingar séu ekki studdar *rökum* sem mögulegt er að kryfja og taka afstöðu til. Hér svipar stöðu lögfræðinnar enn á ný til ýmissa hugvísinda. Á sviði siðfræði er til dæmis fjallað um hvort lífið hafi gildi eða sé þess virði að því sé lifað, bæði almennt og með hliðsjón af einstökum álitamálum, svo sem rannsóknnum á stofnfrumum, föstureyðingum eða líknardrápi. Það kann vel að vera að einhver láti ekki sannfærast af rökum tiltekinnar siðfræðinga um gildi lífsins og ákveði jafnvel að ráða sér eða öðrum bana. En þótt menn séu ósammála um þau atriði sem hugvísindin fjalla um er óhætt að gera þá almennu kröfu til manna sem vitsmunavera að þeir styðji skoðanir sínar rökum.⁹

Niðurstaðan af þessum hugleiðingum er sú að fullyrðingar um lög verði ekki staðreyndar með sambærilegum hætti og unnt er í raun- og stundum einnig

félagsvísindum. Þótt deila megi um að hvaða marki lögfræði hafi einkenni vísinda, hlýtur það að teljast verðugt viðfangsefni að fjalla skipulega um hvað lög eru, bæði almennt og með tilliti til þess hvað telst gildandi réttur í ákveðnu samfélagi á ákveðnum tíma. Einhvers konar lögfræði, sem sjálfstæð fræðigreinin, á þannig rétt á sér. Að þessu virtu hlýtur það að vera eitt af mikilvægum verkefnum lögfræðinnar að gera grein fyrir þeim rökum sem liggja til grundvallar ólíkri afstöðu til laga og ósamþýðanlegum fullyrðingum um hvað teljist gildandi réttur. Einn þáttur í því að skilja lögin er þannig að skilja lagalegan ágreining. Aðeins með skilningi á lagalegum ágreiningi geta lögfræðingar haft forsendur til að taka (rökstudda) afstöðu í grundvallarágreiningu um lög. En um hvað snýst þá lagalegur ágreiningur þegar betur er að gáð?

II

Eins og áður var dregið á grundvallast fullyrðingar um gildandi rétt óhjákvæmilega á einhverri hugmynd um *lagalega aðferð*, þ.e. hugmynd um hvernig eigi almennt að komast að lagalegri niðurstöðu. Hugmynd um lagalega aðferð er síðan nátengd einhverri hugmynd um hvað lög eru eða því sem kalla má almennt lagahugtak. Þegar við fullyrðum að eitthvað sé lög eða lagalegt, byggist sú fullyrðing þannig beint eða óbeint á einhverri almennri hugmynd um hvað lög eru og hvernig eigi að komast að lagalegri niðurstöðu. Ef peningnum er snúið við fela almennar kenningar um lögin einnig í sér einhverja hugmynd og leiðbeiningu um hvernig komast eigi að lagalegri niðurstöðu.¹⁰

Í stuttu máli eru lagalegar

⁹ Hér mætti e.t.v. einnig nefna þá lágmarkskröfu að menn gæti samkvæmni í skoðunum og athöfnum, en sú krafa er þó síðferðileg fremur en þekkingarleg.

¹⁰ Til þess að fullyrða að tiltekinn hlutur sé stóll verður maður að hafa einhverja almenna hugmynd um hvað stólar eru. Með svipuðum hætti má segja að fullyrðingar um gildandi rétt ráðist af einhverri almennri hugmynd um lögin. Tengsl lagahugtaksins og hinnar lagalegu aðferðar eru annars rædd nokkuð ítarlega í bók minni *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar*, Reykjavík 2003, sjá einkum II. og III. kaffa.

fullyrðingar þannig háðar almennri afstöðu okkar til laga, en í því felst að lagaleg niðurstaða verður háð því hvaða hagsmunum við teljum að lögin eigi að þjóna. Þannig er sú lagalega aðferð, sem kennd er í lagadeildum á Íslandi og víðar um heim, síður en svo sjálfgefin eða hafin yfir gagnrýni. Ævnt á móti byggist hún á ákveðnu mati á lögnum, sem deila má um. Ég hef kallað þennan grundvöll hinnar lagalegu aðferðar *venjuhyggju*.¹¹ Með venjuhyggju er lögd áhersla á að lögin eigi að skapa öryggi og festu í samskiptum manna hvers við annan og samskiptum þeirra við ríkisvaldið. Lögin eiga að vera þannig að lagaleg niðurstaða (t.d. hjá dómstólum) verði fyrirsjáanleg, a.m.k. að því marki sem það er mögulegt. Venjuhyggja boðar þannig fastheldni við hefðbundnar réttarheimildir og hefðbundnar aðferðir við meðhöndlun þessara heimilda. Þetta má orða þannig að ályktun um lög eigi að styðjast við þær heimildir og aðferðir sem *almenn* er viðurkennt að eigi að vera grundvöllur lagareglu, svo notað sé orðalag Sigurðar Línal.¹² Samkvæmt þessu er megineinkenni hinnar lagalegu aðferðar það að lagaleg niðurstaða er reist á heimildum (en ekki t.d. hreinu siðferði) og hún er siðferðilega hlutlaus, þ.e. óháð mati einhvers á því hvort niðurstaðan

se góð eða slæm.¹³

Venjuhyggja er *ihaldssöm* að því leyti að mikil tregða er til að vikja frá niðurstöðum samkvæmt hinum almennt viðurkenndu aðferðum í nafni réttlætis eða sanngirni í einstöku máli. Slik frávik þýða að grafið er undan þeim verðmætum sem lögin eiga að þjóna og sköpuð er óvissa um gildandi rétt þannig að menn njóta ekki lengur öryggis um hagsmuni sína til frambúðar. Slikt ástand þýðir í raun meira óréttlæti og ósanngirni þegar öllu er á botninn hvolft.¹⁴ Samkvæmt þessu þarf mjög mikið að koma til svo „framsæknar skýringar“ á settum réttarreglum komi til greina eða heimilt sé að vikja frá fordæmum Hæstaréttar, svo dæmi séu tekin.

Nú getum við áttað okkur betur á því hvernig ágreiningur um lög getur risið. Ef menn eru ekki sammála um hvaða hagsmunum lögin eiga að þjóna, og þar með ósammála um lagalega aðferð, er skiljanlegt að þeir séu ósammála um niðurstöður í einstökum álitamálum. Sumir telja til dæmis að við hverja einstaka lagalega niðurstöðu eigi í ríkum mæli að líta til raka eða tilgangs laganna, bæði almennt og að því er varðar þær einstöku réttarheimildir sem um er

11 Sjá nánar *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar*, bls. 83 o.áfr.

12 Um réttarheimildarhugtak Sigurðar má vísa til umfjöllunar hans í *Um lög og lögfræði*; Grundvöllur laga — réttarheimildir, Reykjavík 2002, II. kafla. Ég ræði réttarheimildarhugtak Sigurðar nánar í *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar*, I. og III. kafla.

13 Það er e.t.v. nokkuð mikið tekið upp í sig að fullyrða að „venjuhyggja“ sé sú stefna sem, beint eða óbeint, er lögd til grundvallar lagakennslu á Íslandi og víða um heim. Að því er varðar Ísland sérstaklega liggur þó fyrir kandiíðatsritgerð Karls Óttars Péturssonar, „Réttarheimildarhugtakið í skrifum íslenskra fræðimanna“ (Reykjavík 2002), sem rennir stóðum undir þessa skoðun. Að því er varðar kennslu í öðrum lagadeildum en lagadeild Háskóla Íslands má nefna að skrif Jóns Steinars Gunnlaugssonar, prófessors við lagadeild Háskólans í Reykjavík þegar þessi orð eru rituð, samræmast að mínum dómi venjuhyggju, enda þótt Jón Steinar noti reyndar ekki það hugtak sjálfur. Jón Steinar hefur lagt áherslu á stjórnskipuleg rök í gagnrýni sinni á „framsæknar“ aðferðir við lagalega niðurstöðu, þ.e. rætt hvernig slíkar aðferðir samræmast illa stjórnskipulegri stöðu dómstóla og sambandi

lögjafar- og framkvæmdarvalds. Sjá einkum *Um fordæmi og valdmörk dómstóla*, Reykjavík 2002. Að sjálfsögðu tengjast þau rök þó náið þeim dómum um almennan tilgang laganna sem liggja til grundvallar venjuhyggju.

14 Í dómi Hæstaréttar 25. október 2001 í máli nr. 129/2001 vék Hæstiréttur frá áratugalangri dómvenju sinni og taldi að farþegi, sem hafði tekið sér far með öluðum okumanni, hefði ekki glatað bótarétti sínum á grundvelli áhættutöku andstætt því sem áður hafði verið talið. Flestir eru líklega sammála um að efnisleg niðurstaða Hæstaréttar hafi verið réttlát og sanngjörn, þ.e. að eðlilegra hafi verið að meta tilvikid með hliðsjón af reglum um eigin sök en ekki áhættutöku, eins og tíðkast hafði. E.t.v. telja einnig flestir að þolendur þessarar íþyngjandi breytingar á dómaframkvæmd, tryggingafélögin, hafi verið vel í stakk búin til að axla þær byrðar sem breytingunni fylgdu og ástæðulaust sé að vorkenna þeim. En hvað með stöðu þeirra tjónþola sem svipað var ástatt um og fengu ekki bætur vegna þess að mál þeirra höfðu fengið úrlausn í tíð eldri dómaframkvæmdar? Jafnvel þetta dæmi sýnir að „framsæknar“ niðurstöður dómstóla leidda iðulega til vandráðalegs ástands þótt þær séu út af fyrir sig réttlátar og sanngjarnar.

að ræða hverju sinni. Þessi hugsun boðar *framsækna lagalega aðferð*¹⁵ og leyfir að vikið sé frá orðalagi lagaákvæða, skýringum í lögskýringargögnum, fordæmum Hæstaréttar og öðrum gögnum sem almennt er viðurkennt að leggja beri til grundvallar lagalegri niðurstöðu.¹⁶ Lagaleg niðurstaða í hverju einstöku tilviki verður því óhákvæmilega háð mati á ýmsum hagsmunum sem lögin, tiltekin svið réttarins eða einstakar réttarreglur eiga að þjóna. Gallinn við þessa aðferð frá sjónarmiði venjuhyggju er sá að niðurstöður dómstóla verða óvæntar, ófyrirsjáanlegar og menn geta ekki lengur gengið út frá því sem vísu að tilteknar reglur muni gilda til frambúðar um lögskipti þeirra og þeim verði aðeins breytt framvirkt fyrir atbeina löggjafans. Frá stjórnskipulegu sjónarmiði verða dómstólar mun virkari við mótun þeirra reglna sem gilda í samfélaginu þannig að mörkin milli löggjafar- og dómsvalds verða óskýr. Jákvaða hliðin á þessari aðferð er hins vegar sú að einstök mál geta fengið efnislega réttlátari niðurstöðu en ella og með fordæmum sínum geta dómstólar lagt sitt af mörkum til samfélagsþróunar. Spurningin er auðvitað sú hvort það sé hlutverk dómstóla að „rétt“ lögin og stuðla að þróun réttarins að eigin frumkvæði.

Í málflutningi fyrir dómstólum kemur ágreiningur um lagalega aðferð oft upp á yfirborðið. Af hálfu aðila kann því að vera haldið fram að Hæstiréttur eigi að skýra tiltekið lagaákvæði þrengjandi þótt lögskýringargögn standi til annars, víkja eigi frá margitrekudum fordæmum eða leggja eigi

ákvæði þjóðréttarsamninga til grundvallar þótt þau hafi ekki verið lögfest hér landi, allt með vísan til sjónarmiða um hvað sé réttlátt, skynsamlegt og eðlilegt. Þessi sjónarmið eru oft klædd í „lögteknilegan“ búning og kennd við *meiginreglur laga* eða *eðli máls*, en slík heiti geta auðvitað ekki breytt því að hér er um að ræða siðferðilega lituð og um leið matskennd og umdeilanleg sjónarmið.

En ágreiningur um lagalega aðferð kemur ekki aðeins í ljós í málflutningi lögfræðinga fyrir dómstólum. Úrlausnir íslenskra og erlendra dómstóla bera þess merki að stundum fá framsæknari aðferðir við lagalega niðurstöðu hljómgrunn, dómstólar „taka krappar beygjur“ og komast að nýjum og byltingarkenndum niðurstöðum. Þegar svo ber við er skiljanlegt að þeir sem aðhyllast íhaldssamari vinnubrögð dómstóla kvarti undan því að dómara séu „að setja lög“ í stað þess að sinna þeirri stjórnskipulegu skyldu sinni „að fara eingöngu eftir lögum“.

Þegar litið er yfir *dómaframkvæmd*, hvort sem er héraendis eða erlendis, kemur þannig ekki í ljós ein einsleit og sjálfgefin lagaleg aðferð. Dómstólar sveiflast á milli íhaldssemi og framsækni í niðurstöðum sínum. Sumir dómstólar eru þekktir fyrir meiri framsækni en aðrir, t.d. Evrópu dómstóllinn í Lúxemborg. Aðrir dómstólar eru kunnir af meiri íhaldssemi, t.d. Lávarðadeildin í Bretlandi. Í dómaframkvæmd Hæstaréttar Íslands má finna dæmi um mjög framsækna dóma, enda þótt tölfærðilega séu slík tilvik undantekning frekar en regla.¹⁷

Fair lögfræðingar myndu telja

15 Með „framsæknum skýringum“ svo og „framsæknum aðferðum“ á ég við skýringar og aðferðir sem víkja frá hinum almennt viðurkenndu heimildum og hinum almennt viðurkenndu aðferðum við að vinna úr þessum heimildum. Mér vitanlega notaði Jónas Þór Guðmundsson fyrstur orðið „framsækið“ í þessu samhengi í kandi datsritgerð sinni „Framsækna lögskýringar: Lögskýringar í íslenskum rétti, hjá Evrópu dómstólum og Mannréttindadómstól Evrópu“ árið 1995.

16 Dæmi um slíka aðferð eru „lög sem heilindi“ (e. law as integrity) R. Dworkins. Ég ræði lagakenningu hans nokkuð í

Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar, V. kafla, einkum að því er varðar kenningu hans um eina rétta niðurstöðu í lagalegum ágreiningi.

17 Ég ræði nokkur slík dæmi úr íslenskri dómaframkvæmd á bls. 79-83 í *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar*. Jón Steinar Gunnlaugsson ræði fleiri slík dæmi með gagnrýnum hætti í *Um fordæmi og valdmörk dómstóla*, aðallega í 6. kafla. Hér má sérstaklega vísa til greiningar Jóns Steinars á dómi Hæstaréttar í dómasafni 1990, bls. 2, en dómurinn er líklega fremstur meðal jafninga í hópi „framsækinnar“ íslenskra dóma og sérlega lærdómsríkur af þeim sökum.

rétt að fylgja hinum almennt viðurkenndu aðferðum í störfum sínum án undantekninga. Þótt almennt sé viðurkennt að reisa beri lagalega niðurstöðu á settum rétti, verður til dæmis að gera ráð fyrir þeim möguleika að gildandi lög geti í heild orðið svo spillt og þar með ranglát að rétt sé að virða þau að vettugi og byggja lagalega niðurstöðu á siðferðilegum undirstöðum eða meginreglum laganna. Um það efni verður ekki fjallað frekar hér.¹⁸ Fáir lögfræðingar myndu hins vegar líta algerlega fram hjá þessum heimildum og aðferðum. Þannig myndu ekki margir lögfræðingar hafna því að stjórnskipulega rétt sett og staðfest lög Alþingis eigi almennt að vera grundvöllur lagalegrar niðurstöðu, ef þeim er að skipta. Í því *litrófi lagalegra aðferða* sem myndast milli skauta algerrar íhaldssemi og fullkominnar framsækni eru hins vegar fjölmörg blæbrigði.

Laganám á að gera nemendum kleift að átta sig á því á hvaða rökum mismunandi lagalegar aðferðir hvíla, ekki sist sú aðferð sem almennt er lögð til grundvallar við umfjöllun um einstök réttarsvið síðar í náminu. Þá fyrst geta nemendur losað sig af klafa tilfinninga og sleggjudóma og tekið rökstudda afstöðu í lagalegum ágreiningi þar sem ólíkar hugmyndir um lögin og lagalega niðurstöðu mætast. Ef þessu verkefni er ekki sinnt er hætt við því að lögfræðin standi ekki undir nafni sem fræðigrein og lögfræðingar verði tæknimenn sem beita aðferðum sínum án hugsunar eða skynsemi. Einu rök lögfræðingsins fyrir niðurstöðu sinni verða þá „af því bara“.

III

Lagalegur ágreiningur getur helgast af ósamkomulagi manna um grundvallaratriði laga og eðli lagalegrar aðferðar, eins og áður greinir. Lagalegur ágreiningur getur hins vegar einnig verið annars eðlis. Jafnvel þótt menn séu sammála um hina lagalegu aðferð getur verið að aðferðin sé með einhverjum hætti ófullnægjandi eða háð takmörkunum, þ.e. að hún leysi ekki úr því álitaefni sem er fyrir hendi. Ef við til dæmis lítum á þá lagalegu aðferð sem lýst var hér að framan undir merkjum venjuhyggju er fljótséð að hún leiðir ekki alltaf til ótvíræðrar niðurstöðu eða sker úr hvers konar ágreiningi um lög. Ástæðan er sú að jafnvel þótt almennt sé viðurkennt að leggja beri orðalag lagaákvæðis til grundvallar, getur orðalagið gefið tilefni margra skýringarkosta. Þótt almennt sé viðurkennt að líta beri til lögskýringargagna við skýringu lagaákvæðis getur verið að engar skýringar sé að finna í þeim gögnum. Þótt almennt sé viðurkennt að líta beri til fordæma Hæstaréttar getur verið að engin fordæmi séu til eða að þau séu óskýr eða ósamrýmanleg. Hér yrði of langt mál að ræða nánar ástæður þess að hinar almennt viðurkenndu heimildir og aðferðirnar við að fara með þær leysa ekki alltaf úr álitaefnum með ótvíræðum hætti, en mín skoðun er sú að hér sé um að ræða óhjálkæmílegt einkenni laga.¹⁹

Þegar *lögin eru óskýr* með framangreindum hætti breytist lagaleg röksemdafærsla. Í stað þess að við getum einfaldlega vísað til þess sem er „almennt viðurkennt“ (t.d. skýrt og ótvírætt orðalag setts lagaákvæðis) verðum við, hvort sem

¹⁸ Ég ræði þetta efni stuttlega í innleggi mínu í rökstólum, „Ber manni siðferðileg skylda til að fara að lögum?“, *Úlfjótur* 2002, 1. tbl., bls. 118.

¹⁹ Ég hef stundum rætt um ályktanir sem grundvallast á almennt viðurkenndum tülkunum á almennt viðurkenndum heimildum sem „lögtaekni“. Megineinkenni lögtaekni er það að unnt er að komast að lagalegri niðurstöðu án tillits til þess hvað manni finnst um niðurstöðuna, þ.e. án stuðnings við siðferðilegt gildismat. Þegar þessari lögtaekni sleppir taka við önnur og matskenndari sjónarmið. Sjá einkum bls. 19 og 87 o.áfr. í *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar*.

okkur líkar það betur eða verr, að styðja niðurstöðu okkar við matskennd sjónarmið af ýmsu tagi. Við könnum e.t.v. ofan í kjólinn á hvaða rökum tiltekið lagaákvæði byggist eða hvaða tilgangi það á að þjóna og hvernig það samræmist öðrum meginreglum viðkomandi réttarsviðs eða réttarins í heild. Enda þótt lögfræðingurinn sé hér ekki í lagalegu tómarúmi og geti ekki einfaldlega gert það sem honum sýnist (líkt og segja má með einföldun um löggjafann) eru þessi sjónarmið annars eðlis en þær ályktanir um lög sem hvíla á hinum almennt viðurkenndu heimildum og aðferðum við úrvinnslu þeirra.²⁰ Þessi sjónarmið eru óhjákvæmilega lituð af siðferðilegu mati viðkomandi og því er eðlilegt að um þau sé deilt.

Sum réttarsvið eru viðkvæmari fyrir ágreiningi sem þessum en önnur. Hér hef ég til dæmis í huga *stjórnskipunarrétt*, þ. á m. réttarreglur um mannréttindi. Reglur stjórnskipunarréttar einkennast af almennt orðuðum ákvæðum sem oft eru lítt skýrð í lögskýringargögnum og stundum hefur verið fjallað um af skornum skammti hjá dómstólum. Af þessari ástæðu rennur hin lagalega aðferð oft snemma til þurrðar gagnvart þessum ákvæðum, ef svo má að orði komast. Hugleiðum t.d. stöðu Hæstaréttar Íslands eftir að jafnræðisregla 65. gr. stjórnskrárinnar tók gildi með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995. Flestir eru líklega sammála um að þau álitamál um stjórnskipulegt jafnræði sem borin voru undir réttinn í kjölfarið urðu ekki leyst með

visan til orðalags 65. gr. stjórnskrárinnar, lögskýringargagna eða fyrri fordæma réttarins. Þannig varð Hæstiréttur einfaldlega að taka afstöðu til siðferðilega litaðs hugtaks – *jafnræðisins* – án mikilla leiðbeininga frá stjórnskrárgjafanum, hvort sem honum líkaði betur eða verr. Það er vart að undra að ýmsir dómur Hæstaréttar um þetta efni hafi verið umdeildir.

Reglur stjórnskipunarréttar eru einnig oft nátengdar siðferðilegum og stjórnspekilegum hugmyndum, sem gerir lagalegar fullyrðingar á þessu sviði sérstaklega „næmar“ fyrir stjórnámum í viðasta skilningi þess orðs. Þeir sem aðhyllast ýmiss konar framsæknar lagalegar aðferðir líta auðvitað að meira eða minna leyti framhjá orðalagi, forsögu og tiltækum lögskýringargögnum stjórnskrárinnar með hliðsjón af siðferðilegum og stjórnspekilegum hugmyndum sínum. Þannig er ekkert óeðlilegt við það, samkvæmt þessum hugmyndum, að ýmis ákvæði stjórnskrárinnar, sem stjórnskrárgjafinn hefur aldrei hreyft við, hafi þýtt eitt við setningu hennar árið 1944 en þýði nú annað í dag, til dæmis vegna breyttra aðstæðna í samfélaginu eða „réttarþróunar“. Þeir sem hafna aðferðum sem þessum ættu hins vegar almennt að vera sammála um lagalega niðurstöðu þegar orðalag stjórnskrárákvæðis er skýrt og tiltæk lögskýringargögn styðja orðalagið sem og önnur ákvæði stjórnskrárinnar. Vissulega getur verið freistandi fyrir stjórnámamenn að sækja stoð í framsæknar

20 Jón Steinar Gunnlaugsson leggur ríka áherslu á þetta atriði í áðurtilvitnuðu riti sínu (sjá t.d. bls. 42–46), en gerir að mínu mati ekki nægjanlegan greinarmun á ólíku eðli lagalegrar röksemdafærslu á grundvelli almennt viðurkenndra réttarheimilda og aðferða annars vegar og hins vegar því þegar þessar heimildir og aðferðir duga ekki til að leysa úr álitamáli. Ef unnt er að leysa úr álitamáli með vísan til almennt viðurkenndrar réttarheimildar og aðferða við að fara með hana (t.d. ef um er að ræða sett lagaákvæði sem skýrt er samkvæmt orðanna hljóðan) er röksemdafærslan tæknileg í þeim skilningi að ekkert mat þess sem ályktar um réttarregluna þarf að koma til. Öðru máli gegnir hins vegar ef ekki tekst að leysa úr ágreiningi með þessum hætti (t.d. skýra verður óljóst lagaákvæði með vísan til tilgangs eða

umdeilda og óljósra meginreglna laga). E.t.v. má orða þetta svo að Jón Steinar hafi meiri trú á hinni lagalegu aðferð en ég og telji unnt að leysa úr nánast hvaða ágreiningi sem er án þess að taka þurfi afstöðu til sjónarmiða sem lituð eru af siðferði og krefjast þar af leiðandi mats. Sú mynd sem ég dreg upp af hinni lagalegu aðferð er a.m.k. flóknari og ekki eins áferðarfögur. Um hitt er ég svo sammála Jóni Steinari að dómari eða annar sem ályktar um lög á ekki að gefast upp í leit að rétttri niðurstöðu þótt slík niðurstaða liggja ekki í augum uppi (sjá *Um fordæmi og valdmörk dómstóla*, bls. 38–39). Aðeins í undantekningartilvikum getur dómari átt val um niðurstöðu að mínu mati (sjá dæmi um slíka aðstöðu á bls. 189–190 í *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar*).

aðferðir þegar það hentar stefnumiðum þeirra. Þá lágmarkskröfu verður hins vegar að gera til þeirra lögfræðinga sem að skýringu stjórnarskrárinnar koma að þeir séu samkvæmir sjálfum sér í lagalegum rökstuðningi og séu ekki „framsæknir“ einn daginn og „ihaldssamir“ þann næsta, allt eftir því hvernig vindar blása.

Þegar stjórnarskráin og aðrar heimildir stjórnskipunarréttar eru með einhverjum hætti óskýrar og veita ófullnægjandi svör, er að sjálfsögðu eðlilegt og óumflýjanlegt að þær stjórnspekilegu hugmyndir, sem stjórnskipunin er reist á vakni af Þýrnirósarsvefni sínum. Hugtök á borð við mannréttindi, lýðræði, lýðveldi, þingræði, þrískiptingu valdsins og sjálfsákvörðunarrétt þjóðarinnar eru því eðlilegur og óhjákvæmilegur þáttur í umræðu um stjórnskipun landsins, enda þótt ekki séu allir sammála um inntak þeirra.

IV

Eitt atriði enn vil ég nefna sem þó tengist lagalegum ágreiningi aðeins óbeint, en það er *hlutverk stjórnmálamanna* og annarra þeirra sem koma að lagasetningu. Sett lög hafa þann eiginleika umfram aðrar réttarheimildir að þau geta verið aðgengileg, skýr og skiljanleg. Með skynsamlegri notkun settra laga má þannig stuðla að því að menn þekki þær lagareglur sem gilda um háttsemi þeirra og að lagaleg niðurstaða verði fyrirsjáanleg, en þetta má telja meðal megineinkenna réttarríkis. Tæknilega góð lagasmíð einkennist af því að lögfræðingar munu leggja sama skilning í löginn með hliðsjón af því álitamáli sem upp ris, án tillits til þess hvers efnis löginn eru eða hvað þeim finnst um niðurstöðuna. Slæm lagasmíð einkennist hins vegar af því að þau deilumál sem lögnum var ætlað leysa úr risa upp að nýju þrátt fyrir lagasetninguna. *Tæknilega slæm lagasmíð* getur þannig haft það í för með sér að ágreiningur á sviði stjórn mála flyst yfir á svið dómstólanna

vegna þess að löggjafanum (eða jafnvel stjórnarskrárgjafanum) hefur mistekist að taka skýra afstöðu til álitaefnisins. Hið sama getur átt við um ákvæði milliríkjasamninga og stjórnvaldsfyrirmæla.

Eflítið er svo á að ágreiningur um lög sé af hinu slæma og að mönnum beri að leitast við að hafa löginn eins óumdeild og kostur er, er ábyrgð löggjafans mikil. Með slæmri lagasmíð er beinlínis kynt undir ágreiningi og óvissu um hvaða réttarreglur gilda. Við slíkar aðstæður þýðir lítið að kvarta undan því að dómstólar reisi niðurstöður sínar á stjórn mála legum sjónarmiðum, enda hefur löggjafinn vísað einmitt ágreiningi um þessi sjónarmið á borð dómstóla. Ástæður þess að ágreiningur um lög hefur orðið meira áberandi á undanförunum árum eiga sér að mínum dómi ekki þá einhlitu skýringu að dómáramur beiti nú í auknum mæli framsæknum aðferðum til að komast að niðurstöðum sínum. Hér bera handhafar lagasetningarvalds ekki síður ábyrgð sem hafa mætti fleiri orð um en unnt er hér.

V

Hér að framan er lýst tvenns konar ágreiningi um lagalega niðurstöðu. Í fyrsta lagi var rétt hvernig ágreiningur um gildandi rétt getur orðið til af því að menn hafa ólíkar hugmyndir um löginn og hina lagalegu aðferð. Slíkan ágreiningur mætti e.t.v. kalla *hugmyndafræðilegan ágreining*. Í öðru lagi var drepíð á það hvernig ágreiningur getur komið upp jafnvel þótt menn séu sammála um hvaða aðferðum eigi að beita við lagalega niðurstöðu. Hér er þannig um að ræða *ágreining innan aðferðar*, ef svo má að orði komast.

Lögfræði er ekki raun- eða félagsvísindi. Lagalegar fullyrðingar verða ekki „sannaðar“ og lagalegur ágreiningur verður ekki leiddur til lykta með endanlegum hætti, eins og mögulegt er á sviði raun- og félagsvísinda. Einmitt vegna þessa einkennis laganna eru dómstólar nauðsynlegar

stofnanir svo lög nái þeim tilgangi sínum að vera grundvöllur samfélagsins. Tilvist og saga dómstóla eru þannig ótvíræður vitnisburður þess að menn hefur ætíð greint á um lög og svo er enn. Þótt „sönnun“ lagalegra fullyrðinga sé vissulega ómöguleg má hins vegar ekki gleyma því að þessar fullyrðingar eru reistar á rökum sem brjóta má til mergjar og taka rökstudda afstöðu til. Lagalegur ágreiningur er ekki til marks um að lögfræði hljóti að missa marks sem fræðigrein, þótt vissulega megi deila um að hvaða marki lögfræði hafi einkenni vísinda. Lagalegur ágreiningur er einfaldlega eitt af því sem lögfræðin verður að fjalla um og útskýra eins og önnur einkenni laganna.

Þannig er ekkert bogið við það að menn greini á um lög, jafnvel þótt um sé að ræða réttarreglur sem varða grundvallaratriði samfélagsins. Raunar er það svo að einmitt þessar reglur, reglur stjórnskipunarréttarins, eru þess eðlis að þær kunna að valda meiri og hatrammari deilum en almennt gerist á öðrum réttarsviðum. En þótt lagalegur ágreiningur sé þannig óumflýjanlegur fylgifiskur laga, má með ýmsum hætti draga úr honum. Þannig er vel undirbúin og vönduð lagasmíð vafalaust til þess fallin að minnka líkur á ágreiningi. Vel rökstuddir dómar og fylgisemi við fordæmisrétt þjóna sama tilgangi.

Samhliða því sem lögfræðin gerir grein fyrir ástæðum lagalegs ágreinings og varpar ljósi á mismunandi viðhorf til lagalegrar niðurstöðu, er það að sjálfsögðu hlutverk lögfræðinnar að fjalla um gildandi rétt á einstökum fræðasviðum. Með þessum hætti geta lögfræðin og lögfræðingar þjónað því mikilvæga samfélagslega hlutverki að gera lög in aðgengileg og lagalega niðurstöðu fyrirsjáanlega, bæði almennt og í einstökum málum sem upp kunna að koma. Þessu hlutverki lögfræðinnar má ekki gleyma þótt lögfræðingar hafi oft þann starfa að vera lagalegir málsvarar ákveðinna sjónarmiða og eigi þannig að vissu leyti þátt í því að valda ágreiningi um lög. Íðkun lögfræði og upplýst

stétt lögfræðinga eru þannig, þrátt fyrir allt, forsendur réttarríkis, ekki síst í heimi þar sem réttarheimildirnar verða sífellt flóknari, umfangsmeiri og breytilegri.