



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

YFIRDEILD

MÁLID GUÐMUNDUR ANDRI ÁSTRÁÐSSON gegn ÍSLANDI

(Kæra nr. 26374/18)

DÓMUR

1. mgr. 6. gr. (sakamál) • Skipan dómstóls ákveðin með lögum • Aðkoma dómara sem skipaður var með ógildum hætti vegna ótilhlýðilegs áhrifavalds framkvæmdavaldsins án virks eftirlits og úrbóta af hálfu innlendra dómstóla • Alvarlegt brot, sem spillti lögmæti skipunarferlisins og vakti málefnalegar og réttmætar áhyggjur af pólitískum hvötum að baki umræddum ákvörðunum • Vanræksla Hæstaréttar að draga nauðsynlegar ályktanir af eigin niðurstöðum, viðurkenna brotið og bregðast við röksemdum kæranda • Val dómara á grundvelli verðleika með ströngu ferli sem er óaðskiljanlegt hugtakinu „dómstóll“ • Landslög um eftirlit með skipunarferli dómara eðlislægur þáttur í hugtakinu „skipan“ réttar eða dómstóls „með lögum“ • “Skipan dómstóls ákveðin með lögum” merki jafnframt að „dómstóll sé skipaður í samræmi við lög“ • Umfjöllun í ljósi þess sameiginlega markmiðs sem deilt er með tryggingunni á „sjálfstæði“ og „óháði“: að viðhalda grundvallarreglunum um réttarríkið og aðgreiningu valds • Beiting þriggja þrepa prófs við ákvörðun á því hvort með annmörkum á skipunarferli dómara sé brotið gegn kjarna réttarins til dómstóls sem skipaður er að lögum • Hvort um var að ræða (1) *augljóst* brot (2) á *grundvallarreglu* í skipunarferlinu (3) hvort staðhæfingar hlutu umfjöllun og úrbætur af hálfu innlendra dómstóla með þeim hætti að samræmdist mannréttinasáttmálanum • Í innlendra umfjöllun dómstóla sé gætt sanngjarns jafnvægis milli þeirra hagsmuna í málinu sem vógust á, þar með talið hagsmuna sem varða grundvallarreglur um réttarríki og friðhelgi dómara

46. gr. • Almennar ráðstafanir • Engin skylda ríkisins til þess að endurupptaka öll sambærileg mál sem síðan hafa fengið endanlega niðurstöðu (*res judicata*)

STRASSBORG

1. desember 2020

Dómur þessi er endanlegur en texti hans kann að sæta ritstjórnarbreytingum.

Í málinu Guðmundur Andri Ástráðsson gegn Íslandi,

kveður Mannréttindadómstóll Evrópu, sem situr í yfirdeild skipaðri:

Jon Fridrik Kjølbro, *forseta*,
Robert Spano,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Síofra O'Leary,
Georgios A. Serghides,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Aleš Pejchal,
Faris Vehabović,
Egidijus Kūris,
Branko Lubarda,
Mārtiņš Mits,
Georges Ravarani,
Gabriele Kucsko-Stadlmayer,
Pere Pastor Vilanova,
Jovan Ilievski,
Péter Paczolay,
María Elósegui, *dómurum*,

og Marialena Tsirlí, *ritara*,

eftir að hafa fjallað um málið á lokuðum fundi 5. febrúar 2020 og 16. september 2020,

upp eftirfarandi dóm, sem var samþykktur þann dag sem síðast greinir.

MÁLSMEDFERÐ

1. Mál þetta á upphaf sitt í kæru (nr. 26374/18) sem Guðmundur Andri Ástráðsson („kærandi“), sem er íslenskur ríkisborgari, lagði fram gegn Íslandi á grundvelli 34. gr. samningsins um verndun mannréttinda og mannfrelsis („mannréttinasáttmálinn“) hinn 31. maí 2018.

2. Í fyrirsvari fyrir kæranda var V.H. Vilhjálmsson, lögmaður í Reykjavík. Í fyrirsvari fyrir ríkisstjórn Íslands („ríkið“) var F.R. Þorsteinsdóttir, settur ríkislögmaður, sem umboðsmaður þess.

3. Kærandi taldi að sakfelling hans hefði verið staðfest af „dómstóli“ sem ekki hefði verið „skipaður að lögum“ og ekki væri sjálfstæður og óvilhallur, í andstöðu við 1. mgr. 6. gr. mannréttinasáttmálans.

4. Hinn 19. júní 2018 var ríkinu tilkynnt um kærana.

5. Kæran var úthlutuð annarri aðaldeild dómstólsins (Regla 52.1 í reglum dómstólsins). Hinn 12. mars 2019 kvað dómur í þeirri deild, sem í sátu dómarnir Paul Lemmens, *forseti*, Robert Spano, Işıl Karakaş, Valeriu Griţco, Ivana Jelić, Arnfinn Bårdsen og Darian Pavli, ásamt Hasan Bakırcı, varadeildarritara, upp dóm þar sem kæran var einróma talin tæk til meðferðar og dæmt með fimm atkvæðum gegn tveimur að brotið hefði verið gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttinasáttmálans um rétt til meðferðar fyrir sjálfstæðum og

óvilhöllum dómstóli. Sameiginlegt sératkvæði dómaranna Lemmens og Grieco fylgdi dóminum.

6. Hinn 14. maí 2019 óskaði ríkið eftir því að málinu yrði vísað til yfirdeildarinnar í samræmi við 43. gr. mannréttindasáttmálans. Hinn 9. september 2019 varð nefnd yfirdeildarinnar við þeirri beiðni.

7. Skipan deildarinnar var ákveðin í samræmi við ákvæði 4. og 5. mgr 26. gr. mannréttindasáttmálans og 24. reglu.

8. Kærandi og ríkið skiluðu hvort um sig skriflegum greinargerðum um efnisatriði málsins (1. mgr. 59. reglu). Að auki bárust athugasemdir þriðju aðila frá ríkisstjórn Póllands, Mannréttindafulltrúa Lýðveldisins Póllands, Opinberum verjanda (umboðsmanni) Georgíu og Mannréttindastofnuninni í Helsinki, sem öll höfðu fengið leyfi yfirdeildarinnar til aðkomu að skriflega ferlinu (2. mgr. 36. gr. mannréttindasáttmálans og 3. mgr. 44. reglu). Málsaðilar svöruðu þessum athugasemdum í munnlegum málflutningi sínum í þinghaldinu (6. mgr. 44. reglu).

9. Málflutningur fór fram fyrir opnum tjöldum í Mannréttindabyggingunni í Strassborg hinn 5. febrúar 2020.

Fyrir dómstólinn mættu:

(a) *f.h. ríkisins*

F. R. ÞORSTEINSDÓTTIR,

T. OTTY QC,

G. S. ARNARDÓTTIR,

M. THEJLL,

G. MOLYNEAUX

settur umboðsmaður ríkisins,

settur ríkislögmaður,

lögmaður,

lögmaður,

lögmaður,

ráðgjafi;

(b) *f.h. kæranda* ^[1] _[2]

V.H. VILHJÁLMSOON *lögmaður,*

Dómstóllinn hlýddi á málflutning V.H. Vilhjálmssonar, F.R. Þorsteinsdóttur og T. Otty og svör þeirra við spurningum dómaranna.

10. Hinn 14. og 20. febrúar 2020 skiluðu kærandi og ríkið inn frekari skriflegum svörum við nokkrum þeirra spurninga sem dómararnir höfðu spurt við þinghaldið.

MÁLSATVIK

I. AÐDRAGANDI MÁLSINS

A. Þróun löggjafar að baki málsmeðferð við skipun dómara á Íslandi

1. Lög nr. 92/1989, um aðskilnað dómvalds og umboðsvalds í héraði

11. Sem lið í viðleitni til endurskipulagningar dómkerfisins á Íslandi samþykkti Alþingi lög nr. 92/1989, um aðskilnað dómvalds og umboðsvalds í héraði. Meðal nýmæla í lögunum var stofnun dómnefndar til þess að meta hæfni umsækjenda um embætti héraðsdómara. Skipun slíkrar nefndar, sem upphaflega hafði verið gerð tillaga um árið 1976, var – samkvæmt skýringunum með lögunum – að styrkja sjálfstæði dómstólanna og auka traust almennings á sjálfstæði dómvaldsins. Nefndin, sem var sjálfstæð stofnun, var dómsmálaráðherra til ráðgjafar og skyldu nefndarmenn vera þrír, tilnefndir af Hæstarétti, héraðsdómstólum og Lögmannafélagi Íslands.

12. Að því er varðar skipun hæstaréttardómara hafði Hæstiréttur áður verið umsagnaraðili í þeim efnunum skv. lögum nr. 75/1973, um Hæstarétt Íslands.

2. Dómstólalög nr. 15/1998.

13. Með dómstólalögum nr. 15/1998 („fyrri dómstólalögin“), sem tóku gildi 1. júlí 1998, var upphaflega við haldið umboði, samsetningu og ráðgjafarhlutverki dómnefndarinnar, að því marki sem máli skiptir í þessu samhengi. Með dómi, sem kveðinn var upp 14. apríl 2011 í deilumáli um skipun héraðsdómara, lagði Hæstiréttur áherslu á að þrátt fyrir ráðgjafarhlutverk dómnefndarinnar á þeim tíma sem um ræddi, væri dómsmálaráðherra engu að síður, ef hann hygðist gera tillögu um skipun dómara andstætt tillögu nefndarinnar, bundinn af þeirri meginreglu að skipa hæfasta umsækjandann til embættisins og skyldunni um „fullnægjandi rannsókn“ samkvæmt 10. gr. stjórnisýslulaga (sjá frekari upplýsingar um þennan dóm í 115. mgr. hér fyrir neðan).

14. Hlutverk dómnefndarinnar í skipunarferlinu var enn eflt árið 2010 með breytingum sem gerðar voru á 4. gr. a í fyrri dómstólalögunum með lögum nr. 45/2010 (sjá 103. mgr. hér fyrir neðan). Meðal annarra mikilvægra breytinga varðandi samsetningu og umboð dómnefndarinnar, þ.m.t. fjölgun nefndarmanna í fimm og útfærsla umboðs nefndarinnar þannig að það næði einnig til skipunar hæstaréttardómara, var með breytingunum tekin upp sú regla að við skipun dómara væri dómsmálaráðherra einungis heimilt að skipa í dómaraembætti umsækjendur sem dómnefnd hefði talið hæfasta til að gegna viðkomandi embætti. Til að skipa umsækjanda sem ekki hefði verið talinn hæfastur af nefndinni þyrfti dómsmálaráðherra að fá samþykki Alþingis. Samkvæmt skýringum með lögunum var þetta ætlað til þess að tryggja enn

frekar sjálfstæði dómstóla. Var í skýringunum vísað til alþjóðlegra löggæringa og tilmæla um skipun dómara og undirstrikað mikilvægi vandaðrar málsmeðferðar við skipun í dómaraembætti í ljósi veigamikils hlutverks dómstóla í að tryggja réttláta málsmeðferð og viðhalda því jafnvægi sem fælist í aðgreiningu valds. Þá var vísað til óskráðrar meginreglu stjórnisýsluréttar á Íslandi þess efnis að skipun í opinber embætti yrði að byggja á málefnalegum sjónarmiðum og að skipa yrði hæfasta umsækjanda í öll opinber embætti (sjá frekari upplýsingar um framangreinda óskráðu meginreglu stjórnisýsluréttar í 114. mgr. hér fyrir neðan).

15. Í ljósi þess aukna hlutverks sem dómnefndinni var falið í skipunarferli dómara með þessum breytingum setti dómsmálaráðherra reglur (Reglur nr. 620/2010) um vinnu nefndarinnar (sjá frekari upplýsingar um reglurnar í 107. mgr. hér fyrir neðan).

B. Stofnun hins nýja Landsréttar og skipun dómara hans

1. Almennur lagarammi

16. Hinn 26. maí 2016 voru á Alþingi samþykkt ný dómstólalög nr. 50/2016 („nýju dómstólalögin“). Nýju dómstólalögin tóku gildi 1. janúar 2018 en nokkur ákvæði til bráðabirgða í lögnum, þar á meðal ákvæði nr. IV um skipun dómara í Landsrétt, höfðu tekið gildi áður, hinn 14. júní 2016.

17. Með nýju lögnum varð til nýr dómstóll á öðru stigi í íslenska dómkerfinu, það er að segja Landsréttur, og með því kom í stað tveggja stiga dómkerfisins – með héraðsdómstólum og Hæstarétti – þriggja stiga dómkerfi.

18. Samkvæmt 21. gr. nýju dómstólalaganna skyldi Landsréttur skipaður fimmtán dómurum. Um upphaflegu málsmeðferðina við val og skipun dómara í hinn nýja Landsrétt var kveðið á í bráðabirgðaákvæði IV í nýju dómstólalögnum. Samkvæmt 1. mgr. bráðabirgðaákvæðis IV skyldi skipun dómara lokið eigi síðar en 1. júlí 2017 og skyldu hinir skipuðu dómara taka við embættum sínum frá og með 1. janúar 2018 og skyldi Landréttur taka til starfa frá þeim degi. Með vísan til 4. gr. a í fyrri dómstólalögum nr. 15/1998 (sjá 14. mgr. hér að framan) var þess enn fremur getið í 1. mgr. bráðabirgðaákvæðis IV að dómnefnd skyldi meta hæfni einstakra umsækjanda um embætti dómara við Landsrétt og skila til ráðherra umsögn um hvaða umsækjendur teldust hæfastir til þess að gegna embættinu. Samkvæmt viðkomandi málsgrein bráðabirgðaákvæðisins, sem að verulegu leyti ítrekaði 4. gr. a í fyrri dómstólalögum (sjá 103. mgr. hér fyrir neðan), var ráðherra óheimilt að skipa umsækjanda sem dómnefnd hefði ekki talið meðal þeirra hæfustu til þess að gegna embættinu. Þar var þó einnig kveðið á um að dómsmálaráðherra mætti víkja frá mati dómnefndarinnar og leggja til annan umsækjanda (eða aðra umsækjendur) sem ekki væri á úrtakslista nefndarinnar að því tilskildu að umsækjandi eða umsækjendur sem tillaga væri gerð um fullnægðu engu að síður að mati dómnefndarinnar öllum lágmarksskilyrðum sem sett væru í 21. gr. nýju dómstólalaganna (sjá 105.

mgr. hér að neðan) til þess að hljóta tilnefningu sem dómari við Landsrétt, og að tillagan hlyti samþykki Alþingis.

19. Í annarri grein bráðabirgðaákvæðis IV var einnig kveðið á um að þegar ráðherra gerði tillögu um skipun í embætti dómara við Landsrétt í fyrsta sinn skyldi hann leggja tillögu sína um hverja skipun fyrir Alþingi til samþykktar. Ef Alþingi samþykkti tillögur ráðherra skyldu þær sendar til forseta Íslands, sem skipaði viðkomandi dómara formlega í embættin. Samþykkti Alþingi ekki einhverja eina tillögu ráðherra skyldi ráðherra þá leggja nýjar tillögur fyrir Alþingi í stað tillagnanna um þá umsækjendur sem hefði verið hafnað.

2. Auglýsing eftir umsóknum

20. Hinn 10. febrúar 2017 var birt auglýsing um stöður fimmtán dómara við Landsrétt. Umsóknarfrestur var til 28. febrúar 2017. Samkvæmt upplýsingum sem fengnar voru af opinberri vefsíðu ríkisstjórnar Íslands voru tilvonandi umsækjendur beðnir um að veita upplýsingar um eftirfarandi í umsóknum sínum:

- „(1) núverandi starf,
- (2) menntun og framhaldsmenntun,
- (3) reynslu af dómstörfum,
- (4) reynslu af lögmannsstörfum,
- (5) reynslu af stjórnarsýslustörfum,
- (6) reynslu af fræðistörfum, s.s. kennslu og öðrum akademískum störfum og upplýsingar um útgefnar ritrýndar greinar og bækur, fræðilega fyrirlestra o.s.frv.,
- (7) reynslu af stjórnun,
- (8) reynslu af öðrum aukastörfum sem nýtast dómaraefni, s.s. vinnu í tengslum við undirbúning lagasetningar o.fl.,
- (9) upplýsingar um almenna og sérstaka starfshæfni,
- (10) upplýsingar um andlegt atgervi og sjálfstæði í vinnubrögðum,
- (11) upplýsingar um tvo fyrrverandi eða núverandi samstarfsmenn eða yfirmenn sem geta veitt dómnefnd bæði munnlega og skriflega upplýsingar um störf og samstarfshæfni umsækjanda,
- (12) aðrar upplýsingar sem varpað geta ljósi á faglega eiginleika og færni umsækjanda sem máli skipta fyrir störf landsréttardómara.“

Þá var umsækjendum enn fremur tjáð að með umsókninni skyldu fylgja:

- „(1) afrit af prófskírteinum,
- (2) afrit dóma í munnlegum fluttum málum sem umsækjandi hefur samið atkvæði í síðustu 12 mánuði,
- (3) afrit af stefnu og greinargerð í málum sem umsækjandi hefur samið og flutt munnlega síðustu 12 mánuði,

(4) afrit af úrskurðum stjórnvalda sem umsækjandi hefur samið síðustu 12 mánuði,

(5) útgefin fræðirit og ljósrít af tímaritsgreinum umsækjenda. Þess er óskað að þær tímaritsgreinar sem hafa verið ritrýndar verði auðkenndar.

(6) Önnur gögn sem varpa ljósi á faglega færni umsækjanda til starfa sem landsréttardómari.“

21. Þrjátíu og sjö umsóknir bárust í upphafi, þar með talið umsókn frá A.E. Einungis þrjátíu og þrjár þessara umsókna voru á endanum metnar af dómnefndinni, þar sem þrjár umsækjendur drógu umsóknir sínar til baka og einn umsækjandi uppfyllti ekki lagalegar kröfur til þess að gegna embættinu.

3. Matsaðferðir dómnefndarinnar

22. Á fundi 2. mars 2017 lagði dómismálaráðherra (sem á þeim tíma sem um ræðir gegndi embættinu sem innanríkisráðherra) umsóknirnar fyrir formann dómnefndarinnar.¹ Á fundinum lagði dómismálaráðherra til við formanninn að dómnefndin legði fyrir hana lista yfir u.þ.b. tuttugu hæfa umsækjendur sem hún gæti valið úr.

23. Í kjölfar fundarins með dómismálaráðherra réðst dómnefndin í matsferlið. Samkvæmt framburði formanns dómnefndarinnar í dómsmáli, sem höfðað var í kjölfar skipunarferlisins af hálfu tveggja umsækjenda sem voru á úrtakslistanum, þ.e. J.R.J. og Á.H., hafði nefndin hagað mati sínu samkvæmt matstöflu sem nefndin hefði útfært (sjá 60.-75. mgr. hér að neðan varðandi frekari upplýsingar um þessi dómsmál). Af framburði formannsins má ráða að hver umsækjandi hafi verið sérstaklega metinn og fengið úthlutað stigum á grundvelli tólf tiltekinna matsþátta² í matstöflunni, m.a. menntun, dómareynslu og reynslu af lögmannsstörfum eða opinberri stjórnsýslu. Röð umsækjenda réðst síðan af heildarstigafjölda hvers þeirra.

24. Dómnefndin átti viðtöl við umsækjendur dagana 24. og 26. apríl 2017 og 2. maí 2017 og sendi einnig spurningalista til þeirra sem tilnefndir voru af umsækjendum sem meðmælendur.

25. 11. maí 2017 afhenti formaður dómnefndarinnar dómismálaráðherra drög að umsögn nefndarinnar. Í umsögninni var m.a. listi yfir fimmtán

¹ Dómnefndin sem tókst á hendur matið var þannig skipuð á þeim tíma sem um ræðir: einn fyrrverandi hæstaréttardómari (formaður, tilnefndur af Hæstarétti), einn lögfræðilegur ráðgjafi frá lögmannsstofu (tilnefndur af Hæstarétti), einn dómstjóri úr héraðsdómi (tilnefndur af dómstólasýslunni, einn lögmaður (tilnefndur af Lögmannafélagi Íslands) og einn fyrrverandi ráðherra (tilnefndur af Alþingi). Allir nefndarmenn voru skipaðir af dómismálaráðherra til fimm ára.

² Heildarlistinn yfir matsþættina tólf er sem hér segir: menntun (5%), reynsla af dómstörfum (20%), reynsla af lögmannsstörfum (20%), reynsla af stjórnsýslustörfum (20%), reynsla af kennslu (5%), reynsla af fræðistörfum (10%), reynsla af stjórnun (5%), önnur reynsla sem nýtist, svo sem undirbúningur lagasetningar (5%), almenn starfshæfni (5%) og sérstök starfshæfni, þ.m.t. reynsla af réttarfari (5%), hæfni til að semja dóma (2,5%) og hæfni til að stjórna þinghöldum (5%). Eins og staðfest var af dómnefndinni í umsögn sinni er samtala matsþáttanna 105%.

umsækjendur sem dómnefndin taldi hæfasta til þess að skipa í embætti sem dómara við Landsrétt. Samkvæmt upplýsingum sem fengnar eru úr þeim dómsmálum sem vikið er að í fyrri málsgrein spurði dómismálaráðherra aftur á fundinum hvort til greina gæti komið að nefndin skilaði henni lista með nöfnum fleiri en fimmtán hæfra umsækjenda og sýndi þá formaður ráðherra stigmatöfluna sem nefndin hefði stuðst við í störfum sínum en á grundvelli hennar hefði listinn yfir fimmtán hæfustu umsækjendurna verið unninn.

26. Sama dag sendi nefndin drögin að umsögn sinni til umsækjenda til umsagnar.

27. Sautján umsækjendur skiluðu inn athugasemdum, sem voru ræddar á fundum nefndarinnar 18. og 19. maí 2017.

4. Gengið frá endanlegri umsögn dómnefndar

28. Hinn 19. maí 2017 skilaði dómnefndin umsögn sinni til dómismálaráðherra, sem gengið hafði verið endanlega frá eftir yfirferð athugasemda sem borist höfðu frá umsækjendum við umsagnardrögin. Samkvæmt upplýsingum í umsögninni höfðu athugasemdir umsækjenda leitt til nokkurra breytinga á mati nefndarinnar en höfðu þó ekki haft áhrif á tillögur hennar um fimmtán hæfustu umsækjendurna.

29. Samkvæmt framburði dómismálaráðherra fyrir héraðsdómi í öðru máli, sem höfðað var í kjölfar skipunarferlisins af tveimur öðrum umsækjendum, þ.e. E.J. og J.H., lagði nefndin einnig fyrir dómismálaráðherra hinn 19. maí 2017, ásamt umsögn sinni, stigmatöfluna sem getið er í 23. mgr. hér að framan, þar sem fram kemur fjöldi stiga sem hverjum og einum af umsækjendunum þrjátíu og þremur var úthlutað undir hverjum matsþætti og röðun þeirra (sjá 91.-96. mgr. hér fyrir neðan um þessi dómismál). Ríkið hélt fram í greinargerð sinni að matstaflan hefði verið lögð fyrir dómismálaráðherra síðar – þ.e. 28. maí 2017, ásamt bréfi formanns til dómismálaráðherra (sjá 40. mgr. hér fyrir neðan) – en lagði ekki fram nein gögn til stuðnings þeim málflutningi sínum.

30. Umsögnin, sem var 117 blaðsíður, skiptist í sex kafla. Í fyrsta kafla voru tilgreind nöfn umsækjendanna, í öðrum kafla voru settir fram matsþættirnir, í þriðja kafla var gerð grein fyrir málsmeðferðinni fyrir nefndinni við matið, í fjórða kafla voru almennar upplýsingar um umsækjendur og í fimmta kafla var að finna matið á umsækjendunum. Síðasti kaflinn greindist í tólf undirkafla – eftir hinum tólf mismunandi matsþáttum sem greint er frá í 23. mgr. hér að framan – þar sem umsækjendur voru metnir í lok hvers undirkafla í samræmi við hæfni þeirra. Í niðurstöðukafla matsins gaf dómnefndin eftirfarandi skýringar á matsferli sínu:

„... Niðurstaða dómnefndar er byggð á heildstæðu mati á verðleikum umsækjenda og skiptir þar mestu máli að umsækjendur hafi til að bera almenna og víðtæka lögfræðilega menntun, þekkingu og færni. Við mat á því að hve miklu leyti starfsreynsla umsækjenda nýtist í störfum landsréttardómara skiptir mestu máli að þeir búi yfir staðgóðri reynslu af dómstörfum, lögmannsstörfum og þeim stjórnsýslustörfum sem lúta að úrlausn

ágreiningsmála. Einnig skiptir máli hvort þau verkefni sem umsækjendur hafa fengist við séu fjölbreytileg, svo sem hvort þeir hafi reynslu af því að beita réttarreglum á ólíkum sviðum lögfræði. Þá vegur reynslan af fyrstu starfsárunum í hverju starfi að öðru jöfnu tiltölulega þyngst í þessu sambandi, þannig að síður er ástæða til að gera upp á milli umsækjenda með langa starfsreynslu að baki þótt einn þeirra hafi gegnt starfi nokkru lengur en annar.

... Við mat á almennri starfshæfni, samning og færni í ritun dóma og stjórn þinghalda hefur nefndin haft til hliðsjónar umsagnir meðmælenda, umsóknargögn, önnur viðeigandi gögn og það sem fram kom í viðtölum við umsækjendur.“

31. Nefndin taldi í umsögn sinni að allir þrjátíu og þrír umsækjendur sem nefndin hefði metið væru hæfir til þess að gegna embætti dómara við Landsrétt. Í niðurstöðukafla umsagnarinnar setti nefndin þó fram lista yfir fimmtán umsækjendur sem hún taldi hæfasta til að gegna embætti dómara við Landsrétt. Ólíkt stígatöflunni, sem umsögnin byggðist á, var ekki í umsögninni að finna neina niðurröðun á umsækjendunum fimmtán í sæti; þó var tekið fram sérstaklega að þeir væru allir hæfari til þess að gegna embætti landsréttardómara en hinir umsækjendurnir átján. A.E. var ekki meðal þeirra fimmtán umsækjenda sem nefndin taldi hæfasta. Svo virðist af stígatöflunni, sem fylgdi umsókninni, að A.E. hafi verið átjándi í röðinni af umsækjendunum þrjátíu og þremur.³

32. Samkvæmt upplýsingum sem fram komu í fyrstu dómsmálunum sem umsækjendurnir J.R.J. og Á.H. höfðu og vísað er til hér að framan (sjá 23. mgr.) lagði dómnefndin einnig fyrir dómsmálaráðherra hinn 19. maí 2017 minnisblað um málsmeðferð nefndarinnar við mat sitt á athugasemdum umsækjenda varðandi umsagnardrögin (sjá 27. og 28. mgr. hér að framan).

5. Málsmeðferð dómsmálaráðherra

(a) Samskipti við Alþingi varðandi málsmeðferð við skipunina

33. Með tölvuskeyti 12. maí 2017 sendi skrifstofustjóri Alþingis minnisblað til dómsmálaráðherra og forseta Alþingis um málsmeðferðina sem fylgja bæri við skipunina í embætti við Landsrétt og hlutverk Alþingis í málsmeðferðinni. Í minnisblaðinu var þess getið í upphafi að málsmeðferðin fyrir Alþingi ætti sér ekki fordæmi og lægi ekki alveg ljós fyrir, en að um hana færi samkvæmt 5. mgr. 45. gr. laga nr. 55/1991, um þingsköp Alþingis (sjá 109. mgr. hér fyrir neðan) og voru síðan veittar frekari upplýsingar varðandi fyrirhugaða málsmeðferð. Samkvæmt þeim skyldi dómsmálaráðherra leggja fyrir Alþingi eina tillögu um skipun í sérhvert af hinum fimmtán embættum. Var gert ráð fyrir að ráðherra rökstyddi tillögur sínar og tæki sérstaklega fram ef hún hygðist bregða út af mati dómnefndarinnar. Yrði tillögum ráðherra síðan vísað til stjórnskipunar- og

³ A.E. var í 18. sæti með 5,275 stig. Þess má geta til samanburðar að sá umsækjandi sem var í fyrsta sæti hafði hlotið alls 7,35 stig og sá umsækjandi sem var í neðsta sæti hafði hlotið 3,525 stig.

eftirlitsnefndar Alþingis, sem skyldi skila álitum um tillögurnar á þann hátt að Alþingi væri gert kleift að taka ákvörðun um hvern og einn umsækjanda sem gerð væri tillaga um. Í minnisblaðinu var tekið fram að Alþingi gæti ekki gert breytingar á tillögum ráðherra; yrði einhver tillagan ekki samþykkt af Alþingi þyrfti að endurtaka málsmeðferðina.

34. Með tölvupósti 16. maí 2017 skýrði settur ráðuneytisstjóri dómsmálaráðuneytisins lögfræðilegum ráðgjöfum forsætisráðuneytisins, dómsmálaráðuneytisins og fjármálaráðuneytisins frá því að dómsmálaráðherra hefði fallist á málsmeðferðina sem tillaga hefði verið gerð um í minnisblaðinu frá skrifstofustjóra Alþingis.

(b) Tillaga dómsmálaráðherra varðandi skipanir í Landsrétt

35. Með tölvuskeyti 26. maí 2017 sendi dómsmálaráðherra tveimur lögfræðingum ráðuneytisins drög að bréfinu sem hún hugðist leggja fyrir Alþingi varðandi skipun í embætti við Landsrétt og óskaði eftir viðbrögðum þeirra. Þótt drögin að bréfinu séu ekki meðal málsgagna sem dómstóllinn hafði til skoðunar virðist af frekari bréfaskriftum milli eins lögfræðingsins og setts ráðuneytisstjóra dómsmálaráðuneytisins (sjá 37. mgr. hér fyrir neðan) að ráðherra hafi haft áform um að víkja frá listanum sem tekinn hafði verið saman af dómnefndinni.

36. Í svari sínu sama dag tjáðu lögfræðingarnir ráðherra að þeir hefðu sett nokkrar athugasemdir og tillögur inn í drögin að bréfinu. Samkvæmt þessu tölvuskeyti var meginathugasemd þeirra sú að ef ráðherra hygðist breyta lista dómnefndarinnar yfir umsækjendur sem tillaga væri gerð um yrði breytingin að vera sérstaklega rökstudd á grundvelli hæfni viðkomandi umsækjenda. Þá lögðu þeir til að umsækjendur yrðu upplýstir um breytingarnar í síðasta lagi áður en listinn yrði lagður fyrir Alþingi eða hann tekinn þar til meðferðar.

37. Hinn 28. maí 2017 sendi annar lögfræðinganna, sem ráðherra hafði leitað ráða hjá, tölvuskeyti til setts ráðuneytisstjóra dómsmálaráðuneytisins þar sem framangreind sjónarmið voru ítrekuð. Sagði hann aðallega að ef dómsmálaráðherra teldi að annmarkar væru á málsmeðferð nefndarinnar eða á niðurstöðu mats hennar hefði hún [ráðherrann] um tvo kosti að velja. Í fyrsta lagi mætti vísa málinu aftur til nefndarinnar til endurmats. Í öðru lagi gæti ráðherra valið að bæta sjálf úr annmörkunum, sem þá þýddi að hún yrði að meta alla umsækjendur í ljósi „markmiða ráðherra“ (orðalagið sem notað er í tölvuskeytinu) og á grundvelli hinna lögmætu forsendna. Við þær aðstæður yrði að ráðast í efnislegt mat á hæfni hvers umsækjanda á grundvelli nýrra forsendna. Að mati lögfræðingsins væri hefðbundin málsmeðferð við þessar aðstæður að fara fram á að nefndin réðist í nýtt mat. Þá vakti hann athygli á því að ákvörðun ráðherra um skipun dómara væri stjórnsýsluákvörðun og því þyrfti hún að eiga sér stað í samræmi við stjórnsýslulög nr. 37/1993 (sjá 108. mgr. hér að neðan). Loks lagði hann til að skynsamlegt gæti verið að upplýsa umsækjendurna um breyttar áherslur í einum matsþættinum og gefa þeim

tækifæri til þess að leggja fram ný gögn sem máli gætu skipt fyrir hið nýja mat.

38. Af texta dómanna, sem kveðnir voru upp af héraðsdómi 25. október 2018 í málum umsækjendanna E.J. og J.H. (sjá 91.-96. mgr. hér fyrir neðan), virðist sem settur ráðuneytisstjóri í dómsmálaráðuneytinu hafi sent tölvuskeyti til dómsmálaráðherra varðandi tillögur hins síðarnefnda um skipun í embætti við Landsrétt. Að mati setts ráðuneytisstjóra, sem hafði farið yfir drögin að tillögu dómsmálaráðherra, stæði ráðherra frammi fyrir þremur kostum:

„1. Möguleiki er að ráðherra greini frá því á morgun [við Alþingi] að hún sé ekki sátt við forsendur dómnefndarinnar og leggi til að gildistöku [nýju dómstólalaganna] verði frestað til 1. október [2017] og dómnefndin fari aftur yfir málið á forsendum sem ráðherra leggur áherslu á með góðum rökstuðningi ...

2. Ráðherra sendi Alþingi bréf á morgun með tillögum sem gera ráð fyrir breytingum [á lista dómnefndarinnar] á grundvelli rökstuðnings um aukið vægi dómarastarfa. Ráðherra [væri með því] að bæta úr annmörkunum með sjálfstæðu mati, sem þýðir að leggja þarf sama mat á alla umsækjendur út frá þeim málefnalegu og lögmætu forsendum sem ráðherra gefur sér. Það þýðir að leggja þarf efnislegt mat á hæfni hvers umsækjenda út frá nýjum forsendum. Best væri því að veita dómarastarflokkunum aukið vægi og geta vísað til þess gagnvart öllum hópnum ... Við gætum líka sagt að með þessari breytingu sé kynjahlutföllum breytt án þess að vísa í þau [sérstaklega] í tillögu [ráðherrans].

3. Ráðherra sendi óbreyttan lista [sinn] til þingsins (sem kallar þá að vinnu ráðherra við að velja með málefnalegum rökum ný nöfn) – ekki ákjósanleg leið –.“

39. Í millitíðinni, hinn 27. maí 2017, fór dómsmálaráðherra þess á leit við dómnefndina að hún veitti frekari upplýsingar og gögn um mat sitt á hinum þrjátíu og þremur umsækjendum og spurði sérstaklega hvort nefndin hefði rætt forsendurnar fyrir ákvörðun vægis hvers matsþáttar og hvort einhver skjalfest gögn lægju fyrir varðandi þá ákvörðun. Þá fór hún fram á upplýsingar um hvort nefndin hefði rætt þá ákvörðun sína að meta einungis fimmtán umsækjendur sem hæfasta í embættin fimmtán, m.a. í ljósi laga nr. 10/2008, um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla.

40. Með bréfi dags. 28. maí 2017 veitti formaður dómnefndar dómsmálaráðherra upplýsingar um matsaðferðir nefndarinnar. Upplýsti hann ráðherra um hvernig vægi hvers og eins hinna tólf fyrir fram ákveðnu matsþátta – sem hefðu verið þeir sömu allt frá breytingunum sem gerðar voru með lögum nr. 45/2010 (sjá 14. mgr. hér að framan) – og útskýrði að sama aðferð hefði verið viðhöfð við allar skipanir dómara í embætti í þau fjögur ár sem hann hefði gegnt formennsku í nefndinni. Sagði hann að með sama hætti hefðu allir umsækjendur verið metnir sérstaklega með hliðsjón af hverjum matsþætti og stigin sem þeir hlutu færð í stigatöfluna, stigin ákvörðuðu síðan röð umsækjendanna. Lagði hann áherslu á að nefndin hefði valið að ljá sérhverjum matsþætti sama vægi og gildi í fyrri skipunarferlum og tók sérstaklega fram mikilvægi þess að halda samræmi í slíkum málum. Taldi

formaðurinn að forðast yrði breytingar á vægi eftir að umsóknir hefðu borist, til hagræðis fyrir tiltekna umsækjendur og óhagræðis fyrir aðra.

41. Að því er varðar síðari spurningu dómsmálaráðherra, um hvers vegna einungis hefði verið gerð tillaga um fimmtán nöfn í umsögn nefndarinnar, skýrði formaðurinn frá því að nefndin hefði ekki talið að fleiri en einn umsækjandi hefðu verið jafnir að verðleikum, né heldur hefðu verið nein vandkvæði á því að ákvarða hvort einn umsækjandi væri öðrum hæfari. Í þessu tilviki hefðu fimmtán embætti verið auglýst og nefndin hefði talið að fimmtán af umsækjendum, sem til umfjöllunar voru, hefðu reynst hæfari en hinir, sem eftir stóðu, til þess að gegna þeim embættum. Því hefði ekki verið þörf á að gera tillögu um lista með fleiri en fimmtán umsækjendum í umsögn nefndarinnar. Matstafla nefndarinnar hefði sýnt með ótvíræðum hætti röðun hinna einstöku umsækjenda. Þá nefndi formaðurinn að ráðherra hefði farið þess á leit hún gæti valið úr hóp t.d. 20 umsækjenda í lausu stöðurnar fimmtán. Hefði þessi leið verið farin hefði umsækjandinn í 20. sæti á matslista nefndarinnar getað verið valinn fram yfir umsækjendur í 5. sæti, 10. sæti o.s.frv. Samkvæmt formanninum hefði sú nálgun farið gegn tilgangi laga nr. 45/2010 eins og honum væri lýst í skýringunum með lögnum (sjá 14. gr. hér að framan). Tilgangurinn að baki þeirri lagaumgerð að gera ráð fyrir að sérstök nefnd meti umsækjendur um embætti dómara í stað þess að láta matið eftir ráðherra einum væri sá að standa vörð um sjálfstæði dómstóla í ljósi þróunar í öðrum ríkjum Evrópu.

42. Loks, að því er varðar vísun ráðherra til jafnréttislaga nr. 10/2008, tók formaðurinn fram að nefndin legði ekki mat á hæfni út frá kyni umsækjanda. Enn fremur leyfðu lög nr. 10/2008, sem hefðu þýðingu fyrir störf nefndarinnar skv. reglum nr. 620/2010, ekki mismunun á grundvelli kyns, hvorki beina né óbeina. Slík sjónarmið á grundvelli kyns gætu því aðeins komið til álita hjá ráðherra ef tveir eða fleiri umsækjendur hefðu verið taldir jafnhæfir af dómnefnd til að gegna embættinu, en svo væri ekki í þessu máli.

6. Málsmeðferð á Alþingi

(a) Listi dómsmálaráðherra yfir umsækjendur lagður fyrir Alþingi

43. Með bréfi dags. 29. maí 2017 kynnti ráðherra fyrir forseta Alþingis tillögu sína um fimmtán umsækjendur til skipunar í embætti sem dómara við Landsrétt. Í tillögunni voru aðeins ellefu af þeim fimmtán umsækjendum sem dómnefndin hafði talið hæfasta til að gegna embætti dómara við Landsrétt. Umsækjendurnir í 7., 11., 12. og 14. sæti⁴ í stigatöflu nefndarinnar höfðu verið felldir brott og í stað þeirra settir fjórir aðrir umsækjendur úr 17., 18., 23. og 30. sæti.⁵ Tillaga ráðherra náði þannig til A.E., sem dómnefndin hafði raðað í 18. sæti (sjá 31. mgr. hér að framan).

⁴ Þessir umsækjendur höfðu hlotið 6,2, 5,75, 5,675 og 5,525 stig.

⁵ Þessir umsækjendur höfðu hlotið 5,4, 5,275, 4,625 og 4,325 stig.

44. Í sérstöku bréfi, sent sama dag, rakti ráðherra röksemdir sínar fyrir tillögu sinni og þeim breytingum sem hún hefði gert á lista dómnefndarinnar. Kom fram í upphafi bréfs ráðherra að í yfirgripsmikilli umsögn sinni hefði dómnefndin byggt á matspáttunum sem fram eru settir í Reglum 620/2010 (um störf nefndarinnar) og að vægið sem hverjum matspætti var ljáð af hálfu nefndarinnar hefði haft úrslitaáhrif á það hvernig umsækjendur röðuðust. Ráðherra væri á hinn bóginn þeirrar skoðunar að dómnefndin hefði ekki ætlað „reynslu af dómarastörfum“ það vægi sem embætti dómara við Landsrétt krefðist. Þá taldi ráðherra að mat á umsækjendum um dómaraembætti væri ekki nákvæm vísindi: ekki væri mögulegt að greina hæfan umsækjanda frá óhæfum á grundvelli munar sem næmi 0,025 stigum á kvarðanum 1 til 10 og ekkert í Reglum nr. 620/2010 kallaði á slík vinnubrögð. Eftir að hafa farið yfir umsögn dómnefndar, andmæli umsækjenda og vinnugögn nefndarinnar, sem lögð höfðu verið fyrir ráðherra, var það niðurstaða ráðherra að nokkrir aðrir umsækjendur með áralanga dómara-reynslu hefðu einnig átt að ná inn á lista dómnefndarinnar. Þannig taldi hún að alls tuttugu og fjórir umsækjendur væru hæfir til þess að gegna dómaraembættunum, þar með talið þeir sem nefndin hafði gert tillögu um, og að hún hefði tekið saman eigin lista af fimmtán umsækjendum á grundvelli framangreindra forsendna. Ráðherra gaf ekki frekari skýringar á því sérstaklega hvers vegna hún hefði ákveðið að setja umsækjendurnar í 17., 18., 23. og 30. sæti í stað þeirra sem höfðu skipað 7., 11., 12. og 14. sæti. Ekki hefur dómstóllinn heldur upplýsingar um nöfn þeirra tuttugu og fjögurra umsækjenda sem dómsmálaráðherra taldi hæfa.

(b) Málsmeðferð fyrir stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd Alþingis

45. Að fengnum tillögum ráðherra kom stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd Alþingis saman á fundi 29. maí 2017. Nefndin boðaði dómsmálaráðherra, ásamt settum ráðuneytisstjóra dómsmálaráðuneytisins, fjölda sérfræðinga, fulltrúum Lögmannafélags Íslands og Dómarafélags Íslands, umboðsmanni Alþingis og formanni dómnefndarinnar. Þótt dómstóllinn hafi ekki undir höndum fundargerð þessa fundar, kom fram í dómsmálum þeim sem höfðuð voru í kjölfarið af hálfu J.R.J. og Á.H. að dómsmálaráðherra hefði sætt nokkurri gagnrýni á þessum fundi fyrir að hafa látið undir höfuð leggjast að færa rök fyrir hverjum umsækjanda sem hún hafði gert tillögu um við Alþingi.

46. Hinn 30. maí 2017 hélt stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd Alþingis þrjá fundi um tillögu dómsmálaráðherra um skipun dómara við Landsrétt. Á fyrsta fundinum lýsti B.N., formaður stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar á viðkomandi tíma, því yfir að hann væri eignmaður eins umsækjandans sem tillaga hefði verið gert um, þ.e. A.E., og vék því sæti.

47. Á einum fundanna sem haldnir voru 30. maí 2017 lagði ráðherra minnisblað fyrir stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd Alþingis til frekari rökstuðnings fyrir tillögu sinni. Í minnisblaðinu ítrekaði dómsmálaráðherra þá skoðun sína að dómara-reynslu ætti að gefa aukið vægi í mati á

umsækjendunum um embætti við áfrýjunardómstól, þar með talið farsælli reynslu af störfum við dómstóla, og tók fram að hún hefði tekið mið af jafnréttislögum (nr. 10/2008) í tillögu sinni.⁶ Þá hélt hún áfram og rakti í stuttu máli starfsferil og hæfni umsækjendanna fjögurra sem hún hafði bætt við tillöguna.⁷ Máli sínu lauk hún með eftirfarandi athugasemdum:

„Eins og rakið hefur verið að framan þá er það hin mikla reynsla þessara [fjögurra] umsækjanda af störfum dómara sem lá til grundvallar tillögu ráðherra, ásamt því sem líta bar til laga um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla.

Ráðherra er í mati sínu bundinn af því að velja þá sem hæfastir eru til að gegna embætti landsréttardómara. Í fyrirbyggjandi máli eru að mati ráðherra ofangreindir fjórir umsækjendur að auki hæfastir til að gegna embætti dómara við Landsrétt. Byggist það mat ráðherra á ítarlegri yfirferð á gögnum málsins, þ.m.t. umsóknum, umsögn dómnefndar, andmælum umsækjenda, vinnugögn nefndarinnar og með þau málefnalega sjónarmið að leiðarljósi sem áður hafa verið rakin.

Ráðherra hefur ekki gert athugasemd við undirbúning málsins af hálfu dómnefndar. Hún telur dómnefnd hafa upplýst málið nægilega og að fullnægjandi rannsókn hafi farið fram á þeim matsþáttum sem eru til grundvallar niðurstöðu. Ráðherra telur rétt að vægi dómsstarfa sé metið þyngra en dómnefnd gerði ráð fyrir. Nefndin hefur nú þegar lagt mat á þennan matsþátt og allar upplýsingar um dómareynslu umsækjenda liggja fyrir í gögnum málsins. Engar nýjar upplýsingar eða gögn hafa legið til grundvallar tillögu ráðherra.“

48. Hinn 30. maí 2017 átti stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd einnig fund með formanni dómnefndarinnar, svo og tveimur fulltrúum Lögmannafélags Íslands og Dómarafélags Íslands og tveimur fræðimönnum, sem svöruðu spurningum nefndarmanna. Í lok fundarins fór einn nefndarmanna í stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd – sem var þingmaður í stjórnarandstöðu – þess á leit að eftirfarandi yrði fært til bókar: „Í ljósi þess hvað nefndin [stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd] fær lítinn tíma er ljóst að málið verður ekki nægilega faglega unnið, sem mun hafa áhrif á traust almennings á dómstólunum.“

⁶ Stigin sem umsækjendur hlutu undir liðnum „reynsla af dómastörfum,“ svo og kyn hvers umsækjanda, eru sem hér segir (raðað frá umsækjandanum í hæsta sætinu til þess lægsta): 1. umsækjandi: 8 (kk); 2. umsækjandi: 6,5 (kk); 3. umsækjandi: 6 (kvk); 4. umsækjandi: 4,5 (kk); 5. umsækjandi: 0 (kk); 6. umsækjandi: 10 (kvk); 7. umsækjandi: 3,5 (kk); 8. umsækjandi: 0 (kvk); 9. umsækjandi: 0,5 (kk); 10. umsækjandi: 9,5 (kk); 11. umsækjandi: 5,5 (kk); 12. umsækjandi: 0,5 (kk); 13. umsækjandi: 1,5 (kvk); 14. umsækjandi: 1 (kk); 15. umsækjandi: 9,5 (kvk); 16. umsækjandi: 0,5 (kk); 17. umsækjandi: 6 (kk); 18. umsækjandi: 8,5 (kvk); 19. umsækjandi: 0 (kvk); 20. umsækjandi: 7 (kk); 21. umsækjandi: 0 (kvk); 22. umsækjandi: 6,5 (kvk); 23. umsækjandi: 7 (kvk); 24. umsækjandi: 0,5 (kk); 25. umsækjandi: 2,5 (kvk); 26. umsækjandi: 0 (kk); 27. umsækjandi: 9,5 (kk); 28. umsækjandi: 0 (kvk); 29. umsækjandi: 4 (kk); 30. umsækjandi: 9,5 (kk); 31. umsækjandi: 5,5 (kvk); 32. umsækjandi: 2 (kk); 33. umsækjandi: 0 (kvk).

⁷ Allir fjórir umsækjendurnir sem teknir voru út af upphaflegum lista dómnefndarinnar voru karlkyns; í þeirra stað gerði dómsmálaráðherra tillögu um tvo karlkyns og tvo kvenkyns umsækjendur.

49. Hinn 31. maí 2017 lagði meiri hluti stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar, sem skiptist eftir flokkslínunum, fram þingsályktunartillögu þess efnis að Alþingi samþykkti tillögu ráðherra. Taldi stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd í upphafi að hlutverk dómsvaldsins væri að hafa eftirlit með öðrum handhöfum ríkisvalds og að dómnefndir á borð við þá sem sett hefði verið upp á Íslandi hefðu þann tilgang að takmarka vald framkvæmdavaldsins við skipun dómara með því að láta í ljós faglegt álit á hæfni umsækjenda. Ef dómsmálaráðherra vildi víkja frá þeim lista yfir umsækjendur sem dómnefndin hefði lagt til yrði hún að færa rök fyrir tillögu sinni. Enn fremur yrði valið að vera hlutlægt og velja yrði þann sem hæfastur væri í embættið. Stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd benti á að dómnefndin hefði talið að allir umsækjendurnir þrjátíu og þrjár uppfylltu skilyrði laga og teldust hæfir til að gegna umræddu embætti. Á þeim grundvelli og að loknum umræðum um forsendurnar að baki tillögu ráðherra um skipun dómara í Landsrétt, þar með talið um frávík frá tillögu nefndarinnar, lýsti stjórnskipunar- og eftirlitsnefndin yfir að hún samþykkti listann sem ráðherra gerði tillögu um. Lagði nefndin áherslu á að hlutverk Alþingis í þessu ferli ætti að takmarkast við að kanna hvort ráðherra hefði gætt réttra vinnubragða, hvort gerður hefði verið viðhlítandi samanburður á umsækjendum og hvort mat ráðherra hefði verið málefnalegt.

50. Minni hlutinn lagði á hinn bóginn til að tillögunni yrði vísað frá þar sem hann taldi að röksemdir ráðherra væru ófullnægjandi, einkum að því er varðaði ástæður þess að hún hefði kosið að víkja frá tillögu nefndarinnar. Taldi minni hlutinn meðal annars að ráðherra hefði ekki gert grein fyrir því með hvaða hætti umsækjendurnir fjórir sem teknir voru af listanum og þeir fjórir sem bætt var inn á hann hefðu verið metnir og bornir saman. Þá lýsti minni hlutinn alvarlegum efasemdum um að ráðherra hefði farið að grundvallarreglum stjórn-sýslulaga, þar með talið reglunni um rannsóknarskyldu, rétt umsækjenda til andmæla og þá almennu kröfu íslenskra laga að einungis skuli velja þá umsækjendur sem teljast hæfastir, og vísuðu þar til dóms Hæstaréttar frá 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010 (sjá 13. mgr. hér að framan og 115. mgr. hér fyrir neðan). Þá taldi minni hlutinn að stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd hefði verið ókleift að afla með fullnægjandi hætti álits sérfræðinga á málinu og að ekki hefði gefist nægur tími til þess að fjalla um tillöguna.

(c) Atkvæðagreiðsla á Alþingi

51. Tillögu meiri hluta stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar átti að taka til umræðu á þingfundi 1. júní 2017. Af bréfi, sem skrifstofustjóri Alþingis sendi forseta Íslands 7. júní 2017 (sjá 57. mgr. hér fyrir neðan), má ráða að fyrir upphaf þingfundarins hafi forseti Alþingis átt viðræður við forystumenn hinna ýmsu þingflokka og fleiri einstaka þingmenn varðandi fyrirkomulag atkvæðagreiðslunnar og að þingmenn mundu allir greiða atkvæði með sama hætti um hverja tillögu.

52. Eftir að þingfundur hafði verið settur tilkynnti þingforseti þingmönnum að greiða mætti atkvæði sérstaklega um umsækjendurna, sem dómsmálaráðherra hefði lagt til að skipaðir yrðu í embætti dómara við Landsrétt, en ef enginn hreyfði andmælum mætti bera tillöguna um alla umsækjendurna fimmtán undir atkvæði í heild. Þar sem enginn þingmaður hreyfði andmælum var ákveðið að ganga til atkvæða um tillöguna í heild.

53. Samkvæmt því var hinn 1. júní gengið til atkvæða á Alþingi og var tillögu minni hluta stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar um frávísun listans, sem dómsmálaráðherra hafði tekið saman, felld með 31 atkvæði gegn 30 og féllu atkvæði alfarið eftir flokkslínunum. Eftir fylgdi atkvæðagreiðsla um tillögu meiri hlutans, sem einnig var samþykkt eftir flokkslínunum með 31 atkvæði þingmanna, sem allir voru þingmenn þeirra stjórnmalaflokka sem mynduðu meiri hluta samsteypustjórnarinnar, gegn 22 atkvæðum þingmanna, sem allir voru þingmenn í flokkum stjórnarandstöðunnar. Átta þingmenn sátu hjá, enginn þeirra úr stjórnmalaflokkum sem mynduðu ríkisstjórnina.

54. Með bréfi 2. júní 2017 var dómsmálaráðherra tilkynnt að á þingfundi 1. júní 2017 hefði Alþingi samþykkt listann yfir fimmtán umsækjendur, sem hún hefði gert tillögu um að skipaðir yrðu sem dómara við Landsrétt. Var bréfið undirritað af forseta og skrifstofustjóra Alþingis.

55. Sama dag sendi dómsmálaráðherra bréf til ráðuneytisstjóra í forsætisráðuneytinu, sem á þeim tíma var í hlutverki sínu sem ritari ríkisráðs, og fór þess á leit að skipunarbréf forseta yrðu gefin út til þeirra umsækjenda sem valdir hefðu verið sem dómara við Landsrétt.

7. Skipun dómara við Landsrétt af hálfu forseta Íslands

56. Hinn 6. júní 2017 óskaði ritari forseta Íslands eftir upplýsingum frá Alþingi um þá málsmeðferð sem viðhöfð hefði verið við verið við val á dómurum til skipunar í embætti við Landsrétt, aðdragandann að atkvæðagreiðslunni og umræðurnar á Alþingi í ljósi krafna í bráðabirgðaákvæði IV í nýju dómstólalögnum og lögum um þingsköp Alþingis.

57. Með bréfi 7. júní 2017 gerði skrifstofustjóri Alþingis forseta grein fyrir málsmeðferðinni á Alþingi og taldi að atkvæðagreiðslan hefði farið löglega fram og í samræmi við lög og hefðir Alþingis. Einnig kom eftirfarandi fram í bréfinu:

„... Leggja verður áherslu á að [bráðabirgðaákvæði IV] geymir ekki nánari fyrirmæli um það hvornig haga skuli meðferð málsins á Alþingi. Um afgreiðslu málsins gilda því þingsköp Alþingis og venjubundin framkvæmd þeirra. Af bráðabirgðaákvæðinu má þó ráða skýrt að Alþingi ... tekur, eða getur tekið, afstöðu til hvers dómaraefnis ef því sýnist svo.

Þá er það venjubundin framkvæmd og ævagömul að tekin séu saman mörg atriði við atkvæðagreiðslur þegar ljóst er að allir greiða atkvæði með sama hætti eða ekki er breytingartillaga við einstök atriði ... Er þá sagt að þær greinar „séu teknar saman“ og gildir þá sú atkvæðagreiðsla, eða úrslit hennar, fyrir hverja grein um sig. Jafnan er virtur

GUÐMUNDUR ANDRI ÁSTRÁÐSSON GEGN ÍSLANDI DÓMUR

réttur þingmanna til að óska „sératkvæðagreiðslu“ um tiltekna grein, greinar, kafla, eða jafnvel einstök orð, ...

...

Til undirbúnings atkvæðagreiðslunnar fimmtudaginn 1. júní var vandað sérstaklega ... Skrifstofa þingsins undirbjó atkvæðagreiðsluna, en áður en þingfundurinn hófst kannaði forseti Alþingis hug formanna þingflokka og fleiri þingmanna til fyrirkomulags atkvæðagreiðslunnar. Þingskjalið frá stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd er þannig sett upp að gerð er tillaga um hvern einstakling, í tölusettum liðum, svo að atkvæðagreiðsla gæti farið fram um hvern einstakling yrði þess óskað. Í samtölum forseta við forustumenn þingflokka kom fram að þingmenn mundu allir greiða atkvæði með sama hætti um hvern einstakling í tillögunum og það sjónarmið var áréttað með ummælum ýmissa þingmanna við atkvæðagreiðsluna á þingfundinum. Þingforseti ítrekaði jafnframt formlega á þingfundinum, um leið og atkvæðagreiðslan hófst, að hún [atkvæðagreiðslan] gæti farið fram um hvern og einn. Engin athugasemd kom fram um að tillögumar yrðu bornar upp í heild, engin ósk um uppskiptingu á tillögu nefndarinnar í atkvæðagreiðslunni. Við því mátti t.d. búast að óskað yrði sérstakrar atkvæðagreiðslu um þá fjóra sem [í tillögu ráðherra] voru ..., en svo varð ekki.

...

Niðurstaða skrifstofunnar er því sú að atkvæðagreiðslan sé fyllilega lögmæt og í samræmi við lögbundna og venjubundna afgreiðsluhætti Alþingis, svo svarað sé beint erindi skrifstofu forseta Íslands. Meginhugmynd og krafa í fyrrnefndu bráðabirgðaákvæði ... er að Alþingi geti tekið afstöðu til hvers dómaraefnis, hafnað einstökum tillögum ráðherra, en standi ekki frammi fyrir þeim kosti að samþykkja allar tillögumar eða hafna öllum. Við afgreiðslu málsins á Alþingi var þessi hugmynd virt ...“

58. Hinn 8. júní 2017 undirritaði forseti Íslands skipunarbréf dómara fimm títla við Landsrétt, sem dómsmálaráðherra hafði gert tillögu um og Alþingi samþykkt. Skipunarbréfið sem sent var til A.E. er svohljóðandi:

„Forseti Íslands gerir kunnugt: að í samræmi við lög um dómstóla skipa ég hér með [A.E.] í embætti dómara við Landsrétt með gildi frá 1. janúar 2018. Skal hún virða stjórnskipunarlög ríkisins og landslög almennt, allt í samræmi við eiðstaf hennar.

...“

59. Sama dag gaf forseti Íslands út yfirlýsingu þar sem vísað var til bréfaskiptanna milli Alþingis og embættis hans (sjá 56. og 57. mgr. hér fyrir neðan). Taldi forseti að mistök hefðu ekki átt sér stað við undirbúning og tilhögun atkvæðagreiðslunnar 1. júní og hefði aðferðin við atkvæðagreiðsluna verið í samræmi við lög, þingvenju og þingsköp.

C. Málsmeðferð fyrir innlendum dómstólum, þar sem lögmæti tilnefningarferlisins var mótmælt

60. Í júní 2017 höfðuð tveir umsækjendur, J.R.J. og Á.H. – sem verið höfðu meðal þeirra fimm títla umsækjenda sem dómnefndin hafði talið hæfasta en voru felldir brott af endanlegum lista umsækjenda sem lagður var fyrir af dómsmálaráðherra, mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur gegn íslenska ríkinu. J.R.J. og Á.H. kröfðust báðir í fyrsta lagi ógildingar á þeirri ákvörðun

ráðherra frá 29. maí 2017 að hafa þá ekki með á listanum yfir þá fimmtán umsækjendur sem tillaga var gerð um við Alþingi um skipun í embætti við Landsrétt. Ennfremur kröfðust þeir þess að ógilt yrði sú ákvörðun að leggja til við forseta Íslands að stefnendur yrðu ekki meðal þeirra fimmtán sem skipaðir yrðu að lokinni atkvæðagreiðslu í Alþingi. Að auki kröfðust þeir skaðabóta og 1.000.000 króna (u.þ.b. 9.000 evrur á þeim tíma sem um ræðir) í miskabætur vegna meingerðar. Töldu þeir að sú ákvörðun dómismálaráðherra að gera ekki tillögu um þá sem landsréttardómara hefði verið ólögmat þar sem hún hefði látið undir höfuð leggjast að færa fullnægjandi rök fyrir fráviki sínu frá tillögu dómnefndarinnar og sýna fram á að tillaga hennar samræmdist þeirri kröfu að skipa hæfasta umsækjandann; þá töldu þeir að hún hefði ekki rannsakað málið með fullnægjandi hætti. Að mati þeirra væri ekki unnt að bæta úr þessum brotum með samþykki Alþingis á tillögu ráðherra.

61. Í báðum tilvikum krafðist ríkið þess að Héraðsdómur Reykjavíkur vísaði frá kröfum J.R.J. og Á.H. á þeim forsendum að þær væru vanreifaðar, eða að öðrum kosti að rétturinn hafnaði kröfunum á grundvelli málsástæðna. Taldi ríkið að sú stjórnsluákvörðun að gera ekki tillögu um þá sem landsréttardómara væri ekki þess eðlis að hún sætti ógildingu, að skipunarvaldið væri ekki hjá dómismálaráðherra heldur hjá Alþingi og forseta og að bótakröfur stefnanda væru vanreifaðar.

62. Hinn 7. júlí 2017 vísaði héraðsdómur frá kröfum stefnanda um ógildingu og skaðabætur með úrskurði á þeim forsendum að þær væru ótækar til meðferðar að svo komnu máli. Taldi héraðsdómur að ekki væri unnt að kveða upp efnisdóm um ógildingu þeirrar ákvörðunar að gera ekki tillögu um stefnendur sem dómara við Landsrétt þar sem óljóst væri hver áhrifin yrðu ef fallist yrði á kröfuna þar sem niðurstaða stefnendum í hag að þessu leyti mundi ekki leiða til ógildingar á skipun hinna fimmtán dómara sem tillaga var gerð um til Alþingis. Þá féllst héraðsdómur á það með ríkinu að kröfur stefnanda um skaðabætur væru vanreifaðar.

63. Hinn 10. júlí 2017 kærðu bæði J.R.J og Á.H. niðurstöður héraðsdóms til Hæstaréttar. Svo virðist að í kærum sínum hafi J.R.J. og Á.H. gefið þá skýringu að þeir gerðu ekki kröfu um að breytt yrði stöðu þeirra fimmtán dómara sem þegar höfðu verið skipaðir í embætti, heldur einungis að ógilt yrði sú ákvörðun ráðherra að víkja þeim til hliðar. Töldu áfrýjendur að það væri ekki á þeirra forræði að ákveða hvaða afleiðingar slík ógilding gæti haft að því er varðar áhrif á þá fimmtán dómara sem skipaðir höfðu verið.

64. Hinn 31. júlí 2017 staðfesti Hæstiréttur niðurstöðu héraðsdóms í báðum málum að því er varðar kröfur kærenda um ógildingu þeirra ákvarðana sem um ræddi, þar sem nöfn þeirra voru ekki á lista þeirra fimmtán umsækjenda sem tillaga var gerð um við Alþingi og forseta að skipaðir yrðu til embættis við Landsrétt. Tók Hæstiréttur sérstaklega fram að:

....það [væri] ekki á valdi dómstóla að ákveða hverja skuli skipa í embætti dómara við Landsrétt. Að því gættu og að fenginni ... skýringu [áfrýjenda] á [eðli

dómkröfunnar], sem hér verður lögð til grundvallar, hafa [áfrýjendur] ekki sýnt fram á að [þeir] hafi hagsmuni að lögum að fá með dómi skorið úr um ógildi ákvarðana dómsmálaráðherra.“

Á hinn bóginn ógilti Hæstiréttur ákvarðanir héraðsdóms um að vísa frá kröfum J.R.J. og Á.H. um skaðabætur. Málunum var því vísað aftur til héraðsdóms til nýrrar efnismeðferðar þess atriðis.

65. Hinn 15. september 2017 dæmdi héraðsdómur ríkinu í hag og hafnaði kröfum J.R.J. og Á.H. um skaðabætur og miskabætur. Samkvæmt héraðsdómi höfðu stefnendur með fullnægjandi hætti sýnt fram á að málsmeðferð ráðherra hefði ekki verið í samræmi við lög. Að því sögðu hefði stefnendum ekki tekist að sýna fram á að þeir hefðu verið skipaðir dómáramur við Landsrétt ef réttri málsmeðferð hefði verið beitt og þeir hefðu af þeim sökum orðið fyrir tjóni. Þá taldi héraðsdómur að málsmeðferðin við atkvæðagreiðslu á Alþingi hefði ekki verið andstæð lögum.

66. Hinn 19. september 2017 áfrýjuðu J.R.J. og Á.H. dómum héraðsdóms til Hæstaréttar.

67. Hinn 19. desember 2017 staðfesti Hæstiréttur niðurstöður héraðsdóms varðandi kröfunar um skaðabætur. Á hinn bóginn dæmdi rétturinn kærendum 700.000 krónur (u.þ.b. 5.700 evrur á þeim tíma sem um ræðir) í miskabætur.

68. Í dómum sínum fjallaði Hæstiréttur í fyrsta lagi um þá röksendafærslu ríkisins að stefnendur hefðu farið villur vega er þeir vefngdu ákvarðanir dómsmálaráðherra varðandi þær skipanir í dómaraembætti sem um væri að ræða, þar sem það væri Alþingi en ekki ráðherra sem ætti síðasta orðið við ákvörðun um það hvaða umsækjendur tillögur yrðu gerðar um sem dómaraefni fyrir forseta. Í því sambandi ítrekaði Hæstiréttur að þótt forseti Íslands væri að formi til æðsti embættismaður ríkisins samkvæmt stjórnarskrá væru ráðherrar samkvæmt fastmótaðri stjórnskipunarvenju í reynd æðstu handhafar framkvæmdarvalds. Það fyrirkomulag sem mælt væri fyrir um í fyrri dómstólalögum og nýju dómstólalögum, þar sem gert væri ráð fyrir aðkomu dómnefndar og Alþingis að skipununarferli í dómaraembætti, fengi ekki breytt framangreindri stjórnskipunarvenju. Samkvæmt því væri það dómsmálaráðherra en ekki Alþingi sem fór með ákvörðunarvald um það hvaða umsækjendur tillögur yrðu gerðar um við forseta Íslands sem dómaraefni við Landsrétt. Var því hafnað málsástæðu ríkisins sem laut að hinu öndverða.

69. Þá ítrekaði Hæstiréttur enn fremur í báðum dómum hina almennu reglu íslenskra stjórnslulaga að við skipun í opinber embætti væri framkvæmdavaldið bundið af þeirri reglu að einungis mætti velja hæfustu umsækjendurnar. Vísaði rétturinn í þessu sambandi til tveggja fyrri dóma sinna, sem kveðnir voru upp 14. apríl 2011 og 5. nóvember 1998. Í fyrri dómnum, sem varðaði deilu um lögmati skipunar í embætti héraðsdómara, var tekið fram að samkvæmt 10. gr. stjórnslulaga um rannsóknarreglu beri stjórnvaldi að sjá til þess að ákvarðanir um skipanir í opinber embætti skuli

ekki taka fyrr en allar viðeigandi og nauðsynlegar upplýsingar lægju fyrir. Í síðari dóminum taldi rétturinn að valdi ráðherra varðandi skipun í opinber embætti væru sniðin mörk samkvæmt gildandi lögum og almennum reglum í stjórnsýslurétti varðandi slíkar stöðuveitingar og mat á hæfni umsækjenda. Taldi Hæstiréttur að í samhengi skipunar í embætti dómara hefði rannsóknarskyldan samkvæmt 10. gr. stjórnsýslulaga verið færð frá ráðherra til dómnefndarinnar, eftir að þeirri nefnd hefði verið komið á fót með lögum nr. 92/1982.

70. Hæstiréttur vék síðan að málsatvikunum fyrir réttinum og benti þar í upphafi á að í tillögunni sem ráðherra hefði lagt fyrir Alþingi hefði hún ákveðið að gera ekki breytingar á ellefu af þeim fimmtán umsækjendum sem dómnefndin hafði talið hæfasta til að gegna embætti dómara við Landsrétt. Tók Hæstiréttur fram að hæfni þessara ellefu umsækjenda hefði verið metin af dómnefndinni, sem augljóslega hafði yfir að ráða sérþekkingu til þess að meta slík mál og hefði hún framkvæmt mat sitt í samræmi við gildandi landslög. Í því ljósi var sú málsmeðferð sem fylgt var að því er varðar þessa ellefu umsækjendur, þar með talin atkvæðagreiðslan á Alþingi í einu lagi, án annmarka, að því tilskildu að kostur hefði gefist á að greiða atkvæði um hvern og einn umsækjanda kæmi fram ósk um slíkt.

71. Taldi rétturinn síðan að, að því marki sem dómsmálaráðherra hefði ákveðið að gera tillögu til Alþingis um að vikið yrði frá álitum dómnefndarinnar varðandi fjóra umsækjendur, svo sem heimilt væri að lögum, væri óhjákvæmilegt að ákvörðun hennar yrði reist á sjálfstæðri rannsókn á öllum þeim þáttum sem nauðsynlegir væru til þess að rökstyðja tillöguna eftir 10. gr. stjórnsýslulaga (sjá 108. mgr. hér fyrir neðan). Þannig bar ráðherra að tryggja að eigin rannsókn hennar og mat byggðu á sambærilegri sérfræðipekkingu og þeirri sem dómnefndin byggði yfir og að leiðbeiningarnar um matsferlið sem mælt væri fyrir um í reglum nr. 620/2010, um störf dómnefndarinnar – reglum sem settar hefðu verið af dómsmálaráðuneytinu til leiðbeiningar um störf nefndarinnar (sjá 107. mgr. hér að neðan) – yrðu hafðar að leiðarljósi í mati hennar. Samkvæmt Hæstarétti var þetta því brýnna í ljósi þess að samkvæmt viðeigandi lögum setti álitum, sem tekið væri saman af dómnefndinni, dómsmálaráðherra skorður og girti fyrir að hún tilnefndi umsækjanda, sem ekki væri talinn hæfastur af nefndinni til þess að gegna embætti dómara, nema ráðherra fengi til þess samþykki Alþingis. Lagði Hæstiréttur áherslu á að við veitingu dómaraembætta snerist ákvörðun ráðherra ekki um embætti sem heyrðu undir ráðherrann, heldur um embættismenn í annarri grein ríkisvaldsins sem færi með eftirlitshlutverk gagnvart öðrum greinum þess og sem áskilið væri sjálfstæði skv. 61. gr. stjórnarskrárinnar og 24. gr. hinna fyrri dómstólalaga.

72. Að þessu gættu taldi Hæstiréttur að í ljósi rannsóknarskyldu dómsmálaráðherra samkvæmt 10. gr. stjórnsýslulaga hefði henni að lágmarki borið að gera samanburð á hæfni þeirra fjögurra umsækjenda sem hún hefði bætt á listann og þeirra fjögurra sem hún hefði tekið út. Eftir niðurstöðu þess

samanburðar hefði ráðherra síðan borið að veita fullnægjandi rökstuðning fyrir þeirri ákvörðun hennar að leita eftir samþykki Alþingis fyrir tillögu hennar um að víkja frá álitum dómnefndarinnar. Aðeins þannig hefði Alþingi með fullnægjandi hætti getað rækt hlutverk sitt í ferlinu og tekið afstöðu til mats ráðherra. Samkvæmt þessu, og til samræmis við fyrirmæli 1. mgr. ákvæðis IV til bráðabirgða við dómstólalög nr. 50/2016, bar ráðherra að gera sjálfstæða tillögu um sérhvern þeirra fjögurra sem hún lagði til en voru ekki í hópi þeirra fimmtán sem dómnefnd hafði metið hæfasta. Að mati Hæstaréttar átti þetta sjónarmið sér einnig stoð í 2. mgr. ákvæðis IV til bráðabirgða þess efnis að ef Alþingi samþykkti ekki einhvern umsækjanda sem dómsmálaráðherra gerði tillögu um skyldi ráðherra leggja nýja tillögu til Alþingis til samþykktar.

73. Með hliðsjón af þeim upplýsingum og gögnum sem fyrir Hæstarétti lágu taldi rétturinn að ráðherra hefði ekki ráðist í sérstaka rannsókn og mat sem sambærilegt væri við mat dómnefndar þegar hún vék frá álitum nefndarinnar. Var rannsókn dómsmálaráðherra ófullnægjandi að því marki að henni var ekki fært að taka aðra ákvörðun um hæfni umsækjenda en þá ákvörðun sem dómnefnd hafði áður tekið á grundvelli sömu gagna. Þá gat hún ekki reitt sig á kynjasjónarmið samkvæmt jafnréttislögum nr. 10/2008 þar sem þau sjónarmið gátu einungis haft gildi ef tveir eða fleiri umsækjendur hefðu verið metnir jafnhæfir. Benti Hæstiréttur á að hvorki í upphaflegu bréfi sínu til Alþingis 29. maí 2017, né í minnisblaðinu til stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar daginn eftir hefði ráðherra rökstutt tillögur sínar með þeim hætti að fullnægt væri þeim lágmarkskröfum sem lýst er hér að framan. Þannig hefði dómsmálaráðherra brotið gegn kröfum 10. gr. stjórnsýslulaga í málsmeðferðinni við skipun dómara við Landsrétt.

74. Bætti Hæstiréttur við að annmarkarnir á málsmeðferð dómsmálaráðherra hefðu síðan leitt til þess að annmarki var á meðferð Alþingis, þar sem ekki var bætt úr þeim annmörkum þegar málið kom til atkvæðagreiðslu á Alþingi.

75. Að því er varðar kröfu stefnenda um miskabætur á grundvelli 26. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993 (sjá 113. mgr. hér fyrir neðan) taldi Hæstiréttur að þótt ekkert benti til þess að ráðherrann hefði hagað gerðum sínum sérstaklega til þess að beina meingerð að æru eða persónu þeirra hefði hún eigi að síður átt að gera sér ljóst að ákvarðanir hennar kynnu að vera til tjóns fyrir æru stefnenda og valda þeim þannig miska. Þrátt fyrir þetta hefði ráðherrann gengið fram „án þess að skeyta nokkuð um þessa augljósu hættu“.

II. MÁLAVEXTIR

A. Sakamálið á hendur kæranda

76. Kærandi er fæddur 1985 og búsettur í Kópavogi.

77. Hinn 31. janúar 2017 var kærandi ákærður fyrir brot gegn umferðarlögum nr. 50/1987 með því að aka án þess að hafa gilt ökuleyfi og undir áhrifum fíkniefna.

78. 23. mars 2017 sakfelldi Héraðsdómur Reykjaness kæranda samkvæmt ákærunum á hendur honum. Dæmt var í málinu án sönnunarfærslu, þar sem kærandi féllst á ákæruliðina og játaði brotin. Var kærandi dæmdur til sautján mánaða fangelsisvistar og sviptur ökurétti ævilangt.

79. Hinn 6. apríl 2017 áfrýjaði kærandi dóminum til Hæstaréttar. Andmælti kærandi ekki sakfellingunni sem slíkri en krafðist þess að refsing hans yrði milduð. Saksóknari krafðist staðfestingar á dómi héraðsdóms. Þar sem málið hlaut ekki umfjöllun fyrir Hæstarétti fyrir lok 2017 var það fært til hins nýstofnaða Landsréttar í samræmi við 1. mgr. 78. gr. laga nr. 49/2016, um breytingu á lögum um meðferð sakamála og lögum um meðferð einkamála.

80. Hinn 29. janúar 2018 tilkynnti Landsréttur kæranda og ákæruvaldinu um dagsetningu þinghaldsins (6. febrúar 2018), svo og um samsetningu dómsins sem mundi dæma í málinu. Samkvæmt bréfinu yrði dómur Landsréttar skipaður þremur dómurum, þar með talið A.E., sem var ein þeirra fjögurra dómara sem dómsmálaráðherra hafði gert tillögu um að skipaðir yrðu dómara við réttinn (sjá 43. mgr. hér að framan).

81. 2. febrúar 2018 fór lögmaður kæranda fram á að A.E. segði sig frá málinu vegna annmarkanna sem verið höfðu á málsmeðferðinni við skipun hennar og hinna umsækjendanna þriggja sem um ræddi í embætti dómara við Landsrétt.

82. Í þinghaldi fyrir Landsrétti 6. febrúar 2018 lagði kærandi fram formlega kröfu um að A.E. viki sæti í málinu með vísan til g-liðar 6. gr. laga um meðferð sakamála nr. 88/2008 (sjá 110. gr. hér fyrir neðan). Með vísan til réttar síns til þess að dæmt yrði í máli hans af hæfum, óhlutdrægum, sjálfstæðum og löglega skipuðum dómstóli og til viðeigandi krafna að þessu leyti samkvæmt 59. gr. og 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár Íslands og 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans taldi kærandi að hann mundi ekki njóta réttlátrar málsmeðferðar fyrir óhlutdrægum og sjálfstæðum dómstóli sem skipaður væri að lögum ef A.E. ætti aðkomu að málsmeðferðinni vegna annmarkanna sem voru á málsmeðferðinni sem leiddi til skipunar hennar í embætti dómara við Landsrétt. Til stuðnings kröfu sinni vísaði kærandi til ákvörðunar Dómstóls Fríverslunarsamtaka Evrópu (EFTA dómstólsins) 14. febrúar 2017 í máli nr. E-21/2016 og dóms Almenna dómstóls Evrópusambandsins (ESB) 23. janúar 2018 í máli nr. T-639/16 P (sjá, 142. og 132. mgr. hér fyrir neðan). Taldi hann að samkvæmt þeim úrskurðum gæti dómari sem ekki hefði verði skipaður í samræmi við lög ekki talist fullgildur handhafi dómsvalds og því gætu dómara hans ekki haft neitt gildi. Með vísan til niðurstaðna Hæstaréttar frá 31. júlí og 19. desember 2017 varðandi annmarkana á málsmeðferðinni við skipun dómara við Landsrétt (sjá 64.-75. mgr. hér að framan), mundi

dómur sem kveðinn væri upp í máli hans með aðkomu A.E. þannig ekki hafa gildi.

83. Með úrskurði 22. febrúar 2018 hafnaði Landsréttur, með aðkomu A.E., kröfu kæranda um að A.E. segði sig frá málinu. Taldi rétturinn að A.E. hefði uppfyllt almenn skilyrði til skipunar, að hún hefði verið skipuð ótímabundið og hefði notið sjálfstæðis í embættinu eins og tryggt væri í stjórnarskrá og nýju dómstólalögunum. Þannig féllst Landsréttur ekki á að fyrir hendi hefðu verið önnur atvik eða aðstæður, sbr. g-lið 6. gr. laga um meðferð sakamála, sem væru fallnar til þess að draga með réttu í efa að A.E. væri til þess bær að fara með málið. Kærandi kærði þá niðurstöðu 24. febrúar 2018.

84. Hinn 8. mars 2018 vísaði Hæstiréttur málinu frá með vísan til þess að skilyrði fyrir heimild til kæru hefðu ekki verið formlega uppfyllt. Taldi rétturinn að þótt meginkrafa kæranda hefði verið að A.E. skyldi segja sig frá málinu vegna ólögmatrar skipunar hennar hefði hann ranglega sett þá kröfu fram sem „kröfu um að víkja sæti“.

85. Að fenginni niðurstöðu Hæstaréttar um frávísun kröfu kæranda um að A.E. viki sæti hélt málsmeðferðin áfram í Landsrétti með aðkomu A.E.

86. Með bréfi 13. mars 2018 breytti kærandi kröfugerð sinni fyrir Landsrétti. krafðist hann aðallega sýknu á þeim forsendum að við skipun dómara í Landsrétt hefði verið farið gegn 59. og 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans. Að öðrum kosti krafðist hann mildunar á refsingu sinni.

87. Hinn 23. mars 2018 staðfesti Landsréttur dóm héraðsdóms með vísan til forsendna dómsins.

88. Hinn 17. apríl 2018 veitti Hæstiréttur leyfi til áfrýjunar og 20. apríl 2018 áfrýjaði kærandi dóminum til Hæstaréttar með áfrýjun sem ríkissaksóknari lagði fram að beiðni hans.

89. Aðalkrafa kæranda fyrir Hæstarétti var að dómur Landsréttar yrði ómerktur og að máli hans yrði vísað aftur til nýrrar málsmeðferðar. Að öðrum kosti krafðist hann sýknu eða mildunar á refsingu hans. Byggðust kröfur hans á eftirfarandi röksemdum:

„Sjálfstæðir og óhlutdrægir dómstólar eru grunnstoð réttarríkisins. Forsenda þess að ekki verði efast um sjálfstæði og óhlutdrægni dómstóla er að lögum og reglum sem gilda um skipun dómara sé fylgt til hins ýtrasta

...

Það er sérstaklega mikilvægt að tryggja sjálfstæði dómstóla gagnvart framkvæmdavaldinu. Það að stjórnámamenn, stjórnmalaflokkar, tiltekinn þingmeirihluti, sitjandi ríkisstjórn eða einstakur ráðherra kunni að eiga hönk upp í bakið á ákveðnum dómurum grefur undan sjálfstæði þeirra og getur með réttu veikt tiltrú almennings á dómskerfinu.

Það er því lykilatriði að hafið sé yfir skynsamlegan vafa að fagleg hæfni þeirra sem sækja um dómaraembætti ráði því hverjir veljast til dómara starfa en ekki

stjórnmálaskoðanir og pólitísk tengsl viðkomandi umsækjanda eða geðþótti dómsmálaráðherra. ...

Samkvæmt 59. gr. stjórnarskrár verður skipun dómsvaldsins eigi ákveðin nema með lögum. Samkvæmt 2. málslíð 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu skal skipan dómstóls ákveðin með lögum. Í þessu felst ekki einungis ófrávikjanlegt skilyrði um að almennar reglur um skipan dómsvalds séu skýrlega bundnar í settum lögum heldur einnig, og ekki síður, á sama hátt ófrávikjanlegt skilyrði um að skipun dómara í hverju einstöku tilviki sé í samræmi við lög.

Raunar má telja að hið fyrrnefnda, [þ.e.] áskilnaður um almennar reglur í settum lögum, væri lítills virði eitt og sér ef ekki fælist jafnframt í framangreindum ákvæðum krafa um fylgni við öll viðeigandi lög og reglur í hverju og einu tilviki.“

Með vísan til þessara röksemda auk ákvarðana EFTA-dómstólsins og Almenna dómstóls ESB (sjá 82. mgr. hér að framan), svo og fyrri niðurstaðna Hæstaréttar varðandi annmarkana á málsmeðferðinni sem leiddi til skipunar A.E. sem dómara við Landsrétt (sjá viðkomandi dóma, sem vísað er til í 67.-75. mgr. hér að framan), taldi kærandi að honum hefði verið synjað um réttinn til réttlátrar málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum og óvilhöllum dómstóli sem skipaður væri með lögum eins og kveðið væri á um í 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans. Lagði hann í því sambandi áherslu á að skipun A.E. í embætti hefði ekki verið í samræmi við lög, svo sem gert er að skilyrði í 59. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans. Þá taldi hann enn fremur að við kosningar til Alþingis í október 2017 hefði eiginmaður A.E., B.N. – þingmaður í sama stjórnmálaflokki og dómsmálaráðherra, þ.e. Sjálfstæðisflokknum (sem einnig er vikið að í 46. mgr. hér að framan) – gefið eftir oddvitasættið á framboðslista flokksins í Reykjavík í þágu ráðherrans eftir ákvörðun hinnar síðarnefndu um að hafa eiginkonu hans með í tillögu sinni til Alþingis. Með því hefði B.N. afsalað sér þeim möguleika að gegna stöðu ráðherra í hinni nýju samsteypustjórn sem mynduð var eftir kosningarnar. Að mati kæranda hefði samkomulagið milli ráðherra og B.N. frá hlutlægu sjónarmiði grafið undan ásýnd Landsréttar um sjálfstæði.

90. Hinn 24. maí 2018 hafnaði Hæstiréttur kröfum kæranda og staðfesti dóm Landsréttar. Eftir að hafa rakið málsatvik og málsmeðferðina sem leiddi til skipunar A.E. í dómaraembætti við Landsrétt, og með vísan til niðurstaðna réttarins í dómunum frá 19. desember 2017 í tengdum málum sem höfðuð voru af J.R.J. og Á.H., komst Hæstiréttur að eftirfarandi niðurstöðum, að því marki sem við á:

„Í málatilbúnaði [kæranda] er því meðal annars borið við til stuðnings fyrrgreindri aðalkröfu hans fyrir Hæstarétti og varakröfu að það leiði af 59. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. [mannréttindasáttmálans] að skipun manns í embætti dómara þurfi í hvívetna að fara að lögum. Sé á því misbrestur og skipunin þar með ólögumæt „sé viðkomandi dómari ekki með réttu handhafi dómsvalds og dómsúrlausnir dóms sem hann skipar teljist þar með dauður bókstafur“, svo sem segir í greinargerð [kæranda] fyrir Hæstarétti. Ályktun sú, sem dregin er í tilvitnuðum orðum, fengi ekki staðist nema litið yrði svo á að skipun manns í embætti dómara við aðstæður sem þessar væri markleysa að lögum, en ekki aðeins að annmarkar á skipuninni gætu valdið ógildingunni hennar. Til

GUÐMUNDUR ANDRI ÁSTRÁÐSSON GEGN ÍSLANDI DÓMUR

Þess verður að líta að í fyrrgreindri umsögn dómnefndar 19. maí 2017 var komist að þeirri niðurstöðu að umsækjendurnir Þrjátíu og þrjár fullnægðu öll skilyrðum laga til að gegna embætti dómara við Landsrétt og hafa ekki verið bornar brigður á það. Við skipun dómara var fylgt formreglum III. kafla laga nr. 50/2016, svo og ákvæðis IV til bráðabirgða við þau lög, en þó að því frátöldu að við meðferð Alþingis á tillögum dómsmálaráðherra um skipun dómara var ekki farið að fyrirmælum 2. mgr. bráðabirgðaákvæðisins að því leyti að greiða bar atkvæði um skipun hvers dómara fyrir sig en ekki þá alla í senn, svo sem gert var. Um þetta atriði hefur á hinn bóginn þegar verið fjallað í áðurnefndum dómi Hæstaréttar [frá 19. desember 2017] og komist þar að þeirri niðurstöðu að ekki væri um að ræða annmarka á málsmeðferð sem vægi hefði. Að virtu þessu ásamt því að allir dómarnir fimmtán voru skipaðir í embætti með bréfum forseta Íslands 8. júní 2017, sem dómsmálaráðherra undirritaði ásamt honum, er ekki unnt að líta svo á að skipun [A.E.] hafi verið markleysa og úrlausnir Landsréttar, sem hún hefur staðið að ásamt öðrum, af þeim sökum „dauður bókstafur“

Þegar metið er hvort ákærði hafi vegna [aðkomu A.E.] ekki notið réttlátrar meðferðar þessa máls síns fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli í samræmi við 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, verður að gæta að því að í fyrrnefndum dómum Hæstaréttar í málum [frá 19. desember 2017] hefur þegar verið slegið föstu að slíkir annmarkar hafi verið á málsmeðferð á stigi dómsmálaráðherra í aðdraganda skipunar landsréttardómara fimmtán að skáðabótaskyldu hafi varðað úr hendi íslenska ríkisins. Í máli þessu hefur því í engu verið hnekkt og hafa þeir dómur þannig í þessu efni sönnunargildi hér samkvæmt 4. mgr. 116. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Um þetta verður jafnframt sérstaklega að áréttast að ekki gat það staðist, sem byggt var á í fyrrnefndu minnisblaði dómsmálaráðherra 30. maí 2017, að með því einu að auka vægi dómaraeigns frá því, sem dómnefnd hafði lagt til grundvallar í stigatöflu að baki umsögn sinni 19. sama mánaðar, en byggja að öðru leyti á „fullnægjandi rannsókn“ nefndarinnar á einstökum matsþáttum, gæti fengist sú niðurstaða að fjórir tilteknir umsækjendur um embætti dómara við Landsrétt féllu allir, en aðrir ekki, brott úr hópi þeirra fimmtán hæfustu og í stað þeirra færðust upp í þann hóp fjórir tilteknir umsækjendur öðrum fremur [sic.]. Þegar afstaða er tekin til afleiðinga þessara annmarka á málsmeðferð dómsmálaráðherra verður á hinn bóginn að líta til þess að ótímabundin skipun allra dómara fimmtán við Landsrétt, sem í engu hefur verið ógilt með dómi, varð að veruleika við undirritun skipunarbréfa þeirra 8. júní 2017. Þau fullnægðu öll sem áður segir skilyrðum 2. mgr. 21. gr. laga nr. 50/2016 til að hljóta skipun í þessu embætti, þar á meðal því skilyrði 8. töluliðar þeirrar málsgreinar að teljast hæf til að gegna þeim í ljósi starfsferils og lögfræðilegrar þekkingar. Frá þeim tíma hafa þessir dómur notandi þeirrar stöðu samkvæmt 61. gr. stjórnarskrárinnar að þeim verður ekki vikið úr embætti nema með dómi. Frá því að skipun þessara dómara tók gildi hafa þau samkvæmt sama ákvæði stjórnarskrárinnar, (sjá 1. mgr. 43. gr. laga nr. 50/2016), jafnframt borið þá höfuðskyldu að fara í embættisverkum sínum einungis eftir lögum. Þeim hefur einnig verið áskilið með síðastnefndu lagaákvæði sjálfstæði í dómstörfum en jafnframt lagt þar á herðar að leysa þau á eigin ábyrgð og líta í þeim efnum aldrei boðvaldi annarra. Er að þessu öllu virtu ekki næg ástæða til að draga á réttmætan hátt í efa að ákærði hafi, þrátt fyrir annmarka á málsmeðferð dómsmálaráðherra, fengið notið í Landsrétti réttlátrar meðferðar máls síns fyrir óháðum og óhlutdrægum dómendum.“

Hæstiréttur fjallaði ekki sérstaklega um röksemdir kæranda varðandi skort Landsréttar á sjálfstæði vegna meintra pólitískra hvata að baki tillögum dómsmálaráðherra.

B. Síðari atburðir

1. Frekari dómsmál sem höfðuð voru til þess að hnekkja lögmati málsmeðferðarinnar við skipun dómara við Landsrétt

91. Í febrúar og mars 2017 höfðuðu E.J. og J.H. – hinir umsækjendurnir tveir sem verið höfðu meðal þeirra fimmtán umsækjenda sem dómnefndin hafði talið hæfasta en voru felldir brott af endanlegum lista umsækjenda sem lagður var fyrir Alþingi af dómsmálaráðherra – mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur gegn íslenska ríkinu. Krafðist E.J. viðurkenningardóms þess efnis að ríkinu bæri að greiða sér skaðabætur vegna þess að hann hefði ekki verið skipaður í embætti dómara við Landsrétt vegna ólögmetrar ákvörðunar dómsmálaráðherra. J.H. krafðist skaðabóta og miskabóta á sömu forsendum. Krafðist hann sérstaklega skýringar á því hvaða liður innan hæfnismatsins hefði verið skertur á kostnað aukins vægis dómarastarfa og hvernig mat einstakra umsækjenda hefði breyst vegna þessara breytinga. Þá spurði hann hvers vegna tilteknum umsækjendum með minni dómara-reynslu en hann eða með enga dómara-reynslu yfir höfuð hefði verið bætt á listann eða haldið á listanum af ráðherra.

92. Með tveimur aðskildum dómum, sem kveðnir voru upp 25. október 2018, dæmdi Héraðsdómur Reykjavíkur stefnendum í hag. Í fyrri dómnum féllst héraðsdómur á rétt E.J. til skaðabóta á þeim forsendum sem hann hafði lýst. Féllst héraðsdómur m.a. á að umsækjandi hefði leitt nægilega sterkar líkur að því að ef meðferð málsins hefði verið með lögmetum hætti og forsvaranlegt mat lagt á umsókn og samanburður gerður á hæfni hans og annarra umsækjenda hefði það leitt til skipunar hans sem dómara við Landsrétt. Í hinum dómnum vísaði héraðsdómur til dóma Hæstaréttar frá 19. desember 2017 (sjá. 67.-75. mgr. hér að framan) og dæmdi stefnanda, J.H., 1.100.000 kr. (u.þ.b. 7.300 evrur á þeim tíma sem um ræðir) í miskabætur. Að því er varðar skaðabætur dæmdi héraðsdómur honum 4.000.000 kr. (u.þ.b. 29.200 evrur á þeim tíma sem um ræðir) með vísan til sömu röksemda og í máli E.J.

93. Í báðum málum vísaði héraðsdómur til niðurstöðu Hæstaréttar í dómnum frá 19. desember 2017, að þegar ráðherra vék frá lista dómnefndarinnar hefði henni að lágmarki borið að gera samanburð á hæfni þeirra fjögurra umsækjenda sem hún tók út af listanum og þeirra fjögurra sem hún bætti inn á hann. Að mati héraðsdóms var ekki unnt að leggja þann skilning í þessa niðurstöðu að samanburður ráðherra yrði að takmarkast við þá tilteknu umsækjendur sem yrðu fyrir beinum áhrifum af ákvörðun hennar; ef ráðherra teldi við hæfi að ljá dómara-reynslu aukið vægi hefði henni að réttu lagi borið að leggja mat á *alla* umsækjendur út frá því sjónarmiði. Að öðrum kosti væri hún ekki í aðstöðu til að slá því föstu að hún hefði valið 15 hæfustu umsækjendurna á grundvelli reynslu þeirra af dómara-störfum. Að mati dómsins gáfu hvorki gögn málsins né skýringar ráðherra fyrir dómi

greinargóða mynd af eðli samanburðarins af hálfu ráðherra á umsækjendum með tilliti til sjónarmiða um reynslu þeirra af dómstörfum.

94. Eftir áfrýjun af hálfu íslenska ríkisins sneri Landsréttur við báðum dómum héraðsdóms 27. mars 2020 – að hluta í tilviki J.H. og með öllu í tilviki E.J. með tveimur atkvæðum gegn einu.

95. Landsréttur sneri við dómum héraðsdóms að því leyti sem þeir vörðuðu kröfur um skaðabætur. Taldi rétturinn að stefnendur hefðu ekki getað gengið að því vísu að vera skipaðir í embætti dómara við Landsrétt. Með málsmeðferðinni sem kveðið væri á um í ákvæði IV til bráðabirgða staði ráðherra bersýnilega opinn sá möguleiki að víkja frá tillögu dómnefndarinnar og skipa aðra umsækjendur, að því tilskildu að þeir uppfylltu grundvallarskilyrði. Við þessar aðstæður, og þrátt fyrir tillögu dómnefndar um tilnefningu þeirra, gátu J.H. og E.J. ekki talist eiga lagalegan rétt á skipun í embætti dómara við Landsrétt. Á hinn bóginn staðfesti Landsréttur niðurstöðu héraðsdóms að því er varðar kröfur J.H. um miskabætur. Lagði rétturinn áherslu á að þótt J.H. hefði verið tekinn út af listanum á þeirri forsendu að nauðsyn bæri til að ljá dómara-reynslu meira vægi byggji hann í raun yfir meiri dómara-reynslu en að minnsta kosti fjórir af þeim umsækjendum sem ráðherra hefði valið af lista dómnefndarinnar.

96. Með tveimur úrskurðum dags. 8. maí 2020 veitti Hæstiréttur, með ákvörðun þriggja dómara réttarins, E.J. og J.H. leyfi til áfrýjunar á dómum Landsréttar með tilvísun til fordæmisgildis málanna. Samkvæmt nýjustu upplýsingum sem tiltækar eru dómstólnum eru málin sem stendur til meðferðar fyrir Hæstarétti.

2. Önnur atvik sem máli skipta

97. Hinn 5. mars 2018 var lögð fram á Alþingi vantrauststillaga á dómsmálaráðherra af hálfu nokkurra flokksmanna tveggja stjórnarandstöðuflokka með vísan til brota hennar við skipun dómara við Landsrétt.

98. Hinn 6. mars 2018 felldi Alþingi tillöguna með atkvæðum þrjátíu og þriggja þingmanna gegn atkvæðum tuttugu og níu þingmanna, en einn þingmaður sat hjá. Þeir þrjátíu og þrír þingmenn sem greiddu atkvæði gegn tillögunni voru allir þingmenn þeirra stjórnmalaflokka sem mynduðu meirihlutastjórnina. Tveir þingmanna þeirra flokka greiddu þó atkvæði með tillögunni.

99. Hinn 13. mars 2019, að uppkveðnum dómi deildarinnar í fyrirbyggjandi máli (sjá *Guðmundur Andri Ástráðsson gegn Íslandi*, nr. 26374/18, 12. mars 2019) sagði dómsmálaráðherra af sér embætti og lá starfsemi Landsréttar alfarið niðri í eina viku. Landsréttur tók síðan aftur til starfa með einungis ellefu af þeim fimmtán dómurum sem skipaðir höfðu verið – þar sem dómara-rnir fjórir sem efasemdum hafði verið lýst um að löglega hefðu verið skipaðir ákváðu að sitja ekki í dómi. Af opinberum

gögnum virðist mega ráða að ráðstafanir hafi verið gerðar til bráðabirgða til þess að skipa fjóra dómara tímabundið við Landsrétt til 30. júní 2020.

100. Hinn 17. apríl 2020 var aftur auglýst eftir umsóknum um embætti dómara við Landsrétt og sótti A.E. þá um. Svo virðist sem að eftir meðmæli dómnefndarinnar um skipun hennar í embættið hafi A.E. lagt beiðni fyrir hinn nýja dómsmálaráðherra um lausn frá (óvirku) embætti sínu við Landrétt. Hinn 16. júní 2020 tilkynnti hinn nýi dómsmálaráðherra að hún myndi fara að áliti dómnefndarinnar og leggja til við forseta að A.E. skyldi skipuð í hið auglýsta embætti við Landsrétt frá og með 1. júlí 2020. Af opinberum gögnum má ráða að A.E. hafi verið skipuð af forseta Íslands samkvæmt tilnefningu. Ennfremur má ráða að eftir að embætti voru auglýst laus til umsóknar 19. júní 2020 hafi tveir dómarar til viðbótar verið skipaðir í Landsrétt.

VIÐEIGANDI LAGAUMGERÐ OG RÉTTARFRAMKVÆMD

I. INNLEND LÖG OG RÉTTARFRAMKVÆMD

A. Innlend lög

1. Stjórnarskrá Íslands

101. Ákvæðin í Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, sem við sögu koma, eru svohljóðandi:

2. gr.

„Alþingi og forseti Íslands fara saman með löggjafarvaldið. Forseti og önnur stjórnarvöld samkvæmt stjórnarskrá þessari og öðrum landslögum fara með framkvæmdarvaldið. Dómendur fara með dómvaldið.“

59. gr.

„Skipun dómvaldsins verður eigi ákveðin nema með lögum.“

60. gr.

„Dómendur skera úr öllum ágreiningi um embættistakmörk yfirvalda. Þó getur enginn, sem um þau leitar úrskurðar, komið sér hjá að hlýða yfirvaldsboði í bráð með því að skjóta málinu til dóms.“

61. gr.

„Dómendur skulu í embættisverkum sínum fara einungis eftir lögnum. Þeim dómendum, sem ekki hafa að auki umboðsstörf á hendi, verður ekki vikið úr embætti nema með dómi, og ekki verða þeir heldur fluttir í annað embætti á móti vilja þeirra, nema þegar svo stendur á, að verið er að koma nýrri skipun á dómstólana ...“

70. gr.

„Öllum ber réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur eða um ákæru á hendur sér um refsiverða háttsemi með réttlátri málsmeðferð innan hæfilegs tíma fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli. Dómþing skal háð í heyranda hljóði nema dómari ákveði annað lögum samkvæmt til að gæta velsæmis, allsherjarreglu, öryggis ríkisins eða hagsmuna málsaðila.

Hver sá sem er borinn sökum um refsiverða háttsemi skal talinn saklaus þar til sekt hans hefur verið sönnuð.“

2. Dómstólalögin

(a) Lög nr. 92/1989, um aðskilnað dómsvalds og umboðsvalds í héraði

102. 5. gr. laga nr. 98/1989, um aðskilnað dómsvalds og umboðsvalds í héraði, sem fjallar um skipun nefndar til þess að meta hæfni umsækjenda um embætti dómara við héraðsdómstóla var svohljóðandi:

„...“

Dómsmálaráðherra skipar dómnefnd til fjögurra ára í senn sem fjallar um hæfni umsækjenda um embætti héraðsdómara. Í nefndinni sitja þrír menn og tilnefnir Hæstiréttur einn nefndarmann og er hann jafnframt formaður nefndarinnar. Dómarafélag Íslands tilnefnir einn nefndarmann úr hópi héraðsdómara og Lögmannafélag Íslands tilnefnir þriðja nefndarmanninn úr hópi starfandi lögmanna. Sömu aðilar tilnefna varamenn í nefndina. Nefndin skal gefa dómsmálaráðherra skriflega og rökstudda umsögn um umsækjendur.

Dómsmálaráðherra setur nánari reglur um störf nefndarinnar.“

(b) Dómstólalög nr. 15/1998

103. Viðeigandi ákvæði fyrri dómstólalaga (lög nr. 15/1998, um dómstóla), með áorðnum breytingum samkvæmt lögum nr. 45/2010, eru svohljóðandi:

4. gr. a

„Ráðherra skipar fimm menn í dómnefnd til að fjalla um hæfni umsækjenda um embætti hæstaréttardómara og héraðsdómara. Tveir nefndarmanna skulu tilnefndir af Hæstarétti, þar af annar þeirra sem formaður nefndarinnar, og skal að minnsta kosti annar þeirra ekki vera starfandi dómari. Tilnefnir dómstólaráð þriðja nefndarmanninn en Lögmannafélag Íslands þann fjórða. Fimmti nefndarmaðurinn skal kosinn af Alþingi. ...“

Dómnefnd skal láta ráðherra í té skriflega og rökstudda umsögn um umsækjendur um embætti hæstaréttardómara. Í umsögn dómnefndar skal tekin afstaða til þess hvaða umsækjandi sé hæfastur til að hljóta embættið, en heimilt er að setja tvo eða fleiri umsækjendur jafna. Að öðru leyti setur ráðherra nánari reglur um störf nefndarinnar.

Óheimilt er að skipa í dómaraembætti mann sem dómnefnd hefur ekki talið hæfastan meðal umsækjenda, hvort heldur einn eða samhliða öðrum. Frá þessu má þó víkja ef Alþingi samþykkir tillögu ráðherra um heimild til að skipa í embættið annan nafngreindan umsækjanda sem fullnægir að mati dómnefndar öllum skilyrðum 2. og 3. mgr. 4. gr. Ráðherra skal þá leggja slíka tillögu fyrir Alþingi innan tveggja vikna frá

GUÐMUNDUR ANDRI ÁSTRÁÐSSON GEGN ÍSLANDI DÓMUR

Því að umsögn dómnefndar er afhent honum eða innan þess tíma frá því að Alþingi kemur næst saman eftir að umsögn er fengin og verður tillaga að vera samþykkt innan mánaðar frá því að hún er lögð fram, ella er ráðherra bundinn af umsögn dómnefndar.“

12. gr.

„3. Ákvæði 4. gr. a skulu gilda að breyttu breytanda um skipun í embætti héraðsdómara.“

104. Eins og þegar hefur verið bent á í 14. mgr. hér að framan gefa lögskýringargögn með lögum nr. 45/2010 til kynna að breytingunum við skipunarkerfi dómara á Íslandi hafi verið ætlað að tryggja enn frekar sjálfstæði dómstóla í ljósi veigamikils hlutverks dómstóla í að tryggja réttláta málsmeðferð og viðhalda því jafnvægi sem felst í aðgreiningu valds. Í lögskýringargögnunum er einnig að finna eftirfarandi upplýsingar um mat á starfsreynslu umsækjenda um dómaraembætti að því marki sem máli skiptir:

„... Við mat á hæfni dómaraefna er til margra atriða að líta, svo sem starfsreynsla á sviði lögfræði, hvort heldur hún er á sviði dómstarfa, málflutnings, annarra lögmannsstarfa, fræðistarfa eða innan stjórnisýslunnar, en almennt verður umsækjandi að hafa til að bera almenna og víðtæka lögfræðilega menntun og þekkingu. Rétt er einnig að líta til aukastarfa umsækjanda, svo sem til setu í úrskurðarnefndum eða annarra skyldra starfa sem nýtast dómaraefni. Almennt verður að telja umsækjanda til tekna að hafa yfir að búa fjölbreyttri starfsreynslu, þótt meta verði það hverju sinni. Dómnefndinni er einnig rétt að líta til og að leita sérstaklega eftir umsögnum um störf umsækjanda og þess hvort hann sé skilvirkur í störfum sínum og vinnusamur, hvort hann hafi til að bera hæfni til að skilja aðalatriði frá aukaatriðum og setja álit sitt fram á skiljanlegan hátt, bæði munnlega og skriflega. Er í því skyni unnt að líta til fræðirita, reynslu umsækjanda af málflutningi eða þeirra dóma sem umsækjandi kann að hafa samið ...“

(c) Dómstólalög nr. 50/2016

105. Viðeigandi ákvæði nýrra dómstólalaga nr. 50/2016, um dómstóla, eru svohljóðandi:

11. gr.

Dómnefnd um hæfni umsækjenda um embætti dómara

„Ráðherra skipar fimm aðalmenn og jafnmarga varamenn í dómnefnd til að fjalla um hæfni umsækjenda um embætti hæstaréttardómara, landsréttardómara og héraðsdómara. Einn nefndarmanna skal tilnefndur af Hæstarétti og skal hann vera formaður nefndarinnar. Einn nefndarmanna skal tilnefndur af Landsrétti. Dómstólasýslan tilnefnir þriðja nefndarmanninn og skal hann ekki vera starfandi dómari en Lögmannafélags Íslands þann fjórða. Fimmti nefndarmaðurinn skal kosinn af Alþingi. Tilnefningaraðilar skulu tilnefna bæði karl og konu, jafnt í sæti aðalmanns sem varamanns, en heimilt er að víkja frá því þegar hlutlægar ástæður leiða til þess að ekki er mögulegt að tilnefna bæði karl og konu. Skal tilnefningaraðili þá skýra ástæður þess. Ráðherra skal gæta þess við skipun í nefndina að kröfum laga um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla við skipun í ráð og nefndir sé fullnægt. Skipunartími í nefndina er fimm ár en þó þannig að hvert ár renni út skipunartími eins nefndarmanns. Sami maður verður ekki skipaður í sæti aðalmanns í nefndinni oftar en tvisvar samfleytt.

Dómnefndin hefur aðstöðu hjá dómstólasýslunni.“

12. gr.

Umsögn dómnefndar og skipun dómara

„Dómnefnd lætur ráðherra í té skriflega og rökstudda umsögn um umsækjendur um embætti dómara. Í umsögn dómnefndar skal tekin afstaða til þess hvaða umsækjandi sé hæfastur til að hljóta embættið en heimilt er að setja tvo eða fleiri umsækjendur jafna. Að öðru leyti setur ráðherra nánari reglur um störf nefndarinnar.

Óheimilt er að skipa í dómaraembætti mann sem dómnefnd hefur ekki talið hæfastan meðal umsækjenda, hvort heldur einn eða samhlíða öðrum. Frá þessu má þó víkja ef Alþingi samþykkir tillögu ráðherra um heimild til að skipa í embættið annan nafngreindan umsækjanda sem fullnægir að mati dómnefndar öllum skilyrðum til að hljóta skipun í embættið. Ráðherra skal þá leggja slíka tillögu fyrir Alþingi innan tveggja vikna frá því að umsögn dómnefndar er afhent honum eða innan þess tíma frá því að Alþingi kemur næst saman eftir að umsögn er fengin og verður tillaga að vera samþykkt innan mánaðar frá því að hún er lögð fram, ella er ráðherra bundinn af umsögn dómnefndar.“

21. gr.

Almenn hæfisskilyrði

„Í Landsrétti eiga sæti 15 dómara sem forseti Íslands skipar ótímabundið samkvæmt tillögu ráðherra.

Þann einn má skipa í embætti landsréttardómara sem fullnægir þessum skilyrðum:

1. Hefur náð 35 ára aldri.
2. Hefur íslenskan ríkisborgararétt.
3. Er svo á sig kominn andlega og líkamlega að hann geti gegnt embættinu.
4. Er löggráða og hefur aldrei misst forræði á búi sínu.
5. Hefur hvorki gerst sekur um refsivert athæfi sem má telja svívirðilegt að almenningsáliti né sýnt af sér háttsemi sem getur rýrt það traust sem dómara verða almennt að njóta.
6. Hefur lokið embættisprófi eða grunnnámi ásamt meistaraprófi í lögum.
7. Hefur starfað í minnst þrjú ár sem héraðsdómari, lögmaður með málflutningsréttindi fyrir Hæstarétti, prófessor eða dósent í lögum, lögreglustjóri, sýslumaður, saksóknari, ráðuneytisstjóri, skrifstofustjóri í ráðuneyti því sem fer með málefni dómstóla og réttarfars eða umboðsmaður Alþingis eða hefur um jafnlangan tíma gegnt öðru líku starfi sem veitir hliðstæða lögfræðilega reynslu.
8. Telst vera hæfur til að gegna embættinu í ljósi starfsferils síns og lögfræðilegrar þekkingar.

Í embætti landsréttardómara má ekki skipa þann sem er eða hefur verið í hjúskap við dómara sem þar er skipaður fyrir eða skyldur slíkum dómara eða mægður að feðgatali, niðjatali eða öðrum lið til hliðar.“

43. gr.

Sjálfstæði dómara

„Dómarar eru sjálfstæðir í dómstörfum og leysa þau af hendi á eigin ábyrgð. Við úrlausn máls fara þeir eingöngu eftir lögum og lúta þar aldrei boðvaldi annarra. Dómsathöfn verður ekki endurskoðuð af öðrum nema með málskoti til æðri dóms.

...“

IV. gr. (Ákvæði til bráðabirgða)

„Skipun dómara við Landsrétt skal lokið eigi síðar en 1. júlí 2017 og skulu dómarar skipaðir í embættið frá og með 1. janúar 2018. Nefnd skv. 4. gr. a laga um dómstóla, nr. 15/1998, skal meta hæfni umsækjenda um embætti dómara við Landsrétt í fyrsta sinn. Skal nefndin láta ráðherra í té umsögn um umsækjendur í samræmi við 2. mgr. þeirrar greinar og reglur sem um nefndina gilda. Óheimilt er ráðherra að skipa í dómaraembætti mann sem dómnefnd hefur ekki talið hæfastan meðal umsækjenda, hvort heldur einn eða samhliða öðrum. Frá þessu má þó víkja ef Alþingi samþykkir tillögu ráðherra um heimild til að skipa í embættið annan nafngreindan umsækjanda sem fullnægir að mati dómnefndar öllum skilyrðum 2. og 3. mgr. 21. gr. laga þessara.

Þegar ráðherra gerir tillögu um skipun í embætti dómara við Landsrétt í fyrsta sinn skal hann leggja tillögu sína um hverja skipun fyrir Alþingi til samþykktar. Samþykki Alþingi tillögur ráðherra skal hann senda þær forseta Íslands sem skipar í embættin, sbr. 21. gr. Samþykki Alþingi ekki tillögu ráðherra um tiltekna skipun skal ráðherra leggja nýja tillögu fyrir Alþingi til samþykktar.

...“

106. Í skýringum með ákvæði IV til bráðabirgða er kveðið á sem hér segir, eftir því sem við á:

„...Í öðru lagi er lagt til að áður en ráðherra skipar dómara í embætti Landsréttar í fyrsta sinn skuli hann leggja tillögu um hverja skipun fyrir Alþingi til samþykktar. Í ljósi þess að skipaðir verða samtímis 15 dómarar er eðlilegt að tryggja aðkomu fleiri en eins handhafa ríkisvalds að því.“

3. Reglur dómsmálaráðherra nr. 620/2010 um störf dómnefndarinnar

107. Viðeigandi ákvæði Reglna dómsmálaráðherra nr. 620/2010 um störf dómnefndar sem fjallar um hæfni umsækjenda um dómaraembætti eru svohljóðandi:

3. gr.

„Þegar umsóknarfrestur er liðinn lætur ráðherra staðreyna að umsækjendur uppfylli öll hin almennu hæfisskilyrði dómaraembættisins sem auglýst var laust til umsóknar skv. lögum nr. 15/1998 um dómstóla. Að því búnu skulu umsóknir þeirra umsækjenda, sem uppfylla hin almennu hæfisskilyrði, sendar dómnefnd til umsagnar.“

4. gr.

„Í umsögn dómnefndar skal tekin afstaða til þess hvaða umsækjandi eða umsækjendur séu hæfastir til þess að hljóta umrætt dómaraembætti. Dómnefnd skal gæta þess við mat sitt að samræmis sé gætt þannig að jafnræði sé í heiðri haft. Niðurstaðan skal byggð á heildstæðu mati á grundvelli málefnalegra sjónarmiða og skal þar byggt á verðleikum

GUÐMUNDUR ANDRI ÁSTRÁÐSSON GEGN ÍSLANDI DÓMUR

umsækjenda með hliðsjón af menntun og reynslu, ráðvendni, hæfni og skilvirkni í starfi, eins og nánar greinir m.a. hér á eftir:

1. Menntun, starfsferill og fræðileg þekking. Við mat á menntun, starfsferli og fræðilegri þekkingu umsækjanda skal dómnefndin leggja áherslu á að æskilegt sé að umsækjandi hafi fjölbreytta starfsreynslu á sviði lögfræðinnar s.s. reynslu af dómstörfum, málflutningi eða öðrum lögmannsstörfum, störfum innan stjórnáætlunar eða fræðistörfum. Miðað skal við að umsækjandi hafi til að bera almenna og víðtæka lögfræðilega þekkingu og menntun. Þá skal litið til þess hvort umsækjandi hefur stundað framhaldsnám.

2. Aukastörf og félagsstörf. Dómnefnd ber einnig að líta til aukastarfa umsækjanda, svo sem til setu í úrskurðarnefndum eða annarra skyldra starfa sem nýtast dómaraefni. Loks er heimilt að líta til víðtækrar þátttöku í félagsstarfi.

3. Almenn starfshæfni. Við mat á almennri starfshæfni skal litið til þess hvort umsækjandi hafi sýnt sjálfstæði, óhlutdrægni, frumkvæði og skilvirkni í starfi og hvort hann eigi auðvelt með að skilja aðalatriði frá aukaatriðum. Æskilegt er að umsækjandinn hafi reynslu af stjórnun. Umsækjandi skal hafa góða þekkingu á íslensku máli og eiga auðvelt með að tjá sig í ræðu og riti.

4. Sérstök starfshæfni. Mikilvægt er að umsækjandi hafi einkamála- og sakamálaréttarfar á valdi sínu og geti farið að fyrirmælum laga um samningu dóma og ritað þá á góðu máli Hann verður að geta stjórnað þinghöldum af röggsemi og sanngirnri og afgreitt þau mál sem honum eru fengin bæði fljótt og af öryggi.

5. Andlegt atgervi. Umsækjandi þarf að eiga auðvelt með mannleg samskipti, bæði við samstarfsmenn og þá sem erindi eiga við hann. Gerð er krafa um að af umsækjanda fari gott orð bæði í fyrri störfum og utan starfa og að reglusemi hans sé í engu ábótavant.“

5. gr.

„Umsókn umsækjanda um embætti dómara á grundvelli auglýsingar um það ásamt þeim reglum sem um það gilda markar þann grundvöll sem dómnefnd byggir umsögn sína á.

Dómnefndin skal sjá til þess að mál sé að öðru leyti nægilega upplýst áður en umsögn er veitt um hæfni umsækjanda.

Dómnefndin getur litið til allra birtra verka umsækjanda, s.s. fræðirita, dóma, úrskurða og annars þess háttar, við mat sitt skv. 4. gr. Þótt þau hafi ekki fylgt umsókn umsækjanda. Ekki þarf að gera umsækjanda sérstaklega viðvart um það fyrirfram.

Dómnefndin getur boðað umsækjendur í viðtal og krafist þá um öll nauðsynleg gögn til viðbótar þeim sem fylgdu umsókn þeirra og lagt til grundvallar mati sínu skv. 4. gr.

Dómnefnd getur aflað vitneskju um starfsferil umsækjanda hjá fyrri vinnuveitendum hans og öðrum, sem hafa átt samskipti við umsækjanda vegna starfa hans. Umsækjanda skal gefinn sjö daga frestur til þess að tjá sig um upplýsingar sem þannig er aflað.“

6. gr.

„Dómnefndin skal gefa skriflega og rökstudda umsögn um umsækjendur þar sem fram kemur:

(a) rökstutt álit á hæfni hvers umsækjanda, og síðan

(b) rökstutt álit á því hvern eða hverja nefndin telur hæfasta til að hljóta embættið.“

7. gr.

„Dómnefnd skal kynna umsækjendum drög sín að umsögn um hæfni umsækjenda og gefa þeim sjö daga frest til þess að koma að sjónarmiðum sínum. Umsækjendur eru bundnir trúnaði um efni draganna.“

8. gr.

„Eftir að dómnefnd hefur farið yfir sjónarmið umsækjenda og gert eftir atvikum breytingar á umsögn sinni gengur nefndin sameiginlega frá umsögn sinni í endanlegri mynd, undirritar hana og sendir ráðherra ásamt gögnum málsins. Jafnframt sendir nefndin umsækjendum umsögn sína.

Þremur dögum eftir að ráðherra og umsækjendum hafa verið send eintök af umsögn nefndarinnar skal birta umsögnina í heild á vefsíðu dómsmálaráðuneytisins.“

9. gr.

„Dómnefnd skal skila umsögn um umsækjendur innan sex vikna frá því að umsóknirnar bárust henni. Sá frestur getur þó orðið lengri ef sérstakar ástæður valda því svo sem mikill fjöldi umsækjenda o.þ.h.

...“

4. Stjórnsýslulög

108. Viðeigandi ákvæði stjórnsýslulaga nr. 37/1993 eru svohljóðandi:

10. gr.

Rannsóknarreglan

„Stjórnvald skal sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því.“

5. Lög um þingsköp Alþingis

109. Viðeigandi ákvæði laga um þingsköp Alþingis nr. 55/1991 eru svohljóðandi:

45. gr.

„Tillögur til þingsályktunar skulu vera í ályktunarformi. Skal prenta þær og útbýta þeim meðal þingmanna á þingfundi. Tillögu til þingsályktunar skal að jafnaði fylgja greinargerð með skýringu á efni hennar. Umræða má eigi fara fram fyrir en í fyrsta lagi tveimur nóttum eftir að tillögunni var útbýtt.

Ekki er þingsályktunartillaga samþykkt til fullnaðar fyrir en hún hefur verið rædd við tvær umræður. Tillögur um vantraust á ríkisstjórn eða ráðherra, tillögur um kosningu nefnda skv. 39. gr. stjórnarskrárinnar, svo og tillögur nefnda, sbr. 2. mgr. 26. gr., skulu þó ræddar og afgreiddar við eina umræðu eftir reglum um síðari umræðu um þingsályktunartillögur. Sama gildir um tillögur um frestun á fundum Alþingis samkvæmt síðari málslíð 1. mgr. 23. gr. stjórnarskrárinnar.

Er fyrri umræðu er lokið gengur tillagan til síðari umræðu og þeirrar nefndar er forseti leggur til. Atkvæða skal þó leitað ef einhver þingmaður óskar þess, svo og ef önnur tillaga kemur fram um til hvaða nefndar málið fari.

GUÐMUNDUR ANDRI ÁSTRÁÐSSON GEGN ÍSLANDI DÓMUR

Síðari umræða fer eigi fram fyrir en einni nóttu eftir fyrri umræðu eða útbýtingu nefndarálits. Skal þá ræða tillögugreinar og breytingartillögur við þær. Þá er umræðu er lokið skal greiða atkvæði um hverja tillögugrein og breytingartillögur við þær og loks tillöguna í heild sinni. Séu engar breytingartillögur má þó bera tillöguna upp í heild.

Ef Alþingi berst erindi sem lýtur að málefni sem þingið verður samkvæmt stjórnarskrá eða lögum að taka afstöðu til en er ekki þingmál skv. III. kafla skýrir forseti frá því á þingfundi. Málið gengur síðan án umræðu til nefndar samkvæmt tillögu sem forseti gerir. Þegar nefnd hefur lokið athugun málsins lætur hún uppi álit sitt sem er útbýtt á þingfundi, ásamt tillögu að ályktun Alþingis sem skal rædd og afgreidd við eina umræðu eftir reglum um síðari umræðu um þingsályktunartillögur.

Þingsályktunartillögur, sem útbýtt er eftir lok nóvembermánaðar, verða ekki teknar á dagskrá fyrir jólahlé nema með samþykki þingsins, sbr. 74. gr. Þá verða þingsályktunartillögur, sem útbýtt er síðar en 1. apríl, ekki teknar á dagskrá fyrir sumarhlé nema með samþykki þingsins, sbr. 81. gr. Samþykkis má þó fyrst leita þegar liðnir eru fimm dagar frá útbýtingu tillögunnar en frá því má víkja ef þrjú fimmtu hlutar þeirra þingmanna er um það greiða atkvæði samþykkja.

Stjórnskipulegum fyrirvara skv. 103. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið ber að aflétta með þingsályktun og skal haga framsetningu hennar í samræmi við reglur sem forseti setur.

Forsætisráðherra leggur í október á hverju ári fram á Alþingi skýrslu um framkvæmd þeirra ályktana sem þingið samþykkti á næstliðnu ári og kalla á viðbrögð ráðherra eða ríkisstjórnar nema lög kveði á um að haga skuli skýrslugjöf til þingsins á annan hátt. Í skýrslunni skal enn fremur fjalla um meðferð málefna sem þingið hefur vísað til ríkisstjórnar eða einstaks ráðherra. Þegar skýrslan hefur verið lögð fram skal hún ganga til stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar til umfjöllunar. Nefndin getur lagt fyrir þingið álit sitt á skýrslu ráðherra og, ef hún telur ástæðu til, gert tillögur til þingsins um einstök atriði í skýrslunni.

6. Lög um meðferð sakamála

110. Viðeigandi ákvæði laga um meðferð sakamála nr. 88/2008 eru svohljóðandi:

6. gr.

„Dómari, þar á meðal meðdómsmaður, er vanhæfur til að fara með mál ef:

- a. hann er sakborningur, brotþoli eða fyrirsvarsmannur þeirra,
- b. hann hefur gætt réttar sakbornings eða brotþola í málinu;
- c. hann hefur borið eða verið kvaddur til að bera vitni um atvik málsins af réttmætu tilefni eða verið mats- eða skoðunarmaður um [að því er snertir ákærurnar sem um ræðir];
- d. hann er eða hefur verið maki sakbornings eða brotþola, skyldur eða mægður þeim í beinan legg eða að öðrum lið til hliðar eða tengdur þeim með sama hætti vegna ættleiðingar,
- e. hann tengist eða hefur tengst fyrirsvarsmanni sakbornings eða brotþola eða málflytjanda með þeim hætti sem segir í d-lið;
- f. hann tengist eða hefur tengst vitni í málinu með sama hætti og segir í d-lið ellegar mats- eða skoðunarmanni,

g. fyrir hendi eru önnur atvik eða aðstæður sem eru fallnar til þess að draga óhlutdrægni hans með réttu í efa.“

111. Samkvæmt lögum um meðferð sakamála er unnt að endurupptaka mál við tiltekna aðstæður. Í 228 gr. laganna segir að hafi héraðsdómur gengið í sakamáli sem ekki hefur verið áfrýjað eða áfrýjunarfrestur er liðinn geti endurupptökunefnd orðið við beiðni manns, sem telur sig ranglega sakfelldan eða sakfelldan fyrir meira brot en það sem hann hefur framið, um að málið verði endurupptekið í héraði að uppfylltum tilteknum skilyrðum. Skilyrðin eru meðal annars að fram séu komin ný gögn sem ætla má að hefðu verulega miklu skipt fyrir niðurstöðu málsins ef þau hefðu komið fram áður en dómur gekk (a-liður), eða að verulegir gallar hafi verið á meðferð máls þannig að áhrif hafi haft á niðurstöðu þess (d-liður). Ríkissaksóknari getur einnig beiðst endurupptöku máls til hagsbóta fyrir dómfelldan aðila ef hann telur skilyrði 1. mgr. 228. gr. laganna uppfyllt. Samkvæmt 229. gr. laganna skal beiðnin vera skrifleg og henni beint til endurupptökunefndar. Í henni skal ítarlega rökstutt hvernig skilyrðum til endurupptöku teljist fullnægt. Samkvæmt 231. gr. laganna tekur endurupptökunefnd ákvörðun um hvort mál verði endurupptekið. Sé beiðni um endurupptöku tekin til greina skal fyrri dómur í málinu halda gildi sínu þar til nýr dómur hefur verið kveðinn upp í málinu. Í 232. gr. laganna segir að endurupptökunefnd geti samþykkt beiðni um endurupptöku máls sem endanlega hefur verið dæmt í Landsrétti eða Hæstarétti og að nýr dómur verði þá kveðinn upp ef fullnægt er þeim skilyrðum sem greinir í 228. gr. Mál verður ekki endurupptekið í Landsrétti nema frestur til að leita áfrýjunarleyfis til Hæstaréttar sé liðinn eða Hæstiréttur hafi synjað um áfrýjunarleyfi.

112. Í nýlegum dómi sem kveðinn var upp af Hæstarétti 21. maí 2019 taldi rétturinn að hvorki d-liður 1. mgr. 228 gr. laga um meðferð sakamála, né önnur lög, leiddu sjálfkrafa til réttar aðila til endurupptöku þegar sakfelling þeirra hefði leitt til niðurstöðu um brot hjá Mannréttindadómstóli Evrópu, en að hvert mál yrði að meta á grundvelli málsatvika. Sakborningar í viðeigandi máli höfðu verið sakfelldir fyrir skattalagabrot, sem Mannréttindadómstóllinn hafði talið fara gegn 4. gr. 7. samningsviðauka við mannréttinasáttmálanna (sjá málið *Jóhannesson o.fl. gegn Íslandi*, nr. 22007/11, 18. maí 2017). Með tilvísan til þess að hlýtt hefði verið á málflutning sakborninga af sjálfstæðum og óvilhöllum dómstóli og til þess að mál þeirra væri ekki sambærilegt við mál þar sem brotið hefði verið gegn grundvallarreglum um sanngjarna málsmeðferð taldi Hæstiréttur að krafa þeirra uppfyllti ekki kröfur um endurupptöku samkvæmt d-lið 1. mgr. 228. gr. sakamálalaga.

7. Skaðabótalög

113. 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993 er svohljóðandi:

“Heimilt er að láta þann sem:

- (a) af ásetningi eða stórfelldu gáleysi veldur líkamstjóni eða
- (b) ábyrgð ber á ólögmati meingerð gegn frelsi, friði, æru eða persónu annars manns, greiða miskabætur til þess sem misgert var við.“

B. Innland réttarframkvæmd

114. Það er óskráð meginregla íslensks stjórnsluréttar að við skipun í opinber embætti beri stjórnvaldi skylda til þess að skipa þann umsækjanda sem hæfastur er. Enn fremur er talið að slíkar skipanir í embætti skuli byggðar á hlutlægum sjónarmiðum. Þessi meginregla hefur verið staðfest af Hæstarétti í mörgum dómum réttarins, þar með talið dómunum frá 5. nóvember 1998 og 14. apríl 2011 (sjá 69. mgr. hér að framan), og dómunum frá 19. desember 2017 í málum umsækjendanna J.R.J. og Á.H. (sjá 67.-75. mgr. hér að framan).

115. Eins og stuttlega er vikið að í 13. gr. hér að framan varðaði dómur Hæstaréttar (nr. 412/2010) deilu um skipun héraðsdómara, þar sem Hæstiréttur taldi að starfandi dómismálaráðherra á þeim tíma og íslenska ríkið væru skaðabótaskyld vegna skipunarinnar sem um var deilt. Þar sem skipunin hafði átt sér stað fyrir gildistöku laga nr. 45/2010, þegar tillögur dómnefndarinnar um skipanir í embætti dómara voru ekki orðnar bindandi fyrir dómismálaráðherra, hefði hinn síðarnefndi litið fram hjá tillögu dómnefndarinnar og gert tillögu um umsækjanda sem aðeins hafði verið metinn „hæfur“ í stað eins hinna þriggja sem taldir höfðu verið „mjög vel hæfir“. Þegar einn hinna þriggja sem ekki hafði verið skipaður höfðaði mál og krafðist bóta vegna meingerðar gegn æru hans og persónu féllst Hæstiréttur á kröfur þess umsækjanda á grundvelli eftirfarandi meginreglna:

„Samkvæmt 10. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 ber stjórnvaldi, sem veitir starf í þjónustu ríkisins eða embætti, að sjá til þess að atriði, sem máli skipta, séu nægjanlega upplýst áður en það tekur ákvörðun um veitinguna. Með áðurgildandi 3. mgr. og 4. mgr. 12. gr. laga nr. 15/1998 var þessari rannsóknarskyldu ... í verulegum atriðum létt af dóms- og kirkjumálaráðherra, en hún lögð þess í stað á herðar dómnefndar, sem skipað var í með tilliti til þess að tryggt yrði að sérþekking væri þar fyrir hendi um mat á hæfni umsækjenda um embætti héraðsdómara ... Þótt álit dómnefndarinnar hafi ekki verið bindandi fyrir ráðherra, ..., verður að gæta sérstaklega að því að rannsókn hennar kom lögum samkvæmt í stað rannsóknar, sem ráðherra hefði ella borið að gera. Af því leiðir að hafi ráðherra talið efni til að víkja frá áliti dómnefndarinnar við skipun í embætti héraðsdómara var óhjákvæmilegt að ákvörðun hans yrði reist á frekari rannsókn eftir 10. gr. stjórnslulaga, þar sem tekið yrði meðal annars tillit til fyrirmæla hans sjálfs í reglum nr. 693/1999 um þau atriði varðandi umsækjendur, sem ráða skyldu hæfnismati, og jafnframt tryggt að sérþekkingar nyti þar við í sambærilegum mæli og við störf dómnefndarinnar. Í þeim efnum bar einnig sérstaklega að gæta að því að við veitingu embættis héraðsdómara tók ráðherra ekki ákvörðun um starf, sem átti undir boðvald hans, heldur stöðu, sem heyrir til annarrar greinar ríkisvaldsins og sérstakar reglur um sjálfstæði gilda um samkvæmt 1. málslíð 61. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 1. mgr. 24. gr. laga nr. 15/1998.“

116. Í ársskýrslu sinni fyrir árið 2016 gerði umboðsmaður Alþingis eftirfarandi athugasemdir varðandi það matsferli sem fylgt væri af stjórnvöldum við skipun í opinber störf, eftir því sem við á:

“3.1.2 Málefni opinberra starfsmanna

...

Samkvæmt óskráðri meginreglu stjórnsýsluréttar ber almennt að ráða hæfasta umsækjandann í opinbert starf. Af því leiðir að mat á umsækjendum þarf að fara fram á grundvelli faglegra verðleika þeirra í ljósi þeirra málefnalegu sjónarmiða sem eiga við hverju sinni samkvæmt lögum og eðli starfsins. Jafnframt felst í reglunni að almennt má ekki líta til óviðkomandi sjónarmiða við matið á borð við stjórnmalaskoðanir og (ó)vináttu. Í málum þar sem ráða á opinbera starfsmenn eða skipa embættismenn virðist hin síðari ár oft hafa verið farin sú leið af hálfu stjórnvalda eða þeirra ráðningarfyrirtækja sem þau leita til að tilgreina þau sjónarmið sem mat á umsækjendum er grundvallað á og þeim gefið ákveðið vægi. Umsækjanda eru síðan gefin stig fyrir hvert sjónarmið og heildarstigagjöf hans reiknuð út. Sá umsækjandi sem hlýtur flest stig telst jafnan vera hæfasti umsækjandinn að mati veitingarvaldshafans. Tilgreining sjónarmiða og ákvörðun um innbyrðis vægi þeirra áður en umsækjendur eru metnir á þeim grundvelli er almennt í góðu samræmi við það verkefni veitingarvaldshafa að meta umsækjendur á grundvelli faglegra verðleika.

Ég hef hins vegar síðari ár orðið þess var að framangreindri aðferð sé beitt með of formlegum eða fortakslausum hætti en minna fari fyrir efnislegu mati á þekkingu og getu umsækjenda. Þannig er t.d. einungis litið til þess hversu löng starfsreynsla þeirra er í árum talið, hversu mörgum námskeiðum þeir hafa lokið eða hversu margar fræðigreinar þeir hafa birt en þess sjást ekki merki að lagt hafi verið mat á t.d. inntak starfsreynslunnar, þ.á m. hversu vel viðkomandi hefur staðið sig í starfi og þá með tilliti til þess hvornig ætla megi að sú starfsreynsla muni nýtast í því starfi sem verið er að ráða í. Í öðrum tilvikum hefur sjónarmiðunum verið stillt upp í matsmælikvarða þar sem þau hafa verið greind í flokka, s.s. ólíka flokka starfsreynslu, þar sem hver flokkur getur einungis gefið tiltekinn [hámarks]fjölda stiga. Afleiðingin verður þá oft og tíðum sú að sá umsækjandi sem hefur unnið á flestum stöðum, og sækir því stig úr flestum flokkum, fær fleiri stig en umsækjandi sem hefur tileinkað sér ákveðna starfsreynslu, án þess að lagt sé efnislegt mat á hvort hin langa starfsreynsla þess síðarnefnda sé engu að síður betri undirbúningur til að gegna hinu auglýsta starfi en hin fjölbreytta starfsreynsla þess fyrrnefnda.

Ég tek fram að það er almennt séð ekki ómálefnalegt að líta til fjölbreyttrar starfsreynslu við ráðningu í starf en framangreindar aðferðir virðast oft leiða ósjálfrátt til þess að á skortir að efnislegur samanburður fari fram á verðleikum umsækjenda og þar með hæfni þeirra. Afleiðingarnar eru að raunverulegur vafi skapast um hvort hæfasti umsækjandinn til að gegna starfinu hafi hlotið flest stigin og útilokist þar með frá því að koma til greina þegar ráðið er í starfið [*sic.*]. Í þessu sambandi legg ég áherslu á að þær matsaðferðir sem stjórnvöld styðjast við séu til þess fallnar að leggja raunverulegt, efnislegt mat á umsækjendur með það fyrir augum að hæfasti umsækjandinn til að gegna því starfi sem um ræðir hverju sinni verði ráðinn. Almennt tel ég að miðað við eðli þeirrar matskenndu ákvörðunar sem ráðning í opinbert starf er og þau sjónarmið sem til greina kemur að byggja á við slíka ákvörðun þurfi að gæta varfærni þegar sú leið er farin við mat á umsækjendum að láta niðurstöðuna ráðast af tölulegu mati með þeim hætti sem lýst hefur verið hér að framan.“

II. ALÞJÓÐLEGAR HEIMILDIR

A. Sameinuðu þjóðirnar

117. Meginreglur Sameinuðu þjóðanna (S.þ.) um sjálfstæði dómstóla, sem samþykktar voru á sjöunda þingi S.þ. um aðgerðir til að sporna við glæpum og um meðferð sakamanna, sem haldið var í Mílanó dagana 26. ágúst til 6. desember 1985, og studdar með ályktunum allsherjarþings S.þ. nr. 40/32 frá 29. nóvember 1985 og 40/146 frá 13. desember 1985 eru svohljóðandi, að því marki sem þær eiga við í þessu máli:

„Hæfni, val og menntun

10. Þeir sem valdir eru til að þess gegna embætti dómara skulu vera ráðvandar einstaklingar og hæfir með viðeigandi menntun eða réttindi í lögfræði. Við val á dómurum í embætti skal beitt aðferðum sem tryggja að skipun í dómaraembætti ráðist ekki af óviðeigandi hvötum.“

118. Í almennri ályktun sinni nr. 32 um 14. gr. alþjóðasamningsins um borgaraleg og stjórn mála réttindi (ICCPR) – sem Ísland fullgilti 22. ágúst 1979 – varðandi réttinn til jafnræðis fyrir dómstólum og til sanngjarnar málmeðferðar (CCPR/C/GC/32, birt 23. ágúst 2007), lýsti mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna yfir eftirfarandi:

„4. Með 14. gr. eru tryggð réttindi sem aðildarríkjum ber að virða, hvað sem líður lagahefð og innlendri löggjöf. Aðildarríkjum ber að skila skýrslu um túlkun þessara réttinda í réttarkerfum sínum en nefndin bendir þó á að ekki sé unnt að fallast á að skýring á grundvallarinntaki réttinda samkvæmt samningnum ráðist alfarið af innlendum lögum.

...

19. Krafa um hæfni, sjálfstæði og óhlutdrægni dómstóls í skilningi 1. mgr. 14. gr. er órávíkjanlegur réttur sem ekki er háður neinum undantekningum. Krafa um sjálfstæði vísar einkum og sér í lagi til málsmeðferðar og hæfis þegar skipað er í embætti dómara og til trygginga á friðhelgi þeirra í starfi allt til lögbundins starfslokaaldurs, eða þar til skipunartími þeirra rennur út, ef við á, skilyrða sem gilda um framgang, tilflutning í starfi, embættismissi þeirra eða niðurfellingu starfa þeirra og raunverulegs sjálfstæðis dómsvaldsins gagnvart pólitískri íhlutun af hálfu framkvæmdavalds og löggjafans. Ríki ættu að gera sérstakar ráðstafanir til þess að tryggja sjálfstæði dómsvaldsins, vernda dómara fyrir hvers kyns pólitískri íhlutun í ákvarðanatöku þeirra með stjórnarskrá eða með því að samþykkja lög þar sem settar eru skýrar reglur um málsmeðferð og hlutlæg viðmið um skipun, launakjör, embættistíma, framgang, embættismissi og uppsögn dómara og agaviðurlög sem þeir eru beittir. Aðstæður þar sem störf og valdsvið dómsvalds og framkvæmdavalds eru ekki aðgreind með skýrum hætti, eða þar sem hið síðarnefnda getur ráðið yfir hinu fyrrnefnda eða gefið því fyrirmæli eru ósamrýmanlegar hugmyndinni um sjálfstæðan dómstól. Nauðsynlegt er að vernda dómara fyrir hagsmunaárekstrum og hótunum. Í því skyni að vernda sjálfstæði dómara skal staða dómara, þar með talið embættistími, sjálfstæði, öryggi, viðunandi launakjör, starfsskilyrði, eftirlaun og starfslokaaldur, tryggð á fullnægjandi hátt með lögum.

20. Einungis má vera unnt að víkja dómara úr starfi vegna misferlis eða vanhæfni og þá í samræmi við sanngjarna málsmeðferð þar sem tryggð er hlutlægni og óhlutdrægni samkvæmt stjórnarskrá eða lögum. Uppsögn dómara af hálfu framkvæmdavaldsins, t.d. fyrir lok skipunartíma þeirra, án sérstakra skýringa og án þess að virk réttarúrræði séu fyrir hendi til þess að andmæla uppsögninni samræmist ekki sjálfstæði dómssvaldsins. Hið sama á við, til að mynda, um uppsögn dómara af hálfu framkvæmdavaldsins vegna meintrar spillingar ef ekki er fylgt neinum þeim málsmeðferðarreglum sem kveðið er á um í lögum.“

119. Viðeigandi hlutar í þemaskýrslu Leandro Despouy, sérstaks skýrslugjafa Sameinuðu þjóðanna um sjálfstæði dómara og lögmanna um „tryggingu sjálfstæðis dómstóla / helstu þróun í alþjóðlegum rétti“ (skjal mannréttindanefndar Sameinuðu þjóðanna nr. A/HRC/11/41 frá 24. mars 2009) eru svohljóðandi:

“III. TRYGGING SJÁLFSTÆÐIS DÓMARA

A. Sjálfstæði stofnana: þættir sem áhrif hafa á sjálfstæði dómssvaldsins

17. Í þessum kafla mun sérstakur skýrslugjafi greina atriði sem áhrif hafa á sjálfstæði dómssvaldsins sem stofnunar.

...

3. Val og skipun

23. Í meginreglunum um sjálfstæði dómssvaldsins er mælt fyrir um að dómara skuli valdir á grundvelli ráðvendni og hæfni og að í hvers kyns aðferðum sem notaðar eru við val á dómurum skuli felast varúðarráðstafanir gegn skipunum í dómaraembætti af óviðeigandi hvötum [neðanmálsgrein: 10. meginregla]. Þessi mikilvæga meginregla hefur einnig verið tekin upp í fjölda svæðisbundinna staðla [tilmæli ráðherraefndar Evrópuráðsins nr. R(94)12, regla I(2)(c); meginreglur og leiðbeiningar um réttinn til réttlátrar málmeðferðar og lögfræðilegrar aðstoðar í Afríku A (4) (h); Beijing yfirlýsingin um meginreglur um sjálfstæði dómstóla á LAWASIA svæðinu, meginreglur 11, 12 og 15]. Enn fremur er í meginreglum og leiðbeiningum um réttinn til réttlátrar málsmeðferðar og lögfræðilegrar aðstoðar í Afríku lögð áhersla á mikilvægi gegnsæis og ábyrgðar í val- og skipunarferlum [neðanmálsgrein: Principles and Guidelines in Africa, A (4) (h)].

24. Sérstakur skýrslugjafi S.þ. bendir á fjölbreytileika þeirra kerfa sem við lýði eru til þess að velja og skipa dómara um heim allan. Hægt er að greina í stórum dráttum milli pólitískra skipana (val af hálfu löggjafans eða framkvæmdavaldsins), skipana með almennum kosningum, skipana af hálfu stofnana (sem einungis eru skipaðar dómurum), vals af hálfu fjölskipaðs dómstólaráðs, eða alls kyns blandaðra kerfa þar sem tilnefningingaraðili er af einum toga (t.d. dómstólaráð) og sá aðili sem fer með skipunarvaldið er annars eðlis (t.d. pólitísk skipunarstofnun)...

...

30. Auk samsetningar stofnunar þeirrar sem annast valið er jafnframt mikilvægt að ákveða valdarmörk hennar, þar sem sá þáttur hefur mikil áhrif á það hversu sjálfstæðir dómara geta talist, ekki aðeins frá pólitísku valdi, heldur einnig frá skipunaraðilanum sjálfum... Í því skyni að tryggja sjálfstæði dómara og val á hæfustu umsækjendunum leggur sérstakur skýrslugjafi S.þ. áherslu á mikilvægi þess að setja hlutlægar viðmiðanir og beita þeim við val á dómurum. Einnig var lögð áhersla á mikilvægi hlutlægra viðmiðana af mannréttindanefndinni og nefndinni gegn pyntingum. Þessar hlutlægu viðmiðanir ættu sérstaklega að varða hæfni, ráðvendni, færni og skilvirkni. Sérstaki

GUÐMUNDUR ANDRI ÁSTRÁÐSSON GEGN ÍSLANDI DÓMUR

skýrslugjafinn leggur áherslu á að val á dómurum verði að byggja alfarið á verðleikum, sem er mikilvæg meginregla sem einnig felst í tilmælum nr. R (94) 1228 og lögnum um suður-ameríska dómarann (e. Statute of the Ibero-American Judge) ...

...

33. Þegar stofnun innan framkvæmdavaldsins eða löggjafarvaldsins er ein um að skipa dómara formlega í embætti [neðanmálsgrein sleppt] eftir að þeir hafa verið valdir af sjálfstæðri stofnun ætti tillögum hinnar sjálfstæðu stofnunar einungis að hafna í undantekningartilvikum og á grundvelli rötgróinna viðmiða sem kunngerð hafa verið fyrir fram. Í slíkum tilvikum ætti að vera fyrir hendi sérstök málsmeðferð, þar sem framkvæmdavaldinu er skylt að rökstyðja skriflega ástæðurnar að baki því að ekki var farið að tillögu fyrrnefndrar sjálfstæðu stofnunar um skipun tilnefnds umsækjanda. Enn fremur ætti hinn skriflegi rökstuðningur að vera aðgengilegur almenningi. Slík málsmeðferð mundi hjálpa til þess að bæta gegnsæi og ábyrgð á vali og skipun.“

120. Í samræmi við skyldu sína samkvæmt 40. gr. ICCPR (alþjóðasamningsins um borgaraleg og stjórnómáleg réttindi) lagði Ísland fram skýrslu sína um framkvæmd ICCPR fyrir mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna 27. apríl 2010 (UN Doc. CCPR/C/ISL/5). Viðkomandi hlutar skýrslunnar, sem varða málsmeðferðina við skipun dómara, eru svohljóðandi:

„130. Á undanförunum árum hafa verið vaxandi áhyggjur af því að reglur um val og skipun dómara, bæði við héraðsdómstólana og Hæstarétt, tryggja ekki með fullnægjandi hætti sjálfstæði dómstóla. Umræðan hefur einkum beinst að hlutverki ráðherra, sem einir bera ábyrgð á skipun dómara og hafa í sumum tilvikum horft fram hjá tillögum sérstakrar dómnefndar varðandi skipun héraðsdómara og álit Hæstaréttar varðandi skipun hæstaréttardómara. Nú hefur verið brugðist við þessari gagnrýni og dómismálaráðherra hefur lagt fyrir Alþingi frumvarp til laga um breytingar á dómstólalögum nr. 15/1998. Samkvæmt þeim breytingum sem tillaga er gerð um er markmiðið að dómismálaráðherra skipi fimm manna dómnefnd til þess að kanna hæfni og hæfi umsækjenda um embætti dómara bæði við Hæstarétt og héraðsdómstóla ... Dómnefndin mundi leggja fyrir dómismálaráðherra skriflega og rökstudda umsögn um umsækjendur um embætti dómara við Hæstarétt. Í umsögn sinni mundi dómnefndin taka afstöðu til þess hvaða umsækjandi sé hæfastur til þess að hljóta skipun í embættið, en gæti þó tilnefnt tvo eða fleiri umsækjendur sem jafnhæfa.“

131. Mikilvægasti þátturinn í þessum tillögum er sá að ráðherra gæti ekki skipað sem dómara einstakling sem dómnefndin teldi ekki hæfastan af umsækjendum, annað hvort einn og sér eða ásamt öðrum. Undanþágu mætti þó gera frá þessari reglu ef Alþingi samþykkti beiðni dómismálaráðherra um heimild til þess að skipa í embættið annan nafngreindan umsækjanda sem að mati dómnefndarinnar uppfyllti öll [viðeigandi] skilyrði ...“

B. Evrópuráðið

1. Ráðherranefndin

121. Tilmælin sem samþykkt voru af ráðherranefndinni 17. nóvember 2010 (CM/Rec(2010)12) um „Dómara: sjálfstæði, skilvirkni og ábyrgð“, að því marki sem þau eiga við, eru svohljóðandi:

„I. kafli – Almenn ákvæði.“

Sjálfstæði dómstóla og á hvaða stigi ber að tryggja það

...

3. Tilgangurinn með sjálfstæði, eins og það er áskilið í 6. gr. mannréttindasáttmálans, er að tryggja hverjum og einum þann grundvallarrétt að mál hans hljóti réttláta meðferð á lagalegum forsendum eingöngu og án nokkurra ótilhlýðilegra áhrifa.

4. Sjálfstæði dómara er tryggt með sjálfstæði dómskerfisins í heild. Það er sem slíkt grundvallarþáttur réttarríkisins.

...

II. kafli – Ytra sjálfstæði

11. Ytra sjálfstæði dómara er ekki forréttindi eða fríðindi sem veitt eru í þágu dómara sjálfra, heldur í þágu réttarríkis og þeirra sem leita eftir, og gera ráð fyrir, óhlutdrægu réttlæti. Líta ætti á sjálfstæði dómara sem tryggingu fyrir frelsi, virðingu fyrir mannréttindum og óhlutdrægri framkvæmd laga.

...

VI. kafli Staða dómans

Val og starfsferill

44. Ákvarðanir varðandi val og starfsferil dómara ættu að byggjast á málefnalegum viðmiðum sem ákveðin eru fyrirfram með lögum eða af hálfu lögbærra stjórnvalda. Slíkar ákvarðanir skulu byggjast á verðleikum, með hliðsjón af þeirri hæfni, hæfileikum og getu sem þarf til þess að dæma í málum með því að beita lögum og sýna jafnframt virðingu fyrir mannlegri reisn.

...

46. Stjórnvaldið sem ákvarðanir tekur um val og starfsferil dómara ætti að vera óháð framkvæmdavaldinu og löggjafarvaldinu. Með það í huga að tryggja sjálfstæði stjórnvaldsins ætti að minnsta kosti helmingur þeirra sem stjórnvaldinu tilheyra að vera dómamar valdir af jafningjum sínum.

47. Þegar stjórnarskrárákvæði eða önnur lagaákvæði gera ráð fyrir að þjóðhöfðinginn, ríkisstjórnin eða löggjafinn taki ákvarðanir varðandi val og starfsferil dómara ætti hins vegar sjálfstætt og þar til bært stjórnvald, sem að verulegu leyti er skipað fulltrúum úr dómstólunum (með fyrirvara um reglurnar í IV. kafla sem við eiga um dómstólaráð), að hafa vald til þess að gera tillögur eða lýsa álitum sem viðkomandi stjórnvald sem fer með skipunarvaldið fer eftir í störfum sínum

48. Samsetning hinna sjálfstæðu stjórnvalda sem vísað er til í 46. og 47. mgr. ætti að vera með þeim hætti að tryggt sé að umboð þeirra hvíli á sem breiðustum grunni. Starfsaðferðir þeirra ættu að vera gegnsæjar og rökstuðningur fyrir ákvörðunum ætti að vera aðgengilegur umsækjendum ef um hann er beðið. Umsækjandi sem ekki hlýtur embætti ætti að hafa rétt til þess að mótmæla ákvörðuninni, eða í það minnsta ferlinu sem beitt var við ákvarðanatökuna.“

Í skýringunum við þessi tilmæli er jafnframt kveðið svo á:

„13. Aðgreining valds er grundvallartrygging fyrir sjálfstæði dómstólanna, hvað sem líður lagahefðum aðildarríkjanna.“

2. Feneyjanefnd

122. Í skýrslu sinni um skipun dómara (CDL-AD(2007)028), sem samþykkt var á 70. allsherjarfundi nefndarinnar (16.17. mars 2007), hafði nefnd Evrópuráðsins um lýðræði með lögum (Feneyjanefndin) eftirfarandi að segja (neðanmálgreinum sleppt):

„3. Alþjóðlegir staðlar eru að þessu leyti hallari undir viðtækan aðskilnað ferlisins [sem beitt er við skipun dómara í embætti] frá stjórnámum. Ekkert eitt ópólítískt „líkan“ er þó til af skipunarkerfi sem gæti með bestum hætti samræmst meginreglunni um aðgreiningu valds og tryggt fullt sjálfstæði dómstólanna.

...

5. Í sumum eldri lýðræðisríkjum eru við lýði kerfi þar sem framkvæmdarvaldið hefur mikil áhrif á skipun í dómaraembætti. Slík kerfi kunna að reynast vel í reynd og leiða til sjálfstæðra dómstóla vegna þess að framkvæmdavaldinu er veitt aðhald af réttarmeningu og hefðum sem mótast hafa á löngum tíma.

6. Ný lýðræðisríki hafa á hinn bóginn ekki enn haft tækifæri til þess að þróa slíkar hefðir sem komið geta í veg fyrir misbeitingu. Því er að minnsta kosti í nýjum lýðræðisríkjum þörf á skýrum stjórnarskrárákvæðum sem tryggingu til þess að koma í veg fyrir pólitíska misbeitingu af hálfu annarra handhafa ríkisvalds við skipun dómara í embætti.

7. Í Evrópu er mikill munur á skipunaraðferðum frá einu landi og réttarkerfi til annars og einnig getur verið munur innan sama réttarkerfis eftir því hvers konar dómara er verið að skipa.“

123. Útdrættir úr réttarríkisgátlista (CDL-AD(2016)007), sem Feneyjanefndin samþykkti á 106. allsherjarfundi sínum (11.-12. mars 2016)⁸ og máli skipta eru svohljóðandi:

„45. Grundvallarkrafa réttarríkis er að völd opinberra yfirvalda séu skilgreind með lögum. Að svo miklu leyti sem lögmæti á við um aðgerðir opinberra embættismanna felst jafnframt í lögmæti að embættismenn hafi heimildir til aðgerða og að þeir hagi gerðum sínum innan marka þeirra valdheimilda sem þeim hafa verið veittar og virði þannig bæði réttarfars- og efnisreglur laga [neðanmálgrein sleppt].

...

53. Þótt full framkvæmd laganna sé sjaldnast möguleg er það grundvallarkrafa réttarríkis að lögin skuli virða. Þetta þýðir sér í lagi að ríkisstofnanir verða að innleiða lög með skilvirkum hætti. Það yrdi til þess að vekja efasemdir um sjálfan kjarna réttarríkisins ef lög kæmu einungis fram á bókum og þeim væri ekki beitt og framfylgt sem skyldi [neðanmálgrein sleppt]. Skyldan að innleiða lög er þrjúþætt, þar sem hún felur í sér löghlýðni einstaklinga, skyldu ríkisins til þess að framfylgja lögum með sanngjörnum hætti og skyldu opinberra starfsmanna til þess að halda sig innan valdheimilda sinna.

...

⁸ Samþykkt af staðgenglum ráðherra á 1263. fundi (6.-7. september 2016) og af sveitarstjórnaþingi Evrópuráðsins á 31. fundi sínum (19.-21. október 2016).

66. Misbeiting ákvörðunarvalds ætti að heyra undir eftirlit dómstóla eða sæta öðru sjálfstæðu eftirliti. Þau úrræði sem í boði eru ættu að vera skýr og aðgengileg.

...

68. Skyldan til þess að veita rökstuðning ætti einnig að eiga við um stjórnvaldsáskvarðanir [neðanmálgrein sleppt].

...

74. Dómstólar ættu að vera sjálfstæðir. Í sjálfstæði felst að dómstólar séu lausir við utanaðkomandi þrýsting og ekki háðir pólitískum áhrifum eða misnotkun, einkum af hálfu framkvæmdavaldsins. Þessi krafa er óaðskiljanlegur hluti af grunnreglu lýðræðisins um aðgreiningu valds. Dómarar ættu ekki að lúta pólitískum áhrifum eða misnotkun.

...

79. Mikilvægt er að skipun og starfsframi dómara velti ekki á pólitískum eða persónulegum sjónarmiðum og að kerfið sæti stöðugu eftirliti til þess að tryggja að svo sé.“

3. Ráðgjafarnefnd evrópskra dómara

124. Í álitinu nr. 1(2001) um „staðla um sjálfstæði dómstóla og friðhelgi dómara“ gerði Ráðgjafarnefnd evrópskra dómara (CCJE) eftirfarandi athugasemdir, sem skipta hér máli (neðanmálgreinum sleppt):

„Röksemdirnar fyrir sjálfstæði dómstóla

10. Sjálfstæði dómstóla er forsenda réttarríkisins og að tryggð sé réttlát málsmeðferð ... Sjálfstæði þeirra [dómara] er ekki forréttindi eða fríðindi sem veitt eru í þágu þeirra sjálfra, heldur í þágu réttarríkisins og þeirra sem leita eftir, og gera ráð fyrir, réttlæti.

11. Þetta sjálfstæði verður að ríkja gagnvart samfélaginu almennt og gagnvart þeim tilteknu aðilum að deilumáli sem dómarar þurfa að skera úr um. Dómsvaldið er ein af þremur jafngildum meginstöðum nútímalýðræðisríkis. Það gegnir mikilvægu hlutverki og starfi gagnvart hinum stöðunum tveimur. Það tryggir að unnt sé að kalla ríkisstjórnir og stjórnvöld til ábyrgðar vegna athafna sinna og, að því er viðvíkur löggjafanum, á það hlut að því að tryggja að settum lögum sé framfylgt og, að meira eða minna leyti, að tryggja að lögin samræmist gildandi stjórnskipunarlögum eða æðri lögum (...). Til þess að gegna hlutverki sínu að þessu leyti þurfa dómstólar að vera óháðir þessum stofnunum, sem felst í frelsi undan óviðeigandi tengslum við þær eða áhrifum frá þeim. Sjálfstæði veitir þannig tryggingu fyrir óhæði. Þetta hefur óhjákvæmilega þýðingu fyrir nánast allar hliðar starfsferils dómara: allt frá menntun til skipunar og framgangs og til agaviðurlaga.

12. ... sjálfstæði dómstóla er útfærsla á þeirri grunnreglu að „enginn geti verið dómari í eigin sök“. Þessi grunnregla hefur einnig þýðingu langt umfram það sem varðar hina tilteknu aðila að deilu. Það eru ekki einungis aðilar að tiltekinni deilu sem þurfa að geta treyst dómstólunum, heldur samfélagið í heild. Dómari þarf þannig ekki einungis að vera laus undan hvers kyns óviðeigandi tengslum, hlutdrægni eða áhrifum; hann eða hún þarf einnig að hafa þá ásýnd gagnvart sanngjörnum áhorfanda að vera laus undan slíku. Annað gæti grafið undan trausti á sjálfstæði dómstólanna.

13. Röksemdirnar fyrir sjálfstæði dómstóla, eins og lýst er hér að framan, eru prófsteinn sem nýtist til þess að meta raunverulega þýðingu sjálfstæðisins – þ.e.a.s. þá

þætti sem nauðsynlegir eru til þess að tryggja það, á stjórnskipunarstigi eða lægra stigi, svo og í daglegri framkvæmd, í einstökum ríkjum.

...

Grundvöllur skipunar eða framgangs

17. ... Þannig er almenn samstaða bæði um að skipun skuli eiga sér stað „eftir verðleikum“ á grundvelli „hlutlægra viðmiða“ og að pólitísk sjónarmið eigi ekki að koma til greina.

...

25. Hvers kyns „hlutlæg viðmið“ sem miða að því að tryggja að val og starfsferill dómara séu „reist á verðleikum með hliðsjón af hæfni, ráðvendni, getu og skilvirkni“ hljóta alltaf að vera með almennu orðalagi. Engu að síður er það raunverulegt inntak þeirra og áhrif í því ríki sem um ræðir sem úrslitum ræður. **Ráðgjafarnefnd evrópskra dómara lagði til að stjórnvöld sem hefðu það hlutverk í aðildarríkjum að annast og vera til ráðgjafar um skipanir og framgang [dómara] ættu þegar í stað að innleiða, birta og fylgja hlutlægum viðmiðum með það að markmiði að tryggja að val og starfsferill dómara byggist á „verðleikum, með tilliti til hæfni, ráðvendni, getu og skilvirkni.“** Að svo búnu verður þeim stofnunum eða yfirvöldum sem fara með skipunar- eða framgangsmál skylt að haga málum samkvæmt því og þá verður a.m.k. mögulegt að grannskoða inntak þeirra viðmiða sem upp eru tekin og áhrif þeirra í raun.

...

45. Jafnvel í réttarkerfum þar sem góðum viðmiðum hefur verið fylgt í krafti hefðar og óformlegs sjálfsgaga, að venju undir vökulu auga fjálsra fjölmiðla, hefur verið vaxandi skilningur á því á undanförunum árum að þörf er á hlutlægari og formlegri varúðarráðstöfunum [varðandi skipun og starfsframa dómara]. Í öðrum ríkjum, (...) er þörfin brýn ...

...

Skipun, starfsöryggi og agi

57. Það er grundvallaratriði í sjálfstæði dómstóla að skipun sé tryggð fram til lögbodins eftirlaunaaldurs eða þar til tímabundin ráðning er á enda: ...“

125. Grundvallarreglur dómara (e. Magna Carta of Judges) (Grundvallarreglur) voru samþykktar af Ráðgjafarnefnd evrópskra dómara í nóvember 2010. Viðeigandi málsgreinar eru svohljóðandi:

„Réttarríki og réttlæti

1. Dómsvaldið er ein af þremur greinum ríkisvaldsins í lýðræðisríki. Hlutverk þess er að tryggja tilvist réttarríkisins og þannig að sjá til þess að lögum sé réttilega beitt með óhlutdrægum, réttlátum, sanngjörnum og skilvirkum hætti.

Sjálfstæði dómstóla

2. Sjálfstæði dómstóla og óhlutdrægni þeirra eru frumforsendur þess að réttlæti nái fram að ganga.

3. Sjálfstæði dómstóla skal lögbundið, virkt og fjárhagslegt. Það skal tryggt gagnvart öðrum greinum ríkisvaldsins, gagnvart þeim sem leita réttlætis, öðrum dómurum og samfélaginu almennt með landslögum á æðsta stigi. Ríkisvaldið og sérhver dómari ber ábyrgð á að vinna að og standa vörð um sjálfstæði dómstóla.

4. Sjálfstæði dómstóla skal tryggt að því er varðar starfsemi þeirra og einkum og sér í lagi að því er varðar embættisveitingar.

Tryggingar fyrir sjálfstæði

5. Ákvarðanir um val, tilnefningu og starfsframa skulu byggðar á hlutlægum viðmiðum og teknar af þeirri stofnun sem falið hefur verið að tryggja sjálfstæði.

...

8. Grunnþjálfun og starfsþjálfun eru réttur og skylda dómara. Skal þjálfunin skipulögð undir eftirliti dómsvaldsins. Þjálfun er mikilvægur liður í því að tryggja sjálfstæði dómara, svo og gæði og skilvirkni dómskerfisins.“

126. Í öðru álitum um „Stöðu dómsvaldsins og tengsl þess við aðrar greinar ríkisvaldsins í nútímalýðræðisríki“ dags. 16. október 2015 (Álit nr. 18/2015), komst Ráðgjafarnefnd evrópskra dómara að eftirfarandi niðurstöðum, eftir því sem við á (neðanmálgreinum sleppt):

“III. Sjálfstæði dómstóla og aðgreining ríkisvalds

10. Dómstólar verða að vera sjálfstæðir til þess að geta gegnt hlutverki sínu gagnvart öðrum greinum ríkisvaldsins, samfélaginu almennt og aðilum að deilumálum. Sjálfstæði dómara er ekki forréttindi eða fríðindi sem veitt eru í þágu þeirra sjálfra, heldur í þágu réttarríkisins og þeirra sem leita eftir og gera ráð fyrir réttlæti. Sjálfstæði dómstóla er það sem tryggir óhlutdrægni dómara. Það er því forsendan fyrir þeirri tryggingu að allir borgarar (og hinar greinar ríkisvaldsins) njóti jafnræðis fyrir dómi. Sjálfstæði dómstóla er eðlislægur þáttur í skyldu dómstólanna til þess að úrskurða um mál með óhlutdrægum hætti. Einungis sjálfstæðir dómstólar geta með árangursríkum hætti tryggt rétt allra borgara þjóðfélagsins, einkum þeirra hópa sem eru í viðkvæmri stöðu eða eru óvinsælir. Þannig er sjálfstæði grunnkrafta sem gerir dómstólunum kleift að standa vörð um lýðræði og mannréttindi.

...

IV. Lögmæti dómsvalds og þættir þess

...

B. Mismunandi þættir lögmætis dómsvalds

...

(2) Stjórnskipulegt eða formlegt lögmæti einstakra dómara

14. Til þess að vinna þau dómstörf sem helgast af stjórnarskrá þarf hver dómari að vera skipaður í embætti og verða þar með hluti af dómskerfinu. Hver einstakur dómari sem skipaður er samkvæmt stjórnarskrá og öðrum viðeigandi reglum öðlast þar með stjórnarskrárbundið umboð sitt og lögmæti. Í þeirri skipun í samræmi við stjórnskipunar- og lagareglur felst að einstökum dómurum er þar með fengið umboð og viðeigandi valdheimildir til þess að beita lögum eins og þau eru samin af löggjafanum eða eins og þau eru skýrð af öðrum dómurum. Lögmæti sem einstakur dómari öðlast við skipun í samræmi við stjórnarskrá og aðrar lagareglur tiltekins ríkis telst vera „stjórnskipulegt eða formlegt lögmæti þess dómara“.

15. Ráðgjafarnefndin hefur veitt eftirtekt hinum mismunandi aðferðum við skipun dómara í aðildarríkjum Evrópuráðsins. Þar má nefna m.a. skipun af hálfu dómstólaráðs eða annarrar sjálfstæðrar stofnunar, kosningu á þjóðþingi og skipun af hálfu framkvæmdavaldsins. Eins og ráðgjafarnefndin hefur bent á hefur hvert kerfi sína kosti

og ókosti. Því má halda fram að skipun með atkvæðagreiðslu á þjóðþingi og, heldur síður, af hálfu framkvæmdavaldsins kunni að virðast bera með sér aukið lýðræðislegt lögmæti, jafnvel þótt þessar aðferðir við skipun feli í sér hættu á pólitískri íhlutun og ósjálfstæði gagnvart þessum tveimur greinum ríkisvaldsins. Til þess að bregðast við þessari áhættu hefur ráðgjafarnefndin lagt til að sérhver ákvörðun varðandi skipun eða starfsferil dómara skuli byggð á málefnalegum forsendum og vera tekin af sjálfstæðri stofnun eða með þeim hætti að tryggt sé að ákvörðunin verði ekki tekin öðru vísi en á grundvelli slíkra forsendna. Ráðgjafarnefndin hefur einnig mælt með aðkomu sjálfstæðrar stofnunar með víðtækt umboð sem valið er í með lýðræðislegum hætti af öðrum dómurum í málum sem varða skipun eða framgang dómara.

127. Hinn 7. febrúar 2018 birti Ráðgjafarnefnd evrópskra dómara skýrslu um „sjálfstæði dómstóla og óháði í aðildarríkjum Evrópuráðsins árið 2017“. Kaflar þessarar skýrslu sem máli skipta eru svohljóðandi (neðanmálsgreinum sleppt):

„II. Yfirlit yfir viðkomandi Evrópustaðla

A. Virkt sjálfstæði: skipun og starfsöryggi dómara

13. Framangreind evrópsk og alþjóðleg skjöl undirstrika að umsækjendur um embætti dómara ætti að velja í samræmi við hlutlæg viðmið á grundvelli verðleika og að valið skuli vera falið sjálfstæðri stofnun. Ef einstaklingur eða stofnun utan dómskerfisins, til að mynda þjóðarleiðtogi, hefur vald til þess að skipa dómara ætti stofnunin með skipunarvaldið almennt að fylgja tillögu hinnar sjálfstæðu stofnunar.

14. Sjálfstæði dómara krefst þess að engin íhlutun eigi sér stað af hálfu annarra greina ríkisvaldsins, einkum framkvæmdavaldsins, í málefni dómstólanna

15. Mannréttindadómstóll Evrópu og Ráðgjafarnefnd evrópskra dómara hafa viðurkennt mikilvægi stofnana og málsmeðferðarreglna sem tryggja sjálfstæða skipun dómara. Ráðgjafarnefndin hefur lagt til að sérhver ákvörðun varðandi skipun eða starfsferil dómara og agaviðurlög skuli heyra undir lög, byggja á málefnalegum forsendum og vera annað hvort tekin af sjálfstæðri stofnun eða með þeim hætti að tryggt sé, til að mynda með endurskoðun dómstóla, að ákvörðunin verði ekki tekin öðru vísi en á grundvelli slíkra forsendna. Pólitísk sjónarmið eigi ekki að koma til greina, hvort heldur er á vettvangi dómstólaráða, framkvæmdavaldsins eða löggjafans.

16. Mismunandi málsmeðferðarreglur gilda um skipun dómara í aðildarríkjunum. Þar má nefna m.a. skipun af hálfu dómstólaráðs eða annarrar sjálfstæðrar stofnunar, kosningu á þjóðþingi og skipun af hálfu framkvæmdavaldsins. Formlegar reglur og dómstólaráð hafa verið tekin upp í aðildarríkjunum í því skyni að standa vörð um sjálfstæði dómara og saksóknara. En svo mikið fagnaðarefni sem slík þróun kann að vera, tryggja formreglur einar og sér ekki að ákvarðanir um skipanir séu teknar með óhlutdrægum hætti, í samræmi við hlutlæg viðmið og án pólitískra afskipta. Áhrif framkvæmda- og löggjafarvaldsins á ákvarðanir um skipanir ætti að takmarka til þess að koma í veg fyrir skipanir á pólitískum forsendum ...“

4. GRECO

128. Á 59. allsherjarfundi sínum, sem haldinn var dagana 18.-22. mars 2013 í Strassborg, samþykktu Ríkjasamtök Evrópuráðsins gegn spillingu (GRECO) fjórðu matskýrslu sína um Ísland varðandi varnir gegn spillingu meðal þingmanna, dómara og saksóknara (Greco Eval IV Rep (2012)8E). Í

skýrslunni, sem birt var 28. mars 2013, var að finna eftirfarandi athugasemdir um skipun dómara:

„75. Almennt taldi GET [matsteymi GRECO] að dómskerfið á Íslandi væri á háu gæðastigi. Gerðar hafa verið ráðstafanir til þess að bregðast við gagnrýni almennings að því er varðar skipanir og ráðningar í dómskerfinu, en á því sviði hefði áður verið lýst áhyggjum í þá veru að pólitískar hvatir hefðu legið að baki skipunum í embætti fremur en verðleikar ... GET vill leggja áherslu á að dómara þurfa ekki einungis að vera sjálfstæðir, þeir þurfa einnig að hafa á sér ásýnd sjálfstæðis. Þetta á sérstaklega við um Ísland, þar sem skoðanakannanir undanfarin ár hafa sýnt að einungis 30% almennings segjast treysta dómskerfinu í heild (neðanmálgrein: Sustainable Governance Indicators (SGI) (2011) Iceland Report by Bertelsmann Stiftung] – sem er sláandi tala, ekki síst þar sem almenningur virðist ekki bera brögð á fagmennsku og hæfni dómara. Dómskerfið gæti gefið frekari gaum að viðbótarráðstöfunum sem þróa mætti til þess að taka á þessu neikvæða viðhorfi almennings og efla þannig traust og trú almennings á þessari grein ...

76. Reglum um skipun dómara var breytt í maí 2010 með lögum nr. 45/2010, til breytingar á lögum nr. 15/1998 ...

77. Fimm manna dómnefnd fer yfir hæfnisskilyrði fyrir hvern umsækjanda ... Hæfasti umsækjandinn er síðan skipaður dómari af innanríkisráðherra[sic!] ... Engan umsækjanda má skipa í embætti dómara án þess að hann hafi hlotið samþykki dómnefndarinnar. Þó gera ákvæðin ráð fyrir undantekningu frá þessari reglu: innanríkisráðherra [sic!] er heimilt að skipa umsækjanda af lista hæfra umsækjanda sem uppfyllir allar kröfur en dómnefndin hefur ekki metið hæfasta umsækjandann ef Alþingi samþykkir slíka tillögu ráðherra með einföldum meiri hluta atkvæða.

78. Undanþágunni sem lýst er hér að framan, sem krefst viðeigandi rökstuðnings af hálfu ráðherra, hefur ekki verið beitt síðan hinar nýju reglur um skipanir í dómaraembætti tóku gildi árið 2010. GET barst til eyrna að áður en nýja kerfið tók gildi hafi ráðherra ekki verið bundinn af því að fara að ráðgjöf viðkomandi dómarsýslustofnunar þegar skipað var í dómaraembætti, það hefði raunar gerst áður að skipanir hefðu átt sér stað eftir geðþótta, sem vakti gagnrýni um að pólitísk áhrif hefðu seytilað inn í ferlið ... GET var einnig tjáð að undanþágan sem kveðið er á um í lögum sé ætluð fremur sem öryggisráðstöfun til þess að tryggja einhvers konar endurskoðunarúrræði fyrir ákvarðanir sem teknar eru af dómnefndinni (t.d. ef til gagnrýni kæmi um áhrif hagsmunaaðila (e. corporatism).

...

82. GET fagnar þeim ráðstöfunum sem gerðar hafa verið á nýliðnum árum til þess að bæta eftirlit og efla skipunar- og ráðningarferlin í dómskerfinu (sjá 77. og 78. mgr.) í því skyni að bregðast við áhyggjum sem áður hafði verið lýst á Íslandi. Viðmælendur sem rætt var við á vettvangi voru sammála um að umbæturnar sem ráðist hefur verið í á þessu sviði hafi veitt betri varnir gegn pólitískum áhrifum og bætt með afgerandi hætti almennt gegnsæi kerfisins ...“

5. *Evrópusamningur um samþykktir fyrir dómara*

129. Viðeigandi útdráttur úr Evrópusamningi um samþykktir fyrir dómara frá 8.-10. júlí 1998⁹ er svohljóðandi:

⁹ Samþykkt af þátttakendum frá Evrópulöndum og tveimur alþjóðlegum dómarasamtökum á fundi í Strassborg dagana 8.-10. júlí 1998) (fundur skipulagður á vegum Evrópuráðsins),

„2. VAL, RÁÐNING, GRUNNÞJÁLFUN

2.1. Samkvæmt reglum samþykktarinnar um val og ráðningu dómara með aðkomu sjálfstæðrar stofnunar eða dómnefndar skal val á umsækjendum byggt á getu þeirra til þess að meta með frjálsum og óhlutdrægum hætti þau lagalegu málefni sem fyrir þá verða lögð, (...).

2.2. Í samþykktinni er kveðið á um skilyrðin sem, með kröfum um menntun og hæfi eða fyrri reynslu, tryggja sérstaka hæfni til þess að gegna dómarastörfum.“

Í Evrópusamningi um samþykktir fyrir dómara segir svo í skýringum við samninginn:

„1.1 Með samningnum er leitast við að skilgreina inntak samþykktarinnar fyrir dómara á grundvelli þeirra markmiða sem stefnt er að: að tryggja þá hæfni, sjálfstæði og óhlutdrægni sem allur almenningur á rétt á að krefjast af hálfu dómstólanna og dómara sem falið er að vernda réttindi hans. Samningurinn er þannig ekki markmið í sjálfu sér heldur leið til að tryggja að einstaklingar sem eiga rétt sem á að njóta verndar dómstóla og dómara hafi tilskildar tryggingar fyrir því að verndin sé virk.

Þessar varúðarráðstafanir um réttindi einstaklinga eru tryggðar með hæfi dómara, í skilningi hæfni, sjálfstæðis og óhlutdrægni...“

C. Evrópusambandið

1. Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins

130. Í framvinduskýrslu framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins frá 2011, sem birt var 12. október 2011 (SEC(2011) 1202 endanl.) voru gerðar eftirfarandi athugasemdir varðandi sjálfstæði dómstólanna á Íslandi:

„Sjálfstæði dómstólanna var eftl. Í maí 2011 voru þrír dómarar skipaðir í embætti dómara við Hæstarétt og var málsmeðferðin í samræmi við reglurnar í hinum breyttu dómstólalögum. Þó þarf enn að fylgjast betur með framkvæmd nýju reglnanna um skipun dómara og saksóknara.

2. Dómaframkvæmd dómstóla Evrópusambandsins

(a) **Dómur Almenna dómstólsins (áfrýjunardeild) í máli FV gegn Ráðinu, dags. 23. janúar 2018 (T-639/16 P, EU:T:2018:22)**

131. Málið varðaði áfrýjun af hálfu F.V., sem var embættismaður við Ráð Evrópusambandsins á viðkomandi tíma, á dómi sem kveðinn hafði verið upp 28. júní 2016 af starfsmannadómstól Evrópusambandsins. Taldi F.V. m.a. að hinn áfrýjaði dómur hefði verið kveðinn upp af deild sem ekki var réttilega skipuð vegna annmarka á skipunarferli eins dómarans í dóminum. Benti hann á það einkum og sér í lagi að dómariinn sem um ræddi hefði verið skipaður til embættis við starfsmannadómstólinn á grundvelli málsmeðferðar sem ætluð hefði verið til þess að skipa í tvö önnur embætti við dómstólinn.

stutt af fundi forseta æðstu dómstóla Mið- og Austur-Evrópulanda í Kiev dagana 12.-14. október 1998, og aftur af dómurum og fulltrúum dómsmálaráðuneyta 25 Evrópulanda á fundi í Lissabon dagana 8.-10. apríl 1999.

132. Með ákvörðun 23. janúar 2018 taldi Almenni dómstóllinn að deild starfsmannadómstólsins sem kvað upp dóminn sem um ræddi hefði ekki verið réttilega skipuð. Taldi Almenni dómstóllinn einkum og sér í lagi að ráðið hefði ekki virt lagarammann sem settur var með viðkomandi auglýsingu eftir umsóknum þar sem ráðið hefði stuðst við lista yfir umsækjendur sem tekinn var saman eftir birtingu þeirrar auglýsingar – sem hafði verið gerður í þeim eina tilgangi að skipa tvo dómara – til að skipa í þriðja embætti. Þar sem talið var að skipað hefði verið í viðkomandi deild starfsmannadómstólsins með ólögætum hætti af þessari einu sök var hinn áfrýjaði dómur ómerktur í heild sinni. Þeir hlutar dóms Almenna dómstólsins sem máli skipta eru svohljóðandi:

„65. ... þess vegna [er] nauðsynlegt að taka til athugunar hvort annmarkarnir á málsmeðferðinni við skipun dómarsins sem um ræðir séu slíkir að þeir hafi haft áhrif á rétta skipan annarrar deildar starfsmannadómstólsins, sem kvað upp hinn áfrýjaða dóm.

66. Í því samhengi ber að hafa í huga að það er í samræmi við réttarframkvæmd dómstólsins að þegar bornar eru brigður á rétta skipan dómsins sem kvað upp dóminn á fyrsta dómstigi og mótmælin eru ekki augljóslega rakalaus er áfrýjunardómstólum skylt að ganga úr skugga um að dómurinn hafi verið skipaður með réttum hætti. Krafa þar sem borið er að skipan dóms hafi verið ólögæt er krafa sem snýst um álitamál varðandi allsherjarreglu, sem áfrýjunardómstólum ber að rannsaka að eigin frumkvæði, jafnvel þótt ekki hafi verið byggt á því ólögæti á fyrsta dómstigi (sjá í því sambandi dóma frá 1. júlí 2008, *Chronopost og La Poste gegn UFXE* o.fl., C-341/06 P og C-342/06 P, EU:C:2008:375, 44. -50. mgr.).

67. Eins og ljóst er af fyrsta málslið annarrar málsgreinar 47. greinar sáttmála Evrópusambandsins um grundvallarréttindi er ein skyldan sú varðandi skipan deildarinnar að dómstólar skuli vera sjálfstæðir, óhlutdrægir og skipaðir fyrirfram með lögum.

68. Meginreglan um hinn lögæt dómara, sem hefur þann tilgang að tryggja sjálfstæði dómsvalds gagnvart framkvæmdavaldi, leiðir af þessari kröfu, sem ber að túlka þannig að um samsetningu dómsins og lögsögu hans beri að setja reglur fyrirfram með lagaákvæðum (sjá í því sambandi dóm frá 13. desember 2012, *Strack gegn framkvæmdastjórninni*, T-199/11 P, EU:T:2012:691, 22. mgr.).

...

72. Samkvæmt dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu („MDE“) endurspeglar meginreglan um hinn löglega skipaða dómara, sem felst í fyrsta málslið 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans, meginregluna um réttarríkið, og af því leiðir að dómsyfirvald verður að skipa í samræmi við ætlun löggjafans (sjá í þessu sambandi ECtHR, 27. október 2009, *Pandjigidzé o.fl. gegn Georgíu*, ..., 103. mgr., og 20. október 2009, *Gorguiladzé gegn Georgíu*, ..., 67. mgr.).

73. Samkvæmt Mannréttindadómstólum er þannig skylt að til dómstóls sé stofnað í samræmi við lagaákvæðin sem gilda um stofnun og lögbærni dómsyfirvalda og við hvers kyns önnur ákvæði landslaga sem eru þess eðlis að ef ekki yrði eftir þeim farið yrði það til þess að aðkoma eins eða fleiri dómara að umfjöllun um málið yrði ólögæt. Þar með talin eru sér í lagi ákvæði sem varða umbod, ósamrýmanleika og vanhæfi dómara (sjá í þessu sambandi ECtHR, 20. október 2009, *Pandjigidzé o.fl. gegn Georgíu*, ..., 104. mgr., og 20. október 2009, *Gorguiladzé gegn Georgíu*, ..., 68. mgr.).

74. Eins og ljóst er af fordæmum MDE felst í meginreglunni um hinn löglega skipaða dómara krafa um að fylgt sé ákvæðum sem gilda um málsmeðferð við skipun dómara (sjá í því sambandi, ECtHR, 9. júlí 2009, *Ilatovskiy gegn Rússlandi*, ..., 40. og 41. mgr.).

75. Í raun er ekki aðeins brýnt að dómara séu sjálfstæðir og óhlutdrægir, heldur einnig að málsmeðferð við skipun þeirra beri með sér að hafa verið með þeim hætti. Það er af þeirri ástæðu sem fylgja verður í hvívetna reglum um skipun dómara. Að öðrum kosti kann að vera grafið undan trausti málsaðila og almennings á dómstólunum (sjá í þessu sambandi ákvörðun EFTA dómstólsins frá 14. febrúar 2017, *Pascal Nobile gegn DAS Rechtsschutz-Versicherungs*, E-21/16, 16. mgr.).

76. Álitamálið um hvort annmarkarnir á málsmeðferðinni við skipun dómara sem um ræðir séu slíkir að þeir hafi haft áhrif á rétta skipan annarrar deildar starfsmannadómstólsins sem kvað upp hinn áfrýjaða dóm verður því að skoða í ljósi þessara meginreglna.

77. Í því sambandi ber að geta þess að ljóst er [...], að ráðið gerði sér fullkomlega grein fyrir að listinn yfir umsækjendur sem um ræðir hafði ekki verið tekinn saman með það fyrir augum að skipa dómara í stöðuna sem [R.P.] gegndi. Engu að síður var ákveðið að nota listann í því skyni. Það leiðir því af skipuninni sjálfri að ráðið virti vísitandi að vettugi lagarammann sem mælt var fyrir um í hinni opinberu auglýsingu eftir umsóknum 3. desember 2013 og reglunum sem giltu um skipun dómara í starfsmannadómstólinn.

78. Með hliðsjón af mikilvægi þess að fylgja reglum sem gilda um skipun dómara til þess að viðhalda trausti málsaðila og almennings á sjálfstæði og óhlutdrægni dómstóla er þannig ekki hægt að líta svo á að dómari sem um ræðir geti talist löglega skipaður dómari í skilningi annarrar málsgreinar 47. greinar sáttmála Evrópusambandsins um grundvallarréttindi.“

133. Tillögu um endurskoðun þessa dóms, sem lögð var fram af aðallögmanni (e. First Advocate General) var vísað frá af Evrópudómstólnum (endurskoðunardeild) hinn 19. mars 2018 (C-141/18 RX), þar sem formskilyrði fyrir endurskoðun dóma samkvæmt samþykktum Evrópudómstólsins voru ekki uppfyllt í málinu.

(b) Dómar Almenna dómstólsins (áfrýjunardeild) og Evrópudómstólsins (yfirdeild) í málunum *Simpson gegn ráðinu* og *HG gegn framkvæmdastjórninni*

(i) *Dómur Almenna dómstólsins (áfrýjunardeild) dags. 19. júlí 2018 (mál T-646/16 P og T-693/16 P)*

134. Málin *Simpson gegn ráðinu* og *HG gegn framkvæmdastjórninni* snerust um áfrýjanir til Almenna dómstólsins í september 2016 á dómum sem starfsmannadómstóllinn hafði kveðið upp um *Simpson* og *HG*, starfsmenn ráðs Evrópusambandsins annars vegar og framkvæmdastjórnar ESB hins vegar á þeim tíma sem um ræðir. Báðir dómar starfsmannadómstólsins höfðu verið kveðnir upp af sama dóm sem Almenni dómstóllinn hafði talið ólöglega skipaðan í máli *FV*.

135. Með vísan til niðurstaðna sinna í máli *FV* 19. júlí 2018, taldi Almenni dómstóllinn að ómerkja yrði í heild sinni dóma starfsmannadómstólsins sem

til endurskoðunar væru á þeirri forsendu að brotið hefði verið gegn meginreglunni um réttinn til dómara sem skipaður er að lögum.

136. Að fenginni beiðni frá fyrsta aðallögmanni 17. september 2018, ákvað endurskoðunardeild dómstóls Evrópusambandsins að endurskoða skyldi dóma Almenna dómstólsins í málum *Simpson* og *HG* til að ákvarða, með sérstöku tilliti til hinnar almennu meginreglu um réttaröryggi, hvort þeir hefðu áhrif á samræmi eða samkvæmni í lögum Evrópusambandsins. Endurskoðunardeildin taldi að:

„Endurskoðunin ætti einkum og sér í lagi að beinast að spurningunni hvort, ..., skipun dómara geti orðið andlag endurskoðunar á óbeinu lögmati eða hvort slík endurskoðun á óbeinu lögmati sé – að meginreglu til eða að liðnum tilteknum tíma – útilokuð eða takmörkuð við tilteknar tegundir annmarka til þess að tryggja réttarvissu og gildi res judicata“.

(ii) *Dómur Evrópudómstólsins (yfirdeild) dags. 26. mars 2020 (sameinuð mál C-542/18 RX-II og C-543/18 RX-II)*

137. Hinn 26. mars 2020 kvað Aðaldeild Evrópudómstólsins upp dóm sinn í málum *Simpson* og *HG*. Þótt Evrópudómstóllinn staðfesti niðurstöðu Almenna dómstólsins um annmarkann á málsmeðferðinni við embættisskipunina sem um var deilt var hann ósammála niðurstöðu dómstólsins um áhrif annmarkans á rétt aðila til „dómstóls sem skipaður er að lögum“. Málsgreinarnar í dómi Almenna dómstólsins sem máli skipta eru svohljóðandi:

„50. Að því er varðar svarið við spurningunni sem til endurskoðunar er í þessu máli er nauðsynlegt að byrja á því að kanna, með sérstakri vísan til hinnar almennu meginreglu um réttarvissu, hvort um lögvillu hafi verið að ræða hjá dómstólnum er hann vék hinum umdeildu ákvörðunum til hliðar á þeirri forsendu að skipan dóms starfsmannadómstólsins, sem hafði kveðið upp þessar ákvarðanir, hafi verið ólögmat vegna annmarka sem haft höfðu áhrif á málsmeðferðina við skipun eins af dómurum í dóminum, sem leiddi til brots á meginreglunni um lögmatan dómara, sem mælt er fyrir um í 1. málslið 2. mgr. 47. gr sáttmálans.

51. Í þeirri umfjöllun er nauðsynlegt að ákvarða, í fyrsta lagi, við hvaða aðstæður skipun dómara í embætti geti, með sama hætti og gerðir sem falla undir 277. gr. Sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins, orðið tilefni sérstakrar endurskoðunar á lögmati. Í öðru lagi þarf dómstóllinn að ganga úr skugga um hvort, að því marki sem komist var að niðurstöðu um að málsmeðferðin við skipunina hafi verið ólögmat að mati Almenna dómstólsins, annmarkinn hafi í raun leitt til brots gegn 1. málslið annarrar málsgreinar 47. gr sáttmálans, sem réttlætti ógildingu þeirra ákvarðana.

...

72. Þar sem fyrsti málsliður annarrar mgr. 47. gr. sáttmálans samsvarar fyrsta málslið 1. mgr. 6. gr. Samningsins um verndun mannréttinda og mannfrelsis, sem undirritaður var í Róm 4. nóvember 1950 („mannréttindasáttmálinn“), eru merking hans og gildissvið, skv. 3. mgr. 52. gr. sáttmálans, þau sömu og mælt er fyrir um í þeim samningi. Dómstóllinn þarf því að tryggja að túlkun hans á annarri málsgrein 47. gr sáttmálans tryggi verndarstig sem er ekki minna en það verndarstig sem ákvarðað er með 6. gr. mannréttindasáttmálans, samkvæmt túlkun Mannréttindadómstóls Evrópu

GUÐMUNDUR ANDRI ÁSTRÁÐSSON GEGN ÍSLANDI DÓMUR

(dómur frá 19. nóvember 2019, *A. K. o.fl. (Sjálfstæði agadeildar Hæstaréttar)*, C-585/18, C-624/18 og C-625/18, EU:C:2019:982, 118. mgr., og fordæmi sem þar er vísað til).

73 Samkvæmt viðtekinni dómafrankvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu er tilgangurinn með því að orðalagið „skipaður að lögum“ var tekið upp í 1. málslið 6. mgr. gr. mannréttinasáttmálans að tryggja að skipan dómskerfisins sé ekki háð geðþótta framkvæmdarvaldsins, heldur heyri hún undir lög frá löggjafanum í samræmi við þær reglur sem gilda um valdsvið þess. Einkum og sér í lagi endurspeglar orðalagið meginregluna um réttarríkið og tekur ekki einvörðungu til lagagrundvallarins sem sjálf tilvist dómstóls byggir á, heldur einnig til samsetningar dóms í hverju máli fyrir sig og til allra annarra ákvæða landslaga sem eru þess eðlis að ef brotið væri gegn þeim yrði það til þess að aðkoma eins eða fleiri dómara að máli yrði ólögmat, þar með talið, sér í lagi, ákvæði varðandi sjálfstæði og óhlutdrægni dómenda í dómnum (sjá í því sambandi dóma MDE 8. júlí 2014, *Biagioli gegn San Marino*, CE:ECHR:2014:0708DEC000816213, 72.-74. mgr., og 2. maí 2019, *Pasquini gegn San Marino*, CE:ECHR:2019:0502JUD005095616, 100. og 101. mgr., og fordæmi sem þar er vísað til).

74 Á sama hátt hefur Mannréttindadómstóll Evrópu þegar haft tilefni til þess að benda á að rétturinn til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem „skipaður er að lögum“ í skilningi 1. mgr. 6. gr. mannréttinasáttmálans tekur eðli máls samkvæmt jafnframt til málsmeðferðar við skipun dómara (MDE, 12. mars 2019, *Ástráðsson gegn Íslandi*, CE:ECHR:2019:0312JUD002637418, fyrri dómur, 98. mgr.).

75 Það leiðir af dómafrankvæmd sem vísað er til í 71. og 73. mgr. þessa dóms að misfella sem á sér stað við skipun dómara innan þess dómskerfis sem um ræðir felur í sér brot gegn fyrsta málslið annarrar málgreinar 47. gr. sáttmálans, einkum þegar misfellan er þess eðlis og svo alvarleg að hún veldur raunverulegri hættu á því að aðrar greinar ríkisvaldsins, einkum framkvæmdarvaldið, geti beitt ótilhlýðilegu geðþóttavaldi og grafið undan trúverðugleika niðurstöðu skipunarferlisins og þannig gefið tilefni til réttmætra efasemda í hugum einstaklinga um sjálfstæði og óhlutdrægni hlutaðeigandi dómara, eins eða fleiri, sem er raunin þegar það sem um er að tefla er grundvallarreglur sem eru órjúfanlegur hluti af stofnun og starfsemi viðkomandi dómskerfis.

76 Það er í ljósi þessara meginreglna sem dómstóllinn verður að kanna hvort misfellan í skipunarferlinu sem um ræðir hafi leitt til þess að brotið hafi verið gegn rétti aðila til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum, eins og tryggt er með fyrsta málslið annarrar málgreinar 47. gr. sáttmálans.

...

79 Í því samhengi er sú staðreynd að ráðið studdist við listann sem saminn var í kjölfar opinberrar auglýsingar eftir umsóknum 3. desember 2013 til þess að skipa í þriðja embættið ekki nægjanleg ein og sér til að leiða til niðurstöðu um brot á grundvallarreglu um málsmeðferð við skipun dómara í Starfsmannadómstóllinn sem væri þess eðlis og svo alvarleg að hún ylli raunverulegri hættu á því að ráðið hefði beitt valdheimildum sínum með óréttmætum hætti, grafið undan trúverðugleika niðurstöðu skipunarferlisins og þannig gefið tilefni til réttmætra efasemda í hugum einstaklinga um sjálfstæði og óhlutdrægni dómarans sem skipaður var í þriðja embættið, eða um deildina sem dómurinn var skipaður í.

80 Að því leyti er misfellan í umræddri skipunaraðferð ólík þeirri sem um ræðir í niðurstöðu EFTA dómstólsins frá 14. febrúar 2017, *Pascal Nobile gegn DAS Rechtsschutz-Versicherungs* (E-21/16), sem vikið er að í 75. mgr. dómsins frá 23. janúar 2018, *FV gegn ráðinu* (T-639/16 P, EU:T:2018:22). Síðarnefnda misfellan fólst

GUÐMUNDUR ANDRI ÁSTRÁÐSSON GEGN ÍSLANDI DÓMUR

í skipun dómara við EFTA-dómstólinn til þriggja ára embættistíma í stað sex ára, sem undantekningartilvik, og varðaði því, ólíkt þeirri misfelli sem til umfjöllunar er í þessu máli, brot á grundvallarreglu um embættistíma dómara við þann dómstól sem ætlaður var til þess að vernda sjálfstæði þeirra.

81 Það leiðir af framangreindu að það að ráðið lét undir höfuð leggjast að auglýsa eftir umsóknnum 3. desember 2013 telst ekki brot á grundvallarreglum Evrópuréttar sem gilda um skipun dómara í starfsmannadómstólinn sem varð til þess að brotið var gegn rétti kæranda til meðferðar fyrir dómstóls sem skipaður er að lögum, eins og tryggt er með fyrsta málsliði annarrar málsgreinar 47. gr. sáttmálans.

82 Af þessum sökum, og þar sem í dómunum sem til endurskoðunar eru er ekki að finna neitt annað sem efasemdir gæti vakið um samræmi við fyrsta málslið annarrar málsgreinar 47. gr. sáttmálans [um grundvallarréttindi], hlýtur niðurstaðan að vera sú að um lögvillu hafi verið að ræða þegar Almenni dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu í þessum dómum sínum að brotið hefði verið gegn því ákvæði. Misfellan sem vísað er til í málsgreininni hér að framan gat því ekki ein og sér réttlætt að vikið yrði til hliðar niðurstöðu dómsins sem dómariinn sem skipaður var í þriðja sætið hafði verið skipaður í.“

(c) Dómur Evrópudómstólsins (yfirdeild) dags. 19. nóvember 2019 (mál nr. C-624/18 (sameinuð mál nr. C-585/18, C-624/18, C-625/18))

138. Hinn 19. nóvember 2019 var í yfirdeild Evrópudómstólsins kveðinn upp forúrskurður vegna beiðna frá vinnumála- og almannatryggingadeild Hæstaréttar Póllands. Beiðnirnar snerust aðallega um spurninguna hvort nýstofnuð agadeild Hæstaréttar Póllands stæðist kröfurnar um sjálfstæði og óhlutdrægni sem kveðið væri á um í 47. gr. sáttmála Evrópusambandsins um grundvallarréttindi í ljósi aðdragandans að stofnun deildarinnar og dómara sem skipaðir voru Með vísan til þess að túlkunin á 47. gr. sáttmálans væri studd fordæmisrétti Mannréttindadómstóls Evrópu varðandi 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans lagði Evrópudómstóllinn áherslu á eftirfarandi meginreglur, sem þýðingu hefðu í málinu:

„120 [Sú] krafa að dómstólar skuli sjálfstæðir, sem áskilin er í dómarastörfum, liggur að kjarna réttarins til virkrar réttarverndar og grundvallarréttarins til réttlátrar málsmeðferðar, ...

...

123 Þessar tryggingar fyrir sjálfstæði og óhlutdrægni kalla á reglur, einkum að því er varðar samsetningu viðkomandi stofnunar og skipun, embættistíma og forsendur fyrir hjásetu, höfnun og uppsögn þeirra sem stofnunina skipa, til þess að taka af allan réttmætan vafa í hugum einstaklinga að því er varðar ónæmi stofnunarinnar fyrir ytri áhrifaþáttum og hlutleysi hennar varðandi þá hagsmuni sem til umfjöllunar eru ...

124 Enn fremur, samkvæmt meginreglunni um aðgreiningu valds, sem einkennir virkt réttarríki, ber að tryggja sjálfstæði dómstólanna gagnvart löggjafarvaldinu og framkvæmdavaldinu...

125 Í því sambandi er nauðsynlegt að dómara njóti verndar fyrir ytri íhlutun eða þrýstingi sem til þess er fallinn að tefla sjálfstæði þeirra í tvísýnu. Reglurnar sem fram eru settar í 123. mgr. hér að framan verða sér í lagi að vera með þeim hætti að þær komi ekki einvörðungu í veg fyrir bein áhrif í formi fyrirmæla, heldur einnig áhrif sem eru óbeinni og eru til þess fallin að orka á ákvarðanir dómara sem um ræðir ...

...

127 Samkvæmt viðtekinni dómafrankvæmd [Mannréttindadómstóls Evrópu], þarf við ákvörðun á því hvort dómstóll sé „sjálfstæður“ í merkingu 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmáans að horfa meðal annars til þess háttar sem hafður var á við skipun dómara hans og embættistíma þeirra, hvaða tryggingar séu fyrir hendi gegn utanaðkomandi þrýstingi, svo og spurningarinnar hvort stofnunin sem um ræðir hafi á sér ásýnd sjálfstæðis (MDE, 6. nóvember 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá gegn Portúgal*, CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, 144. mgr., og fordæmi sem þar er vísað til), og í því sambandi má bæta við að það sem um er að tefla er traustið sem slíkir dómstólar þurfa að vekja meðal almennings í lýðræðislegu þjóðfélagi (sjá í því sambandi MDE, 21. júní 2011, *Fruni gegn Slóvakíu*, CE:ECHR:2011:0621JUD000801407, 141. mgr.).

128 Að því er varðar skilyrðið um „óhlutdrægni“ í skilningi 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans, er hægt að sannreyna óhlutdrægni með ýmsum hætti samkvæmt jafnvíðtekinni dómafrankvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu þar sem taka þarf mið af persónulegri sannfæringu og háttsemi tiltekins dómara, þ.e.a.s. með því að kanna hvort dómari hafi sýnt einhver merki um persónulega fordóma eða hlutdrægni í tilteknu máli og einnig með hlutlægri prófun, þ.e. með því að ganga úr skugga um hvort dómurinn sjálfur, m.a. samsetning hans, veiti fullnægi tryggingu er útilokar allan réttmætan efa um óhlutdrægni hans. Að því er varðar hlutlæga prófsteininn ber að ákvarða hvort fyrir hendi séu sannprófanlegar staðreyndir, án tillits til háttsemi dómans, sem gætu vakið efasemdir um óhlutdrægni hans. Í þessu sambandi getur jafnvel ásýnd haft tiltekna þýðingu. Aftur skal ítrekað að í húfi er það traust sem dómstólar í lýðræðislegu þjóðfélagi verða að njóta hjá almenningi, og þá fyrst og fremst hjá aðilum máls (sjá m.a. MDE, 6. maí 2003, *Kleyn o.fl. gegn Hollandi*, CE:ECHR:2003:0506JUD003934398, 191. mgr., og fordæmi sem þar er vísað til, og 6. nóvember 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá gegn Portúgal*, CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, 145., 147. og 149. mgr., og fordæmi sem þar er vísað til).

...

133 Í því sambandi, að því er varðar aðstæðurnar við skipun dómara í agadómsstólinn, bendir dómstóllinn á, áður en lengra er haldið, að sú staðreynd ein að dómarnir voru skipaðir af forseta lýðveldisins leiðir ekki til þess að hinir fyrrnefndu lúti boðvaldi þess síðarnefnda, né heldur til efasemda um hlutlægni hinna fyrrnefndu, að því gefnu að þeir séu lausir við áhrif eða þrýsting við embættisstörf sín þegar þeir hafa verið skipaðir (sjá í því sambandi dóm frá 31. janúar 2013, *D. og A.*, C-175/11, EU:C:2013:45, 99. mgr., og ECtHR, 28. júní 1984, *Campbell og Fell gegn Bretlandi*, CE:ECHR:1984:0628JUD000781977, 79. mgr.; 2. júní 2005, *Zolotas gegn Grikklandi*, CE:ECHR:2005:0602JUD003824002 24. og 25. mgr.; 9. nóvember 2006, *Sacilor Lormines gegn Frakklandi*, CE:ECHR:2006:1109JUD006541101, 67. mgr.; og 18. október 2018, *Thiam gegn Frakklandi*, CE:ECHR:2018:1018JUD008001812, 80. mgr., og fordæmi sem þar er vísað til).

134 Engu að síður er nauðsynlegt að tryggja að efnisleg skilyrði og nákvæmar málsmeðferðarreglur um samþykki ákvarðana um skipun í embætti séu með þeim hætti að þær geti ekki vakið lögmætar efasemdir í hugum manna varðandi ónæmi dómara sem um ræðir fyrir ytri áhrifavöldum og hlutleysi þeirra varðandi þá hagsmuni sem fyrir þá eru lagðir eftir skipun þeirra í embætti dómara (sjá með lögjöfnun dóm frá 24. júní 2019, *Framkvæmdastjórnin gegn Póllandi (Sjálfstæði Hæstaréttar)*, C-619/18, EU:C:2019:531, 111. mgr.).

135 Í því ljósi skiptir meðal annars máli að þessi skilyrði og þessar nákvæmu málsmeðferðarreglur séu með þeim hætti að uppfylltar séu kröfurnar sem fram eru settar í 125. mgr. hér að framan.“

(d) Dómur Evrópudómstólsins (yfirdeildar) í málinu *Framkvæmdastjórnin gegn Póllandi*, dags. 24. júní 2019 (mál nr. C-619/18)

139. Hinn 24. júní 2019 kvað yfirdeild Evrópudómstólsins upp dóm sinn í málinu *Framkvæmdastjórnin gegn Póllandi*, sem fyrst og fremst snerist um lækkun eftirlaunaaldurs hæstaréttardómara í 65 ár, en breytingin gildi um dómara dómstólsins sem skipaðir höfðu verið í embætti fyrir þann dag sem umrædd lög höfðu tekið gildi. Samkvæmt lögnum sem um ræddi yrði mögulegt fyrir dómara að halda áfram í virku starfi sem dómari fram yfir 65 ára aldur að uppfylltum tilteknum skilyrðum, þar með talið heimild frá forseta lýðveldisins Póllands, sem ekki væri bundinn af neinum viðmiðunum og jafnframt væri ákvörðun hans ekki háð neinni endurskoðun af hálfu dómsvalda. Eftir að hafa lagt áherslu á höfuðgildi þess að viðhalda sjálfstæði dómstóla aðildarríkjanna í því skyni að tryggja virka réttarvernd setti Evrópudómstóllinn fram eftirfarandi athugasemdir varðandi þátt grundvallarreglunnar um friðhelgi dómara í því að tryggja sjálfstæði dómsvaldsins:

“75 Einkum og sér í lagi krefst þetta frelsi dómaranna frá allri utanaðkomandi íhlutun eða þrýstingi, sem er grundvallarforsenda, eins og dómstóllinn hefur nokkrum sinnum áður ályktað, tiltekinn trygginga sem viðeigandi eru til þess að vernda þá einstaklinga sem falið er að úrskurða í deilum, svo sem trygginga gegn brottvísun úr starfi (sjá í því sambandi dóm frá 25. júlí 2018, *Dóms- og jafnréttismálaráðherra (Annamarkar á dómskerfinu)*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, 64. mgr., og fordæmi sem þar er vísað til).

76 Meginreglan um friðhelgi í starfi krefst þess einkum og sér í lagi að dómarar getið haldið embættum sínum meðan þeir hafa ekki náð lögboðnum eftirlaunaaldri eða embættistími þeirra er ekki runninn út ef embættistíminn er afmarkaður. Þótt það sé ekki algerlega fortakslaust geta ekki verið neinar undantekningar frá þessari meginreglu nema fyrir því séu lögmæt og knýjandi rök, að teknu tilliti til meðalhófsreglunnar ...

...

78 Í þessu máli verður að líta svo á að umbæturnar sem mótmælt var, þar sem kveðið er á um að sú ráðstöfun að lækka eftirlaunaaldur dómara við Sąd Najwyższy (Hæstarétt) skuli gilda um dómara sem þegar gegna embætti við dómstólinn, hafi þau áhrif að þeir dómarar hætti fyrir aldur fram að gegna dómaraembættum sínum þannig að vaknað geti lögmætar efasemdir um samræmi við meginregluna um friðhelgi dómara í starfi.

79 Við þessar aðstæður, og með tilliti til höfuðgildis þessarar meginreglu, sem rakin er í 75.-77. mgr. hér að framan, getur ráðstöfum af þessu tagi því aðeins talist ásætlanleg ef hún er studd lögmætum tilgangi, ef hún er hófleg í ljósi þess tilgangs, og að því marki sem hún er ekki til þess fallin að vekja lögmætar efasemdir í huga manna varðandi ónæmi dómstólsins sem um ræðir fyrir ytri áhrifavöldum og hlutleysi þeirra varðandi þá hagsmuni sem fyrir hann eru lagðir.“

Eftir að hafa farið yfir staðreyndir málsins á grundvelli framangreindra meginreglna taldi Evrópudómstóllinn að sú ráðstöfun að lækka

starfslokaaldur hæstaréttardómara með þeim hætti að hún næði til dómaranna sem á þeim tíma voru starfandi við dómstólinn hefði grafið undan meginreglunni um friðhelgi dómara í starfi, sem væri forsenda fyrir sjálfstæði þeirra.

D. Dómstóll Fríverslunarsamtaka Evrópu (EFTA dómstóllinn)

140. Áfrýjunardómstóll Furstadæmisins Liechtenstein óskaði eftir ráðgefandi álitum frá EFTA dómstólum varðandi samninginn um evrópska efnahagssvæðið og gjaldþolstilskipun II nr. 2009/138/EB og beindi þremur spurningum til EFTA dómstólsins í því sambandi. Þriðja spurningin, sem óskað var svars við ef EFTA dómstóllinn tæki til umfjöllunar fyrri spurningarnar tvær eftir 16. janúar 2017, varðaði trúnaðarskylduna, sem leiðir af 3. gr. EES samningsins og möguleikann fyrir EFTA ríkin að vefengja gildi dóma EFTA dómstólsins. Kjarni spurningarinnar var álitamálið um hvort EFTA dómstóllinn yrði löglega skipaður frá 17. janúar 2017 á þann hátt að sjálfstæði hans og óhlutdrægni væru tryggð. Ástæða þess að spurningin var lögð fram var sú að með ákvörðun nefndar ESA og dómstólsins 1. desember 2016 hafði dómari sem sat í EFTA dómstólnum fyrir hönd Noregs verið endurskipaður til þriggja ára embættistíma frá og með 17. janúar 2017. Hins vegar er í 1. mgr. 30. greinar samningsins milli EFTA-ríkjana um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls (SCA) kveðið á um að dómarar við EFTA dómstólinn skuli skipaðir til sex ára í senn.

141. Hinn 13. janúar 2017 skilaði nefnd ESA og dómstólsins nýrri niðurstöðu þar sem dómariinn var skipaður að nýju fyrir hönd Noregs til sex ára og fyrri ákvörðunin var afturkölluð.

142. Hinn 14. febrúar 2017 (mál nr. *E-21/16*) svaraði EFTA dómstóllinn þriðju spurningu áfrýjunardómstólsins með eftirfarandi hætti, að því leyti sem við á hér:

„16. Hvers kyns mat á lögmæti skipunar dómstólsins, einkum að því er varðar sjálfstæði hans og óhlutdrægni, krefst þess að tekið verði viðhlítandi tillit til nokkurra mikilvægra þátta. Í fyrsta lagi er meginreglan um sjálfstæði dómstóla eitt af grundvallargildum dómgæslu. (...) Í öðru lagi er brynt ekki aðeins að dómarar séu sjálfstæðir og sanngjarnir, heldur verða þeir sýnilega að vera svo. Í þriðja lagi er nauðsynlegt til að tryggja viðvarandi sjálfstæði dómara að viðeigandi reglum um skipun dómara, eins og þær eru settar fram í 30. gr. SCA, séu virtar í hvítetna. Önnur nálgun gæti leitt til þess að traust almennings á dómstólnum væri rofið og þar með grafið undan ásýnd hans um sjálfstæði og óhlutdrægni.

143. Niðurstaða EFTA dómstólsins var að taka yrði tillit til nýju ákvörðunarinnar um að ógilda fyrri ákvörðunina og endurskipa dómariinn fyrir hönd Noregs til sex ára. Nýja ákvörðunin væri ótvíræð og þar væri kveðið á um skipunartíma í samræmi við 30. gr. SCA. Því gæti ekki leikið neinn vafi á lögmæti skipunar dómstólsins frá og með 17. janúar 2017.

E. Mannréttindadómstóll Ameríkúríkja

144. Í málinu *Hæstiréttur (Quintana Coello o.fl.) gegn Ekvador*, dómur frá 23. ágúst 2013, sem varðaði brottvikningu tuttugu og sjö dómara við Hæstarétt Ekvadors með þingsályktun, gerði Mannréttindadómstóll Ameríkúríkja eftirfarandi athugasemdir varðandi sjálfstæði dómstóla:

„144. Í fordæmum sínum hefur dómstóllinn bent á að gildissvið trygginga og virkrar réttarverndar sem dómara njóta beri að skoða í ljósi krafna um sjálfstæði dómstóla. Í málinu *Trujillo gegn Venesúela* lagði dómstóllinn áherslu á að dómara, ólíkt öðrum opinberum embættismönnum, nytu sérstakra trygginga vegna þess sjálfstæðis sem krafist væri af dómstólum, sem dómstóllinn hefur litið á sem „forsendu fyrir beitingu dómsvalds.“ Dómstóllinn hefur ítrekað að eitt meginmarkmiðið með aðgreiningu opinbers valds sé að tryggja sjálfstæði dómara. Tilgangurinn með vernd er að tryggja að dómskerfið almennt, og einstaklingar innan þess sérstaklega, séu ekki háðir mögulegum ótilhlýðilegum hömlum við framkvæmd embættisverka sinna frá stofnunum utan dómskerfisins, eða jafnvel frá dómurum sem fara með endurupptöku- eða áfrýjunarvald. Í samræmi við fordæmi þessa dómstóls og Mannréttindadómstóls Evrópu, og samkvæmt meginreglum Sameinuðu þjóðanna um sjálfstæði dómstóla (hér eftir „meginreglurnar“) leiða eftirfarandi tryggingar af sjálfstæði dómstóla: viðhlítandi málsmeðferð við skipun, tryggð fastráðning og varnir gegn ytri þrýstingi.

...

154. Loks hefur dómstóllinn lagt á það áherslu að ríkinu beri að tryggja sjálfstæða beitingu dómsvalds, bæði í stofnanalegu tilliti, þ.e.a.s. að því er varðar dómsvaldið sem kerfi, og í því sem lýtur að einstökum þáttum, þ.e.a.s. með tilliti til eins tiltekins dómara. Dómstóllinn telur við hæfi að benda á að hlutlægi þátturinn lýtur að kjarna réttarríkisins, svo sem meginreglunni um aðgreiningu valds og hinu mikilvæga hlutverki sem dómstólar gegna í lýðræðisríki. Af þessu leiðir að þessi hlutlægi þáttur nær út fyrir persónu dómans og hefur að öllu samanteknu áhrif á samfélagið í heild ...“

F. Aðrir alþjóðlegir textar

145. Í Latimer House leiðbeiningunum fyrir samveldið um þingræði og sjálfstæði dómstóla, sem samþykktar voru 19. júní 1998 á fundi fulltrúa þingmannasamtaka samveldisins, samtaka fógeta/sýslumanna (magistrates) og dómara samveldisins, lögmannasamtaka samveldisins og samtaka samveldisins um laganám, er kveðið svo á:

„II. Varðveisla sjálfstæðis dómstóla

1. Skipun í dómaraembætti

Í hverju lögsagnarumdæmi ætti að vera við lýði viðeigandi sjálfstætt skipunarferli í dómaraembætti. Þar sem ekki er þegar fyrir hendi sjálfstætt kerfi ætti skipun í dómaraembætti að vera í höndum nefndar á vegum dómstóla ... eða viðeigandi embættismanns ríkisins sem starfar á grundvelli tilmæla slíkrar nefndar.

Skipunarferlið, hvort sem það felur í sér nefnd á vegum dómstóla sem skipað er með viðeigandi hætti og hefur lýðræðislegt umboð eða ekki, ætti að vera til þess fallið að tryggja gæði og sjálfstæða hugsum þeirra sem valdir eru til skipunar á öllum stigum dómskerfisins.

Skipun í embætti dómara á öllum stigum dómskerfisins ætti að byggja á verðleikum ...“

146. Grunnsáttmáli dómara (e. Universal Charter of the Judge) var samþykktur af alþjóðasamtökum dómara 17. nóvember 1999. 9. gr. hans um skipun í embætti er svohljóðandi:

„Val og sérhver skipun dómara verður að eiga sér stað í samræmi við hlutlæg og gegnsæ viðmið sem byggja á viðeigandi faglegri hæfni. Þegar þetta er ekki tryggt með öðrum aðferðum, sem rætur eiga í gróinni og sannreyndri hefð, ætti valið að vera í höndum sjálfstæðrar stofnunar þar sem raunveruleg aðkoma dómara er tryggð.“

147. Í maí 2012 samþykkti Allsherjarþing Evrópusamtaka dómsmálaráða (European Network of Councils for the Judiciary) yfirlýsingu (Dyflinnaryfirlýsinguna) þar sem settar voru lágmarkskröfur varðandi nýliðun, val, skipun og framgang dómara. Málsgreinarnar í yfirlýsingunni sem máli skipta eru svohljóðandi:

„1. Skipanir í dómaraembætti ættu að byggjast einvörðungu á verðleikum og hæfni.

Nauðsynlegt er að fyrir hendi séu skýrt afmarkaðar og opinberar hæfniskröfur sem beitt er við mat á umsækjendum um dómaraembætti á öllum stigum skipunarferlisins.

2. Meðal hæfniskrafna skulu vera kröfur um vitsmunalega og persónulega hæfileika á háu stigi, svo og viðhlítandi vinnusiðferði og getu umsækjenda til þess að tjá sig.

...

8. Stuðla ætti að fjölbreytileika í hópi þeirra sem völ er á til skipunar og forðast mismunun af öllum toga, þótt í því felist ekki í sjálfu sér að settir séu kvótar, enda skuli hvers kyns viðleitni til þess að ná fram fjölbreytileika við val og skipun dómara ekki viðhöfð á kostnað grundvallarkröfunnar um verðleika.

9. Skipunar- og valferlið verður allt að vera fyrir opnum tjöldum þar sem almenningur á rétt á því að vita hvernig dómamar hans eru valdir.

10. Umsækjandi sem ekki hlýtur embætti á rétt til þess að vita hvers vegna hann eða hún var ekki skipaður/skipuð; þá er nauðsynlegt að fyrir hendi sé sjálfstætt ferli til kæru eða andmæla sem umsækjandi sem ekki hlýtur embætti getur nýtt sér telji hann eða hún að hann eða hún hafi fengið ósanngjarna meðferð í skipunarferlinu.

11. Ef ríkisstjórn eða þjóðhöfðingi kemur að endanlegri skipun dómara stríðir aðkoma ráðherra eða þjóðarleiðtoga ekki í sjálfu sér gegn grundvallarreglunum um sjálfstæði, sanngirni, hreinskiptni og gegnsæi ef hlutverk þeirra í skipuninni er skilgreint með skýrum hætti og ákvarðanatökufærli þeirra skjalfest með skýrum hætti og aðkoma ríkisstjórnarinnar eða þjóðhöfðingjans hafi ekki áhrif á þær grundvallarreglur ef þau staðfesta ákvarðanir sem teknar eru í samhengi sjálfstæðs valferlis. Þá var það jafnframt skilgreint sem staðall á þessu sviði að þegar sá sem ábyrgð ber á hinni endanlegu skipun (ríkisstjórn eða þjóðhöfðingi) hefur heimild til þess að neita að staðfesta skipunina eða tillöguna sem gerð er í samhengi sjálfstæðs valferlis og er ekki reiðubúinn að staðfesta skipunina eða tillöguna ætti sá hinn sami að opinbera þá ákvörðun og gera skýra grein fyrir ástæðu ákvörðunarinnar.“

III. EFNI ÚR SAMANBURÐARLÖGFRÆÐI

148. Dómstóllinn hefur talið viðeigandi að gera samanburðarkönnun á landslögum og réttarframkvæmd í 40 aðildarríkjum að mannréttindasáttmálanum (þ.e. Albaníu, Andorra, Austurríki, Aserbaídsjan, Belgíu, Bosníu og Hersegóvínu, Búlgaríu, Króatíu, Kýpur, Tékklandi, Eistlandi, Finnlandi, Frakklandi, Georgíu, Pýskalandi, Grikklandi, Ungverjalandi, Írlandi, Ítalíu, Lettlandi, Liechtenstein, Litháen, Lúxemborg, Möltu, Montenegro, Norður-Makedóníu, Noregi, Póllandi, Portúgal, Rúmeníu, Rússlandi, Serbíu, Slóvakíu, Slóveníu, Spáni, Svíþjóð, Sviss, Tyrklandi, Úkraínu og Bretlandi) varðandi kröfu sáttmálans um „dómstól sem skipaður er að lögum“.

149. Samkvæmt þeim upplýsingum sem dómstóllinn hefur undir höndum er hugmyndin um „dómstól sem skipaður er að lögum“ viðurkennd í réttarkerfum allra þeirra ríkja sem könnunin náði til, þótt orðanotkun sé mismunandi, svo og leiðir til þess að setja hugmyndina fram. Svo dæmi sé tekið er hugmyndin í sumum ríkjum sett fram berum orðum með nánast sama orðalagi, en í öðrum ríkjum er notað hugtakið „löglegur“ eða „náttúrlegur“ dómari eða dómstóll.

150. Gildissvið kröfunnar um „dómstól sem skipaður er að lögum“ er mismunandi í aðildarríkjunum: í nærri öllum ríkjunum sem um ræðir snýst krafan um „skipun að lögum“ augljóslega um samsetningu dómstóls eða dóms; í 37 aðildarríkjum varðar krafan lögsögu eða bægni dómstóls eða dóms til þess að úrskurða í tilteknu máli (í Belgíu, Lúxemborg og á Möltu virðist krafan um „skipun að lögum“ ekki ná yfir þetta atriði sérstaklega); og í 29 aðildarríkjum tengist krafan sérstaklega álitafninu um hvort lagalegur grunnur sé fyrir tilvist dómstóls eða dóms.

151. Dómstóllinn bendir á það, sem sérstaka þýðingu hefur í þessu máli, að í 19 (af 40) ríkjunum sem könnunin náði til (þ.e. Andorra, Austurríki, Aserbaídsjan, Belgíu, Búlgaríu, Króatíu, Frakklandi, Georgíu, Ungverjalandi, Írlandi, Ítalíu, Litháen, Lúxemborg, Möltu, Montenegro, Noregi, Rússlandi, Svíþjóð og Bretlandi), er með viðunandi hætti tryggt með landslögum og/eða réttarframkvæmd að krafan um „dómstóll sem skipaður er að lögum“ nái jafnframt yfir álitafnið um hvort lögbundinni málsmeðferð hafi verið fylgt við skipun í dómaraembætti. Að því er varðar aðildarríkið 21 sem eftir stendur, virðist sem ekki sé nægilega ljóst samkvæmt innlendum rétti og réttarframkvæmd hvort krafan um "skipun að lögum" nái einnig yfir skipunarferli dómara.

152. Þá vekur dómstóllinn enn fremur athygli á því að í þeim 19 löndum þar sem krafan um „dómstól sem skipaður er að lögum“ nær bersýnilega til reglnanna sem varða skipun dómara er munur á réttaráhrifunum af dómi sem kveðinn er upp af (eða með aðkomu) dómara sem skipaður hefur verið í trássi við gildandi reglur. Í flestum þessara ríkja er mögulegt við tiltekna aðstæður að fara fram á ómerkingu eða viðsnúning dóma sem kveðnir hafa verið upp

af dómara sem þannig er ástatt um; í nokkrum fjölda ríkja, svo sem í Austurríki, Belgíu, Georgíu, Noregi og Svíþjóð, er engu að síður ljóst af fordæmum innlendra dómstóla að brot á þeim innlendu lögum sem um ræðir þurfi að ná tilteknu alvarleikastigi – en það stig er mismunandi frá einu ríki til annars – til þess að dómar sem um ræðir verði ómerktir eða þeim verði snúið við. Sömuleiðis virðist af innlendum rétti og/eða réttarframkvæmd í tilteknum ríkum, svo sem Króatíu, Frakklandi, Ítalíu og Bretlandi, að ef skipanir í dómaraembætti eru ómerktar eða ógiltar vegna annmarka á skipunarferlinu þýðir það ekki fortakslaust að allar embættisfærslur eða dómar viðkomandi dómara yrðu ómerktar eða þeim snúið við.

153. Að lokum er í nærri öllum ríkjum þar sem krafan um „dómstól sem skipaður er að lögum“ gildir um málsmeðferðina við skipun dómara (þ.e. í 19 af 40 ríkjum, eins og nefnt er í 151. mgr.) möguleiki á endurupptöku mála, og í sumum tilvikum er það skylt þegar dómi hefur verið snúið við eða hann ómerktur vegna annmarka á skipun dómara sem kom að uppkvaðningu hans (sjá 152. mgr. hér að framan).

LAGAATRÍÐI

I. MEINT BROTT GEGN 1. MGR. 6. GR. MANNRÉTTINDASÁTTMÁLANS VARÐANDI RÉTTINN TIL MÁLSMEÐFERÐAR FYRIR DÓMSTÓLI SEM SKIPAÐUR ER AÐ LÖGUM

154. Kærandi taldi með vísan til 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans að einn þeirra þriggja dómara sem skipað hefðu dóminn í hinum nýstofnaða Landsrétti, sem hefði staðfest sakfellingu hans, þ.e. A.E., hefði ekki verið skipaður í samræmi við gildandi landslög og að af þeim sökum hefði ákvörðun um sakarefni hans hafi ekki verið í höndum „dómstóls sem skipaður er að lögum“ í skilningi þess ákvæðis.

1. másl. 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans er svohljóðandi:

„Þegar kveða skal á um réttindi og skyldur manns að einkamálarétti eða um sök, sem hann er borinn um refsivert brot, skal hann eiga rétt til réttlátrar og opinberrar málsmeðferðar innan hæfilegs tíma fyrir sjálfstæðum og óvilhöllum dómstóli. Sé skipan hans ákveðin með lögum.“

A. Dómur deildarinnar

155. Að ítrekuðum þeim almennu meginreglum sem samkvæmt dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins gilda um réttinn til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“ réðst aðaldeildin í greiningu sína á grundvelli þeirrar forsendu að hugtakið „skipan“ í 1. másl. 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans næði eðli máls samkvæmt yfir málsmeðferðina sem viðhöfð væri við skipun dómara innan hins landsbundna

dómskerfis. Að mati deildarinnar fólst í meginreglunni um réttarríki sú krafa að skipunarferli í dómaraembætti færi fram í samræmi við viðeigandi reglur innlands réttar sem í gildi væru á viðkomandi tíma.

156. Þá taldi aðaldeildin enn fremur að prófsteinninn á „gróft brot á innlendum lögum,“ sem að jafnaði ætti við þegar til athugunar væri hvort innlendir dómstólar hefðu með réttum hætti túlkað og beitt ákvæðum landslaga, ætti einnig að eiga við þegar meint brot á landslögum væri eignað annarri grein ríkisvaldsins og brotið hefði verið staðfest af innlendum dómstólum. Taldi aðaldeildin í þessu sambandi að einungis þau brot á gildandi innlendum reglum við skipun „dómstóls“ sem hefðu grundvallarþýðingu og væru ófrávikjanlegur þáttur í skipunarferli og starfsemi dómstóla gætu talist „gróf brot á innlendum lögum“ í þessu samhengi.

157. Að tilgreindum þeim meginreglum sem athugun á málinu myndi byggja á þurfti aðaldeildin að ákvarða hvort brotin gegn viðkomandi innlendum reglum við málsmeðferðin við skipun tiltekinna dómara – þar með talið A.E. – í embætti við Landsrétt, sem þegar höfðu verið staðfest af Hæstarétti Íslands, hefðu verið „gróf“ og þannig orðið til þess að kærandi hefði ekki notið réttar síns til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður væri að lögum“ vegna setu dómarans A.E. í dóminum sem staðfesti sakfellingu hans.

158. Aðaldeildin vakti athygli á því, í fyrsta lagi, að Hæstiréttur, sem hefði talið að kærandi hefði notið réttlátrar málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum og óhlutdrægum „dómstóli“ þrátt fyrir annmarkana á skipun eins dómaranna í dómi Landsréttar, hefði ekki rannsakað með beinum hætti hvort skipunin sem um ræddi hefði falið í sér „gróft“ brot á viðeigandi landsreglum í ljósi dómaframkvæmdar Mannréttindadómstólsins varðandi 1. mgr. 6. gr. Aðaldeildin vakti í öðru lagi athygli á því að andstætt röksemdafærslu ríkisins kallaði brot gegn meginreglunni um að dómstóll skuli skipaður að lögum og þeim nátengdu meginreglum samkvæmt sömu grein að „dómstóll“ skuli vera sjálfstæður og óvilhallur, ekki á sérstaka athugun á því hvort brotið gegn þeirri meginreglu hefði leitt til þess að málsmeðferð hefði verið ósanngjörn. Aðaldeildin taldi í þriðja lagi að þegar litið væri til eðlis og alvarleika brotanna gegn landslögum í fyrirbyggjandi máli af hálfu dómsmálaráðherra hefðu þau haft grundvallarþýðingu þar sem þau hefðu varðað kjarna skipunarferlisins. Þá taldi aðaldeildin enn fremur – í ljósi niðurstaðna Hæstaréttar varðandi málsatvik – að auk þess að teljast grundvallarannarki á hlutlægum forsendum, báru brotin sem um ræðir einnig vott um bersýnilegt skeytingarleysi ráðherra um þær reglur sem við áttu og í gildu voru á þeim tíma sem um ræðir. Loks benti aðaldeildin á að sú staðreynd – sem Hæstiréttur staðfesti – að Alþingi lét undir höfuð leggjast að hlíta reglunni um að greiða atkvæði sérstaklega um hvern umsækjanda hefði einnig falið í sér alvarlegan annmarka á skipunarferlinu í ljósi þess að reglan hefði verið

sett í því skyni að lágmarka hættu á því að flokkspólítískir hagsmunir hefðu óeðlileg áhrif á skipunarferli dómara við hinn nýstofnaða Landsrétt.

159. Í ljósi framangreindra niðurstaðna, og með sérstöku tilliti til mikilvægis þess að tryggja að virtar séu gildandi reglur innlendra laga í lýðræðislegu þjóðfélagi sem lýtur reglum réttarríkisins, taldi aðaldeildin að lagabrotin, sem stöfuðu af ótilhlýðilegum áhrifum framkvæmdavaldsins á skipunarferli dómara, teldust gróft brot á þeim reglum sem í gildi voru á þeim tíma sem um ræðir. Það var því niðurstaða deildarinnar, með fimm atkvæðum gegn tveimur, að brotið hefði verið gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans að því er varðar rétt kæranda til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“ vegna ólögsmætrar setu A.E. í dómi Landsréttar, sem staðfest hefði sakfellingu hans (sjá 97.-123. mgr. í dómi deildarinnar). Með hliðsjón af þeim niðurstöðum sem komist var að varðandi rétt kæranda til málmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum taldi aðaldeildin enn fremur að ekki væri þörf á því að fjalla um kæru hans sem laut að skorti Landsréttar, sem fjallaði um áfrýjun hans, á sjálfstæði og óhlutdrægni (sbr. 126. mgr. í dómi deildarinnar).

B. Greinargerðir til yfirdeildar

1. Málsaðilar

(a) Kærandi

160. Kærandi krafðist þess að yfirdeild fylgdi meiri hluta deildarinnar og skilaði niðurstöðu um brot gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans á þeim forsendum að um sakargiftirnar á hendur honum hefði ekki verið fjallað af „dómstóli sem skipaður var að lögum“ vegna setu A.E. í dómi Landsréttar, sem hefði dæmt í máli hans þrátt fyrir annmarkana á skipunarferli þess dómara, eins og íslenskir dómstólar hefðu komist að niðurstöðu um.

161. Kærandi veitti í upphafi máls síns yfirlit yfir sögu lagasetningar á Íslandi varðandi skipun í dómaraembætti og var yfirlitið í samræmi við upplýsingarnar í 11.-19. mgr. hér að framan. Taldi kærandi að allar þessar lagabreytingar hefðu haft þann tilgang að efla sjálfstæði dómstóla gagnvart framkvæmdavaldinu og sporna gegn pólitískri spillingu og misnotkun valds við skipanir í dómaraembætti – sem dæmi væru til um á Íslandi í fortíðinni – í því skyni að auka traust almennings á dómsvaldinu. Þá taldi kærandi að löggjöf, sem til þess væri ætluð að tryggja sjálfstæða og óhlutdræga dómstóla, væri gagnslaus ef farið væri í kringum löggjöfina við skipun í embætti dómara, sem væri einmitt það sem þetta mál snerist um, þegar dómsmálaráðherra hefði ákveðið að líta fram hjá niðurstöðum dómnefndarinnar. Taldi kærandi í þessu sambandi að þrátt fyrir allan þann fjölda réttarbóta í því skyni að sporna gegn pólitískri spillingu við skipun dómara hefði dómsmálaráðherra unnið út frá pólitískum sjónarmiðum með

tillögunum sem hún hefði gert um skipun í dómaraembætti við hinn nýja Landsrétt.

162. Kærandi taldi að dómur Hæstaréttar, sem kveðinn var upp 24. maí 2018 vegna mótmæla hans við samsetningu Landsréttar, hefði verið gallaður. Það væri vegna þess að hann gengi ekki einvörðungu gegn dómum sem áður hefðu verið kveðnir upp af Hæstarétti 19. desember 2017, heldur vegna þess að hann vísaði ranglega til þess að í dómunum frá desember 2017 hefði verið talið að annmarkinn á málsmeðferðinni við atkvæðagreiðslu á Alþingi hefði ekki verið „verulegur“ þótt ekkert slíkt hefði verið staðhæft af hálfu Hæstaréttar í umræddum dómum. Þá hefði í dóminum frá 24. maí 2018 ekki verið að finna neina athugun á því hvort viðmiðanir í fordæmum Mannréttindadómstólsins varðandi kröfuna um málsmeðferð fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“ hefðu við uppfylltar í þessu máli, né heldur hefði einu sinni verið rannsakað með sjálfstæðum hætti hvort brotin sem um var deilt hefðu verið alvarleg eða ekki. Af nálgun Hæstaréttar að málinu mætti ráða að ekkert hefði getað staðið í vegi fyrir tillögum ráðherra, jafnvel þótt hún hefði kosið að víkja *alfarið* frá listanum sem tekinn hefði verið saman af dómnefndinni og tilnefna þá fimmtán umsækjendur sem síst voru taldir hæfir samkvæmt röðun dómnefndarinnar.

163. Kærandi taldi að viljaleysi Hæstaréttar til þess að leggja rétt mat á réttaráhrifin af setu A.E. í dómi Landsréttar stafaði af smæð lögfræðingastéttarinnar á Íslandi. Tók hann fram að allir fjórir dómaramenn sem skipaður hefðu verið í embætti við Landsrétt samkvæmt tillögu dómsmálaráðherra, þar með talið A.E., hefðu gegnt stöðu varadómara við Hæstarétt á tímabilinu frá 5. mars til 25. maí 2018, þegar mál kæranda beið afgreiðslu fyrir Hæstarétti, en sú staða taldi hann að fæli í sér hagsmunaárekstra. Bætti kærandi því við að engin fordæmi væru á Íslandi fyrir ógildingu skipunar í dómaraembætti af hálfu dómstóls vegna annmarka á skipunarferli.

164. Að mati kæranda hefðu lagabrotin sem áttu sér stað við skipun í dómaraembætti við Landsrétt, og Hæstiréttur hefði margoft bent á, verið afar alvarlegs eðlis. Taldi hann í því sambandi að þrátt fyrir ráðgjöf eigin lögfræðinga hennar og skýlaust fordæmi sem sett hefði verið með dómi Hæstaréttar frá 14. apríl 2011 (sjá 36. og 115. mgr. hér að framan) hefði dómsmálaráðherra, sem sjálf væri lögfræðingur, horft fram hjá þeim lagaskyldum sem á henni hvíldu við skipun í embætti dómara við Landsrétt. Með sama hætti hefði Hæstiréttur í dómum sínum 19. desember 2017 talið að ráðherra hefði hagað gerðum sínum „án þess að skeyta nokkuð um“ þá augljósu ógn við orðstír stefnenda – þ.e. umsækjendanna tveggja sem ekki hlutu skipun – í málinu. Hélt kærandi því fram á grundvelli framangreindra þátta að ráðherra hefði brotið gegn viðkomandi lögum af ásetningi, eða af svo stórkostlegu gáleysi að jaðraði við ásetning. Með vísan enn og aftur til röksemda sinna varðandi nánin pólitísk tengsl milli dómsmálaráðherra og eiginmanns A.E., B.N. (sjá 89. mgr. hér að framan), taldi kærandi að

ákvörðun dómsmálaráðherra hefði ráðist af pólitískum sjónarmiðum og falið í sér misnotkun valds. Þá færði hann fram þau rök í þessu sambandi að tveir þeirra umsækjenda sem ráðherra hefði fjarlægt af listanum hefðu tengst vinstri sinnuðum stjórnmalaflokkum, hvor með sínum hætti, og að umsækjandi í 30. sæti, sem ráðherra hefði gert tillögu um, hefði verið eiginmaður vinar hennar og fyrrum samstarfsmanns.

165. Enn fremur taldi kærandi að skýringar þær sem ráðherra hefði gefið til stuðnings ákvörðun hennar að víkja frá lista dómnefndar – sem átti að hafa stjórnast af sjónarmiðum um jafnrétti og dómareynslu – væru ósannfærandi. Benti hann í fyrsta lagi á að einn umsækjendanna sem hafnað hefði verið væri héraðsdómari sem raðast hefði ofar en allir fjórir héraðsdómarar sem ráðherra hefði valið að skipa í staðinn. Í öðru lagi hefði hún skipað karlkyns héraðsdómara sem raðast hefði í 30. sæti á lista dómnefndarinnar en kosið að horfa fram hjá kvenkyns héraðsdómara sem raðast hefði í 22. sæti. Taldi kærandi í greinargerð sinni að þessi dæmi sýndu að ákvörðun ráðherra hefði ekki verið réttmæt, heldur bæri hún í vott um valdniðslu.

166. Að því er varðar lögprot Alþingis taldi kærandi að engin viðhlítandi skýring hefði verið gefin á því hvers vegna Alþingi hefði ákveðið að fara gegn skýrum og skýlausum ákvæðum laga og leggja fram tillögu í einu lagi um alla umsækjendurna til samþykktar eða synjunar. Að mati kæranda hefði þetta verið meðvituð ákvörðun Alþingis, sem miðaði að því að tryggja samþykki allra umsækjendanna fjögurra sem ekki hefðu verið á lista dómnefndar og því hefði verið um að ræða brot sem væri afar alvarlegs eðlis. Til skýringar á máli sínu gaf kærandi það dæmi að ef tillögurnar hefðu ekki verið bornar undir atkvæði í einu lagi hefði Alþingi þurft að greiða sérstaklega atkvæði um að hafna þeim umsækjanda sem raðaðist í 7. sæti og taka fram fyrir hann umsækjanda sem raðaðist í 30. sæti en var í hópi þeirra fjögurra sem ráðherra gerði tillögu um. Því væri ljóst að Alþingi hefði ekki sinnt því hlutverki sínu að hafa eftirlit með framkvæmdarvaldinu og þannig vanrækt lögboðna skyldu sem því hefði verið falin til þess að bregðast við einmitt þessum aðstæðum. Þá taldi kærandi enn fremur að skýringarnar sem gefnar hefðu verið af hálfu Alþingis til réttlætningar á atkvæðagreiðslunni í einu lagi væru ófullnægjandi, þar sem ekki væri unnt að setja þingvenju ofar settum lögum. Eins og hver önnur stofnun yrði Alþingi að fara að lögum, ekki síst þegar lögin sem um ræðir hefðu verið sérstaklega ætluð til þess að tryggja réttláta málsmeðferð við skipun dómara í embætti og til þess að setja framkvæmdavaldinu skorður í því sambandi með því að fela Alþingi eftirlitshlutverk.

167. Þá hefði forseti Íslands ennfremur veitt broti Alþingis „blessun sína“ með því að undirrita skipunarbréf A.E. og lýsa yfir, án þess að hafa gengist fyrir neinni rannsókn eða aflað sér lögfræðilegrar aðstoðar, að engin mistök hefðu átt sér stað við framkvæmd atkvæðagreiðslunnar sem um ræðir á Alþingi. Allar meginstoðir ríkisvaldsins hefðu þannig brugðist í skipunarferli Landsréttardómaranna.

168. Að mati kærands væri ekki unnt að líta á umrædd brot sem minni háttar í skilningi meginreglunnar um „dómstól sem skipaður er að lögum“ skv. 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans. Lagði hann í þessu sambandi áherslu á eðli laganna sem brotið hefði verið gegn, en þau hefðu þann tilgang að tryggja sjálfstæði dómstóla með hlutlægu skipunarferli, en afleiðingar þessara brota sem, eins og héraðsdómur hefði bent á í dómum sínum 25. október 2018 (sjá 92. mgr. hér að framan), hefðu leitt til samsetningar Landsréttar með öðrum dómurum en þeim sem hefðu verið skipaðir hefði skipunarferlið farið fram með löglegum hætti. Ef komist væri að annarri niðurstöðu yrði sú meginregla óvirk þar sem hún veitti þá enga vernd sem þýðingu hefði.

169. Lagði kærandi áherslu á að aðalatriðið sem um ræddi í þessu máli væri samfelld vernd sem þýðingu hefur á réttinum til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“, sem hann taldi vera kröfu sem óháð væri öðrum réttindum sem verndar nytu samkvæmt 1. mgr. 6. gr. og „líklega mikilvægust“ þeirra. Taldi hann að ef þessi meginregla nyti ekki raunverulegrar verndar „græfi það með varanlegum hætti“ undan 1. mgr. 6. gr. Bætti hann við að meginregluna um „skipun að lögum“ yrði að skilja þannig að ekki væri einungis átt við að skipan dómstóls skuli ákveðin með lögum einungis í formlegri og þröngri merkingu heldur einnig – sem ef til vill væri mikilvægara – þannig að þess væri krafist að allar ráðstafanir við stofnun dómstóls skuli lögmatar í fyllsta efnislega skilningi.

170. Þá taldi hann enn fremur að meginreglan um „réttarvissu“ hefði ekkert gildi þegar átt hefði sér stað „gróft brot“ á landslögum, eins og tilfellið hefði verið í þessu máli. Vísaði hann í þessu sambandi til viðeigandi málsgreina í álitum Sharpstons aðallögmanns í málum *Simpson og HG* (sjá Álit ECLI:EU:C:2019:977, sem flutt var af aðallögmanni 12. september 2019; sjá einnig 134.-137. mgr. hér að framan varðandi frekari upplýsingar um mál *Simpson og HG*). Lagði hann jafnframt áherslu á að dómar Hæstaréttar frá 19. desember 2017, þar sem staðfestar hefðu verið misfellurnar í skipunarferlinu, hefðu verið kveðnir upp einum tíu dögum fyrir þann dag sem skipanirnar í embætti við Landsrétt hefðu tekið gildi (sjá 67.-75. mgr. hér að framan). Með öðrum orðum hefði íslenska ríkið haldið skipununum til streitu þrátt fyrir niðurstöður Hæstaréttar, sem af þeim sökum girti fyrir að ríkið gæti í góðri trú haldið fram réttarvissu í þessu máli.

171. Sem andsvar við staðhæfingu ríkisins um að dómnefndin hefði nýlega breytt matsaðferðum sínum með þeim hætti að þær samrýmdust upphaflegri beiðni sem ráðherra hefði beint til nefndarinnar (sjá 190. mgr. hér fyrir neðan) taldi kærandi að enginn fótur væri fyrir þeirri afstöðu. Þótt dómnefndin hefði að sönnu gert tillögu um þrjá umsækjendur um eitt auglýst embætti við Hæstarétt, eins og ríkið hefði haldið fram, hefði nefndin einungis haft þann hátt á vegna þess að umsækjendurnir þrír hefðu verið taldir jafnhæfir, en ekki vegna þess að nefndin hefði breytt matsaðferðum sínum. Í öllu falli, jafnvel þótt dómnefndin væri gagnrýnd fyrir matsaðferð sína,

réttlætti það ekki hin alvarlegu brot á landslögum af hálfu ráðherra og Alþingis í þessu máli.

172. Að því er varðar þá röksemdafærslu að staðhæfingar hans um pólitískt samkomulag milli ráðherra og B.N., eiginmanns A.E., stæðust ekki hvað tímaröð varðar (sjá 191. mgr. hér fyrir neðan) taldi kærandi að tímaröð skipti ekki máli og að staðreyndirnar töluðu sínu máli; ljóst væri að hans mati að ráðherra hefði gert B.N. greiða, sem hinn síðarnefndi hefði endurgoldið fjórum mánuðum síðar.

(b) Ríkið

173. Ríkisstjórn Íslands krafðist þess að yfirdeildin hafnaði kærur kæranda, svo og niðurstöðu meiri hluta deildarinnar varðandi þær kærur, og að hún fylgdi röksemdafærslunni í sératkvæðinu, þar sem niðurstaðan var sú að brotin gegn einhverjum þeim reglum sem giltu um skipun dómara í embætti við Landsrétt væru ekki slík að þau leiddu til þess að réttinn skorti þann lagagrunn sem krafist væri til þess að fjalla síðan um mál með þátttöku eins eða fleiri þeirra dómara sem dómsmálaráðherra hefði gert tillögu um. Að mati ríkisins væru á dómi meiri hlutans grundvallaranmarkar, eins og lýst er hér fyrir neðan.

174. Benti ríkið í fyrsta lagi á að í dómi sínum hefði meiri hlutinn virt að vettugi eina af þeim meginreglum sem liggja að kjarna regluverksins sem komið var á með mannréttindasáttmálanum, þ.e. nándarreglunni, með því að víkja til hliðar mati æðsta dómstólsins á Íslandi varðandi viðeigandi reglur innlands réttar um lögmati „dómstóls“. Taldi ríkið, með vísan til viðeigandi fordæma Mannréttindadómstólsins, að meiri hlutinn hefði horft fram hjá þeirri reglu að mat á afleiðingum brots á innlendum lögum er í höndum innlendra dómstóla og að það komi því aðeins í hlut Mannréttindadómstólsins að taka aðra afstöðu ef dómstóllinn kemst að þeirri niðurstöðu að mat hinna innlendu dómstóla á lögnum hafi verið „bersýnilega ósamngjarnt eða gerræðislegt eða í gróflegu í ósamræmi við grundvallarreglur mannréttindasáttmálans“ (vísað var til fordæmisins *Pla og Puncernau gegn Andorra*, nr. 69498/01, § 46, ECHR 2004-VIII).

175. Í öðru lagi taldi ríkið að meiri hluti deildarinnar hefði horft fram hjá þeirri staðreynd að rétturinn til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“ væri réttur til *lögmaets* „dómstóls“ sem áður hefði verið stofnað til með lögum. Í staðinn hefði hún litið svo á að orðalagið „skipaður að lögum“ hefði sömu merkingu og „í samræmi við“ allar reglur af öllum toga, svo lengi sem reglurnar „tengdust“ stofnun og lögbærni dómstóla og án tillits til þess hvort annmarkinn væri einungis formlegs eðlis og án nokkurra réttaráhrifa á lögbærni „dómstólsins“. Að mati ríkisins væri munurinn á hugtökunum tveimur verulegur: annmarki á málsmeðferð við skipun dómara í embætti gæti þýtt að skipunarferlið hefði ekki verið „í samræmi við lög“. Það þýddi á hinn bóginn ekki að ætluð stofnun dómstólsins sjálfs væri ógild; samkvæmt innlendum rétti gæti dómstóllinn engu að síður talist löglega

skipaður þrátt fyrir að ekki hefði verið farið að öllum formreglum skipunarferlisins.

176. Í þriðja lagi væri prófsteinninn á „gróft brot gegn landslögum“, sem ákvarðaður hefði verið af meiri hlutanum sem prófsteinn sem innlendum dómstólum bæri að beita, í andstöðu við dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins. Hin rétta nálgun hefði verið að spyrja hvort annmarkarnir á ferlinu sem viðhaft var við valið hefðu verið slíkir samkvæmt innlendum rétti að skipun hins einstaka dómara í kjölfarið væri þar með ógild. Væru þeir það ekki væri „dómstóllinn“ mannaður skipuðum dómurum, sem bundnir væru af lagalegum skyldum sínum sem handhafar dómaraembættis og þar með væri skipan dómstólsins „ákveðin með lögum“. Samkvæmt fyrri fordæmum Mannréttindadómstólsins gæti prófsteinninn um „gróft brot“ einungis gefið dómstólnum tilefni til að hnekkja niðurstöðu innlands dómstóls um að skipan „dómstóls“ hafi verið „ákveðin með lögum“ þegar skýrt væri og bersýnilegt að skipan hans hefði ekki verið ákveðin samkvæmt landslögum; en í þessu máli hefði meiri hlutinn talið að orðið „gróft“ tengdist „eðli og alvarleika hins meinta brots“, en ekki grófleika einhverrar villu í greiningu hins innlenda dómstóls á innlendum lögum. Væri þessi nálgun í andstöðu við viðtekna framkvæmd dómstólsins og við nándarregluna, og prófsteinninn sem lagður væri til væri of víðtækur og óljós. Enn fremur voru einu málin sem meiri hlutinn vísaði í til stuðnings nálgun sinni mál EFTA-dómstólsins og Almenna dómstóls Evrópusambandsins, sem vörðuðu afar frábrugðna annmarka á málsmeðferð í afar frábrugðnu lagalegu samhengi þar sem nándarreglan kom ekki við sögu.

177. Hinn ætlaði prófsteinn á „gróft brot“ var einnig ónothæfur að mati ríkisins. Öll brot, hvað sem þau snerust um og hvenær sem þau hefðu átt sér stað, þyrftu að standast prófið. Þannig væri unnt að vefengja dóma sem kveðnir væru upp af dómara sem skipaður hefði verið í embætti jafnvel fyrir þrjátíu árum eftir gallaða málsmeðferð ef gallarnir væru taldir nægilega alvarlegir af dómstólnum. Taldi ríkið á grundvelli þessa dæmis að afleiðingarnar af hinum ætlaða prófsteini væru verri en þeir annmarkar sem honum væri ætlað að bregðast við og fullkomlega óhóflegar miðað við þá.

178. Í fjórða lagi, þótt meiri hlutinn hefði viðurkennt að skilyrðið um „gróft brot á innlendum lögum“ væri því aðeins uppfyllt ef brotið sem um ræddi varðaði „grundvallaratriði ... [sem væru] ófrávíkjanlegir liðir í skipan og starfsemi réttarkerfisins“ (102. mgr. í dómi deildarinnar), hefði hann látið undir höfuð leggjast að taka mið af ýmsum þáttum sem kæmu í veg fyrir niðurstöðu um að „gróft“ brot hefði átt sér stað við þessar aðstæður. Meðal þessara þátta væri sú staðreynd að skipan Landsréttar sem stofnunar hefði verið ákveðin með lögum; að dómnefndin, hin lögskipaða stofnun sem falið væri mat á umsækjendum, hefði talið A.E. fullkomlega hæfa og hlutgenga til þess að hljóta skipun í embætti sem dómari við Landsrétt; að við gerð tillagna um umsækjendur við Alþingi væri ráðherra ekki skylt að lögum að fylgja tillögum dómnefndarinnar við allar aðstæður; að í aðgerðum sínum hefði

ráðherra ætíð verið í góðri trú og látið stjórnast af fullkomlega lögmætum forsendum varðandi dómara-reynslu og kynjajafnvægi; að skipun A.E. ásamt hinum dómurunum fjórtán hefði verið samþykkt af Alþingi, sem hefði haft tækifæri til þess að fara yfir tillögur ráðherra í stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd og síðar á þingfundi og hefði þingið ekki farið fram á sérstaka atkvæðagreiðslu um hvern og einn umsækjanda þótt þinginu hefði verið það í lófa lagið; að forseti Íslands hefði formlega skipað A.E. í embætti sem dómara; að frá þeim tíma sem A.E. hefði tekið við embætti sem dómari hefði hún jafnframt undirgengist allar þær lagaskyldur sem embætti hennar fylgdu samkvæmt 61. gr. stjórnarskrárinnar og hefði notið þeirrar verndar samkvæmt stjórnarskrá að henni yrði ekki vikið úr embætti – sem í raun merkti að annmarkarnir á skipunarferlinu hefðu engin áhrif á valdheimildir hennar eða stöðu sem dómari þegar hún átti aðkomu að máli kæranda –; að engin merki væri um að A.E. hefði nokkurn tíma sýnt af sér háttsemi sem dómari sem væri annað en til fyrirmyndar, hvorki í máli kæranda né að öðru leyti; og að Hæstiréttur hefði sérstaklega tekið fram að samkvæmt innlendum rétti hefðu þeir tæknilegu annmarkar sem rétturinn hefði talið vera á ferlinu í aðdraganda þess að nafn A.E. var borið upp til samþykktar af hálfu Alþingis og hún síðan skipuð verið léttvægir og ekki slíkir að þeir gætu leitt til ógildingar á skipun hennar.

179. Við málflutning í yfirdeildinni færði ríkið frekari rök fyrir því að brotin sem um ræddi gætu ekki talist „gróf“. Taldi ríkið einkum og sér í lagi að þegar lítið væri til þess að skipunarferlið væri fordæmalaust væri ekki einfalt mál að skilgreina mistök sem síðar kæmu í ljós sem „gróf“ nema hægt væri að sýna fram á háttsemi gegn betri vitund – sem ekki hefði verið raunin; að í málunum sem höfðuð hefðu verið af J.R.J. og Á.H. hefði héraðsdómur ekki í fyrstu talið að um brot hefði verið að ræða á lögum, sem sýndi að hvers kyns mistök sem kynnu að hafa átt sér stað næðu því ekki að teljast gróf; og að innlendir dómstólar hefðu ekki talið að um væri að ræða neinn illan ásetning af hálfu ráðherra. Lagði ríkið áherslu á það í þessu sambandi að niðurstaða Hæstaréttar í dómum sínum 19. desember 2017 varðandi ógnina við orðstír J.R.J. og Á.H. hefði verið tekin úr samhengi í dómi deildarinnar. Þær niðurstöður hefðu varðað það hvort dæma skyldi skaðabætur með vísan til hefðbundinna álitamála um fyrirsjáanleika og orsakatengsl en vörðuðu ekki ásetning um lagabrot. Þvert á móti hefði Hæstiréttur tekið sérstaklega fram í dómum sínum að niðurstaða hans væri ekki sú að ráðherra hefði af ásetningi ráðist í að skaða orðstír neins.

180. Í fimmta og síðasta lagi hefði meiri hlutinn ekki hugað að víðtækum afleiðingum af nálgun hans. Í því sambandi hefði meiri hlutinn komist að þeirri niðurstöðu að *hvers kyns* annmarki á málsmeðferð á hvaða stigi valferlisins sem er, hversu tæknilegs eðlis sem hann væri eða hversu forn, nægði til þess að ógilda skipun sem kæmi í kjölfarið, og að hvers kyns ákvörðun dómara sem þannig væri skipaður, jafnvel, eins og í þessu tilfelli, þegar fyrir lægi skýlaust samþykki Alþingis á skipuninni og skipunin hefði

verið formlega staðfest af forseta, og jafnvel þótt allir sem að málsmeðferðinni komu hafi verið í góðri trú og dómari hafi bersýnilega verið hæfur. Slík nálgun hefði afar neikvæðar afleiðingar fyrir réttaríkið, sjálfstæði dómstóla og réttaröryggi og væri ósamrýmanleg þörfinni fyrir starfsöryggi dómara, en ekki hefði verið hugað að því í dómi deildarinnar. Ef rökstuðningur meiri hlutans yrði staðfestur gæti það haft þá afleiðingu að ógilda ekki aðeins allar dómsniðurstöður Landsréttar þar sem A.E. hefði átt hlut að máli heldur allar niðurstöður Landsréttar í ljósi gagnrýnnar á atkvæðagreiðsluna á Alþingi í einu lagi um alla umsækjendurna.

181. Áhrifin af slíkri röksemdafærslu yrðu enn fremur ekki bundin við Ísland; hvaða tæknilegi annmarki sem er á skipunarferli í dómaraembætti mundi gera að verkum að unnt yrði að vefengja niðurstöður dómstóla í öllum aðildarríkjum Evrópuráðsins, hvað sem liði öðrum öryggisráðstöfunum sem skipunarferlinu tilheyrðu eða fjarlægð annmarkans frá hinni efnislegu ákvörðun sem vefengd væri, hvað sem liði ákvörðunum innlendra dómstóla þar sem gildi skipunarinnar væri staðfest og einnig hvað sem liði verðleikum umsækjandans sem skipaður hefði verið og almennum varúðarráðstöfunum sem giltu um hæfni og sjálfstæði. Að mati ríkisins ætti annmarki á málsmeðferð við skipun dómara því aðeins að vekja álitafni samkvæmt kröfunni um „skipun að lögum“ ef annmarkinn hefði leitt til skipunar manns sem skorti hæfni eða hlutgengi í embætti dómara, sem ekki væri raunin í þessum aðstæðum.

182. Auk þessara röksemda taldi ríkið að skipunarferlið hefði í heild sinni verið opið og gegnsætt. Taldi ríkið mikilvægt að leggja áherslu á að upphaflega tillagan sem dómnefndin hefði skilað hefði verið gagnrýnd á Alþingi, bæði af stjórnar- og stjórnarandstöðuflokkum. Hefði gagnrýnin verið tvíþætt: í fyrsta lagi var talið að í tillögu dómnefndarinnar hefði ekki verið litið til jafnréttissjónarmiða, því af þeim fimmtán umsækjendum sem tillaga hefði verið gerð um hefði einungis fimm verið konur; í öðru lagi var talið að dómnefndin hefði ekki ætlað dómaraeignslu nægilegt vægi. Listanum sem dómnefndin gerði tillögu um hefði því þurft að breyta í öllu falli og í tillögu sinni til Alþingis hefði dómsmálaráðherra tekið tillit til þeirra efasemda sem uppi voru. Þá lagði ríkið enn fremur áherslu á að í 4. gr. reglna dómsmálaráðherra nr. 620/2010 væru taldir upp þau málefnalegu sjónarmið sem gert er ráð fyrir að dómnefndin byggi mat sitt á, en þar væri hins vegar ekkert sagt um það *vægi* sem gefa skyldi hverjum þætti. Hefði nefndin að eigin frumkvæði ákveðið að ljá dómaraeignslu sama vægi og málflutningi og störfum innan stjórnsýslunnar. Hefðu umsækjendurnir fjórir, sem dómsmálaráðherra hefði tekið af lista dómnefndarinnar, hlotið 0,5, 1,0, 3,5 og 5,5 stig fyrir dómaraeignslu samkvæmt matstöflu nefndarinnar, meðan umsækjendurnir fjórir sem bætt var á listann hefðu hlotið 9,5, 8,5, 7,0 og 6,0 stig. A.E., sem var meðal kvennanna sem ráðherra hefði gert tillögu um, hefði þrjátíu og tveggja ára dómaraeignslu og þar með meiri dómaraeignslu en nokkur hinna fjögurra dómara sem teknir hefðu verið út af listanum. Tillaga

ráðherra hefði þó ekki byggt á hlutlægum tölugildum; þegar hún lagði til að dómareynslu yrði ljáð aukið vægi fólst það ekki einvörðungu í því að bera saman árafjölda reynslu umsækjendanna, heldur einnig í huglægu mati á eiginleikum þeirra og atgervi. Að því er varðar kynjajafnrétti andmælti ríkið því ekki að slík sjónarmið kæmu því aðeins til álita samkvæmt jafnréttislögum ef umsækjendur af mismunandi kynjum væru „jafnhæfir“, en taldi þó að andstætt niðurstöðum dómnefndarinnar hefði ráðherra talið að fleiri en fimmtán umsækjendur hefðu verið jafnhæfir til þess að gegna embættinu.

183. Með hliðsjón af framangreindu taldi ríkið að nálgun ráðherra hefði verið fullkomlega rökrétt, þrátt fyrir þá tæknilegu annmarka sem bent hefði verið á og nálgunin hefði verið háð þeim varúðarráðstöfunum sem leiddu af kröfunum um samþykki Alþingis og skipun af hálfu forseta. Þrátt fyrir að kröfum um að mál sé „nægjanlega ramnsakað“ skv. 10. gr. stjórnarsýslulaga, er ætlaðar væru til þess að tryggja að málsatvik stjórnarsýslumáls séu nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin, væri beitt af nákvæmni við skipun dómara – með hliðsjón af mikilvægi atriða á borð við aðgreiningu valds og sjálfstæði dómara – taldi ríkið að þegar um væri að ræða skipun í dómaraembætti væri ekki fullvíst hvað fælist í kröfunni í þessu tiltekna sambandi. Í þessu máli hefði ráðherra fært rök fyrir tillögum sínum í góðri trú, en engu að síður hefðu þau rök verið talin ófullnægjandi af Hæstarétti.

184. Réttur skilningur á dómi Hæstaréttar frá 24. maí 2018 væri nauðsynlegur til þess að ákvarða rétta nálgun í fyrirliggjandi máli. Niðurstaðan í þeim dómi hefði verið sú að A.E. væri réttilega skipuð í embætti, að aðkoma hennar að máli kæranda hefði verið „í samræmi við innlendan rétt“ og að við úrlausn máls hans hefði Landsréttur verið „skipaður að lögum“. Ekkert væri gerræðislegt eða bersýnilega ósanngjarnt við þá niðurstöðu Hæstaréttar að jafnvel þótt misfellur hefðu verið á málsmeðferðinni í aðdraganda skipunar A.E. leiddi það ekki til þess að Landsrétt skorti hæfi til þess að úrskurða um mál kæranda. Því væri mikilvægt að rugla ekki saman réttaráhrifum formgallanna á málsmeðferðinni sem um ræðir varðandi hina umsækjendurna (þ.e. umsækjendurna sem ráðherra tók af listanum) og réttaráhrifunum af sama ágalla á stöðu A.E. eða á mál kæranda. Væri sá formgalli ótengdur málsmeðferðinni í því máli. Hefði Hæstiréttur komist að þeirri niðurstöðu að samkvæmt innlendum rétti hefðu umræddir formgallar ekki haft áhrif á stöðu A.E. og því skorti Landsrétt ekki hæfi til þess að starfa sem „dómstóll“ vegna þátttöku A.E. Samkvæmt ríkinu réðist hæfi dómstólsins í þessum skilningi einungis af túlkun innlendra laga. Taldi ríkið að þótt aðaldeildin hefði fallist á niðurstöðu Hæstaréttar þess efnis að annmarkar hefðu verið á skipunarferlinu hefði hún horft fram hjá niðurstöðu sama dómstóls þess efnis að annmarkarnir hefðu engin þau réttaráhrif sem máli gætu skipt. Af þeirri nálgun sem meiri hlutinn hefði beitt mætti ráða að ekki ætti að leggja mat á réttaráhrif brota gegn innlendum lögum samkvæmt þeim hinum sömu lögum, heldur frá upphafi og með

beinum hætti samkvæmt sjálfstæðum viðmiðum sem ákvörðuð væru af deildinni, en af þeirri nálgun mundi leiða að slitið væri á tengslin milli brots á innlendum lögum og réttaráhrifa brotsins samkvæmt innlendum lögum. Með sérstakri vísan til dóma Hæstaréttar í málum umsækjendanna J.R.J. og Á.H. lagði ríkið áherslu á það við málflutninginn fyrir yfirdeildinni að skipun A.E. hefði talist gild og virk samkvæmt lögum. Ef formgallarnir hefðu engar afleiðingar eða þýðingu fyrir A.E., þá væri rökrétt ályktun af því að þeir gætu ekki heldur haft áhrif að því er kæranda varðar.

185. Andstætt þeim aðstæðum sem áður höfðu orðið til þess að dómstóllinn kæmist að niðurstöðu um brot gegn kröfunni um „dómstól sem skipaður er að lögum“ hefðu formreglurnar sem brotið hefði verið gegn í þessu máli hvorki ráðið neinu um aðkomu dómars A.E. að máli kæranda, né heldur hefðu þær haft bein áhrif á setu hennar í dóminum. Þannig hefði aðkoma A.E. að umfjöllun um mál kæranda ekki verið „ólögmæt“ í merkingunni sem því hugtaki væri gefin í fordæmum dómstólsins. Þá lagði ríkið einnig áherslu á að dómur Hæstaréttar, sem kveðnir voru upp í desember 2017 og meiri hlutinn hefði reitt sig svo mjög á, hefðu ekki verið kveðnir upp í sakamálinu á hendur kæranda og hefðu ekki varðað álitamálið um hvort Landsréttur hefði verið „dómstóll skipaður að lögum“.

186. Þá hélt ríkið því fram að þvert á niðurstöðu meiri hlutans í dómi sínum 24. maí 2018 varðandi kæranda hefði Hæstiréttur ekki takmarkað umfjöllun sína við ákvörðun á því hvort skipun A.E. hefði verið „markleysa“ og hvort réttarhaldið yfir kæranda hefði verið sanngjarnt þrátt fyrir annmarkana á málsmeðferðinni við skipun A.E., heldur hefði rétturinn fjallað um allt sem máli skipti, svo sem hvort skipun dómars A.E. hefði verið ógild og hvort um mál kæranda hefði verið fjallað af „dómstóli sem skipaður væri að lögum“. Þótt niðurstaða Hæstaréttar hefði byggt á kröfum 6. gr. um sjálfstæði og óhlutdrægni hefði hún tvímælalaust einnig náð til kröfunnar um „skipan að lögum“ samkvæmt sömu grein.

187. Þá greindi ríkið frá því að þótt fræðilega séð væri mögulegt fyrir íslenskan dómstól að leggja mat á lögmæti skipunar í dómaraembætti og víkja til hliðar úrskurði sem ólöglega skipaður dómari hefði komið að, væri raunin sú að formgallar af þeim toga sem niðurstaða væri um í þessu máli mundu leiða til þess að þeim umsækjendum sem ekki hefðu verið skipaðir vegna ágallanna yrðu dæmdar skaðabætur. Engu máli væri til að dreifa á síðustu hálfu öld þar sem vísbendingu væri að finna um að annmarkarnir sem um ræðir mundu leiða eða gætu leitt til ógildingar á skipun í dómaraembætti.

188. Að mati ríkisins væri rétturinn til málsmeðferðar „fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum“ aðskilinn frá réttinum til málsmeðferðar „fyrir sjálfstæðum dómstóli“, þar sem um væri að ræða rétt sem sérstaklega og beinlínis tengdist innlendum lögum. Ólíkt þeim fordæmunum sem meiri hluti deildarinnar hefði reitt sig á snerist þetta mál ekki um úthlutun tiltekins máls til tiltekins dómara – sem gæti vakið hlutlægar áhyggjur varðandi sjálfstæði og hlutleysi – heldur snerist það um almenna málsmeðferð við skipun dómara

Í embætti án þess að skipunin tengdist neinu tilteknu máli. Ólíkt hinum málunum, sem meiri hlutinn hefði vísað til, hefðu þeir formgallar sem Hæstiréttur Íslands hefði komist að niðurstöðu um í þessu máli átt sér stað löngu áður en dómarrinn sem um ræðir hefði átt aðkomu að máli kæranda, þeir stóðu ekki í neinum tengslum við það mál og þeir höfðu engar afleiðingar varðandi sjálfstæði eða óhlutdrægni dómarsins sem um ræðir. Samkvæmt framkvæmd Mannréttindadómstólsins væri aðalatriði í málum sem snerust um réttinn til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ hvort hinn lagalegi annmarki í tilteknu máli skipti einhverju máli varðandi þá efnislegu vernd sem fælist í sanngírni, sjálfstæði eða óhlutdrægni í *viðkomandi* máli.

189. Þá taldi ríkið enn fremur að í ljósi aðkomu Alþingis að málinu væri ekki unnt að halda því fram að skipan dómkerfisins hafi verið háð vilja framkvæmdavaldsins. Útskýrði ríkið í þessu sambandi að með hinni sérstöku atkvæðagreiðslu á Alþingi, sem kveðið er á um í ákvæði IV til bráðabirgða, hefði verið leitast við að tryggja hæfi dómara sem til stæði að skipa og ná fram samstöðu um skipun þeirra í því skyni að styrkja lögmæti skipananna og Landsréttar sjálfs. Með allri þróun laga um skipun í dómaraembætti undanfarna áratugi hefði verið leitast við að takmarka ákvörðunarvald ráðherra um skipanir dómara, sem áður hefði gefið tilefni til gagnrýni á Íslandi. Þótt niðurstaða Hæstaréttar hefði verið að Alþingi hefði látið undir höfuð leggjast að fylgja þeirri aðferð við atkvæðagreiðslu sem mælt var fyrir um í ákvæði IV til bráðabirgða taldi ríkið að um væri að ræða túlkunaratriði og að annmarkinn sem um ræddi hefði ekki haft nein áhrif á trúverðugleika ferlisins né á niðurstöðu atkvæðagreiðslunnar. Skýrði ríkið frá því að atkvæðagreiðslan í einu lagi hefði í öllu falli verið í samræmi við venjubundna framkvæmd og að enginn þingmaður hefði farið þess á leit að greitt yrði atkvæði sérstaklega um hvern umsækjanda. Þá væri ekkert sem styddi þá staðhæfingu kæranda að atkvæðagreiðslan í einu lagi hefði verið liður í samsæri í því skyni að knýja fram skipun A.E., né heldur væri neitt sem benti til þess að niðurstaðan hefði orðið önnur ef greitt hefði verið atkvæði um hverja tillögu um sig.

190. Við málflutninginn fyrir yfirdeildinni kom ríkið fram með nokkrar röksemdir til viðbótar. Lagði ríkið áherslu á að þar sem Landsréttur væri nýr dómstóll hefðu ekki verið nein viðtekin fordæmi á þeim tíma sem um ræðir að því er varðar málsmeðferðina sem fylgja bæri þegar tillögur væru lagðar fyrir Alþingi um skipanir í embætti við dómstólinn eða varðandi háttinn sem Alþingi bæri að hafa á við atkvæðagreiðslu um slíkar tillögur. Þá benti ríkið enn fremur á að nýleg þróun á Íslandi hefði sýnt að dómnefndin hefði breytt matsaðferðum sínum síðan 2017 og hefði nú tekið upp þann hátt að gera tillögu um fleiri umsækjendur en hinar auglýstu stöður, sem er það sem dómsmálaráðherra hefði farið fram á við nefndina í fyrirliggjandi máli (sjá 22. og 25. mgr. hér að framan). Benti ríkið í þessu sambandi á umsögn sem dómnefndin hefði skilað 9. desember 2019 varðandi skipun í embætti dómara

við Hæstarétt, þar sem dómnefndin hefði gert tillögu um þrjá umsækjendur sem hæfasta til þess að gegna einu auglýstu embætti.

191. Ríkið lagði einnig fram yfirlýsingar frá B.N. og ráðherra þar sem hafnað var fullyrðingum kæranda um að ákvörðun ráðherra hefði ráðist af ytri pólitískum hvötum. Taldi ríkið sér í lagi að ósannaðar fullyrðingar kæranda varðandi ráðherra og B.N. stæðust ekki hvað tímaröð varðar þar sem á þeim tíma sem skipunarferli dómara til embættis við Landsrétt stóð yfir í maí 2017 voru næstu kosningar til Alþingis áætlaðar í október 2020. Það hefði einungis verið vegna ófyrirséðra atburða að til almennra kosninga var boðað 15. september 2017 og kosningar haldnar á undan áætlun í október 2017 – þ.e.a.s. u.þ.b. þremur árum fyrir áður áætlaða dagsetningu. Við þær aðstæður væri ekki unnt að halda því fram að ráðherra hefði gert tillögu um eiginkonu B.N. til embættis við Landsrétt sem lið í pólitískri fléttu til þess að tryggja sér ráðherrastól í nýrri ríkisstjórn. Við þetta var að bæta að mati ríkisins að ekki einasta væri engum gögnum fyrir að fara er styddu makalausar aðdróttanir kæranda um óheilindi á hendur fjölda einstaklinga og stofnana, heldur hefðu engar þessar fullyrðingar verið hafðar uppi á innlendum vettvangi, sem þýddi að meginreglan um að neyta skuli allra innlendra úrræða kæmi í veg fyrir að hann gæti nú haft þær uppi fyrir Mannréttindadómstólnum.

192. Í svari við spurningu dómstólsins við flutning málsins varðandi tengslin milli réttarins til meðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“ og annarra krafna um réttláta málsmeðferð, einkum krafna um sjálfstæði og óhlutdrægni, svaraði ríkið því til (sem lið í skriflegum svörum sínum sem send voru 20. febrúar 2020 – sjá 10. mgr. hér að framan) að viss tengsl væru milli allra þátta réttlátrar málsmeðferðar fyrir dómi samkvæmt 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans. Samkvæmt því væri krafan um „dómstól sem skipaður er að lögum“ liður í heildarmarkmiðinu með 6. gr. mannréttindasáttmálans. Að mati ríkisins mætti túlka kröfuna um „skipan að lögum“ á tvo vegu. Í fyrsta lagi væri með orðasambandinu „skipaður að lögum“ lögd áhersla á að með 6. gr. væri krafist aðgangs að stofnun sem hefur umboð til þess að taka lagalega bindandi ákvarðanir, þannig að (i) „dómstóllinn“ eigi sér lögmæta stoð í innlendum rétti, og (ii) dómurinn sem fjallar um tiltekið mál sé löglega skipaður samkvæmt innlendum rétti. Í öðru lagi yrði orðasambandið „skipaður að lögum“ túlkað þannig að það fæli í sér þá viðbótarkröfu að engir lagalegir annmarkar væru á skipun dómara sem myndu „ónýta kjarna réttarins til réttlátrar málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum og óvilhöllum dómstóli.“ Taldi ríkið að hin fyrri túlkun af þessum tveimur væri í betra samræmi við túlkunarregluna um „almenna merkingu“ skv. 31. gr. Vínarsamningsins frá 1969 um þjóðréttarsamninga. Síðari túlkunin væri hins vegar óþörf til þess að ná fram markmiðum 6. gr. mannréttindasáttmálans; ef atriði á borð við réttlæti, sjálfstæði og óhlutdrægni væru felld inn í kröfuna um „skipan að lögum“ mætti færa fyrir því rök að þar með væri verið að endurtaka vernd sem veitt er annars staðar í 6. gr. og skyggja þar með á hinn raunverulega tilgang þeirrar kröfu. Að mati ríkisins

væri sá tilgangur – sem fram kemur í fyrri túlkuninni hér að framan – að tryggja að stofnun sem fjallaði um mál sé til þess bær að skila bindandi niðurstöðu í viðkomandi máli.

193. Að lokum tók ríkið fram í svari við athugasemdum sem bárust frá þriðju aðilum (sjá 194.-204. mgr. hér fyrir neðan) að þetta mál væri með öllu frábrugðið þeim aðstæðum sem nefndar væru í þeim meðalgöngum. Ólíkt meintum aðstæðum í Póllandi eða Georgíu hefði nálgun íslenskra stjórnvalda í þessu máli ekki ógnað sjálfstæði dómstóla á nokkurn hugsanlegan hátt.

1. Meðalganga þriðju aðila

(a) Ríkisstjórn Póllands

194. Ríkisstjórn Póllands lýsti því í upphafi að málið sem til úrlausnar væri fjallaði um álitafni sem hefði stjórnskipulega grundvallarþýðingu að því er varðar heimildir stofnana ríkisins við skipun dómara. Hún hélt því fram að sú framkvæmd að fela framkvæmdarvaldinu að skipa dómara væri víða viðurkennd innan Evrópu og að þessi framkvæmd yrði ekki talin vandamál í sjálfu sér samkvæmt dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins eða hins Almenna dómstóls Evrópusambandsins.

195. Ríkisstjórn Póllands lagði áherslu á mikilvægi nálægðarreglunnar við beitingu mannréttinasáttmálans og hélt því fram að dómur aðaldeildarinnar hefði virt þá reglu að vettugi ásamt því svigrúmi til mats sem stjórnvöld hins kærða ríkis ættu að njóta við efndir á þeim skyldum sínum samkvæmt sáttmálanum sem á kynni að reyna. Hún hélt því fram að Mannréttindadómstóllinn ætti ekki að koma í stað stjórnvalda heimalandsins við ákvörðun á réttri túlkun innlendrar löggjafar, en þá stöðu hefði aðaldeildin tekið sér í máli þessu með því að hafna niðurstöðum Hæstaréttar Íslands varðandi kærðandann. Þá hefði aðaldeildin enn fremur látið hjá líða að taka eðlilegt tillit til þess hversu gríðarleg áhrif dómur hennar gæti haft á íslenska réttarkerfið og einnig réttarkerfi annarra aðildarríkja. Ríkisstjórnin taldi í þessu tilliti að í málum sem vörðuðu réttinn til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður væri að lögum“ hefði framkvæmd dómstólsins hingað til takmarkast við að telja brot því aðeins liggja fyrir að brotið gegn landslögum hafi haft mun alvarlegri afleiðingar, svo sem þegar í dómi hafi setið aðili sem ekki hafi haft stöðu dómara eða ekki hafi verið mögulegt að skipa í slíka stöðu.

(b) Mannréttindafulltrúi Lýðveldisins Póllands

196. Mannréttindafulltrúi Lýðveldisins Póllands („pólski mannréttindafulltrúinn“), Adam Bodner, taldi að orðalagið „skipan ákveðin með lögum“ í 1. mgr. 6. gr. sáttmálans hlyti óhjákvæmilega að taka til ferlisins við skipun dómara. Taldi mannréttindafulltrúinn að ekki aðeins þyrftu lagagrundvöllur, lögsaga og samsetning dómstóls öll að vera ákvörðuð fyrirfram með lögum, heldur þyrftu löggin sem á reyndi að kveða á um

skilyrðin og ferlið sem fylgja þyrfti við skipun dómara, og skipuninni bæri að sínu leyti að haga í samræmi við þau ákvæði. Óhjákvæmilegt væri að fylgja slíkum ákvæðum í hvívetna til að koma í veg fyrir ólögmat afskipti af skipunarferlinu frá hendi annarra greina ríkisvaldsins, og þá einkum framkvæmdarvaldsins, og ná þannig að tryggja sjálfstæði og óhlutdrægni dómara. Þetta stranga tillit myndi einnig stuðla að því að efla traust almennings á meðferð dómsvaldsins og bæta þannig lýðræðislegt lögmæti dómstólanna. Taldi pólski mannréttindafulltrúinn ekki aðeins óhjákvæmilegt að dómarar væru óháðir og óhlutdrægir í reynd, heldur einnig að málsmeðferð við skipun þeirra bæri með sér að hafa verið með þeim hætti.

197. Pólski mannréttindafulltrúinn lýsti sig sammála því áliti aðaldeildarinnar að gróft brot gegn reglum landslaga um skipun dómara teldist skýlaust brot gegn 1. mgr. 6. gr. sáttmálans. Þegar úrskurðað hefði verið að slíkt gróft brot lægi fyrir væri óþarft að kanna frekar hvort kröfunum um réttláta málsmeðferð samkvæmt 1. mgr. 6. gr. væri fullnægt, þar eð engin réttlát málsmeðferð gæti átt sér stað fyrir dómi sem skorti eiginleika lögmæts dómstóls. Mannréttindafulltrúinn lýsti enn fremur stuðningi við þá skoðun að til þess að brot teldist gróft þyrfti það að varða grundvallaratriði og vera óaðskiljanlegur hluti skipunarferlisins. Samkvæmt því væru það einvörðungu brot er hefðu veruleg áhrif á meðferð og/eða úrslit máls sem gætu staðist þá prófraun að teljast „gróft brot“. Þá staðreynd að brotið skuli hafa verið með vísitandi hætti þyrfti einnig að hafa í huga í þessu tilliti, eins og dómstólar Evrópusambandsins hafa líka viðurkennt.

198. Pólski mannréttindafulltrúinn lagði á það áherslu að í máli þessu félli það í hlut dómstólsins að skýra nánari forsendur, frá sjónarhóli réttarvissu, að þeirri niðurstöðu að landsdómstóll hafi ekki verið „skipaður að lögum“. Að áliti mannréttindafulltrúans ætti vísitandi íhlutun af hálfu framkvæmdarvaldsins – eða löggjafarvaldsins, ef því væri að skipta – varðandi stöðu dómara, með þeim hætti að ekki gæti samrýmst sáttmálanum, að vega þyngra á metunum í þessu tilliti en röksemdir tengdar meginreglunni um réttarvissu eða bann við að dómurum sé vikið úr embætti. Sér í lagi ætti þetta við ef ekki væru fyrir hendi nein úrræði til að fá lagt mat á lögmæti skipunar í dómaraembætti áður en embættisveitingin sjálf ætti sér stað. Taldi mannréttindafulltrúinn að ekki mætti verðlauna aðgerðir sem vísitandi miðuðu að því að sniðganga eða brjóta í bága við ákvæði viðeigandi laga með því að setta sig við þá stöðu sem þannig væri til orðin (*ex iniuria ius non oritur*).

199. Að því er varðar umræðuna um nálægðarregluna og svigrúm ríkja til mats lýsti mannréttindafulltrúinn þeirri skoðun að rétturinn til að hljóta málsmeðferð fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli, skipuðum að lögum, væri grundvallarþáttur réttarins til réttlátrar málsmeðferðar, og að mælikvarði sáttmálans í þessu efni væri sjálfstæður, í þeim skilningi að vera óháður þeim hliðstæðu mælikvörðum sem aðildarríkin kynnu að hafa sett sér að landslögum. Dómstóllinn hefði þess vegna haft heimild til að meta hvort

mælikvarðanum hefði verið beitt með þeim hætti að samrýmst gæti sáttmálanum af hálfu stjórnvalda og dómstóla í heimalandinu, og það mat bryti sem slíkt ekki í bága við nálægðarregluna né heldur regluna um svigrúm til mats. Væri dómstólnum synjað um valdið til að framkvæma sitt eigið mat í þessu efni yrði sjálf réttarverndin sem 6. grein ætti að tryggja blekkingin ein.

200. Pólski mannréttindafulltrúinn lýsti því að síðustu að dómur yfirdeildarinnar í málinu sem hér væri til úrlausnar myndi skipta miklu máli við mat á því hversu samrýmanleg núverandi framkvæmd á veitingu dómaraembættanna í Póllandi væri í raun mælikvörðum sáttmálans. Vakti mannréttindafulltrúinn athygli dómstólsins á þeim málum um þetta efni sem til meðferðar hefðu verið fyrir Evrópudómstólnum, og þá sérstaklega dómi þess dómstóls hinn 19. nóvember 2019 í málinu C-624/18 (sem vísað er til í 138. mgr. hér að framan). Mannréttindafulltrúinn skýrði dómstólnum frá því að með vísan til niðurstaðna í þeim dómi hefði Hæstiréttur Póllands (vinnumála- og almannatryggingadeild) komist að þeirri niðurstöðu hinn 5. desember 2019 að dómstólaráð – sem falið hefði verið það verkefni að gera tillögur til forseta lýðveldisins um skipan dómenda í agadeild Hæstaréttar – væri ekki óháður og óhlutdrægur aðili, og að agadeildin gæti ekki talist vera „dómstóll“. Að áliti mannréttindafulltrúans hefði dómur Evrópudómstólsins gert það ljóst að sú embættisveiting af hálfu forseta lýðveldisins sem fylgdi í kjölfarið gæti ekki ein saman bætt úr ágalla sem fyrir hendi væri í skipunarferlinu, sérstaklega þegar um væri að ræða meðferð valds sem væri utan valdsviðs (*ultra vires*) eða að öðru leyti óviðeigandi, lögvillu eða bersýnileg mistök í mati.

(c) Verjandi almennings (Umboðsmaður) í Georgíu

201. Verjandi almennings Georgíu („umboðsmaðurinn“), Nino Lomjaria, lét í té yfirlit yfir nýlega afstaðið ferli við val og skipun dómara í Hæstarétt Georgíu, sem hefði hlotið gagnrýni bæði af hálfu embættis hennar og ýmissa alþjóðlegra stofnana. Þessar gagnrýnisraddir hefðu aðallega beinst að skorti á gegnsæi í skipunarferlinu og vöntun á hlutlægum valviðmiðum, sem hefði grafið verulega undan möguleikum þess að skipun hvers og eins yrði byggð á verðleikum. Gaf umboðsmaðurinn til kynna að hún hefði fyrir skömmu véfengt stjórnskipulegt gildi þessa ferlis fyrir stjórnlagadómstóli Georgíu. Þótt stjórnlagadómstóllinn ætti enn eftir að skera úr um réttmæti þeirrar kröfu hefði hann nú þegar staðfest að rétturinn til réttlátrar málsmeðferðar, sem helgaður væri í stjórnarskrá landsins, fæli í sér rétt fólks til að geta leitað til dómstóls sem skipaður væri í samræmi við stjórnskipulegar meginreglur.

202. Með vísan til fjölmargra alþjóðlegra heimilda, svo og viðeigandi fordæma dómstólsins, sagði umboðsmaðurinn að aðferðin við val og skipun dómara hefði grundvallarþýðingu við að tryggja sjálfstæði „dómstóls“. Taldi hún að dómsvaldið gæti ekki notið neins trausts meðal almennings ef ferlið við val á dómurum væri haldið annmörkum, ekki síst þegar annmarkarnir leiddu til vafa um sjálfstæði dómstólanna. Umboðsmaðurinn bætti því við að

kröfunni um „dómstól skipaðan að lögum“ yrði ekki talið fullnægt þegar brotið gegn hinum viðeigandi landslögum veitti efni til efasemda um það hvort dómstóll hefði orðið öðruvísi skipaður ef hið umdeilda brot hefði ekki komið til. Staðfesting á þessum meginsjónarmiðum af hálfu yfirdeildarinnar gæti haft úrslitabýðingu, ekki aðeins fyrir aðila málsins, heldur einnig fyrir aðildarríki Evrópuráðsins alls.

(d) Helsinkistofnunin um mannréttindi

203. Helsinkistofnunin um mannréttindi („Helsinkistofnunin“), sem er óopinber stofnun með aðsetur í Póllandi, hélt því fram með svipuðum hætti að úrskurður yfirdeildarinnar í máli þessu myndi hafa mikilvæg áhrif, ekki aðeins á Íslandi, heldur einnig á önnur aðildarríki, þar á meðal Pólland. Í því sambandi vísuðu þau til þess sem að þeirra áliti mætti nefna „dómstólakreppuna“ í Póllandi, er komið hefði upp í kjölfar þeirra aðgerða til umbóta á dómskerfinu sem pólska þjóðþingið hefði hafist handa um á árabílinu milli 2015 og 2018 og hefði sætt verulegri gagnrýni bæði heima og erlendis, þar á meðal frammi fyrir Evrópuþómstólum.

204. Helsinkistofnunin taldi að samkvæmt dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins, svo sem henni hefði verið fylgt af hálfu Evrópuþómstólsins, væri sá háttur sem hafður væri á skipun í dómaraembætti grundvallarþáttur þess hvernig sjálfstæði dómsvaldsins yrði metið. Sérhver brot gegn gildandi skipunarreglum, sem bæru í sér aukin afskipti pólitískra valdstofnana af skipunarferli dómara, gætu stefnt sjálfstæði dómsvaldsins í hættu. Slík brot gætu jafnframt grafið undan lögmæti dómstólanna, enda væri lögmæti dómara í lýðræðisríki mjög svo háð trausti almennings á því að þeir væru hlutlausir, málefnalegir og lausir við stjórnáátengsl. Þannig væru brot gegn reglunum um skipun dómara af hálfu löggjafarþings og framkvæmdarvalds, sem réðist af viðleitni þeirra til að ná fram pólitískum markmiðum sínum, til þess fallin að valda alvarlegri röskun á stöðu dómstóla þjóðar, eins og þróun mála í Póllandi að undanfögnu bæri vitni um. Kvaðst Helsinkistofnunin vilja undirstrika að einungis ströng fylgni við þær reglur sem ráða eigi ferlinu við skipun dómara, og þá sérstaklega þær reglur sem ætlað væri að sporna við ótilhlýðilegum afskiptum annarra greina ríkisvaldsins, gæti tryggt virðingu fyrir réttinum til málsmeðferðar fyrir óháðum og óhlutdrægum „dómstóli“. Umburðarlyndi gagnvart brotum á reglunum um skipun í dómaraembætti – til dæmis á þeim grundvelli að einhverja annmarka á fyrri stigum skipunarferlisins væri unnt að lagfæra eftir á með hinni opinberu skipun – gæti orðið til þess að ryðja brautina fyrir misnotkun á ferlinu af pólitískum ástæðum og væri ósamrýmanlegt meginreglunni um réttarríkið.

C. Álit dómstólsins

1. Yfirgrip kvörtunar kæranda að því er varðar réttinn til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“

205. Að mati yfirdeildarinnar er nauðsynlegt í upphafi að ákvarða yfirgrip kvörtunar kæranda varðandi réttinn til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“.

206. Rétt er að leggja á það áherslu áður en lengra er haldið að þetta mál vekur engar efasemdir varðandi lögmæta tilvist hins nýstofnaða Landsréttar. Ekki er um það deilt milli aðila að til Landsréttar hafi verið stofnað með lögum frá Alþingi, það er að segja hinum nýju dómstólalögum, en gæði þeirra – að því er varðar aðgengileika og fyrirsjáanleika – hafa ekki verið vefngeng af hálfu kæranda.

207. Þá er yfirdeildinni ekki heldur nauðsynlegt að gera úttekt á skipunarkerfi dómara sem við lýði er á Íslandi. Eins og Fenejjanefndin og Ráðgjafarnefnd evrópskra dómara hafa bent á (sjá 122. og 126. mgr. hér að framan) eru ýmis konar mismunandi kerfi við lýði í Evrópu til vals og skipunar á dómurum, fremur en að fyrir liggi einstök fyrirmynd sem gildir um öll lönd. Dómstóllinn ítrekar í þessu sambandi að þótt hugmyndin um aðgreiningu valds hinna pólitísku stofnana ríkisvaldsins og dómvaldsins hafi fengi aukið vægi í fordæmum dómstólsins, er skipun dómara af hálfu framkvæmdavaldsins eða löggjafans heimil samkvæmt mannréttindasáttmálanum, enda séu þeir sem skipun hljóta lausir við áhrif eða þrýsting þegar þeir eru að störfum sem dómarar (sjá *Maktouf og Damjanović gegn Bosníu og Hersegóvínu* [GC], nr. 2312/08 og 34179/08, 49. mgr., ECHR 2013). Spurningin er jafnan sú hvort kröfur mannréttindasáttmálans séu uppfylltar í hverju máli fyrir sig (sjá *Kleyn o.fl. gegn Hollandi* [GC], nr. 39343/98 og 3 önnur mál, 193. mgr., ECHR 2003-VI, og *Henryk Urban og Ryszard Urban gegn Póllandi* nr. 23614/08, 46. mgr., 30. nóvember 2010).

208. Ekki er heldur þörf á því að yfirdeildin meti hvort gildandi landslög um skipun í dómaraembætti hafi verið brotin þegar A.E. var skipuð í embætti dómara við hinn nýstofnaða Landsrétt. Vekur dómstóllinn athygli á því að í tveimur aðskildum dómum sem kveðnir voru upp 19. desember 2017 (sjá 67-75. mgr. hér að framan) hefur Hæstiréttur Íslands þegar komist að niðurstöðu um að ekki hafi verið farið að gildandi lögum að því er varðar skipun dómara fjögurra, þ.m.t. A.E., sem ráðherra gerði tillögu um. Í fyrsta lagi hefði dómsmálaráðherra brotið gegn 10. gr. stjórnslulaga með því að setja í stað fjögurra umsækjenda – sem dómnefndin hefði talið meðal þeirra fimmtán sem hæfastir voru taldir til skipunar í embætti við Landsrétt – aðra fjóra umsækjendur, sem ekki hefðu náð inn í hóp fimmtán hæfustu umsækjendanna samkvæmt mati dómnefndarinnar, án þess að ráðast í sjálfstæða rannsókn á málsatvikum eða færa fram fullnægjandi rök fyrir ákvörðun sinni. Í því sambandi hefði hún einnig virt að vettugi hina rótgrónu meginreglu íslensks stjórnsluréttar að einungis skuli velja hæfustu

umsækjendur í opinber embætti. Í öðru lagi hefði Alþingi ekki greitt atkvæði sérstaklega um sérhvern þeirra umsækjenda sem dómsmálaráðherra hefði gert tillögu um, eins og áskilið var skv. ákvæði IV til bráðabirgða í nýju stjórnisýslulögunum. Þá voru þessar niðurstöður ítrekaðar í dóminum sem síðar var kveðinn upp í máli kæranda (sjá 90. mgr. hér að framan).

209. Með vísan enn og aftur til þess að það komi fyrst og fremst í hlut innlendra yfirvalda, einkum dómstóla, að túlka innlend lög og meta hvort eftir þeim hafi verið farið (sjá t.d. *Ramos Nunes de Carvalho e Sá gegn Portugal* [GC], nr. 55391/13 og 2 önnur mál, 186. mgr., 6. nóvember 2018), telur dómstóllinn að engin ástæða sé til þess að draga í efa fyrrnefndar niðurstöður Hæstaréttar. Yfirdeildinni er því rétt að leggja til grundvallar að með skipunarferli A.E. í embætti dómara við Landsrétt hafi verið brotið gegn einhverjum þeirra innlendu lagareglna sem giltu um skipun í dómaraembætti. Að öðru leyti skal tekið fram að um lögmati skipana hinna dómara elleftu – sem taldir voru hæfastir á lista dómnefndarinnar og var í kjölfarið haldið inni á listanum sem dómsmálaráðherra lagði fyrir Alþingi – er ekki deilt í þessu máli.

210. Viðfangsefni yfirdeildarinnar varðandi þessa kæru takmarkast þess vegna við ákvörðun á *afleiðingum* framangreindra brota á innlendum lögum í ljósi 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans, eða með öðrum orðum að ganga úr skugga um hvort með aðkomu A.E., þrátt fyrir misfellurnar á skipun hennar, sem sýnt hefur verið fram á, að dómi Landsréttar sem fjallaði um áfrýjunarmál kæranda, hafi kæranda verið synjað um réttinn til málsmeðferðar fyrir „dómi sem skipaður er að lögum“.

2. Gildissvið kröfunnar um „dómstól sem skipaður er að lögum“

(a) Almennar reglur og yfirlit yfir fordæmi Mannréttindadómstólsins

(i) Hugmyndin um „dómstól sem skipaður er að lögum“

211. Dómstóllinn ítrekar að samkvæmt 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans skal skipan dómstóls ætíð „ákveðin með lögum“. Í þessu orðalagi endurspeglast meginreglan um réttarríki, sem innbyggð er í það verndarkerfi sem komið hefur verið á með mannréttindasáttmálanum og viðaukum við hann og sem nefnd er berum orðum í inngangsorðum sáttmálans (sjá m.a. *Jorgic gegn Þýskalandi*, nr. 74613/01, 64. mgr., ECHR 2007-III (útdrættir)). Eins og dómstóllinn hefur áður komist að niðurstöðu um mun dómstóll sem ekki er skipaður í samræmi við ætlun löggjafans þegar af þeirri ástæðu skorta það lögmati sem krafist er í lýðræðisríki til þess að leysa úr lögfræðilegum deiluefnum (sjá *Lavents gegn Lettlandi*, nr. 58442/00, 114. mgr., 28. nóvember 2002).

212. Þá ítrekar dómstóllinn enn fremur að til „laga“ í merkingu 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans telst ekki einvörðungu löggjöf þar sem kveðið er á um skipun og lögmati stofnana dómsvaldsins heldur einnig hvers kyns annað ákvæði landslaga sem, ef ekki yrði eftir því farið, myndi hafa þau áhrif

að aðkoma eins eða fleiri dómara að umfjöllun um mál yrði ólögmat (sjá *Gorguiladzé gegn Georgíu*, nr. 4313/04, 68. mgr., 20. október 2009, *Pandjikidzé o.fl. gegn Georgíu*, nr. 30323/02, 104. mgr., 27. október 2009, og *Kontalexís gegn Grikklandi*, nr. 59000/08, 38. mgr., 31. maí 2011). Þetta á meðal annars, og sér í lagi, við um ákvæði varðandi sjálfstæði dómara, embættistíma þeirra og óhlutdrægni (sjá t.d. *Gurov gegn Moldavíu*, nr. 36455/02, 36. mgr., 11. júlí 2006, *DMD GROUP, a.s.*, gegn Slóvakíu, nr. 19334/03, 59. mgr., 5. október 2010, og *Miracle Europe Kft gegn Ungverjalandi*, nr. 57774/13, 48. mgr., 12. janúar 2016).

213. Með öðrum orðum nær orðasambandið „skipaður að lögum“ ekki aðeins yfir lagagrunninn undir sjálfri tilvist dómstóls, heldur einnig til fylgni dómstólsins við hinar sérstöku reglur sem um hann gilda (sjá *Sokurenko og Strygun gegn Úkraínu*, nr. 29458/04 og 29465/04, 24. mgr., 20. júlí 2006) og samsetningu dómsins í hverju máli fyrir sig (sjá *Richert gegn Póllandi*, nr. 54809/07, 43. mgr., 25. október 2011, og *Ezgeta gegn Króatíu*, nr. 40562/12, 38. mgr., 7. september 2017).

(ii) *Tilgangurinn með kröfunni um að skipan dómstóls skuli „ákveðin með lögum“*

214. Dómstóllinn vekur athygli á því að í samkvæmt dómafordæmum hans er tilgangurinn með orðalaginu að skipan dómstóls sé „ákveðin með lögum“ sá að tryggja „að réttarfarsskipan í lýðræðisríki velti ekki á ákvörðunarvaldi framkvæmdavaldsins, heldur ráðist af lögum sem sett eru af þjóðþingi“ (sjá *Zand gegn Austurríki*, nr. 7360/76, í skýrslu framkvæmdastjórnarinnar frá 12. október 1978, *Ákvarðanir og skýrslur* (DR) 15, bls. 70-80, og *Miracle Europe Kft*, sem vísað er til hér að framan, 51. mgr.).

215. Jafnframt, þótt dómstóllinn hafi lagt áherslu á hið vaxandi mikilvægi sem gefið er hugmyndinni um aðgreiningu valds og mikilvægi þess að standa vörð um sjálfstæði dómstóla (sjá *Baka gegn Ungverjalandi* [GC], nr. 20261/12, 165. mgr., 23. júní 2016), hefur dómstóllinn einnig vakið athygli á því að hvorki með 6. gr. né neinu öðru ákvæði mannréttindasáttmálans sé ríkjum gert að fylgja neinum fræðilegum stjórnskipulegum kenningum varðandi leyfileg mörk samspilsins milli greinanna (sjá t.d. *Ramos Nunes de Carvalho e Sá*, sem vísað er til hér að framan, 144. mgr.). Að mati dómstólsins er ákveðið samspil milli hinna þriggja greina ríkisvaldsins ekki aðeins óhjákvæmilegt heldur einnig nauðsynlegt að því marki að hinar aðskildu greinar seilist ekki með ótilhlýðilegum hætti inn á starfs- og valdsvið hver annarrar. Álitaefnið er sem fyrr hvort kröfur mannréttindasáttmálans hafi verið uppfylltar í því máli sem um ræðir hverju sinni (sjá *Kleyn o.fl.*, og *Henryk Urban og Ryszard Urban*, en til beggja er vísað til í 207. mgr. hér að framan).

(iii) *Fyrri fordæmi Mannréttindadómstólsins*

216. Dómstóllinn hefur að meginreglu til talið að brot af hálfu „dómstóls“ á innlendum lagaákvæðum sem lúta að stofnun og lögmæti dómstóla feli í sér brot gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans og að því falli það undir lögsögu dómstólsins að rannsaka hvort farið hafi verið að innlendum lögum í því sambandi. Með hliðsjón af hinni almennu reglu að það kemur í fyrsta lagi í hlut innlendu dómstólanna sjálfra að túlka ákvæði innlendra laga hefur dómstóllinn þó einnig talið að honum sé ekki heimilt að vefengja túlkun þeirra nema um hafi verið að ræða gróft brot á innlendum lögum (sjá, að breyttu breytanda, *Lavents*, sem vísað er til hér að framan, 114. mgr., og *Kontalexis*, sem vísað er til hér að framan, 39. mgr.).

217. Yfirferð yfir fyrirliggjandi fordæmi dómstólsins leiðir í ljós að um uppfyllingu kröfunnar um „dómstól sem skipaður er að lögum“ hefur til þessa verið fjallað í ýmiss konar samhengi – bæði út frá sjónarhorni refsiréttar og einkamálaréttar samkvæmt 1. mgr. 6. gr., – meðal annars í eftirfarandi samhengi, án þess að tæmandi sé talið:

(i) dómstóll sem fer út fyrir lögsögu sína (sjá *Coëme o.fl. gegn Belgíu*, nr. 32492/96 og 4 aðra dóma, 107.-109. mgr., ECHR 2000-VII, og *Sokurenko og Strygun*, sem vísað er til hér að framan, 26.-28. mgr.);

(ii) úthlutun eða endurúthlutun máls til tiltekins dómara eða dómstóls (sjá *DMD GROUP, a.s.*, sem vísað er til hér að framan, 62.-72. mgr.; *Richert*, sem vísað er til hér að framan, 41.-57. mgr.; *Miracle Europe Kft*, sem vísað er til hér að framan, 59.-67. mgr.; *Chim og Przywieczerski gegn Póllandi*, nr. 36661/07 og 38433/07, 138.-142. mgr., 12. apríl 2018; og *Pasquini gegn San Marínó*, nr. 50956/16, 103. og 107. mgr., 2. maí 2019);

(iii) dómari settur í stað annars án viðhlítandi rökstuðnings, sem krafist er samkvæmt innlendum lögum (sjá *Kontalexis*, sem vísað er til hér að framan, 42.-44. mgr.);

(iv) þegjandi endurnýjun á embættistíma dómara í ótiltekinn tíma eftir að lögbundnum embættistíma þeirra lauk og meðan beðið er endurskipunar þeirra (sjá *Gurov*, sem vísað er til hér að framan, 37. mgr., og *Oleksandr Volkov gegn Úkraínu*, nr. 21722/11, 152-156. mgr., ECHR 2013);

(v) réttarhald fyrir dómstóli þar sem einhverjir þeirra sem í dómnum sátu voru vanhæfir að lögum til þess að fjalla um málið (sjá *Lavents*, sem vísað er til hér að framan, 115. mgr., og *Zeynalov gegn Aserbaísjan*, nr. 31848/07, 31. mgr., 30. maí 2013);

(vi) málsmeðferð af hálfu dóms þar sem varameddómendur mynduðu meiri hluta þrátt fyrir að engar heimildir væru í landslögum um að meðdómendur gegndu dómarastörfum (sjá *Gorguiladzé*, sem vísað er til hér að framan, 74. mgr., og *Pandjikidzé o.fl.*, sem vísað er til hér að framan, 110. mgr.);

(vii) aðkoma meðdómenda að réttarhöldum andstætt gildandi landslögum um meðdómendur (sjá *Posokhov gegn Rússlandi*, nr. 63486/00, 39.-44. mgr., ECHR 2003-IV);

(viii) réttarhöld meðdómenda sem ekki höfðu verið skipaðir í samræmi við þá málsmeðferð sem kveðið var á um í landslögum (sjá *Ilatovskiy* gegn Rússlandi, nr. 6945/04, 38.-42. mgr., 9. júlí 2009);

(ix) uppkvaðning dóms af hálfu réttar þar sem færri dómara sátu en kveðið var á um í lögum (sjá *Momčilović* gegn Serbíu nr. 23103/07, 32. mgr., 2. apríl 2013, og *Jenița Mocanu* gegn Rúmeníu, nr. 11770/08, 41. mgr, 17. desember 2013);

(x) umsjón með málsmeðferð af hálfu stjórnanda dómstóls sem ekki var til þess bær samkvæmt gildandi landslögum (sjá *Ezgeta*, sem vísað er til hér að framan, 44.mgr.).

(b) Nánari skýring meginreglna sem byggt er á í fordæmum dómstólsins

218. Þetta mál veitir yfirdeildinni tækifæri til þess að skerpa og skýra þá merkingu sem ætla ber hugtakinu „dómstól sem skipaður er að lögum“ og greina tengsl þess hugtaks við aðrar „stofnanatengdar kröfur“ samkvæmt 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans, þ.e. varðandi sjálfstæði og óhlutdrægni. Mun dómstóllinn því fyrst greina einstaka þætti þess hugtaks og ræða hvernig ber að túlka orðin „dómstól“, „skipaður“ og „að lögum“ þannig að túlkunin lýsi sem best tilgangi þess, á endanum, að tryggja að verndin sem það veitir sé í raun virk. Síðan verður fjallað um samskiði milli kröfunnar um dómstól sem skipaður er að lögum og skilyrðanna um sjálfstæði og óhlutdrægni.

(i) „Dómstóll“

219. Samkvæmt viðtekinni framkvæmd dómstólsins ræðast merking orðsins "dómstóll" efnislega af þeim dómstörfum sem þar fara fram, það er að segja að skera úr um mál sem falla undir lögsögu dómstólsins á grundvelli lagareglna og að lokinni málsmeðferð sem fram fer með fyrirfram ákveðnum hætti. Þá þarf dómstóll að uppfylla röð annarra krafna „svo sem [um] sjálfstæði, einkum frá framkvæmdavaldinu, óhlutdrægni, embættistíma dómenda ...“ (sjá t.d. *Belilos* gegn Sviss, 29. apríl 1988, 64. mgr., A-deild nr. 132).

220. Að mati dómstólsins felst auk framangreinds í sjálfri hugmyndinni um „dómstól“ að hann skuli skipaður dómurum sem valdir eru á grundvelli verðleika – þ.e.a.s. dómurum sem uppfylla kröfur um sérfræðipækkingu og siðferðilega ráðvendni til þess að sinna þeim dómstörfum sem dómstólum er ætlað að sinna í réttarríki.

221. Bendir dómstóllinn í þessu sambandi á áhersluna sem lögð er á þessa eiginleika, þ.e. sérfræðipækkingu og siðferðilega ráðvendni, í ýmsum mikilvægum alþjóðlegum textum sem lið í réttinum til réttlátrar málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum og óhlutdrægum „dómstóli“ sem skipaður er að lögum. Bendir dómstóllinn í þessu sambandi á 25. mgr. álitserðar Ráðgjafarnefndar evrópskra dómara nr. 1(2001) þar sem lagt var til að „stjórnvöld sem hefðu það hlutverk í aðildarríkjum að annast og vera til

ráðgjafar um skipanir og framgang [dómara] ættu þegar í stað að innleiða, birta og framkvæma hlutlæg viðmið með það að markmiði að tryggja að val og starfsferill dómara byggist á verðleikum, með tilliti til hæfni, ráðvendni, getu og skilvirkni“ (sjá 124. mgr. hér að framan). Þá er enn fremur tekið mið af því alþjóðlega efni sem vitnað er til í 117., 129., og 145.-147. mgr. hér að framan.

222. Dómstóllinn hefur hugfast að hvorki er í máli þessu deilt um lýsinguna á Landsrétti sem „dómstóli“ né um verðleika dómara sem skipaðir voru í embætti við þann dómstól. Engu að síður undirstrikar dómstóllinn mikilvægi þess að fylgja ströngu ferli við skipun almennra dómara til þess að tryggja að hæfustu umsækjendurnir – bæði að því er varðar hæfni og siðferðlega ráðvendni – hljóti skipun í embætti dómara. Ekki þarf að taka fram að því æðri stöðu sem dómstóll hefur í stigskiptingu dómkerfisins því meira krefjandi ættu gildandi valviðmið að vera. Þá er og ljóst að viðmiðin gætu verið önnur fyrir dómara sem ekki eru faglærðir, einkum að því er varðar sérfræðipækkinguna sem krafist er. Að mati dómstólsins tryggir slíkt val, sem byggir á verðleikum, ekki aðeins tæknilega getu dómsvalds til þess að kveða upp réttláta dóma sem „dómstóll,“ heldur er það óhjákvæmilegt til þess að tryggja traust almennings á dómskerfinu og jafnframt viðbótartrygging fyrir persónulegu sjálfstæði dómara.¹⁰

(ii) „Skipan“

223. Dómstóllinn ítrekar að samkvæmt viðtekinni dómaframkvæmd hans nær orðasambandið „skipan ... ákveðin með lögum“ ekki aðeins yfir lagagrunninn undir sjálfri tilvist dómstóls, heldur einnig til fylgni dómstólsins eða dómsins við hinar sérstöku reglur sem um hann gilda, svo og samsetningu dóms í hverju máli fyrir sig (sjá málin sem vísað er til í 213. mgr. hér að framan). Gildissvið kröfunnar um „dómstól sem skipaður er að lögum“ kann því ekki að takmarkast við tilvik þar sem dómsvald skorti lögmæti til þess að starfa sem dómstóll eða dómur samkvæmt landslögum, eins og ríkið heldur fram í 175. mgr. hér að framan.

224. Þá bendir dómstóllinn enn fremur á, eins og ríkið hefur einnig vakið máls á (sjá 185. og 188. mgr. hér að framan), að fordæmi dómstólsins

¹⁰ Til stuðnings þessari röksemdafærslu er vísað til 10. reglu meginreglna Sameinuðu þjóðanna um sjálfstæði dómstóla; 19. mgr. 32. almennrar athugasemdar mannréttindanefndarinnar; 44. mgr. tilmæla ráðherranefndar Evrópuráðsins nr. 2010(12) ráðherranefndar Evrópuráðsins; 25. mgr. álitserðar CCJE nr. 1 (2001); og Latimer House leiðbeininganna fyrir samveldið um þingræði og sjálfstæði dómstóla, sem vísað er til í 117., 118., 121., 124., 125. og 145. mgr.; sjá einnig dóm Evrópudómstólsins í máli C-624/18, dags. 19. nóvember 2019 (sem vísað er til í 138. mgr. hér að framan), þar sem Evrópudómstóllinn áréttaði nauðsyn þess að tryggja að „efnisleg skilyrði og nákvæmar málsmeðferðarreglur um samþykki ákvarðana um skipun í embætti [dómara] séu með þeim hætti að þær geti ekki vakið lögmætar efasemdir í hugum manna varðandi ónæmi dómara sem um ræðir fyrir ytri áhrifavöldum og hlutleysi þeirra varðandi þá hagsmuni sem fyrir þá eru lagðir eftir skipun þeirra í embætti dómara“.

varðandi kröfuna um „dómstól sem skipaður er að lögum“ hafa til þessa fyrst og fremst varðað brot á innlendum reglum sem beinlínis segja til um hæfi dóms til þess að skera úr um tiltekið mál eða þeim reglum sem höfðu bein áhrif á samsetningu dóms sem fjallaði um mál kærandsans sem um ræðir. Spurningin sem svara þarf í þessu máli er hvort brotin gegn landslögum sem áttu sér stað á því stigi þegar dómari var skipaður í upphafi til þess að starfa við tiltekinn dómstól kunni einnig að brjóta gegn réttinum til „dómstóls sem skipaður er að lögum“.

225. Bendir dómstóllinn á í þessu sambandi að til eru nokkur fordæmi í dómaframkvæmd hans sem benda í þá átt, svo sem mál *Ilatovskiy*, sem vísað er til hér að framan, 39.-42. mgr.). Það mál varðaði sakfellingu kæranda (árið 2002) í héraðsdómi þar sem í dómnum sat einn fagðómari og tveir meðdómendur, sem skipaðir höfðu verið í embætti meðdómenda á árunum 1991 og 1999. Eftir að komist hafði verið að þeirri niðurstöðu að skipun meðdómendanna hefði ekki verið í samræmi við viðeigandi innlendar málsmeðferðarreglur, sem í gildi voru á þeim tíma sem um ræðir, var það niðurstaða dómstólsins að héraðsdómstóllinn, sem kveðið hefði upp dóminn í máli kæranda með aðkomu meðdómendanna, gæti ekki talist „dómstóll sem skipaður er að lögum“. Þrátt fyrir muninn sem er á dómnum í máli *Ilatovskiy* og þessu máli, veitir fyrrnefndi dómurinn skýrt dæmi um aðstæður þar sem annmarkar á skipunarferli geta vakið efasemdir um það hvort dómstóll eða dómur, þar sem hinir skipuðu dómara eiga síðar aðkomu, geti talist dómstóll „sem skipaður er að lögum“.

226. Sambandið milli málsmeðferðarinnar sem viðhöfð er við skipun dómara og „lögmati“ dóms sem dómurinn situr síðar í fær einnig stuðning af tilganginum með kröfunni um „skipun að lögum,“ eins og skýrt er í 214. mgr. hér að framan. Sú krafa endurspeglar meginregluna um réttarríkið og felur í sér viðleitni til þess að vernda dómstóla fyrir ólögmatum ytri áhrifum, ekki síst af hálfu framkvæmdavaldsins (sjá 211. mgr. hér að framan) þótt ekki sé loku fyrir það skotið að slík ólögmat áhrif kunni einnig að stafa frá löggjafanum eða innan úr dómskerfinu sjálfu. Krafan nær jafnframt til allra ákvæða innlendra laga – þar með talið einkum og sér í lagi ákvæða varðandi sjálfstæði dómara – sem eru þess eðlis að ef brotið væri gegn þeim yrði það til þess að aðkoma eins eða fleiri dómara að umfjöllun um mál yrði „ólögmat“ (sjá 212. mgr. hér að framan). Dómstóllinn gerir sér grein fyrir því að skipunarferli til dómaraembættis kann að sæta slíkum ótilhlýðilegum áhrifum og telur að það kalli á strangt eftirlit; enn fremur er ljóst að brot á lögum um skipunarferli í dómaraembætti kunni að valda því að aðkoma viðkomandi dómara að umfjöllun um mál verði „ólögmat“.

227. Eins og Ráðgjafarnefnd evrópskra dómara tók fram í áliti sínu 2015 öðlast „hver einstakur dómari sem skipaður er samkvæmt stjórnarskrá og öðrum viðeigandi reglum öðlast þannig stjórnarskrárbundið umboð sitt og lögmati“ (sjá 126. mgr. hér að framan) og er þannig gefið í skyn að dómara sem skipaður er andstætt viðkomandi reglum kunni að skorta lögmati til þess

að starfa sem dómari. Með hliðsjón af grundvallarþýðingu málsmeðferðarinnar sem viðhöfð er við skipun dómara í embætti fyrir eðlilega starfsemi og lögmæti dómstóla í lýðræðisríki sem lýtur reglum réttarríkisins telur dómstóllinn að sú málsmeðferð hljóti að teljast óaðskiljanlegur þáttur í hugmyndinni um „skipun“ dómstóls eða dóms „að lögum“ og túlkun í gagnstæða átt mundi fara gegn tilgangi kröfunnar sem um ræðir. Dómstóllinn ítrekar í þessu sambandi að mannréttindasáttmálanum er „ekki ætlað að tryggja hugsanleg eða ímynduð réttindi, heldur réttindi sem eru raunveruleg og virk“ (sjá t.d. *Coëme o.fl.*, 98. mgr., sem vísað er til hér að framan).

228. Þá leggur dómstóllinn einnig áherslu á það í þessu sambandi að samkvæmt niðurstöðum samanburðarkönnunar sem gerð hefur verið á vegum dómstólsins túlkar nær helmingur þeirra ríkja sem könnunin náði til (þ.e. 19 af 40) kröfuna um „dómstól sem skipaður er að lögum“ þannig að hún nái augljóslega til málsmeðferðarinnar við upphaflega skipun dómara í embætti. Það er þannig nú þegar allnokkur samstaða meðal ríkjanna sem könnunin náði til að þessu leyti og fram hjá því getur dómstóllinn ekki litið. Þá sýna niðurstöðurnar að í mörgum öðrum ríkjum er þetta mál enn óútljáð; það er því ekki útilokað að ef sambærilegt álitamál kæmi upp í þessum ríkjum *gætu* innlendir dómstólar að meginreglu til túlkað kröfuna um „dómstól sem skipaður er að lögum“ þannig að hún næði til málsmeðferðarinnar við skipun í dómaraembætti. Að lokum vísar dómstóllinn í þessu sambandi til dóms sem kveðinn var upp 26. mars 2020 af dómstól Evrópusambandsins í málum *Simpson* og *HG*, þar sem viðurkennt var (með vísan til dóms aðaldeildarinnar í þessu máli) að rétturinn til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ næði til málsmeðferðarinnar við skipun dómara í embætti (sjá 74. og 75. gr. dóms dómstóls Evrópusambandsins sem vísað er til í 137. mgr. hér að framan).

(iii) „Að lögum“

229. Eðli og umfang þeirra mála sem til þessa hafa komið til kasta dómstólsins varðandi kröfuna um „dómstól sem skipaður er að lögum“ hafa að mestu leyti kallað á ákvörðun um hvort dómstóll sem fór með mál hafi haft lagagrundvöll í innlendum lögum og hvort kröfurnar sem leiddu af gildandi innlendum rétti hafi verið uppfylltar að því er varðar skipan og starfsemi viðkomandi dómstóls. Í þessu sambandi vill dómstóllinn skýra að andstætt röksemdafærslu ríkisins (sjá 175. mgr. hér að framan) hefur hann skýrt kröfuna um „dómstól sem skipaður er að lögum“ þannig að hún merki jafnframt „dómstól sem skipaður er í samræmi við lög“ (sjá, að breyttu breytanda, *Ilatovskiy*, sem vísað er til hér að framan, 39. mgr.; *Momčilović*, sem vísað er til hér að framan, 29. mgr.; og *Jenița Mocanu*, sem vísað er til hér að framan, 37. mgr.). Telur dómstóllinn að þessi skýring samrýmist hinu almenna markmiði og tilgangi kröfunnar sem um ræðir og sér ekki ástæðu til þess að víkja frá henni.

230. Þá vill dómstóllinn einnig leggja á það áherslu hér að með kröfunni um að dómstóll skuli skipaður að „lögum“ sé á engan hátt leitast við að þröngva samræmi upp á málsmeðferð aðildarríkja við skipun í dómaraembætti. Eins og segir hér að framan (sjá 207. mgr.) er dómstólnum fullljóst að aðferðir við skipun í dómaraembætti eru mismunandi um alla Evrópu og ekki er hægt að líta svo á að sú staðreynd að framkvæmdavaldið, sér í lagi, hafi úrslitaáhrif á skipanir – eins og málum er háttað í mörgum aðildarríkjum þar sem hömlur á valdheimildir framkvæmdavaldsins sem leiða af lagahefð og öðrum ráðstöfunum sem lúta að ábyrgðarskyldu, ásamt rötgróinni hefð fyrir vali á vel hæfum umsækjendum sem eru sjálfstæðir að eðlisfari stuðla að því að varðveita sjálfstæði og lögmæti dómstólanna – spilli þeirri ásýnd dómstóls eða dóms að skipan hans sé ákveðin með „lögum“. Það sem hér um ræðir snýr einungis að því að tryggja að viðkomandi innlend lög um veitingu dómaraembætta séu orðuð með ótvíræðum hætti, að því marki sem mögulegt er, þannig að útilokuð sé gerræðisleg íhlutun í skipunarferlið, þar með talið af hálfu framkvæmdavaldsins.

(iv) Innbyrðis tengsl krafanna um „sjálfstæði“, „óhlutdrægni“ og „dómstól sem skipaður er að lögum“

231. Þótt rétturinn til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ sé sjálfstæður réttur samkvæmt 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans hafa myndast afar náin tengsl í framkvæmd Mannréttindadómstólsins milli þess tiltekna réttar og trygginganna fyrir „sjálfstæði“ og „óhlutdrægni“.

232. Í þessu sambandi, og eins og vikið er að hér að framan (sjá 219. mgr.), hefur dómstóllinn talið að dómsvaldi sem ekki uppfyllir kröfurnar um sjálfstæði – einkum frá framkvæmdavaldinu – og óhlutdrægni sé ekki einu sinni unnt að lýsa sem „dómstóli“ í skilningi 1. mgr. 6. gr. Með sama hætti, þegar ákvarðað er hvort „dómstóll“ sé „skipaður að lögum“ nær tilvísunin til „laga“ yfir öll ákvæði innlendra laga – þar með talið einkum og sér í lagi ákvæði varðandi sjálfstæði dómara – sem eru þess eðlis að ef brotið væri gegn þeim yrði það til þess að aðkoma eins eða fleiri dómara að umfjöllun um mál yrði „ólögmæt“ (sjá 212. mgr. hér að framan). Þá veur dómstóllinn enn fremur athygli á því að til þess að ákvarða hvort dómstóll geti talist „sjálfstæður“ í skilningi 1. mgr. 6. gr. verður m.a. að hafa hliðsjón af aðferðinni sem beitt er við skipun dómara hans (sjá t.d. *Ramos Nunes de Carvalho e Sá*, sem vísað er til hér að framan, 144. mgr.), sem, eins og fjallað er um hér að framan (sjá 224.-228. mgr.), snertir álitaefnið um skipan „dómstóls“.

233. Af þessu leiðir að þótt hver þessara krafna þjóni sérstökum tilgangi sem trygging fyrir réttlátri málsmeðferð greinir dómstóllinn sameiginlegan þráð sem liggur gegnum stofnanatengdar kröfur 1. mgr. 6. gr. að því leyti að þær leiða af því markmiði að halda uppi meginreglunum um réttarríki og aðgreiningu valds. Dómstóllinn veur athygli á því að þörfin á því að viðhalda trausti almennings á dómstólunum og varðveita sjálfstæði þeirra frá

hinum greinum valdsins býr að baki öllum þessum kröfum (sjá í þessu sambandi tilganginn með réttinum til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ í 214. og 215. mgr. hér að framan). Að mati dómstólsins leiðir viðurkenningin á þessu nána sambandi og sameiginlega tilgangi ekki til þess, eins og ríkið hefur haldið fram (sjá 192. mgr. hér að framan), að hlutverk hverrar og einnar þessara krafna verið óskýrari eða til tvítekningar þeirra, heldur verður hún einungis til þess að styrkja tilgang og áhrif hverrar þeirra um sig.

234. Í ljósi þessa er það afstaða dómstólsins að í umfjöllun um kröfuna um „dómstól sem skipaður er að lögum“ megi ekki missa sjónar af þessum sameiginlega tilgangi og verður þar með kerfisbundnum hætti að grennslast fyrir um hvort meintur annmarki á tilteknu máli hafi verið svo alvarlegur að hann hafi grafið undan framangreindum grundvallarreglum og vakið efasemdir um sjálfstæði dómstólsins sem um ræðir. „Sjálfstæði“ vísar í þessu sambandi til nauðsynlegs persónulegs og formlegs sjálfstæðis sem þörf er á til óhlutdrægrar ákvarðanatöku og er þar með forsenda fyrir óhlutdrægni. Það lýsir bæði (i) hugarástandi, þ.e.a.s. ómóttækileika dómara fyrir ytri þrýstingi vegna siðferðilegrar ráðvendni og (ii) formlegum og verklegum ráðstöfunum – sem fela bæði í sér málsmeðferð sem gerir mögulegt að skipa dómara með þeim hætti að sjálfstæði þeirra sé tryggt og valviðmið sem byggja á verðleikum – sem verða að veita vörn gegn ótilhlýðilegum áhrifum og/eða ótempruðu ákvörðunarvaldi hinna greina ríkisvaldsins, bæði á upphafsstigum skipunar dómara og þegar dómari sinnir embættisverkum sínum (sjá, að breyttu breytanda, *Khrykin gegn Rússlandi*, nr. 33186/08, 28.-30. mgr. 19. apríl 2011).

3. *Hvort annmarkarnir í þessu máli hafi falið í sér brot gegn réttinum til „dómstóls sem skipaður er að lögum“: prófsteinninn*

235. Að staðfestu gildissviði réttarins til dómstóls sem skipaður er að lögum, kröfunum sem leiða af þeim rétti og tengslum hans við meginreglurnar um sjálfstæði og óhlutdrægni, er verkefni dómstólsins að ákvarða hvort annmarkarnir á málsmeðferðinni við skipun í dómaraembætti sem um er deilt hafi haft þau áhrif að svipta kæranda rétti sínum til „dómstóls sem skipaður er að lögum“. Athugun á því atriði vekur aftur þá grundvallarspurningu hvort hvers kyns annmarki á skipunarferli í dómaraembætti, hversu lítilvægur sem hann er eða tæknilegur, og hvenær sem annmarkinn varð, geti sjálfkrafa farið gegn þeim rétti.

(a) **Er þörf á að ákveða prófkvarða?**

236. Dómstóllinn telur í upphafi að þegar litið er til hugsanlegra áhrifa þess ef komist væri að niðurstöðu um brot, og einnig til þeirra mikilvægu gagnstæðu hagsmuna sem í húfi eru, ætti ekki að skýra réttinn til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ óhóflega vítt þannig að hvaða annmarki sem er á

skipunarferli dómara gæti orðið til þess að spilla þeim rétti. Frekar ætti að gæta ákveðinnar hófsemi í þeim efnum.

237. Dómstóllinn ítrekar í þessu sambandi að réttinn til réttlátrar málsmeðferðar samkvæmt 1. mgr. 6 gr. sáttmálans verði að túlka í ljósi inngangsorða sáttmálans, þar sem því er lýst yfir í viðeigandi hluta inngangsorðanna að meginreglan um réttarríki sé hluti sameiginlegrar arfleifðar aðildarríkja sáttmálans. Eins og bent er á í 211. mgr. hér að framan endurspeglast í réttinum til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ þessi meginregla um réttarríki, og sem slík gegnir hún mikilvægu stuðningshlutverki í aðgreiningu ríkisvaldsins og sjálfstæði og lögmæti dómsvaldsins, eins og krafist er í lýðræðislegu þjóðfélagi. Að því sögðu nær meginreglan um réttarríkið einnig yfir fjölda annarra jafnmikilvægra meginreglna, sem kunna við vissar aðstæður að stangast á þótt þær séu samtvinnnaðar og bæti hver aðra upp.

238. Vísar dómstóllinn í fyrsta lagi í þessu sambandi til meginreglunnar um réttarvissu, sem er undirskilin í öllum greinum mannréttindasáttmálans (sjá *Nejdet Şahin og Perihan Şahin gegn Tyrklandi* [GC], nr. 13279/05, 56. mgr., 20. október 2011; sjá einnig réttarríkisgátlistann sem tekinn var saman af Feneyjanefndinni, 123. mgr. hér að framan, þar sem réttarvissa er tilgreind sem einn af prófsteinum réttarríkisins). Í lögum sem leiða af mannréttindasáttmálanum kemur meginreglan um réttarvissu fram með mismunandi hætti og í mismunandi samhengi, meðal annars sem krafa um að framsetning laga sé skýr og framfylgd þeirra fyrirsjáanleg (sjá t.d. *Medvedyev o.fl. gegn Frakklandi* [GC], nr. 3394/03, 80. mgr., ECHR 2010, í samhengi við 5. gr.) eða sem krafa um að þegar dómstólar hafa fellt endanlegan dóm í máli skuli ekki bornar brigður á niðurstöður þeirra (sjá t.d. *Brumărescu gegn Rúmeníu* [GC], nr. 28342/95, 61. mgr., ECHR 1999-VII). Með þessum síðarnefnda þætti réttarvissu er almennt gengið út frá virðingu fyrir meginreglunni um bindandi réttaráhrif dóma (*res judicata*), en með því að standa vörð um bindandi réttaráhrif dóma og rétt þeirra sem aðilar eru að innlendum málarekstri – þar með talið brotþola – er stuðlað að því að tryggja stöðugleika dómskerfisins og efla traust almennings á dómstólum. Samkvæmt viðtekinni framkvæmd dómstólsins er það svo að kröfurnar sem felast í meginreglunni um réttarvissu og gildi *res judicata* eru ekki algildar (sjá t.d., í refsiréttarlegu samhengi, *Moreira Ferreira gegn Portúgal* (nr. 2) [GC], nr. 19867/12, 62. mgr., 11. júlí 2017), en einungis er réttlæt看legt að víkja frá þeirri meginreglu þegar aðstæður skapa til þess verulega og knýjandi nauðsyn, svo sem til þess að leiðrétta grundvallarannmarka eða réttarspjöll (sjá t.d. *Ryabykh gegn Rússlandi*, nr. 52854/99, 52. mgr., ECHR 2003-IX, og *OOO Link Oil SPB gegn Rússlandi* (ákv.), nr. 42600/05, 25. júní 2009). Þessi viðhorf eru þó ekki vel fallin til nákvæmrar skýringar; dómstóllinn þarf að ákveða í hverju máli fyrir sig að hvaða marki frávik frá meginreglunni um réttarvissu sé réttlæt看legt (sjá t.d. *Sutyazhnik gegn Rússlandi*, nr. 8269/02, 35. mgr., 23. júlí 2009).

239. Í öðru lagi bendir dómstóllinn á meginregluna um bann við uppsögn dómara á skipunartíma þeirra. Þessi meginregla er almennt talin fylgiregla reglunnar um sjálfstæði dómstóla – en hún er er forsenda réttarríkis – og þar með innifalin í réttindunum sem tryggð eru með 1. mgr. 6. gr. (sjá meginreglurnar um bann við uppsögn dómara sem leiða af dómaframkvæmd dómstólsins skv. 1. mgr 6. gr. í *Maktouf og Damjanović*, sem vísað er til hér að framan, 49. mgr.; *Fruni gegn Slóvakíu*, nr. 8014/07, 145. mgr., 21. júní 2011; og *Henryk Urban og Ryszard Urban*, sem vísað er til hér að framan, 53. mgr.; sjá einnig 20. mgr. 32. almennu athugasemdar mannréttindanefndarinnar, sem vísað er til í 118. mgr. hér að framan, 57. mgr. álitgerðar CCJE nr. 1 (2001), sem vísað er til í 124. mgr. hér að framan, og 72.-87. mgr. í *Baka gegn Ungverjalandi*, sem vísað er til hér að framan að því er varðar annað viðeigandi alþjóðlegt efni). En eins og nýlega var staðfest af yfirdeild dómstóls Evrópusambandsins í málinu *Framkvæmdastjórnin gegn Póllandi* (C-619/18), er meginreglan um bann við uppsögn dómara með sama hætti ekki algild, þótt undantekning frá þeirri meginreglu væri því aðeins ásættanleg „ef hún er studd lögmætum tilgangi, ef hún er hófleg í ljósi þess tilgangs, og að því marki sem hún er ekki til þess fallin að vekja lögmætar efasemdir í huga manna varðandi ónæmi dómstólsins sem um ræðir fyrir ytri áhrifavöldum og hlutleysi þeirra varðandi þá hagsmuni sem fyrir hann eru lagðir“ (sjá 139. mgr. hér að framan).

240. Niðurstaða um að dómstóll sé ekki „dómstóll sem skipaður er að lögum“ getur augljóslega haft umtalsverðar afleiðingar að því er varðar meginreglurnar um réttarvissu og bann við uppsögn dómara, meginreglur sem ber að fylgja í hvívetna í ljósi þess mikilvæga tilgangs sem þær þjóna. Hvað sem því líður gæti það við tiltekna aðstæður valdið meiri skaða á réttarríkinu og trausti almennings á dómsvaldinu ef þessum meginreglum væri fylgt hvað sem það kostaði. Eins og í öllum málum þar sem grundvallarreglur mannréttinasáttmálans stangast á verður því að leita jafnvægis í slíkum tilvikum til þess að ákvarða hvort fyrir hendi sé knýjandi þörf – efnisleg og sannfærandi – sem réttlætir að vikið sé frá meginreglunni um réttarvissu og úrslitagildi dóma (*res judicata*) (sjá t.d. *Sutyazhnik*, sem vísað er til hér að framan, 38. mgr.) og meginreglunni um bann við uppsögn dómara, allt eftir aðstæðum í hverju máli.

241. Yfirdeildin vekur athygli á því að þótt það hafi ekki verið tekið fram berum orðum leitaðist aðaldeildin við að finna slíkt jafnvægi með því að beita prófi um „grófleika brots“ þar sem einungis alvarlegustu brot á reglum um skipun í dómaraembætti gætu talist brot gegn réttinum til dómstóls sem skipaður er að lögum, og setja þannig ströng skilyrði fyrir því að brot á slíkum reglum geti talist brot á 1. mgr. 6. gr. mannréttinasáttmálans (sjá 101. gr. og áfram í dómi aðaldeildar og 156.-159. mgr. hér að framan).

242. Þótt yfirdeildin styðji röksemdirnar að baki prófinu sem aðaldeildin beitti og almennt efni þess, sem yfirdeildin mun útfæra nánar hér á eftir (sjá 243.-252. mgr.) er rétt að taka fram í upphafi að yfirdeildin mun ekki beita

sömu forsendunni um „gróft brot“ hér. Í þessu sambandi bendir yfirdeildin á að dómstóllinn hefur til þessa beitt hugmyndinni um „gróft brot“ í ýmiss konar samhengi, þar með talið, eftir því sem við á, til þess að ákvarða hvort dómstólnum sé heimilt að víkja frá túlkun innlends dómstóls á því hvort yfir höfuð hafi verið brotið gegn innlendum lögum, sem lið í mati sínu samkvæmt kröfunni um „dómstól sem skipaður er að lögum“ (sjá t.d. *Posokhov*, sem vísað er til hér að framan, 39.-44. mgr., og *Kontalexis*, sem vísað er til hér að framan, 44. mgr.). Ef sú hugmynd er yfirfærð í samhengi eins og það sem hér um ræðir – þar sem brotið gegn innlendum rétti hefur þegar verið staðfest af innlendum dómstólum svo ekki verður um villst – í því skyni að meta afleiðingar brotsins fyrir rétt kæranda til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ getur það leitt til nokkurrar óvissu, eins og athygli hefur verið vakin á, bæði í sératkvæðinu sem fylgir með dómi aðaldeildar og í greinargerðum ríkisins (sjá 176. mgr. hér að framan).

(b) Prófsteinninn sem útfærður er af yfirdeildinni

243. Dómstólnum eru ljós vandkvæðin á því að móta alhliða prófstein á jafnvægi sem hæfir öllum mögulegum tilvikum um annmarka á skipunarferli dómara í mismunandi lögsagnarumdæmum um alla Evrópu – þar sem hvert um sig er með eigin reglur og venjur – og bendir á að mörg ríki hafa innleitt ýmiss konar kerfi eða staðla til þess að takast á við þetta flókna mál innanlands (sjá niðurstöður samanburðarlögfræðirannsóknarinnar sem vikið er að í 152.-153 mgr. hér að framan). Þá telur dómstóllinn enn fremur að aðildarríkjunum ætti að ætla tiltekið svigrúm til mats í þessu sambandi, þar sem innlend yfirvöld eru að meginreglu til í betri aðstöðu til þess að meta hvernig hagsmunum réttlætis og réttarríkis – með öllum sínum ósamkvæmu hliðum – verði best þjónað í hverju tilviki um sig. Engu að síður telur dómstóllinn að eftirfarandi viðmið, tekin saman, veiti traustan grunn sem nýtist dómstólnum – og á endanum innlendum dómstólum – við mat á því hvort annmarkar á málsmeðferð við tiltekna embættisveitingu hafi verið á því alvarleikastigi að þeir hafi leitt til brots á réttinum til dómstóls sem skipaður er að lögum og hvort jafnvægi hafi fundist milli hinna ýmsu meginreglna á sanngjarnan og hóflegan máta af hálfu viðkomandi yfirvalda miðað við sérstök atvik máls.

(i) Fyrsta þrep prófsins

244. Dómstóllinn telur í fyrsta lagi að það verði að meginreglu til að vera um að ræða *augljóst* brot á innlendum lögum, í þeim skilningi að brotið verður að vera greinanleg sem slíkt í raun með hlutlægum hætti. Dómstóllinn bendir á, eins og vikið er að í 209. og 216. mgr. hér að framan, að hann mun alla jafna fallast á túlkun innlendra dómstóla varðandi hvort brotið hafi verið gegn innlendum lögum nema brotið sé „gróft“ (sjá *Lavents*, sem vísað er til hér að framan, 114. mgr.) – þ.e.a.s. ef ekki má líta á niðurstöður hinna

innlendu dómstóla sem gerræðislegar eða bersýnilega ósanngjarnar (sjá, að breyttu breytanda, *Radomilja o.fl. gegn Króatíu* [GC], nr. 37685/10, og 22768/12, 149. mgr., 20. mars 2018, og *S., V. og A. gegn Danmörku* [GC], nr. 35553/12 og 2 aðra, 148. mgr., 22. október 2018).

245. Dómstóllinn vekur þó athygli á því að þótt ekki sé um að ræða augljóst brot gegn innlendum reglum um skipun í dómaraembætti útilokar það ekki möguleikann á því að brotið hafi verið gegn rétti til dómstóls sem skipaður er að lögum. Það kunna í raun að vera aðstæður þar sem málsmeðferð við skipun í embætti dómara er sýnilega í samræmi við gildandi innlendar reglur en leiðir engu að síður til niðurstaðna sem eru ósamrýmanlegar markmiði og tilgangi þess réttar samkvæmt sáttmálanum (sjá, að breyttu breytanda *DMD GROUP, a.s.*, sem vísað er til hér að framan, 62.-72. mgr.). Við þær aðstæður ber dómstólnum að halda áfram rannsókn sinni samkvæmt öðrum og þriðja lið prófsins, sem lýst er hér fyrir neðan, eftir því sem við á, í því skyni að ákvarða hvort niðurstaðan af beitingu viðkomandi innlendu reglna hafi samrýmst hinum sérstöku kröfum réttarins til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ í skilningi mannréttindasáttmálans.

(ii) *Annað þrep prófsins*

246. Í öðru lagi ber að leggja mat á brotið sem um ræðir í ljósi markmiðs og tilgangsins með kröfunni um „dómstól sem skipaður er að lögum,“ þ.e.a.s. að tryggja getu dómstólanna til þess að rækja starf sitt án ótilhlýðilegrar íhlutunar og viðhalda þannig réttarríkinu og aðgreiningu ríkisvaldsins. Þannig verða brot sem eru alfarið tæknilegs eðlis og hafa enga þýðingu varðandi skipunarferlið að teljast falla neðan viðmiðunarmarkna. Á hinn bóginn verður að telja að brot þar sem virtar eru að vettugi veigamestu reglur skipunarferlisins – svo sem með skipun einstaklings í dómaraembætti sem ekki uppfyllir þau hæfisskilyrði sem gilda – eða brot sem með öðrum hætti kunna að grafa undan tilgangi og áhrifum kröfunnar um „skipun að lögum“ samkvæmt túlkun Mannréttindadómstólsins, fari gegn þeirri kröfu.

247. Þannig er það sjónarmið dómstólsins að einungis þau brot sem varða grundvallarreglur málsmeðferðar við skipun dómara – þ.e.a.s. brot sem hafa áhrif á kjarna réttarins til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ – séu líkleg til þess að leiða til niðurstöðu um að brotið hafi verið gegn þeim rétti. Einkum og sér í lagi, eins og aðaldeildin benti réttilega á, ber dómstólnum þess vegna að „ganga úr skugga um hvort eitthvert brot gegn gildandi landsreglum um skipun dómara hafi leitt til raunverulegrar hættu á því að aðrar stofnanir ríkisvaldsins, einkum og sér í lagi framkvæmdavaldið, [gætu beitt] ótilhlýðilegu áhrifavaldi sem [græfi] undan trúverðugleika skipunarferlisins umfram það sem sjá hefði mátt fyrir í þeim innlendu reglum sem í gildi voru á viðkomandi tíma“ (sjá 103. mgr. í dómi aðaldeildar).

(iii) Þriðja þrep prófsins

248. Í þriðja lagi telur dómstóllinn að endurskoðunin af hálfu innlendra dómstóla, ef einhver er, varðandi lagalegar afleiðingar af broti gegn innlendri reglu um skipun í dómaraembætti – að því er varðar réttindi einstaklings samkvæmt mannréttindasáttmálum – gegni veigamiklu hlutverki við ákvörðun á því hvort brotið teljist brot gegn réttinum til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ og er endurskoðunin þannig hluti af prófinu sjálfu.

249. Dómstóllinn telur rétt að leggja á það áherslu að ef það væri rétt, sem ríkið heldur fram (sjá 176. og 184. mgr. hér að framan), að niðurstöður hinna innlendu dómstóla teldust endanlegt mat að því er varðar kröfuna um „dómstól sem skipaður er að lögum“ hvað sem liði eðli, umfangi og gæðum endurskoðunarinnar af hálfu dómstólanna – þ.e. ef Mannréttindadómstóllinn hefði ekki heimild til þess að leggja eigið mat á það hvort afleiðingar brotsins á innlendu reglunum um skipun í dómaraembætti væru slíkar að þær brytu gegn 6. gr. – þá fælist engin raunveruleg vörn í þessum sjálfstæða rétti samkvæmt mannréttindasáttmálanum við þær aðstæður sem uppi eru í þessu máli.

250. Í þessu sambandi hefur dómstóllinn það hugfast að hlutverk hans í eftirlitskerfinu sem komið var á fót með mannréttindasáttmálanum er í eðli sínu undirsett, en í því felst að aðildarríkin bera meginábyrgð á því að tryggja réttindin og frelsið sem skilgreint er í sáttmálanum og viðaukum við hann (sjá t.d. *Garib gegn Hollandi* [GC], nr. 43494/09, 137. mgr., 6. nóvember 2017). Dómstóllinn tekur þó jafnframt fram að með nándarreglunni er ábyrgð skipt milli aðildarríkjanna og dómstólsins og að innlendum yfirvöldum og dómstólum er skylt að túlka innlend lög og beita þeim með fullu tilliti til gildis mannréttindasáttmálans (sjá einkum tilvísanirnar til Izmir og Brighton ráðstefnanna og yfirlýsinganna í *Burmych o.fl. gegn Úkraínu* (kærer felldar niður) [GC], nr. 46852/13 o.fl., 120.-122. mgr., 12. október 2017). Af þessu leiðir að þótt það komi fyrst og fremst í hlut innlendra yfirvalda, einkum dómstóla, að túlka innlend lög og beita þeim, kemur það á endanum í hlut Mannréttindadómstólsins að ákvarða hvort sú túlkun og beiting leiði til niðurstaðna sem samræmast grundvallarreglum mannréttindasáttmálans (sjá t.d. *Scordino gegn Ítalíu (nr. 1)* [GC], nr. 36813/97, 191. mgr., ECHR 2006-V, og *Carbonara og Ventura gegn Ítalíu*, nr. 24638/94, 68. mgr., ECHR 2000-VI).

251. Augljóslega, eins og vikið er að í 244. mgr. hér að framan, mun dómstóllinn að meginreglu til fallast á túlkun og beitingu innlendra dómstóla á innlendum lögum þegar kannað er hvort brotið hafi verið gegn viðeigandi innlendum reglum í tilteknu máli – nema niðurstöður þeirra séu gerræðislegar eða bersýnilega ósanngjarnar. En þegar niðurstaða er fengin þess efnis að brotið hafi verið gildandi innlendum reglum verður mat hinna innlendu dómstóla á réttaráhrifum brotsins að fara fram á grundvelli fordæma samkvæmt mannréttindasáttmálanum og þeirra meginreglna sem af honum leiða. Þegar hinir innlendu dómstólar hafa með formlegum hætti lagt mat á

málsatvik og kærur með hliðsjón af viðmiðum mannréttindasáttmálans, tekið fullnægjandi tillit til hinna gagnstæðu hagsmuna sem um ræðir og dregið nauðsynlegar ályktanir þyrfti dómstóllinn að hafa ríka ástæðu til þess að setja eigin sjónarmið í stað sjónarmiða hinna innlendu dómstóla (sjá, að breyttu breytanda, *Von Hannover gegn Þýskalandi* (nr. 2) [GC], nr. 40660/08 og 60641/08, 107. mgr., ECHR 2012, og *Satakunnan Markkinapörssi Oy og Satamedia Oy gegn Finnlandi* [GC], nr. 931/13, 164. mgr., 27. júní 2017). Þótt innlendir dómstólar hafi svigrúm til mats á því hvernig ákvarða skuli eðlilegt jafnvægi, eins og vikið er að í 243. mgr. hér að framan, er þeim engu að síður skylt að hlíta þeim skyldum sínum sem leiða af mannréttindasáttmálanum við ákvörðunina.

252. Loks leggur dómstóllinn áherslu á að þótt það sé ekki á valdi hans að tilgreina frest sem einstaklingi ber til þess að kæra annmarka á skipunarferli með vísan til réttarins til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ er hann ósammála ríkinu um að ef engum slíkum fresti væri til að dreifa yrði afleiðingin sú að bera mætti þriggja á embættisveitingar út í hið óendanlega (sjá röksemdafærslu ríkisins í 180. mgr. hér að framan). Ástæðan er sú að í tímans rás mun varðveisla réttaröryggis hafa vaxandi vægi að því er varðar rétt einstaks málsaðila til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ við ákvörðunina á réttu jafnvægi, sem nauðsynlegt er að eigi sér stað. Að sjálfsgöðu ber einnig að horfa til þeirra vandkvæða á sönnunarfærslu sem ykjast í tímans rás og þeirra lögbundnu tímamarka sem kynnu að gilda í landslögum aðildarríkja um kærur af þessum toga.

(c) Gildi prófsins fyrir málsatvik þessa máls

253. Það kemur nú í hlut dómstólsins að ákvarða hvort málsatvik þessa máls urðu til þess að brotið var gegn réttinum til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ í ljósi þriggja þrepa prófsins sem lýst er hér að framan.

(i) Hvort um hafi verið að ræða augljóst brot gegn landslögum

254. Dómstóllinn vekur athygli á því, eins og þegar hefur komið fram í 208. mgr. hér að framan, að Hæstiréttur Íslands komst að þeirri niðurstöðu í dómum sínum 19. desember 2017 og 24. maí 2018, að ekki hefði verið farið að lögum að tvennu leyti við málsmeðferðina þegar skipaðir voru dómáramur við landsrétt: í fyrsta lagi með því að dómsmálaráðherra lét undir höfuð leggjast að ráðast í sjálfstætt mat á staðreyndum eða færa fullnægjandi rök fyrir fráviki sínu frá tillögu dómnefndarinnar, sem hefði farið gegn 10. gr. stjórnarsýslulaga; í öðru lagi vegna þess að Alþingi fylgdi ekki hinum sérstöku reglum um atkvæðagreiðslu sem settar voru fram í ákvæði IV til bráðabirgða í nýju dómstólalögum. Dómstóllinn ítrekar þá afstöðu sína að ekkert tilefni er til þess að vefengja túlkun Hæstaréttar á innlendum lögum að þessu leyti, og ekki er um hana deilt af hálfu málsaðila, og því er það niðurstaða dómstólsins að fyrsta skilyrði prófsins sé augljóslega uppfyllt.

(ii) *Hvort brotin á innlendum lögum hafi varðað grundvallarreglu um málsmeðferð við skipun í embætti dómara*

255. Eins og tekið er fram í 246. mgr. hér að framan, þegar ákvarðað er hvort tiltekinn annmarki á málsmeðferð við skipun í dómaraembætti hafi verið nægilega alvarlegur til þess að teljast brot gegn réttinum til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ verður meðal annars að líta til tilgangs laganna sem brotið var gegn, þ.e.a.s. hvort tilgangur þeirra hafi verið að koma í veg fyrir hvers kyns ótilhlýðileg afskipti framkvæmdavaldsins af dómsvaldinu og hvort umrætt brot hefði grafið undan sjálfum kjarna réttarins til „dómstóls sem skipaður er að lögum“. Með þetta í huga mun dómstóllinn hefja rannsókn sína undir þessum lið með því að kanna lagarammann sem um ræðir á Íslandi og ræður málsmeðferð við skipun í dómaraembætti í því skyni að greina markmið hans og tilgang.

256. Könnun á sögu lagasetningar á Íslandi varðandi málsmeðferð við skipun í dómaraembætti sýnir að eftir röð umbóta hafi stig af stigi verið komið á fót vönduðu kerfi um málsmeðferð við skipun í dómaraembætti, þar sem dómnefnd – stjórnslunefnd sem starfar með sjálfstæðum hætti og skipuð er fimm¹¹ nefndarmönnum skipuðum af dómsmálaráðherra – sem var falið leggja mat á hæfni umsækjenda og greina hverjir væru hæfastir til að hljóta embættið gegndi lykilhlutverki. Með síðustu lagabreytingunum var dómnefndinni, sem í upphafi gegndi einungis ráðgjafarstöðu, síðar veitt heimild til þess að gefa út bindandi tillögur um skipun í dómaraembætti við dómstóla á öllum þremur dómstigum. Þótt lögín heimiluðu að ráðherra viki í undantekningartilvikum frá mati nefndarinnar var beiting þeirrar heimildar ávallt háð úrslitavaldi Alþingis (sjá 19. og 105. mgr. hér að framan).

257. Svo virðist af lögskýringargögnum með lögum nr. 92/1989 og 45/2010 (sjá 11. og 14. mgr. hér að framan), svo og af greinargerðum aðila fyrir þessum dómstóli og upplýsingum sem aflað var *proprio motu* úr alþjóðlegum heimildum (sjá 161., 189., 120. og 128. mgr. hér að framan), að meginmarkmiðið með upptöku kerfis af þessum toga hafi verið að takmarka áhrif framkvæmdavaldsins á skipun dómara og þannig að efla sjálfstæði dómstóla á Íslandi. Í skýrslu sinni árið 2010, sem lögð var fyrir mannréttindanefndina um innleiðingu alþjóðasamningsins um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi (ICCPR), tók ríkisstjórn Íslands sérstaklega fram að umræddar lagabreytingar hefðu komið til sem svar við vaxandi áhyggjum í landinu af því að reglurnar um val og skipun dómara tryggðu ekki með fullnægjandi hætti sjálfstæði dómskerfisins vegna þess hlutverks sem ráðherrar gegndu í skipunarferlinu (sjá 120. mgr. hér að framan). Sömuleiðis undirstrikaði GRECO í matskýrslu sinni um Ísland, sem gefin var út árið

¹¹ Þegar dómnefndin var upphaflega skipuð 19. maí 1989 með lögum nr. 92/1989 var hún skipuð einungis þremur nefndarmönnum (sjá 11. mgr. hér að framan). Með dómstólalögum nr. 15/1998, sem tóku gildi 1. júlí 1998, var þeirri skipan dómnefndarinnar haldið við í upphafi. Fjöldi nefndarmanna var þó síðar aukinn í fimm í maí 2010 með lögum nr. 45/2010 um breytingar á dómstólalögum nr. 15/1998 (sjá 13. og 14. mgr. hér að framan).

2013, að „áður en nýja [skipunar] kerfið tók gildi [hefði] ráðherra ekki verið bundinn af því að fara að ráðgjöf viðkomandi dómsýslustofnana þegar skipað var í dómaraembætti, það hefði raunar gerst áður að skipanir hefðu átt sér stað eftir geðþótta, sem vakti gagnrýni um að pólitísk áhrif hefðu síast inn í ferlið“ (sjá 128. mgr. hér að framan).

258. Dómstóllinn vekur athygli á því að sem viðbótartrygging gegn gerræði tók Hæstiréttur það fram með skýrum hætti þegar árið 2011 – þegar dómnefndin var enn þá einungis í ráðgjafarhlutverki – að þegar lögboðinni heimild væri beitt til þess að víkja frá mati dómnefndarinnar yrði dómsmálaráðherra að byggja ákvörðun sína á fullnægjandi rannsókn og mati í samræmi við kröfurnar í 10. gr. stjórnslulaga og þeirri almennu reglu íslenskra stjórnslulaga að skipa beri hæfustu umsækjendur í opinber embætti (sjá 115. mgr. hér að framan).

259. Í ljósi framangreindra skýringa kemur það nú í hlut yfirdeildar að ákvarða hvort brotin sem áttu sér stað við skipun dómara fjögurra sem ráðherra gerði tillögu um, þar með talið A.E., hafi verið svo alvarleg að þau hafi skaðað lögmæti skipunarferlisins og grafið undan sjálfum kjarna réttarins til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“.

(α) Brot ráðherra

260. Samkvæmt skýringum sem ráðherra gaf Alþingi (sjá 44. og 47. mgr. hér að framan) var ákvörðun hennar um að víkja frá mati dómnefndarinnar byggð aðallega á þörfinni á því að ætla dómara-reynslu meira vægi við matið á umsækjendunum – þar með talið huglægum þáttum á borð við farsæla reynslu af störfum við dómstóla – og ná fram kynjajafnvægi meðal hinna skipuðu.

261. Áður en lengra er haldið vill dómstóllinn taka fram að sú ákvörðun dómnefndarinnar að ætla dómara-reynslu sama vægi og málflutningi og störfum innan stjórnslunnar var í samræmi við gildandi lög, þar sem lögð var áhersla á mikilvægi fjölbreyttrar starfsreynslu (sjá viðeigandi tilvísanir í lögskýringargögnum með lögum nr. 45/2010 og 21. gr. nýju dómstólalaganna í 14. og 105. mgr. hér að framan), og við hefðbundna framkvæmd nefndarinnar fram til þess tíma sem um ræðir, í að minnsta kosti fjögur undanfarandi ár (sjá athugasemdir formanns dómnefndarinnar í 40. mgr. hér að framan). Lagði formaðurinn áherslu á að forðast yrði breytingar á vægi eftir að umsóknir hefðu borist, til hagræðis fyrir tiltekna umsækjendur og óhagræðis fyrir aðra (sama tilvísun).

262. Þá bendir dómstóllinn enn fremur á að matsaðferð dómnefndarinnar var einnig í samræmi við kröfur jafnréttislaga nr. 10/2008 um kynjajafnvægi. Er bent á í þessu sambandi að Hæstiréttur Íslands hefur með skýrum hætti sagt í dómum sínum frá 19. desember 2017 að ráðherra gæti ekki reitt sig á kynjasjónarmið samkvæmt jafnréttislögum, þar sem þau sjónarmið gátu einungis haft gildi ef tveir eða fleiri umsækjendur hefðu verið metnir

jafnhæfir, og hin ófullnægjandi rannsókn ráðherra hefði ekki verið með þeim hætti að henni væri fært að taka slíka ákvörðun (sjá 73. mgr. hér að framan).

263. En jafnvel þótt gert væri ráð fyrir að mat dómnefndarinnar hefði verið gallað að þessu leyti – eða að aðferðin sem notuð var hefði verið of tæknileg (sjá skýrslu umboðsmanns Alþingis 2016, sem vitnað er til í 116. mgr. hér að framan, þar sem varað var við notkun of tæknilegra matsaðferða við skipun í opinber embætti almennt) – og að í því ljósi hefði dómismálaráðherra haft lögsmæta ástæðu til að víkja frá álitni nefndarinnar, var kjarninn í niðurstöðum Hæstaréttar í dómum réttarins frá desember 2017 að ráðherra hefði einfaldlega látið undir höfuð leggjast að skýra hvers vegna hún hefði valið einn umsækjanda fram yfir annan, eins og henni bar að gera samkvæmt 10. gr. stjórnslulaga. Að ráðherra væri ósammála matsaðferðum dómnefndarinnar leysti hana þannig ekki undan þeirri skyldu hennar að færa gild rök fyrir ákvörðun sinni um að víkja frá hinu hlutlausa mati.

264. Dómstóllinn veitir því eftirtekt að ríkið hefur í athugasemdum sínum lagt mikla áherslu á þá röksemdafærslu að samkvæmt matstöflu nefndarinnar hefðu allir fjórir umsækjendurnir sem dómismálaráðherra bætti á listann, þar með talið A.E., hlotið fleiri stig fyrir dómareynslu en hinir fjórir sem teknir voru af listanum (sjá 182. mgr. hér að framan). Þótt það sé rétt er Dómstóllinn sammála Hæstarétti um að þessar upplýsingar nægi ekki einar og sér til þess að skýra hvers vegna þessir fjórir tilteknu umsækjendur voru teknir af listanum eða hvers vegna hinum tilteknu fjórum var bætt við. Bendir dómstóllinn í því sambandi á að á upphaflega listanum sem dómnefndin tók saman voru umsækjendur sem höfðu hlotið færri stig fyrir dómareynslu en þeir fjórir sem teknir voru af listanum – þar á meðal tveir karlkyns umsækjendur sem hlotið höfðu 0 stig –, sem dómismálaráðherra hefði engu að síður ákveðið að hafa áfram á listanum. Með sama hætti voru meðal hinna átján umsækjenda sem dómnefndin hafði ekki mælt með nokkrir –þar með talið kvenkyns umsækjandi – sem hefðu hlotið fleiri stig fyrir dómareynslu en þeir sem ráðherra á endanum valdi.¹² Ríkið skýrði frá því að mat ráðherra hefði ekki einungis byggt á reikningsæfingum heldur hefði hún tekið mið af huglægum þáttum, svo sem „farsæld“ umsækjanda á starfsferli sínum. Að ekki skuli vera til að dreifa neinni frekari skýringu á því hvernig hún mældi „farsæld“ eða neinum samanburði á öllum umsækjendum frá því sjónarhorni vekur efasemdir um hlutlægni valferlisins.

265. Að mati dómstólsins vekur þessi óvissa um hvatir ráðherra alvarlegar efasemdir varðandi ólögsmæt afskipti ráðherra af dómssvaldinu og spillir þannig lögsmæti málsmeðferðarinnar í heild. Þetta á sérstaklega við í ljósi þess að ráðherra var flokksmaður í einum þeirra stjórnmalaflokka sem mynduðu meirihlutann í ríkjandi samsteypustjórn og að tillaga hennar var samþykkt á Alþingi einungis með atkvæðum þess meirihluta (sjá 53. mgr. hér að framan). Enn fremur getur dómstóllinn ekki í þessu sambandi horft fram hjá

¹² Sjá 6. neðanmálsgrein hér að framan.

staðhæfingum kæranda varðandi pólitíska samhengið í heild sem ráðherra setti fram tillögur sínar í (sjá 46. og 89. mgr. hér að framan). Þótt dómstóllinn slái því ekki föstu að ráðherra hafi látið stjórnast af pólitískum hvötum, eins og kærandi heldur fram, telur dómstóllinn að athafnir ráðherra hafi verið þess eðlis að þær gætu vakið réttlætanlegar áhyggjur í þá veru og það nægir jafnframt til þess að skyggja á gegnsæi valferlisins.

266. Að ráðherra skyldi láta undir höfuð leggjast að fylgja þeim reglum sem við áttu var þeim mun alvarlegra þegar haft er í huga að hún hafði verið minnt á lagaskyldur sínar að þessu leyti margoft af sínum eigin lögfræðilegum ráðgjöfum, formanni dómnefndarinnar og settum ráðuneytisstjóra í dómsmálaráðuneytinu (sjá 36., 40.-42. og 38. mgr. hér að framan). Dómstóllinn vísar einnig í þessu sambandi til niðurstaðna Hæstaréttar í dómum réttarins í desember 2017 þess efnis að ráðherra hefði hagað gerðum sínum „án þess að skeyta nokkuð um þá augljósu ógn“ við orðstír þeirra umsækjenda sem felldir höfðu verið niður af lista dómnefndarinnar (sjá 75. mgr. hér að framan). Það er því sanngjarn að álykta að ákvarðanir ráðherra virðist hafa verið teknar í fullri vitneskju hennar um skyldur sínar samkvæmt gildandi landslögum.

267. Þegar litið er til brota dómsmálaráðherra og til aðstæðnanna sem brotin voru framin við telur dómstóllinn að ekki sé unnt að afgreiða þau einungis sem tæknilega eða formlega annmarka, eins og ríkið heldur fram, heldur hafi verið um að ræða alvarlega annmarka sem vörðuðu kjarna réttarins til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum.“

(β) Misfellurnar á málsmeðferðinni á Alþingi

268. Dómstóllinn vekur athygli á því að með dómstólalögum nr. 15/1998, eins og þeim var breytt með lögum nr. 45/2010, var Alþingi ætlað lykilhlutverk í málsmeðferðinni við atkvæðagreiðslu um dómara (sjá 14. og 103. mgr. hér að framan). Þetta hlutverk var enn eftt með dómstólalögum nr. 50/2016 í fyrsta skipunarferli dómara við hinn nýja Landsrétt, en þar var Alþingi falið að samþykkja hvern og einn hinna fimmtán umsækjenda sem tilnefndir væru af dómsmálaráðherra, hvort sem ráðherrann hefði vikið frá tillögum dómnefndarinnar eða ekki (sjá 19. og 105. mgr. hér að framan).

269. Í þessu máli telur dómstóllinn, eins og einnig var vakin athygli á af Hæstarétti í dómum hans í desember 2017, að Alþingi hefði einungis getað tekið upplýsta afstöðu varðandi tillögu ráðherra og þannig haft eftirlit sem máli skipti með skipunarferlinu ef ráðherra hefði gefið tilhlýðilegar ástæður – á grundvelli fullnægjandi rannsóknar og mats – fyrir þeirri tillögu sinni að víkja frá álitum dómnefndarinnar, en það gerði hún ekki. En í trássi við anda lögbundinnar skyldu sinnar til þess að standa vörð um lögmæti skipunarferlisins valdi Alþingi að líta fram hjá þessum mikilvæga bresti. Af þessu leiddi „að annmarkarnir á málsmeðferð dómsmálaráðherra leiddu síðan til þess að annmarki var á meðferð Alþingis, þar sem ekki var bætt úr þeim

annmörkum þegar málið kom til atkvæðagreiðslu á Alþingi“ eins og Hæstiréttur komst að niðurstöðu um (sjá 74. mgr. hér að framan).

270. Dómstóllinn vekur enn fremur athygli á því að Alþingi lét ekki aðeins undir höfuð leggjast að krefjast þess að ráðherra bæri fram málefnaleg rök fyrir tillögum sínum til þess að gera þinginu kleift að rækja skyldu sína með skilvirkum hætti – eins og viðurkennt var af Hæstarétti – heldur hlítti þingið ekki þeim sérstöku reglum um atkvæðagreiðslu sem settar voru fram í ákvæði IV til bráðabirgða í nýju dómstólalögum og greiddi atkvæði um tillögu ráðherra í heild í stað þess að greiða atkvæði um hvern einstakan umsækjanda sérstaklega. Færa má rök fyrir því að þessi misbrestur af hálfu Alþingis hefði ekki einn og sér falið í sér brot á réttinum til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum,“ einkum þegar haft er í huga að þingmönnum bauðst tækifæri til þess að krefjast atkvæðagreiðslu um hvern umsækjanda (sjá 51.-52. mgr. hér að framan; sjá einnig niðurstöðu Hæstaréttar, sem vikið er að í 70. mgr. hér að framan þess efnis að atkvæðagreiðslan í einu lagi hefði verið án annmarka að því er varðar þá ellefu umsækjendur sem haldið var eftir af upphaflegum lista dómnefndarinnar). Hvað sem því líður jók aðferðin sem viðhöfð var við atkvæðagreiðsluna án vafa á hið alvarlega brot sem þegar hafði verið framið af dómsmálaráðherra varðandi umsækjendurna fjóra sem hún hafði gert tillögu um og gróf undan hlutverki Alþingis sem mótvægi við beitingu framkvæmdavaldsins á ótilhlýðilegu gerræði við skipun í dómaraembætti. Af þessum sökum er ekki unnt að líta svo á að sú trú kæranda, að ákvörðun Alþingis hafi aðallega verið knúin af pólitískum sjónarmiðum, eigi sér enga stoð.

271. Því telur dómstóllinn að þótt með hinum sérstöku málsmeðferðarreglum í hinum nýju dómstólalögum um atkvæðagreiðslu á Alþingi hafi verið leitast við að renna styrkari stoðum undir lögmæti skipananna í dómaraembætti við hinn nýstofnaða Landsrétt (sjá röksemdafærslu ríkisins í þessa veru í 189. mgr. hér að framan) hafi aðkoma Alþingis ekki haft tilætluð áhrif varðandi málsatvik þessa máls – þ.e.a.s. Alþingi rækti ekki þá skyldu sína að tryggja lögmæti skipunarferlisins að því er varðar umsækjendurna fjóra sem um ræðir.

(γ) Lokaorð varðandi annað þrep prófsins

272. Í ljósi framangreinds telur dómstóllinn að alvarlega hafi verið brotið gegn grundvallarreglu málsmeðferðarinnar við skipun í embætti dómara við Landsrétt í þessu máli. Dómstóllinn mun því snúa sér að þriðja þrepi prófsins, þ.e.a.s. endurskoðuninni af hálfu hinna innlendu dómstóla.

(iii) *Hvort um ásakanirnar varðandi réttinn til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“ hafi verið fjallað með ítarlegum hætti og úrræði veitt af hinum innlendu dómstólum*

(α) Endurskoðun Hæstaréttar í máli kæranda

273. Eins og rakið er ítarlega í 89. mgr. hér að framan bar kærandi fyrir Hæstarétti að honum hefði verið synjað um réttinn til réttlátrar málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum og óhlutdrægum „dómstóli sem væri skipaður að lögum“ vegna annmarkanna sem voru á skipun dómarans A.E., sem sat í dómi Landsréttar í máli hans. Hélt hann m.a. fram í þessu sambandi að krafan, bæði samkvæmt íslensku stjórnarskránni og mannréttindasáttmálanum, um að skipan dómstóls skuli ákveðin með lögum fælist „ekki einungis ófrávíkjanlegt skilyrði um að almennar reglur um skipan dómsvalds séu skýrlega bundnar í settum lögum heldur einnig, og ekki síður, á sama hátt ófrávíkjanlegt skilyrði um að skipan dómara í hverju einstöku tilviki sé í samræmi við lög.“ Andstætt staðhæfingum ríkisins (sem vikið er að í 191. mgr. hér að framan) vakti kærandi einnig fyrir Hæstarétti máls á áhyggjum sínum varðandi pólitískar hvatir að baki tillögum ráðherra og nefndi hann berum orðum grunsemdir sínar varðandi tengsl hennar við B.N. (sjá 89. mgr. hér að framan).

274. Dómstóllinn veitir því athygli að Hæstiréttur vísaði áfrýjun kæranda frá með vísan til tveggja meginröksemda (sjá 90. mgr. hér að framan). Í fyrsta lagi taldi rétturinn að þótt atkvæðagreiðslan á Alþingi hefði ekki verið í samræmi við hinar sérstöku reglur um atkvæðagreiðslu sem settar voru fram í ákvæði IV til bráðabirgða í nýju dómstólalögum hefði sá annmarki ekki haft vægi og skipunarferlið hefði að öðru leyti farið fram í samræmi við aðrar formreglur sem kveðið væri á um í lögum og ákvæðinu til bráðabirgða. Með þetta í huga, og í ljósi þess að auki að allir þrjátíu og þrír umsækjendur hefðu uppfyllt öll skilyrði laga til þess að gegna embætti dómara við Landsrétt, og að fimmtán umsækjendanna hefðu auk þess verið skipaðir í embætti með bréfum sem undirrituð voru af forseta Íslands, auk dómsmálaráðherra, taldi Hæstiréttur að ekki væri hægt að komast að þeirri niðurstöðu að skipun A.E. hefði verið markleysa eða að dómur sem kveðnir væru upp með aðkomu hennar hefðu verið „dauður bókstafur“.

275. Í öðru lagi féllst Hæstiréttur á að málsmeðferðin sem dómsmálaráðherra viðhafði í skipunarferlinu hefði ekki verið í samræmi við tilteknar landsreglur um skipun í dómaraembætti, eins og þegar hafði verið komist að niðurstöðu um í dómum réttarins 19. desember 2017. Engu að síður taldi rétturinn að ótímabundin skipun allra dómara fimm títla í embætti við Landsrétt hefði „orðið að veruleika“ við undirritun skipunarbréfa þeirra af hálfu forseta og að frá þeim tíma hefði þeim borið sú skylda að fara í embættisverkum sínum einungis eftir lögum og sinna þeim verkum af sjálfstæði. Að því virtu hefði Hæstiréttur ekki séð neina ástæðu sem nægði til þess að draga á réttmætan hátt í efa að kærandi hefði, þrátt fyrir annmarka

á málsmeðferð sem rekja mætti til dómsmálaráðherra, fengið notið í Landsrétti réttlátrar meðferðar máls síns fyrir óháðum og óhlutdrægum dómendum.

276. Í athugasemdum sínum, sem kærandi lagði fyrir dómstólinn, taldi hann að umræddur dómur hefði verið gallaður þar sem Hæstiréttur (i) hefði gengið gegn fyrri niðurstöðum sínum í dómunum frá desember 2017 og (ii) hefði látið undir höfuð leggjast að rannsaka með viðhlítandi hætti hvort Landsréttur stæðist kröfuna um „skipan að lögum“ í ljósi viðeigandi meginreglna sem leiddu af fordæmum Mannréttindadómstólsins eða rannsakað með sjálfstæðum hætti hvort brotin sem um var deilt hefðu verið „alvarleg“ eða ekki (sjá 162. mgr. hér að framan).

277. Fyrir sitt leyti taldi ríkið að Hæstiréttur hefði rannsakað og fjallað um allt sem máli skipti varðandi skipun A.E. í embætti og rétt kæranda til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum.“ Í kjölfar þeirrar rannsóknar hefði Hæstiréttur komist að þeirri niðurstöðu að samkvæmt innlendum rétti hefðu umræddir formgallar ekki haft áhrif á stöðu A.E. sem löglega skipaður dómari og því skorti Landsrétt ekki hæfi til þess að starfa sem „dómstóll“ vegna aðkomu A.E. í skipuðum dómi réttarins. Miklu máli skipti í þessu sambandi að blanda ekki saman réttaráhrifum formgallans á málsmeðferðinni sem um ræðir varðandi hina umsækjendurna og réttaráhrifunum af sama ágalla á stöðu A.E. sem dómara eða á mál kæranda. Taldi ríkið að samkvæmt nándarreglunni bæri dómstólnum að byggja á niðurstöðum Hæstaréttar í þessu sambandi (sjá 174., 184., og 186. mgr. hér að framan).

(β) Greining dómstólsins á rannsókn Hæstaréttar

278. Dómstóllinn vekur athygli á því að Hæstiréttur var til þess bær að fjalla um og leiðrétta áhrifin af framangreindum annmörkum á rétt kæranda til réttlátrar málsmeðferðar með því að lýsa yfir að kærandi hefði ekki hlotið málsmeðferð fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“ – vegna aðkomu A.E. að máli hans á Landsréttarstigi – og ógilda dóm Landsréttar. Óumdeilt er að í dómi sínum 24. maí 2018 í máli kæranda staðfesti Hæstiréttur fyrri niðurstöður sínar varðandi brotin sem ráðherra og Alþingi hefðu framið við skipun dómara í embætti við Landsrétt. Dómstóllinn er hins vegar sammála kæranda um að þegar Hæstiréttur síðan fjallaði um áhrif þessara brota á rétt hans til málsmeðferðar fyrir "dómstóli sem skipaður er að lögum" virðist Hæstiréttur ekki hafa dregið nauðsynlegar ályktanir af eigin niðurstöðum eða lagt mat á málið með þeim hætti að það samræmdist mannréttindasáttmálanum.

279. Í þessu sambandi ber að nefna að þótt ríkið véfengi þá niðurstöðu (sjá 186. mgr. hér að framan) bendir lestur á dómi Hæstaréttar sterklega til þess að Hæstiréttur hafi takmarkað niðurstöðu rannsóknar sinnar við að (i) skipun A.E. hefði ekki verið „markleysa“ samkvæmt íslenskum lögum og að (ii) þrátt fyrir annmarkana á skipunarferlinu hefði kærandi *engu að síður*

notið réttlátrar málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum og óhlutdrægum „dómstóli“ (sjá 113. og 114. mgr. í dómi aðaldeildar). Til þess að komast að þessari niðurstöðu virðist Hæstiréttur hafa lagt mikla áherslu á þá staðreynd eina að skipanirnar hafi orðið formlega opinberar með undirritun forseta og að frá þeim tíma hafi ekki verið ástæða til þess að efast um að Landsréttardómararnir fimmtán, sem allir hefðu af dómnefndinni verið taldir hæfir að lögum til að gegna embættinu, mundu vinna embættisstörf sín með sjálfstæðum hætti og í samræmi við lög.

280. Dómstóllinn hefur enga ástæðu til þess að efast um að skipanirnar sem um er deilt hafi ekki tæknilega verið „markleysa“ samkvæmt íslenskum lögum eða að dómarnir, hver og einn, myndu, að hlotinni skipun í embætti, leitast við að virða kröfur um réttláta málsmeðferð. Engar af þessum niðurstöðum lúta sem slíkar að álitamálinu um hvort misfellurnar á ferlinu sem lauk með skipun A.E. hafi einar og sér skert rétt kæranda til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“ sem sérstaklega er tryggður með 6. grein mannréttindasáttmálans eins og hún er túlkuð af dómstólnum.

281. Dómstóllinn veitir því athygli, eins og fram kemur í 89. og 273. mgr. hér að framan, að kærandi vakti máls á nokkrum vel skilgreindum og viðeigandi röksemdum fyrir því hvers vegna hann teldi að brotin sem um er deilt færu meðal annars gegn kröfunni um að hann fengi málsmeðferð fyrir sjálfstæðum og óhlutdrægum dómstóli og dómstóli sem væri „skipaður að lögum“. Hæstiréttur brást hins vegar ekki við neinni af þessum staðhæfingum – þar með talið staðhæfingum varðandi pólitísk tengsl milli dómsmálaráðherra og eiginmanns dómara A.E. Að því marki sem ríkið hefur haldið fram að „Hæstiréttur hefði rannsakað og fjallað um allt sem máli skipti varðandi skipun A.E. í embætti og rétt kæranda til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum“ bendir dómstóllinn á að sú rannsókn kemur ekki fram í dóminum og enn er ekki ljóst í hverju rannsóknin fólst og á grundvelli hvaða lagaraka og staðreynda Hæstiréttur komst að niðurstöðu sinni. Með öðrum orðum er ekki ljóst af niðurstöðu Hæstaréttar hvers vegna misbrestirnir sem Hæstiréttur benti á í fyrri dómum sínum (dagsettum 19. desember 2017) voru ekki þess eðlis að þeir vektu efasemdir um lögmæti skipunar A.E. og af þeim sökum síðari aðkomu hennar að máli kæranda.

282. Að mati dómstólsins bendir framsetning Hæstaréttar á dómi sínum, svo og hin sérstaka áhersla á þá staðreynd að skipanir dómara fimm, þar á meðal A.E., hefðu „orðið að veruleika við undirritun skipunarbréfa þeirra“ (sjá 90. mgr. hér að framan) til þess að rétturinn hafi fallist á, eða jafnvel sætt sig við, að hann hefði ekkert haft um málið að segja eftir að skipanirnar hefðu formlega tekið gildi. Þessi skilningur fær stoð í greinargerðum ríkisins: svo virðist af yfirlýsingum þess að þótt dómstólar hafi fræðilega séð vald til þess að sannprófa lögmæti skipana í dómaraembætti og ógilda dóma þegar ólöglega skipaðir dómur hefðu haft aðkomu að myndu brot á formreglum af þeim toga sem um ræðir í þessu máli í raun einungis leiða til

úrskurða um bætur til umsækjenda sem hafnað væri. Þannig væri „engu máli ... til að dreifa á síðustu hálfu öld þar sem vísbendingu væri að finna um að annmarkarnir sem um ræðir mundu leiða eða gætu leitt til ógildingar á skipun í dómaraembætti“ (sjá athugasemdir ríkisins í 187. mgr. hér að framan).

283. Dómstóllinn veitir því þannig athygli að aðhaldið sem Hæstiréttur auðsýndi í umfjöllun sinni um mál kæranda – og að rétturinn skyldi láta undir höfuð leggjast að leita réttis jafnvægis milli þess að standa vörð, sér í lagi, um grundvallarregluna um réttaröryggi annars vegar, og að halda uppi virðingu fyrir lögum hins vegar – einskorðaðist ekki við þetta mál heldur væri um að ræða venjubundna framkvæmd réttarins. Að mati dómstólsins veldur þessi framkvæmd vandræðum af tveimur aðalástæðum. Í fyrsta lagi telur dómstóllinn að hún grafi undan því mikilvæga hlutverki dómssvaldsins að viðhalda því jafnvægi sem felist í aðgreiningu ríkissvaldsins. Í öðru lagi, þegar litið er til þýðingar og afleiðinga brotanna sem um ræðir – eins og rætt er hér að framan – og til hins mikilvæga grundvallarhlutverks sem dómssvaldið gegnir í lýðræðisríki sem lýtur reglum réttarríkisins, geta afleiðingar slíkra brota ekki með réttu takmarkast við hina einstöku umsækjendur sem urðu fyrir miska vegna þess að þeir hlutu ekki skipun, heldur varða þau fortakslaust allan almenning. Dómstóllinn hefur margsinnis lagt áherslu á hið sérstaka hlutverk sem dómstólar gegna í samfélaginu, en þar sem þeim er ætlað að tryggja réttlæti, sem er grundvallargildi ríkja þar sem lög ráða, verða þeir að njóta trausts almennings ef þeim á að lánast að gegna ætlunarverki sínu (sjá t.d. *Morice gegn Frakklandi* [GC], nr. 29369/10, 128. mgr. ECHR 2015; *Baka*, sem vísað er til hér að framan, 164. mgr.; og *Denisov gegn Úkraínu* [GC], nr. 76639/11, 63. mgr., 25. september 2018). Í þessu sambandi vísar dómstóllinn jafnframt til 1. álitsgerðar Ráðgjafarnefndar evrópskra dómara (CCJE), þar sem segir að það séu „ekki einungis aðilar að tiltekinni deilu sem þurfa að geta treyst dómstólunum, heldur samfélagið í heild“ (sjá 124. mgr. hér að framan).

284. Að því er varðar jafnvægið sem Hæstiréttur hefði átt að leita milli hinna ýmsu hagsmuna sem vógust á telur dómstóllinn mikilvægt að leggja áherslu á að þótt það kunni að meginreglu til að vera lóð á vogarskálarnar í þágu „réttaröryggis“ ef tiltekinn tími líður eftir að skipunarferli í dómaraembætti, sem markað er af meintum annmörkum, hefur átt sér stað (eins og vikið er að í 252. mgr. hér að framan) var sú ekki raunin í ljósi málsatvika í þessu máli. Bendir dómstóllinn á í þessu sambandi að vegna málanna sem umsækjendurnir sem hafnað var höfðuðu í júní 2017 (mjög skömmu eftir að skipunarbréfin voru undirrituð af forseta) leiddi Hæstiréttur í ljós annmarkana á skipunarferlinu þegar hinn 19. desember 2017, rétt um tveimur vikum fyrir þann dag sem hinir völdu umsækjendur tóku við embættum sínum. Þá krafðist kærandinn í þessu máli þess að A.E. viki sæti 2. febrúar 2018, þ.e. einungis einum mánuði eftir að hún hafði tekið til starfa, og endanlegur dómur Hæstaréttar í máli hans var kveðinn upp 24. maí 2018, innan við fjórum mánuðum síðar. Með öðrum orðum var skipun A.E. og

hinna umsækjendanna þriggja sem um ræðir véfengt fyrir innlendum dómstólum strax eftir að skipunarferlinu lauk og annmarkarnir sem spilltu skipun þeirra höfðu þegar verið leiddir í ljós áður en umsækjendurnir tóku við embætti. Við þessar aðstæður telur dómstóllinn að ríkið geti ekki með réttu byggt á meginreglum um réttarvissu eða öryggi sem leiði af fastráðningu dómara í andmælum við kærnu vegna brots á réttinum til "dómstóls sem skipaður er að lögum."

285. Jafnframt hafnar dómstóllinn þeirri röksemdafærslu að annmarkarnir sem um er deilt séu of „fjarlægir“ máli kæranda til þess að hafa haft nokkuð að segja fyrir rétt hans til dómstóls sem skipaður er að lögum. Ríkið hefur haldið fram í þessu sambandi að annmarkarnir hafi átt sér stað löngu áður en A.E. hafi átt aðkomu að máli kæranda, að þeir hefðu engin tengsl haft við mál hans og engin áhrif á sjálfstæði eða óhlutdrægni A.E. (sjá 188. mgr. hér að framan). Að mati dómstólsins náðist fram hin nauðsynlega „nálægð“ milli annmarkanna sem um er deilt og máls kæranda þegar, og einungis þegar, A.E., sem skipuð hefði verið í dómaraembætti með ólögmetum hætti, sat í dómi Landsréttar, sem fjallaði um mál hans. Bendir dómstóllinn á að gera má ráð fyrir að kærandi hafi ekki haft neina lögvarða hagsmuni eða stöðu að lögum til þess að andmæla skipun A.E. á neinu fyrra stigi. Enn fremur hafði spurningin um hvort annmarkarnir sem um er deilt hafi haft einhver raunveruleg áhrif á sjálfstæði eða óhlutdrægni A.E., sem lá að kjarna umfjöllunar Hæstaréttar um mál kæranda, engin bein tengsl sem slík við matið á sérstakri kærnu hans sem byggði á kröfunni um „dómstól sem skipaður er að lögum“, eins og þegar hefur verið bent á í 280. mgr. hér að framan.

286. Með hliðsjón af framangreindu getur dómstóllinn, sem æðsta valdið að því er varðar beitingu og túlkun mannréttindasáttmálans, ekki fallist á rannsókn Hæstaréttar í máli kæranda, þar sem enginn gaumur var gefinn að álitamálinu hvort tilganginum með þeirri vörn sem felst í hugmyndinni um „skipun að lögum“ hafi verið náð (önnur dæmi þar sem dómstóllinn hefur hafnað mati innlendra dómstóla á því hvort krafan um „dómstól sem skipaður er að lögum“ hafi verið uppfyllt er m.a. að finna í *Miracle Europe Kft*, sem vísað er til hér að framan, 65. mgr., og *Chim og Przywieczerski*, sem vísað er til hér að framan, 138.-142. mgr.).

(iv) *Heildarniðurstaða varðandi hvort brotið hafi verið gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans að því er varðar réttinn til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum*

287. Á undanförnum áratugum hafa orðið nokkrar breytingar á íslenskum lögum um skipun í dómaraembætti, sem miða að því að takmarka ákvörðunarvald ráðherra í skipunarferlinu og styrkja þannig sjálfstæði dómstólanna. Enn frekar var þrengt að ráðherravaldi í tengslum við málmeðferðina við skipun dómara við hinn nýstofnaða Landsrétt og var Alþingi falið að samþykkja hvern og einn umsækjanda sem ráðherra gerði

tillögu um, hvort sem sú tillaga væri í samræmi við mat dómnefndar eða ekki, til þess að skerpa á lögmati þessa nýja dómstóls.

288. Eins og Hæstiréttur Íslands komst að niðurstöðu um var samt brotið gegn þessum lögum við málsmeðferðina þegar hinir nýju dómara við Landsrétt voru skipaðir, einkum af hálfu dómsmálaráðherra. Þótt ráðherra væri heimilt samkvæmt þeim lögum sem giltu að víkja frá tillögu dómnefndarinnar – að uppfylltum tilteknum skilyrðum – hafði hún, þegar litið er til staðreynda þessa máls, virt að vettugi þá grundvallarreglu að henni bæri að byggja ákvörðun sína á fullnægjandi rannsókn og mati. Þessi málsmeðferðarregla var mikilvægur varnagli, sem ætlaður var til þess að koma í veg fyrir að ráðherra hagaði gerðum sínum eftir pólitískum eða öðrum ótilhlýðilegum hvötum með þeim hætti að grafið væri undan lögmati Landsréttar og jafngilti brotið við þessar aðstæður því að fela embætti hennar aftur það ákvörðunarvald sem það hafði áður haft varðandi skipun í dómaraembætti og gera þannig að engu þann mikilvæga ávinning og tryggingar sem náðst höfðu með röð réttarbóta. Dómstóllinn vekur athygli á því að fyrir hendi voru frekari lögbundnar öryggisráðstafanir sem til þess voru fallnar að bæta fyrir brot ráðherra, svo sem málsmeðferðin fyrir Alþingi og síðan hin endanlegi varnagli sem felst í umfjöllun dómsvaldsins um málsmeðferðina fyrir hinum innlendu dómstólum; allar þessar öryggisráðstafanir reyndust þó óvirkar og ákvörðunarvald ráðherra til þess að víkja frá mati dómnefndarinnar var áfram óheft.

289. Í ljósi framangreinds og með vísan til þriggja þrepa prófsins sem lýst er hér að framan telur dómstóllinn að kæranda hafi verið synjað um rétt sinn til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“ vegna aðkomu að máli hans af hálfu dómara sem skipaður var með málsmeðferð sem var spillt með alvarlegum annmörkum sem skerti sjálfan kjarna réttarins sem deilt er um.

290. Í ljósi þessa er það niðurstaða dómstólsins að brotið hafið verið gegn 6 1. gr. mannréttindasáttmálans að þessu leyti.

II. MEINT BROT GEGN 1. MGR. 6. GR. MANNRÉTTINDASÁTTMÁLANS VARÐANDI RÉTTINN TIL MÁLSMEÐFERÐAR FYRIR SJÁLFSTÆÐUM OG ÓVILHÖLLUM DÓMSTÓLI

291. Kærandi kvartaði undan því að honum hefði verið synjað um réttinn til málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum og óhlutdrægum dómstóli, eins og kveðið er á um í 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans, þegar litið væri til setu A.E. í dómi Landsréttar, sem dæmdi í máli hans þrátt fyrir annmarkana á skipun hennar.

A. Dómur aðaldeildarinnar

292. Aðaldeildin lýsti þessa kæru ótæka til meðferðar í dómi sínum 12. mars 2019 en taldi ekki nauðsynlegt að taka hana til sérstakrar efnismeðferðar í ljósi niðurstöðunnar sem aðaldeildin hafði komist að varðandi hina kæru kærandsans – um réttinn til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“ samkvæmt sama ákvæði (sjá 126. mgr. í dómi aðaldeildarinnar).

B. Sjónarmið aðila

293. Kærandi taldi aðallega að við mat á því hvort dómstóll uppfyllti kröfuna um sjálfstæði samkvæmt 1 mgr. 6. gr. væri m.a. nauðsynlegt að kanna aðferðina við skipun dómara hans og ákvarða hvort dómstóllinn bæri með sér að vera sjálfstæður. Með hliðsjón af annmörkunum á málsmeðferðinni í aðdraganda skipunar A.E. væri ekki unnt að halda því fram að Landsréttur, sem dæmdi í máli hans, hefði haft á sér ásýnd sjálfstæðs og óhlutdrægs dómstóls. Við málsmeðferð fyrir yfirdeildinni studdi hann þessa staðhæfingu með viðbótarrökum – svo sem úrslitaáhrifunum sem dómaramenn, sem skipaðir höfðu verið með ólögumætum hætti, áttu að hafa haft á kosningu núverandi forseta Landsréttar, sem hefði fullt ákvörðunarvald varðandi úthlutun mála hjá dómstólum – en það sýndi að mati kæranda enn frekar fram á skort Landsréttar á sjálfstæði og óhlutdrægni.

294. Ríkið taldi, með vísan til viðmiðana um sjálfstæðan og óhlutdrægan dómstól, eins og þau væru fram sett í fordæmum Mannréttindadómstólsins, að hvorki hinn formlegi annmarki sem Hæstiréttur hefði greint á skipunarferlinu, né heldur önnur atriði varðandi skipun hennar, væru til þess fallin að vekja efasemdir um sjálfstæði eða óhlutdrægni A.E. sem dómara. Benti ríkið á í því sambandi að A.E. væri fagðómari sem viðurkennt hefði verið af hálfu dómnefndar að væri hæf í embættið. Benti ríkið enn fremur á að samkvæmt viðtekinni dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins væri skipun dómara af hálfu framkvæmdavaldsins leyfileg, svo fremi að þeir sem skipun hlytu væru lausir við áhrif eða þrýsting í dómarastörfum sínum (sjá m.a. *Maktouf og Damjanović*, sem vísað er til hér að framan).

C. Álit dómstólsins

295. Dómstóllinn vekur athygli á því að í þessu máli stafa kærurnar sem vísa til réttarins til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“ og „sjálfstæðis og óhlutdrægni“ af sama undirliggjandi vanda, þ.e.a.s. annmörkunum á skipun A. E. sem dómara við Landsrétt. Eins og dómstóllinn hefur komist að niðurstöðu um hér að framan voru annmarkarnir sem um ræðir svo alvarlegir að þeir grófu undan sjálfum kjarna réttarins til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum. Að fenginni þeirri niðurstöðu telur dómstóllinn að það álitamál sem eftir stendur, þ.e. hvort

sömu annmarkar hafi jafnframt sett í uppnám sjálfstæði og óhlutdrægni sama dómstóls, þurfi ekki frekari athugunar við (sjá, að breyttu breytanda, *Zeynalov*, sem vísað er til hér að framan, 28. mgr., og *Miracle Europe Kft*, sem vísað er til hér að framan, 57.-67. mgr.).

III. GILDI 41 OG 46. GR. MANNRÉTTINDASÁTTMÁLANS

296. 41. gr. mannréttindasáttmálans er svohljóðandi:

„Dómurinn skal ef nauðsyn krefur veita sanngjarnar bætur til þess aðila sem orðið hefur fyrir tjóni ef hann kemst að þeirri niðurstöðu að um brot á samningnum eða samningsviðaukum við hann hafi verið að ræða og ef löggjöf viðkomandi samningsaðila heimilar aðeins að veittar séu bætur að hluta.“

297. Í 46. gr. mannréttindasáttmálans segir m.a.:

„1. Samningsaðilar heita því að hlíta endanlegum dómi dómstólsins í hverju því máli sem þeir eru aðilar að.

2. Endanlegur dómur dómstólsins skal fenginn ráðherranefndinni sem hefur umsjón með fullnustu hans.“

A. 41. gr. mannréttindasáttmálans

1. *Skadabætur*

298. Fyrir aðaldeild krafðist kærandi 5.000 evra (EUR) í miskabætur. Ríkið mótmælti þeirri kröfu og taldi hana óhóflega en taldi að niðurstaða um brot myndi ein og sér teljast fullnægjandi bætur fyrir hvers kyns miska sem kærandi hefði orðið fyrir.

299. Aðaldeildin féllst á það með ríkinu að niðurstaða um brot gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans teldist ein og sér sanngjarnar bætur.

300. Við málsmeðferðina fyrir yfirdeildinni breytti kærandi ekki kröfum sínum samkvæmt þessum lið. Ríkið gerði fyrir sitt leyti ekki athugasemd við þetta atriði fyrir yfirdeildinni.

301. Telur yfirdeildin að líta megi á niðurstöðu um brot sem fullnægjandi sanngjarnar bætur í þessu máli og hafnar því kröfu kæranda samkvæmt þessum lið.

2. *Kostnaður og útgjöld*

302. Við málsmeðferðina fyrir aðaldeildinni krafðist kærandi 26.795 evra vegna kostnaðar og útgjalda sem til stofnaðist fyrir íslensku dómstólunum, að meðtöldum lögfræðikostnaði sem tildæmdur hafði verið af Landsrétti, að fjárhæð u.þ.b. 3.590 evrur. Krafðist hann að auki 20.150 evra vegna kostnaðar og útgjalda sem til stofnaðist fyrir Mannréttindadómstólunum. Ríkið bar á móti að lögfræðikostnaður sem Landsréttur hefði úrskurðað hefði verið greiddur úr ríkissjóði í samræmi við lög um meðferð sakamála og að kærandi hefði ekki lagt fram neinn reikning sem sýndi að hann hefði endurgreitt ríkissjóði þá

fjárhæð. Þá taldi ríkið að kostnaðurinn sem krafa væri gerð um fyrir hinum íslensku dómstólum og Mannréttindadómstólnum væri óhóflegur.

303. Aðaldeildin taldi sanngjarnt að dæma kæranda 15.000 evrur vegna kostnaðar samkvæmt öllum liðum.

304. Fyrir yfirdeildinni ítrekaði kærandi kröfu sína um kostnað og útgjöld sem til hafði stofnast fyrir hinum íslensku dómstólum. (26.795 evrur). Þá krafðist hann 95.472 evra vegna kostnaðar og útgjalda sem til stofnaðist fyrir Mannréttindadómstólnum. (þ.e.a.s. 20.150 evra vegna kostnaðar og útgjalda sem til stofnaðist við málsmeðferðina fyrir aðaldeild og 75.322 evra vegna kostnaðar og útgjalda sem til stofnaðist fyrir yfirdeild). Meðal þess kostnaðar og útgjalda sem til stofnaðist fyrir dómstólnum voru, sér í lagi, þóknun til lögmanns að fjárhæð u.þ.b. 86.200 evrur, svo og þýðingarkostnaður að fjárhæð u.þ.b. 6.760 evrur, svo og ferðakostnaður að fjárhæð u.þ.b. 1.250 evrur.

305. Til stuðnings kröfum sínum lagði kærandi fram reikninga sem gefnir voru út af fyrirsvarsmanni hans sem sýndu að hinn síðarnefndi hafði innt af hendi 387 klukkustunda vinnu í málinu (112 klst. vinnu fyrir íslensku dómstólunum og 275 klst. vinnu við kærana sem lögð var fyrir Mannréttindadómstólinn, miðað við tímagjald sem nemur 255 evrum að viðbættum 24% virðisaukaskatti) ásamt reikningum sem skjalfestu þýðingar- og ferðakostnaðinn. Hann lagði hins vegar ekki fram nein gögn sem andsvar við fyrri staðhæfingu ríkisins að hann hefði ekki endurgreitt ríkissjóði vegna lögfræðikostnaðarins sem Landsréttur hefði dæmt hann til að greiða.

306. Ríkið gerði ekki athugasemd við kröfu kæranda um kostnað vegna málsmeðferðarinnar fyrir yfirdeildinni.

307. Samkvæmt framkvæmd dómstólsins á kærandi aðeins rétt á endurgreiðslu kostnaðar og útgjalda að því marki sem sýnt þykir að til þeirra hafi í raun og óhjákvæmilega verið stofnað og að fjárhæð þeirra sé hæfileg. Samkvæmt 2. mgr. 60. gr. Reglna Mannréttindadómstólsins ber að leggja fram sundurliðaðar upplýsingar um allar kröfur, að öðrum kosti geti dómstóllinn hafnað kröfunni í heild eða að hluta sjá *A, B og C gegn Írlandi* [GC], nr. 25579/05, 281. mgr, ECHR 2010).

308. Dómstóllinn veitir því athygli, áður en lengra er haldið, að til kostnaðar og útgjalda kæranda fyrir hinum innlendu dómstólum stofnaðist einungis að hluta í þeim tilgangi að koma í veg fyrir eða bæta fyrir brot gegn rétti samkvæmt mannréttinasáttmálanum í þessu máli; enn fremur bendir dómstóllinn á að kostnaðurinn fyrir Landsrétti var að hluta til borinn af ríkissjóði og kostnaður fyrir héraðsdómi varðaði ekki á neinn hátt brotið sem komist var að niðurstöðu um. Þá telur dómstóllinn að stundafjöldinn sem krafa er gerð um og heildarfjárhæð lögfræðikostnaðarins sem farið er fram á – bæði vegna hins innlenda málareksturs og málarekstursins fyrir Mannréttindadómstólnum – virðist óhóflegur (sjá t.d. *Karácsony o.fl. gegn Ungverjalandi* [GC], nr. 42461/13 og 44357/13, 190. mgr., 17. maí 2016).

309. Í ljósi framangreinds, með hliðsjón af þeim gögnum sem fyrir liggja og forsendunum hér að framan, telur dómstóllinn við hæfi að dæma kæranda 20.000 evrur vegna allra kostnaðar- og útgjaldaliða.

3. Vanskilavextir

310. Dómstóllinn telur við hæfi að vanskilavextir skuli byggðir á almennum útlánsvöxtum Seðlabanka Evrópu (e. marginal lending rate) með þriggja hundradshluta álagi.

B. 46. gr. mannréttindasáttmálans

311. Af hálfu dómstólsins er ítrekað að samkvæmt 46. gr. mannréttindasáttmálans hafa samningsaðilar heitið því að hlíta endanlegum dómi dómstólsins í hverju því máli sem þeir eru aðilar að og er ráðherranefndinni falin umsjón með fullnustu hans. Af því leiðir að með dómi þar sem dómstóllinn kemst að niðurstöðu um að brotið hafi verið gegn mannréttindasáttmálanum eða viðaukum við hann er lögð á hið kærða ríki lagaskylda, ekki einungis til þess að greiða málsaðilum þær fjárhæðir sem þeim eru dæmdar í sanngirnisbætur, heldur einnig til þess, undir eftirliti ráðherranefndarinnar, að velja þær almennu og/eða, ef við á, sértæku ráðstafanir sem taka ber upp í hið innlenda réttarkerfi í því skyni að binda enda á brotið sem dómstóllinn hefur komist að niðurstöðu um og, eftir því sem unnt er, bæta fyrir afleiðingar þess (sjá *Scozzari og Giunta gegn Ítalíu* [GC], nr. 39221/98 og 41963/98, 249. mgr., ECHR 2000-VIII, og *Stanev gegn Búlgaríu* [GC], nr. 36760/06, 254 mgr., ECHR 2012).

312. Dómstóllinn vekur enn fremur athygli á því að dómar hans eru í eðli sínu viðurkenningardómar og að almennt komi það fyrst og fremst í hlut ríkisins sem um ræðir að velja, með eftirliti ráðherranefndarinnar, þær aðferðir sem nota skuli innan hins innlenda réttarkerfis til þess að standa við skuldbindingar samkvæmt 46. gr. mannréttindasáttmálans (sjá t.d. *Öcalan gegn Tyrklandi* [GC], nr. 46221/99, 210. mgr., ECHR 2005-IV), enda séu aðferðirnar samrýmanlegar niðurstöðum og anda dóms Mannréttindadómstólsins (sjá t.d. *Scozzari og Giunta*, sem vísað er til hér að framan, 249. mgr., og *Ilgar Mammadov gegn Azerbajjan* (samningsbrotamál) [GC], nr. 15172/13, 148.-149. mgr., 29. maí 2019). Við tiltekna sérstakar aðstæður hefur dómstólnum fundist gagnlegt að gefa hinu kærða ríki vísbendingu um þá tegund ráðstafana sem grípa mætti til í því skyni að binda enda á aðstæðurnar – sem oft eru kerfislægar – sem leiddu til niðurstöðu um brot (sá t.d. *Ilgar Mammadov*, sem vísað er til hér að framan, 153. mgr.).

313. Svo vikið sé að staðreyndunum sem fyrir dómstólnum liggja vekur dómstóllinn athygli á því að fyrirsvarsmaður kæranda var spurður að því sérstaklega við málflutninginn hvort kærandi myndi leita eftir endurupptöku sakamálsins á hendur honum og svaraði málflutningsmaðurinn því neitandi. Þótt fyrirsvarsmaður kæranda hafi síðar – í skriflegu svarbréfi sínu við

spurningum dómara við þinghaldið (sjá 10 mgr. hér að framan) – farið fram á að draga þá yfirlýsingu til baka, telur dómstóllinn að ekki sé unnt að taka þessa síðari beiðni til greina meðan ekki liggur fyrir fullnægjandi rökstuðningur sem skýrir breytinguna á fyrri afstöðu kærands.

314. Þá telur dómstóllinn enn fremur að í samræmi við skyldur hins kærða ríkis samkvæmt 46. mgr. mannréttinasáttmálans komi það í hlut þess að draga nauðsynlegar ályktanir af þessum dómi og grípa til almennra ráðstafana eftir því sem við á í því skyni að leysa þau vandamál sem leiddu til niðurstöðu dómstólsins og koma í veg fyrir að sambærileg brot eigi sér stað í framtíðinni. Að því sögðu leggur dómstóllinn áherslu á að niðurstaða um brot í þessu máli beri ekki að skilja sem svo að á ríkið sé lögð skylda samkvæmt mannréttinasáttmálanum til þess að endurupptaka öll sambærileg mál sem síðar hafa hlotið bindandi réttaráhrif (*res judicata*) í samræmi við íslensk lög.

AF ÞESSUM SÖKUM HEFUR DÓMURINN KOMIST AÐ ÞEIRRI NIÐURSTÖÐU,

1. *samhljóða*, að brotið hafi verið gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttinasáttmálans að því er varðar réttinn til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum
2. *með tólf atkvæðum gegn fimm*, að ekki sé þörf á að fjalla um þá kæruliði sem eftir standa varðandi 1. mgr. 6. gr. mannréttinasáttmálans,
3. *með þrettán atkvæðum gegn fjórum*, að niðurstaða um brot teljist ein og sér fullnægjandi sanngjarnar bætur fyrir þann miska sem kærandi varð fyrir,
4. *samhljóða*,
 - (a) að ríkið skuli greiða kæranda, innan þriggja mánaða, 20.000 evrur (tuttugu þúsund evrur), auk hvers kyns skatta sem kunna að leggjast á kæranda, vegna kostnaðar og útgjalda, sem umreiknist í mynt hins kærða ríkis á því gengi sem gildir á greiðsludegi,
 - (b) að frá þeim tíma sem áður nefndir þrjú mánuðir eru liðnir og fram að uppgjöri skuli einfaldir vextir leggjast á fyrrgreinda fjárhæð sem svara til almennra útlánsvaxta Seðlabanka Evrópu meðan á vanskilum stendur, með þriggja hundraðshluta álagi,
5. *með þrettán atkvæðum gegn fjórum* að vísa frá viðbótarkröfum kæranda um sanngjarnar bætur.

GUÐMUNDUR ANDRI ÁSTRÁÐSSON GEGN ÍSLANDI DÓMUR

Gert á ensku og frönsku og kveðið upp í opnu þinghaldi í Mannréttindabyggingunni í Strassborg 1. desember 2020.

Marialena Tsirli
ritari

Jon Fridrik Kjølbro
forseti

Í samræmi við 2. mgr. 45. gr. mannréttinasáttmálans og 2. mgr. 74. gr. Reglna dómstólsins fylgja dómi þessum eftirfarandi sératkvæði:

- (a) sératkvæði Pinto de Albuquerque, dómara,
- (b) sameiginlegt sératkvæði O’Leary, Ravarani, Kucsko-Stadlmayer og Ilievski, dómara,
- (c) sératkvæði Serghides, dómara.

J.F.K.
M.T.

SÉRATKVÆÐI PINTO DE ALBUQUERQUE, DÓMARA

I. INNGANGUR

1. Ég er sammála niðurstöðunni um að brotið hafi verið gegn 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu („sáttmálinn“) en ég er ekki sáttur við röksemdafærsluna sem leiddi til þeirrar niðurstöðu. Mannréttindadómstóll Evrópu („dómstóllinn“) fellst á að ekki sé deilt um sjálfstæði dómstóla í þessu máli, þar sem hann „hefur hugfast að hvorki er í máli þessu deilt um lýsinguna á Landsrétti sem „dómstóli“ né um verðleika dómara sem skipaðir voru í embætti við þann dómstól“¹³ Dómstóllinn gefur sér jafnvel að „að skipanirnar sem um er deilt hafi ekki frá tæknilegu sjónarmiði verið „markleysa“ samkvæmt íslenskum lögum“ og að „dómaramir, hver og einn, myndu, að hlotinni skipun í embætti, leitast við að virða kröfur um réttláta málsmeðferð.“¹⁴ Engu að síður þvælir dómstóllinn málið með viðamikilli umfjöllun um sjálfstæði dómstóla á grundvelli óneitanlega „fjarlæggra“¹⁵ annmarka á skipunarferli eins dómara sem aðkomu áttu að réttarhaldinu yfir kæranda í Landsrétti, þ.e. A.E.

2. Tilgangurinn með þessu sératkvæði er að skýra hvers vegna ég tel annars vegar að dómstóllinn greini með réttum hætti annmarkana sem voru á málsmeðferð dómsmálaráðherra og Alþingis þegar A.E. var skipuð í dómaraembætti og gagnrýnir Hæstarétt réttilega fyrir að draga ekki nauðsynlegar ályktanir af annmörkunum að því er varðar mál kæranda en hins vegar að dómstóllinn komi ekki fram með sannfærandi lagalega greiningu á eðli annmarkanna á skipunarferlinu, né heldur á því hver áhrif þeirra voru á mál kæranda, en af þeim sökum hefur dómstóllinn ekki ákvarðað viðeigandi sértækar og almennar ráðstafanir til þess að framfylgja fyrirliggjandi dómi í samræm i við 46. gr. mannréttindasáttmálans.

II. GAGNRÝNI Á NÁLGUN YFIRDEILDARINNAR AÐ RÉTTINUM TIL MÁLSMEÐFERÐAR FYRIR DÓMSTÓLI SEM SKIPAÐUR ER AÐ LÖGUM

3. Dómstóllinn skýrir tilgang kröfunnar um „skipun að lögum“ í 1. mgr. 6. gr. þannig að hún endurspegli réttarríkið og að með henni sé leitast við að vernda dómstóla fyrir ólögumætum áhrifum af hálfu framkvæmdavaldsins eða löggjafans, eða jafnvel innan úr dómsvaldinu sjálfu.¹⁶ Í þessu almenna samhengi er sagt að málsmeðferðin við skipun dómara hljóti að teljast „óaðskiljanlegur þáttur í hugmyndinni um „skipun“ dómstóls eða dóms „að lögum“ og túlkun í gagnstæða átt mundi fara gegn tilgangi kröfunnar sem um

¹³ 222.mgr. þessa dóms.

¹⁴ 280.mgr. þessa dóms.

¹⁵ Svo notað sé orðið í 285. mgr. þessa dóms.

¹⁶ 214. og 226.mgr. þessa dóms.

ræðir.¹⁷ Þessi óaðskiljanlegi þáttur er staðfestur með allnokkurri samstöðu meðal ríkjanna sem könnunin náði til.¹⁸ Í augum dómstólsins kveður 6. gr. sáttmálans þó „einungis“ á um að tryggja „að viðkomandi innlend lög um veitingu dómaraembætta séu orðuð með ótvíræðum hætti, að því marki sem mögulegt er, þannig að útilokuð sé gerræðisleg íhlutun í skipunarferlið, þar með talið af hálfu framkvæmdavaldsins.“¹⁹ Þessi óneitanlega óljósa staðhæfing er ófullnægjandi í ljósi þeirrar meginreglu Evrópuráðsins að skipanir í dómaraembætti verði að leiða af ákvörðun stofnunar sem skipuð er að minnsta kosti að meiri hluta til af dómurum, en það er grundvallartrygging fyrir sjálfstæði dómstóla sem sett hefur verið fram af ráðherranefndinni²⁰ og ítrekuð af Ráðgjafarnefnd evrópskra dómara (CCJE),²¹ Feneyjanefndinni,²² og GRECO.²³ Að horft skuli fram hjá afstöðu Evrópuráðsins er enn undarlegra þegar litið er til þess að vísað er til skýrslu GRECO um Ísland²⁴ og til viðeigandi skjala ráðherranefndarinnar og CCJE.²⁵ Eins og samhljóða er staðfest af þessum stofnunum eru röksemdirnar fyrir þessari meginreglu þær að hún leggur grunninn að virkri tryggingu fyrir sjálfstæði dómstóla og aðgreiningu ríkisvaldsins með því að fela meiri hluta sem skipaður er dómurum endanlegt vald til þess að taka ákvörðun á grundvelli verðleika um það hver séu skipuð í dómaraembætti og um framvindu starfsferils þeirra en gerir jafnframt leikmönnum, sem fulltrúum hins borgaralega samfélags, mögulegt að taka þátt í ferlinu og forðast með því sérhagsmunahugarfar (e. corporatist mentality). Án nokkurs rökstuðnings fyrir því kýs dómstóllinn að minnast ekki á framangreinda meginreglu Evrópuráðsins og rökin að baki henni, þótt hún eigi fullkomlega við í þessu máli, og meira að segja fellst hann á að kerfi séu í samræmi við sáttmálann þar sem framkvæmdavaldið hefur „úrslitaáhrif“ á skipun í dómaraembætti „eins og málum er háttáð í mörgum aðildarríkjum þar sem hömlur á valdheimildir framkvæmdavaldsins sem leiða af lagahefð og öðrum ráðstöfunum sem lúta að ábyrgðarskyldu, ásamt rötgróinni hefð fyrir vali á vel hæfum umsækjendum sem eru sjálfstæðir að

¹⁷ 227.mgr. þessa dóms.

¹⁸ 228.mgr. þessa dóms.

¹⁹ 230.mgr. þessa dóms.

²⁰ Tilmæli ráðherranefndarinnar til aðildarríkja nr. CM/Rec(2010)12 varðandi dómara: sjálfstæði, skilvirkni og ábyrgð (samþykkt af ráðherranefndinni 17. nóvember 2010 á 1098. fundi staðgengla ráðherra), sjá 27. og 46. mgr.

²¹ Ráðgjafarnefnd evrópskra dómara samþykkti á 11. fulltrúafundi sínum (17.-19. nóvember 2010) Grundvallarreglur dómara, sjá 13. mgr.

²² Álitsgerð um lög in um um refsíábyrgð og mat á dómurum „Lýðveldisin Makedóníu í fyrrverandi Júgóslavíu“ (CDL-AD(2015)(042)), samþykkt af Feneyjanefndinni á 105. fulltrúafundi sínum 18.-19. desember 2015), sjá 77. mgr.

²³ Fjórða úttektarskýrsla um Portúgal, samþykkt 4. desember 2015, sjá tilmæli (vi). Sá atkvæði mitt, sem fylgir *Ramos Nunes de Carvalho e Sá gegn Portúgal* [GC], nr. 55391/13 og 2 öðrum, 6. nóvember 2018.

²⁴ 257.mgr. þessa dóms.

²⁵ 121. og 126.mgr. þessa dóms, þar sem vísað er til tilmæla CM/Rec(2010)12 og álits CCJE 18/2015.

eðlisfari stuðla að því að varðveita sjálfstæði og lögmæti dómstólanna.²⁶ Maður veltir fyrir sér hvaða lagahefð og hvaða ráðstafanir sem lúta að ábyrgðarskyldu dómstóllinn hefur í huga. Eins og þessar óljósu tilvísanir séu ekki nógu hættulegar setur dómstóllinn ábyrgðina á sjálfstæði dómstóla alfarið í hendur framkvæmdavaldsins þegar hann tengir viðhald „sjálfstæðis og lögmætis dómstólanna“ við „rótgróna hefð fyrir vali á vel hæfum umsækjendum sem eru sjálfstæðir að eðlisfari,“ hvað sem það kann að merkja. Röksemdir yfirdeildarinnar fyrir lögmæti í krafti hefðar er í ætt við *ex post facto* félagsfræðilega greiningu, en er sannarlega ekki gild lögfræðileg röksemdafærsla.

4. Þegar að því kemur að setja afstöðu sína í orð fer dómstóllinn með sína venjulegu þulu:²⁷

„Þá telur dómstóllinn enn fremur að aðildarríkjunum ætti að ætla tiltekið svigrúm til mats í þessu sambandi, þar sem innlend yfirvöld eru að meginreglu til í betri aðstöðu til þess að meta hvernig hagsmunum réttlætis og réttarríkis – með öllum sínum ósamkvæmu hliðum – verði best þjónað í hverju tilviki um sig.“

Á pappírnum takmarkast eftirlit dómstólsins við aðstæður þar sem unnt er að líta á niðurstöður innlendra dómstóla sem gerræðislegar eða bersýnilega ósanngjarnar,²⁸ en í raun er það mun víðtækara, eins og sýnt verður fram á.

5. Að þessu leyti er kjarni dómsins 247. mgr. hans. Þótt þar sé sett fram sú hugmynd að sáttmálinn sé túlkaður út frá kjarna hans („einungis þau brot sem varða grundvallarreglur málsmeðferðar við skipun dómara – þ.e.a.s. brot sem hafa áhrif á kjarna réttarins til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ – [eru] líkleg til þess að leiða til niðurstöðu um að brotið hafi verið gegn þeim rétti“) er þeirri túlkun þegar í stað varpað fyrir róða og í staðinn kemur nálgun út frá afleiðingum, þar sem á endanum er einblínt á það hvort „eitthvert brot gegn gildandi landslögum um skipun dómara hafi leitt til raunverulegrar hættu á því að aðrar stofnanir ríkisvaldsins, einkum og sér í lagi framkvæmdavaldið, [gætu beitt] ótilhlýðilegu áhrifavaldi sem [græfi] undan trúverðugleika skipunarferlisins umfram það sem sjá hefði mátt fyrir í þeim innlendu reglum sem í gildi voru á viðkomandi tíma.“²⁹ Boðskapurinn í dóminum endurspeglar þær aðstæður að dómstóllinn nýtur þess í umfjöllun sinni um þetta mál að geta verið vitur eftir á,³⁰ með hliðsjón af annmörkunum á málsmeðferðinni, þar sem tiltekinn dómari (A.E.) var skipaður í embætti, og augljóslega neikvæðum afleiðingum annmarkanna fyrir lögmæti Landsréttar sem stofnunar, án tillits til tengsla þeirra við mál kæranda eða

²⁶ 230. mgr. þessa dóms.

²⁷ 243. mgr. þessa dóms. Gagnrýni mín á þessa þulu má sjá í atkvæði mínu sem fylgir *Correia de Matos gegn Portugal* [GC], nr. 56402/12, 4. apríl 2018.

²⁸ 244. mgr. þessa dóms.

²⁹ 247. mgr. þessa dóms. Tónninn er þegar sleginn í 210. mgr.: „Viðfangsefni yfirdeildarinnar varðandi þessa kærú takmarkast þess vegna við ákvörðun á *afleiðingum* framangreindra brota á innlendum lögum í ljósi 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans“ (leturbreyting í dóminum).

³⁰ Eins og ríkið hélt fram réttilega í 97. mgr. greinargerðar sinnar til yfirdeildarinnar.

aflleiðinga fyrir málið. Fyrir dómstólinn skiptir mestu máli að nálgast þetta mál út frá sjónarhóli „áhrifanna“ á „almening“³¹ sem leiddi af ólögmatrí háttsemi dómsmálaráðherra þegar A.E. var skipuð í embætti dómara og af samþykki meiri hluta þingmanna. Í raun er dómur þessi, eins og ætlunin með honum var, dómur yfir heilindum íslenska dómkerfisins alls, meira að segja Hæstaréttar, sem vegna „venjubundinnar framkvæmdar“ sinnar um „aðhald“ og „aðgerðaleysi“ er ekki hlíft við gagnrýni.³²

6. Þessi nálgun, með áherslu sinni á aflleiðingar, og áhrif er því verri fyrir þá afstöðu sem tekin er þess efnis að stig hins „ótilhlýðilega áhrifavalds“ velti á þeim reglum sem í gildi eru á viðkomandi tíma, eins og þessar reglur geti ekki sjálfar falið í sér ótilhlýðilegt áhrifavald. Þessi afstaða samrýmist vart þeirri viðurkenningu [dómstólsins] á að „[þ]að [kunni] í raun að vera aðstæður þar sem málsmeðferð við skipun í embætti dómara er sýnilega í samræmi við gildandi innlendar reglur en leiðir engu að síður til niðurstaðna sem eru ósamrýmanlegar markmiði og tilgangi þess réttar samkvæmt sáttmálanum.“³³ Enn mikilvægara er að dómstóllinn tekur sem sjálfgefið að hinn íslenski lagarammi samrýmist mannréttindasáttmálanum. Þannig sér dómstóllinn engin tormeiki,³⁴ eins og hann hefði átt að gera, á hlutverkinu sem dómnefndin gegndi, þ.e. að meta hæfni umsækjendanna og ákvarða hverjir væru hæfastir til þess að gegna embættunum, en í nefndinni sátu fimm nefndarmenn sem skipaðir höfðu verið af dómsmálaráðherra í samræmi við 11. og 12. gr. laga um dómstóla nr. 50/2016.³⁵ Þótt í raun hafi verið ýmis tormeiki á upphaflegu hlutverki nefndarinnar, sem var einungis ráðgefandi,³⁶ var ekki síður vafasamt þegar nefndinni var veitt vald til þess að gefa út bindandi álit um skipun í dómaraembætti við öll þrjú dómstig, því löggin heimila ráðherra að víkja frá álitum nefndarinnar, þótt beiting þess svigrúms til mats sé háð eftirliti Alþingis. Raunar viðurkennir ríkið sjálft að „hvorki í lögnum né skýringum með þeim sé að finna leiðbeiningar um hvernig ráðherra skuli haga tillögu til Alþingis þegar vikið er frá álitum dómnefndarinnar, sem veitir ráðherra vítt svigrúm til mats í þessu máli.“³⁷ Svo talað sé skýrt heimilar lagaramminn á Íslandi dómsmálaráðherra sem nýtur meirihlutastuðnings á Alþingi að fara í kringum ákvörðun dómnefndarinnar, sem byggir á verðleikum umsækjenda. Í ljósi þessa

³¹ 283.mgr. þessa dóms.

³² 282. og 283.mgr. þessa dóms.

³³ 245.mgr. þessa dóms.

³⁴ 256.mgr. þessa dóms.

³⁵ Einn nefndarmanna skal tilnefndur af Hæstarétti og skal hann vera formaður nefndarinnar. Einn nefndarmanna skal tilnefndur af Landsrétti. Dómstólasýslan tilnefnir þriðja nefndarmanninn og skal hann ekki vera starfandi dómari en Lögmannafélags Íslands þann fjórða. Fimmtí nefndarmaðurinn skal kosinn af Alþingi. Þannig er möguleiki á að meiri hluti nefndarmanna séu ekki starfandi dómara sem tilnefndir eru af dómstólum.

³⁶ Eins og dómstóllinn sjálfur gefur í skyn í 228. mgr. þessa dóms þegar minnst er á „þann ákvörðunarrétt sem [embætti hennar] hafði áður haft varðandi skipun í dómaraembætti.“

³⁷ 93. mgr. greinargerðar ríkisins til yfirdeildarinnar 11. nóvember 2019.

lagagrunns var fyrirsjáanlegt að mál af þessum toga myndi rísa fyrir eða síðar. Jafnvelt þótt fallist sé á að með anda laganna hafi verið leitast við að takmarka pólitísk áhrif á skipunarferli dómara, eins og ríkið hélt fram,³⁸ býður sjálfur bókstafur laganna upp á að stjórnámálamenn grafi undan þeim anda.

7. Þegar dómstóllinn stóð frammi fyrir hræðsluáróðri ríkisins (*argumennum ad terrorem*) þess efnis að röksemdafærsla deildarinnar mundi hafa þau áhrif að bera mætti brögður á allar embættisveitingar út í hið óendanlega á grundvelli hvaða lagalega annmarka sem finna mætti á fyrirkomulagi embættisveitinganna var svar dómstólsins tvíþætt. Ekki allir annmarkar skipta máli, heldur einungis þau brot þar sem „virtar eru að vettugi veigamestu reglur skipunarferlisins,“ svo sem með skipun einstaklings í dómaraembætti sem ekki uppfyllir þau hæfisskilyrði sem gilda, eða brot „sem með öðrum hætti kunna að grafa undan tilgangi og áhrifum kröfunnar um „skipun að lögum““ samkvæmt túlkun Mannréttindadómstólsins.³⁹ Þótt dómstóllinn hafi ekki verið reiðubúinn að tilgreina sérstakan frest sem einstaklingi bæri til þess að kæra annmarka á skipunarferli með vísan til réttarins til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ taldi hann að „í tímans rás [myndi] varðveisla réttaröryggis hafa vaxandi vægi að því er varðar rétt einstaks málsaðila til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ við ákvörðunina á réttu jafnvægi, sem nauðsynlegt er að eigi sér stað.“⁴⁰

8. Þessar röksemdir eru ekki sannfærandi. Í fyrsta lagi afmarkar dómstóllinn ekki með nákvæmum hætti „veigamestu reglur“ skipunarferlis þar sem brot kunni að spilla síðari dómstörfum hins skipaða dómara. Þar sem þörfin var mest á skýru málfari og réttaröryggi bregst dómstóllinn. Í öðru lagi viðurkennir dómstóllinn að það kunni að vera reglur sem ekki eru veigamiklar en „með öðrum hætti kunna að grafa undan tilgangi og áhrifum kröfunnar um „skipun að lögum.“⁴¹ Óskýrleiki textans sætir furðu og skilur ríkin eftir í óvissu varðandi það hvaða leiðbeiningu dómstóllinn er að veita. Í þriðja lagi, sem er ekki síður mikilvægt, viðurkennir dómstóllinn að tíminn kunni að bæta úr brotum á þessum „veigamestu reglum“ skipunarferlisins með „ákvörðun á réttu jafnvægi“⁴² milli þess að varðveita réttaröryggi og réttar einstaklings í málaferlum til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ en með því þynnir dómstóllinn út trygginguna á kjarna réttarins (og „veigamestu reglnanna“) í „ákvörðuninni á jafnvægi“ milli hagsmunanna sem í húfi eru. Þetta er því miður ekki í fyrsta skipti.⁴³ Í sem skemmstu máli er ekki unnt að bæta fyrir

³⁸ 91. mgr. greinargerðar ríkisins.

³⁹ 246.mgr. þessa dóms.

⁴⁰ 252.mgr. þessa dóms.

⁴¹ 246.mgr. þessa dóms.

⁴² 252.mgr. þessa dóms.

⁴³ Sjá sératkvæði mitt í málinu *Muhammad og Muhammad gegn Rúmeníu* [GC], nr. 80982/12, 15. október 2020.

brot gegn kjarna réttar samkvæmt mannréttindasáttmálanum með eftirápröfun á því hvort meðalhófs hafi verið gætt.⁴⁴

III. VERND KJARNA RÉTTARINS TIL DÓMSTÓLS SEM SKIPAÐUR ER AÐ LÖGUM

9. Í mínum huga er kjarni þessa máls eftirfarandi: rétturinn til dómstóls sem skipaður er að lögum er sjálfstæður réttur samkvæmt mannréttindasáttmálanum og aðskildu efni hans á ekki að rugla saman við grundvallarreglurnar um sjálfstæði, óhæði eða starfsöryggi dómara. Skipun dómara í embætti við dómstól í samræmi við gildandi hæfniviðmið er án efa hluti af kjarna þessa réttar. Þetta fær stuðning af þeirri staðreynd að verulegur fjöldi sammingsaðila telur að krafan um „dómstól sem skipaður er að lögum“ nái til hinnar lögbundnu málsmeðferðar sem gildir um skipun dómara í embætti og feli í sér heimild, og jafnvel skyldu, til endurupptöku máls ef dómur er kveðinn upp af dómara sem hefur verið skipaður í embætti með ólögmetum hætti.⁴⁵

10. Hagræðing skipunarferlisins af hálfu stjórnámálamanna sem óska þess að koma sínum nótum inn í dómstólana spillir með afgerandi hætti lögmæti dómans sem skipaður var og dómstörfum hans eða hennar í kjölfarið. Brot gegn „veigamestu reglunum,“ svo sem reglunum um skipun dómara í embætti við dómstól í samræmi við hæfniviðmið, er fortakslaus galli á málsmeðferð í ljósi mannréttindasáttmálans, sem tryggir að engar tímatakmarkanir geti verið á því að skírskotað verið til sáttmálans, því annars væri réttarkerfið að leggja blessun sína yfir réttarspjöll sem framin væru af „leppdómstóli“. Grundvallarannmarka, sem vekja efasemdir varðandi kjarna réttarins til dómstóls sem skipaður er að lögum, hlýtur að mega skírskota til hvenær sem er, einkum í refsímálum, þar sem sakfellingar hafa langvarandi áhrif á líf sakborninga og æru. Svo rifjað sé upp orðalag sem oft er notað í öðru samhengi eru sakfellingar af hálfu ólöglega skipaðs „leppdómstóls“ ávextir af eitruðu tré, sem ekki er hægt að lækna. Eins og við á kenninguna um ávextina af eitruðu trénu, sem ætluð er til þess að aftra því að lögregla beiti ólöglegum aðferðum til þess að afla sönnunargagna, ættu langvinn neikvæð áhrif af framangreindum annmörkum á málsmeðferð við skipunarferlið á dómastörf hinna skipuðu dómara að aftra því að stjórnvöld fari yfir valdamörk sín að því er varðar aðgreiningu ríkisvaldsins og hagræði dómstólakerfinu með því að fylla dómstóla af vinum sínum og bandamönnum í skiptum fyrir pólitíska og aðra greiða.

11. Með öðrum orðum hefði með þessum dómi átt að áréttta þá grundvallarreglu að hagræðing á skipun dómara með broti gegn viðeigandi hæfniviðmiðum sé fortakslaus formgalli sem ekki er mögulegt að bæta úr,

⁴⁴ Sami dómur, 26. mgr. í sératkvæði mínu.

⁴⁵ 151. og 153.mgr. þessa dóms. Sjá einnig álit (C-542/18), ECLI:EU:C:2019:977, sem gefið var af Sharpston, lögmanni, hinn 12. september 2019 í málunum *Simpson* og *HG*.

hvorki í fyllingu tímans né í krafti samþykkis sakbornings. Eins og annars staðar hefur verið sagt,⁴⁶ eru til formleg réttindi sem eru slík undirstöðuréttindi að aldrei er hægt að líta á brot gegn þeim sem réttmæt og enginn kostur er á að ráðast í greiningu til að ganga úr skugga um að enginn skaði sé skeður. Hið sama á við í þessu máli. Í eftirfarandi röksemdafræðslu verður þetta atriði gert enn augljósara með því að fella málsatvik þessa máls undir framangreinda grundvallarreglu.

IV. BEITING NÁLGUNAR UM KJARNA RÉTTINDA Í ÞESSU MÁLI

12. Að því er varðar staðreyndir málsins er í dóminum réttilega lögð áhersla á alvarleika aðgerðar ráðherra, sem bersýnilegur var af því að Hæstiréttur dæmdi tveimur stefnendum miskabætur með vísan til 26. gr. skaðabótalaga. Tók Hæstiréttur fram berum orðum að ráðherra hefði aðhafst „án þess að skeyta nokkuð um hina augljósu hættu“ fyrir orðspor tveggja af umsækjendunum fjórum, sem höfðu höfðað mál, og „þannig fremur þjónað hagsmunum einhverra hinna fjögurra sem hún studdi í ferlinu.“⁴⁷ Með þessum einföldu en merkingarþrungnu orðum fordæmdi Hæstiréttur með djörfum hætti hrossakaupin sem átt höfðu sér stað að tjaldabaki og leitt til ákvörðunar ráðherra. Svo því sé haldið til haga var dómari A.E. eiginkona þingmanns í sama stjórnálflokki og ráðherrann, þ.e. B.N., sem hafði vikið úr oddvitasætinu á framboðslista flokksins í Reykjavík í þágu ráðherra. Eins og kærandi orðaði það í kærnu sinni til dómstólsins „þarf ekki fjörukt ímyndunarafli til þess að sú hugsun skjóti upp kollinum að skipan A.[E.] í embætti landsréttardómara hafi verið liður í pólitískum hrossakaupum.“

13. En hinum framangreindu lofsverðu ummælum Hæstaréttar fylgdu engar afleiðingar, þar sem Hæstiréttur lagði til grundvallar að skipanirnar væru orðinn hlutur, þ.e. þær hefðu orðið að veruleika þegar skipunarbréfin⁴⁸ voru undirrituð og að ekki væri unnt að bera brigður á formlegt sjálfstæði dómara samkvæmt landslögum. Með öðrum orðum tók Hæstiréttur

⁴⁶ Sjá 16.-20. mgr. sératkvæða Kalaydjieva, Pinto de Albuquerque og Turković, dómara, í *Dvorski gegn Króatíu* [GC], nr. 25703/11, 16.-20. mgr., 20. október 2015, um áhrif formgalla á sanngirni í meðferð sakamála, og aftur atkvæði mitt í *Muhammad og Muhammad*, sem vísað er til hér að framan, 28. mgr.

⁴⁷ 75. mgr. þessa dóms og 118. mgr. í dómi aðaldeildarinnar. Orðalagið í dómi Hæstaréttar er svohljóðandi: „... höfðu ákvarðanir hennar eigi að síður þær afleiðingar að bættur var hlutur einhvers úr hópi fjögurra annarra umsækjenda sem dómnefnd hafði raðað lægra en áfrýjanda.“ Þýðing ríkisins var þessi: „... her decisions nevertheless had the consequence of compensating a share of someone in the group of four other applicants, which the Evaluation Committee had rated lower than the appellant“. Þýðingin er ekki mjög skýr, en kjarninn í málsliðnum er í raun sá að ákvörðun dómsmálaráðherra hefði „fremur þjónað hagsmunum einhverra hinna fjögurra sem hún studdi í ferlinu;“ þetta var túlkun undirdeildarinnar í 118. mgr. dóms síns.

⁴⁸ 90. mgr. þessa dóms.

afstöðu alfarið á grundvelli formreglna, sem ekki getur talist standast kröfur 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans. Það er hárrétt hjá dómstólnum að áfella Hæstarétt því það „er ekki ljóst af niðurstöðu Hæstaréttar hvers vegna misbrestirnir sem Hæstiréttur benti á í fyrri dómum sínum (dagsettum 19. desember 2017) voru ekki þess eðlis að þeir vektu efasemdir um lögmæti skipunar A.E. og af þeim sökum síðari aðkomu hennar að máli kæranda.“⁴⁹ Vandinn er að dómstóllinn veitir heldur ekki skýrt svar.

14. Svo einkennilegt sem það er, er ekki að finna neinn vott í fyrirleggjandi dómi um hinn alhliða prófstein á sanngirni sem dómstóllinn hefur nýverið lagt áherslu á.⁵⁰ Eins og aðaldeildin, og andstætt ríkinu, er yfirdeildin þeirrar skoðunar að brot gegn réttinum til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ kalli ekki á sérstaka rannsókn á því hvort brotið gegn þeirri meginreglu hafi valdið því að málsmeðferðin í heild yrði ósanngjörn. Mikilvægt er að hafa hugfast að í fyrirleggjandi fordæmum hefur niðurstaða um brot gegn réttinum til „dómstóls sem skipaður er að lögum“,⁵¹ réttinum til sjálfstæðs dómara,⁵² eða réttinum til óhlutdrægs dómara,⁵³ aldrei kallað á sérstaka greiningu á sanngirni málsmeðferðarinnar í heild. Þessi afstaða í réttarframkvæmdinni er að fullu virt í þessum dómi, og það með réttu. Með því að virða að vettugi endurtekna kröfu ríkisins um að ráðist verði í mat á heildarsanngirni réttarhaldanna yfir kæranda fellst dómstóllinn með óbeinum hætti á fortakslaust eðli annmarkanna á skipun A.E. dómara, sem sat í dóminum sem réttaði í máli kæranda. Engu að síður lætur dómstóllinn sér úr greipum ganga tækifæri til þess að staðfesta berum orðum að fortaklausir gallar á málsmeðferð við skipun í dómaraembætti á borð við þá sem áttu sér stað í þessu máli veita ekkert svigrúm til heildarmats á meinlausum mistökum sem byggjast á þáttum eins og þeim tíma sem liðinn er eða háttsemi sakbornings í málinu.

15. Andstætt þeirri röksemdafærslu dómstólsins þess efnis að þeir misbrestir sem um er deilt hafi ekki verið svo fjarlægir máli kæranda, voru þeir óneitanlega fjarlægir og það skiptir nákvæmlega engu máli að misbrestirnir í skipunarferlinu hafi verið staðfestir af Hæstarétti tæpum tveimur vikum áður en umsækjendurnir fimmtán sem valdir voru höfðu einu sinni tekið við embætti sínu, eða að kærandi í þessu máli hafi farið fram á að A.E. viki sæti einungis einum mánuði eftir að hún hefði tekið til starfa.

16. Í ljósi þessa, og einkum í ljósi hinnar beinu atlögu að kjarna réttarins til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ í þessu máli, tel ég að yfirdeildin hefði átt að viðurkenna fortakslaust eðli annmarkanna á málsmeðferð við skipun A.E. dómara og víðtæk og langvinn neikvæð áhrif þeirra á

⁴⁹ 281.mgr. þessa dóms.

⁵⁰ Sjá umræðuna í *Murtazalyeva gegn Rússlandi* [GC], nr. 36658/05, 18. desember 2018.

⁵¹ *DMD Group, A.S., gegn Slóvakíu*, nr. 19334/03, 61. mgr., 5. október 2010.

⁵² *Henryk Urban og Ryszard Urban gegn Póllandi*, nr. 23614/08, 45.-56. mgr., 30. nóvember 2010.

⁵³ *Morice gegn Frakklandi* [GC], nr. 29369/10, 78. mgr., 23. apríl 2015.

dómarastörf hennar og hefði af þeim sökum átt að beina því til ríkisins að endurupptaka mál kæranda, auk þess að dæma honum sanngjarnar bætur.⁵⁴ Afstaða kæranda að því er varðar endurupptöku sakamáls hans við munnlegan málflutning eða að honum loknum hefur því enga þýðingu, þar sem samþykki sakbornings á broti gegn kjarna réttar samkvæmt mannréttindasáttmálanum hefur ekkert lagalegt gildi. Það sem máli skiptir er að hið kærða ríki dragi allar nauðsynlegar ályktanir af fortakslausu eðli annmarkanna á málsmeðferðinni sem dómstóllinn kemst að niðurstöðu um og að það sé gert í þremur þrepum: í fyrsta lagi með því að endurupptaka innlent mál kæranda, í öðru lagi með því að koma í veg fyrir brot af sama toga í málum sem bíða meðferðar fyrir innlendum dómstólum og í þriðja lagi með því að lagfæra alla dóma sem sambærileg vandkvæði voru á en orðið hafa endanlegir.⁵⁵ Að öðrum kosti verður þessi dómur áfram tannlaust pappírstígrisdýr, sem hann er í raun.⁵⁶

17. Hneisan sem felst í vísvitandi afskiptum dómsmálaráðherra, sem studd var af flokkssystkinum hennar á Alþingi, af stöðu dómara við Landsrétt í andstöðu við mannréttindasáttmálann ætti að veða þyngra á metunum en nokkurt tillit til meginreglunnar um réttarvissu, hvað þá stöðugleika hins íslenska réttarkerfis.⁵⁷ Einungis þessi niðurstaða samræmist þeirri staðreynd, sem viðurkennd er af dómstólnum sjálfum, að áhrif slíkra brota „[geti] ekki með réttu takmarkast við hina einstöku umsækjendur sem urðu fyrir miska vegna þess að þeir hlutu ekki skipun, heldur varða þau fortakslaus allan almenning.“⁵⁸ Svo talað sé skýrt má ekki verðlauna fyrir pólitískar aðgerðir, sem vísvitandi miða að því að sniðganga lög um skipun í dómaraembætti, með því að setta sig við þá stöðu sem þannig er upp komin, þ.e.a.s. með viðurkenningu á dómara sem skipaður hefur verið með ólögmatum hætti og á þeim dómum sem sá dómari kveður upp. *Ex iniuria ius non oritur*.

18. Þegar á allt er litið er mál þetta til marks um kerfislægt vandamál sem kallar á breytingar á íslenskum lögum. Til þess að bæta úr þeim lagaheimildum sem liggja að baki hinum kerfislæga vanda sem málsatvik þessa máls endurspeglar ætti hið kærða ríki að nema úr gildi þann möguleika að ráðherra geti vikið frá álit dómnefndarinnar með samþykki Alþingis, eins

⁵⁴ Sjá, varðandi möguleg fyrirmæli dómstólsins, atkvæði mitt í *Moreira Ferreira gegn Portugal (nr. 2)* [GC], nr. 19867/12, 11. júlí 2017.

⁵⁵ Sú staðreynd virðist ekki standa þessum dómstól í vegi að með dómi Hæstaréttar frá 21. maí 2019 virðist sem þrengd séu verulega skilyrðin fyrir endurupptöku mála eftir að dómstóllinn hefur skilað niðurstöðu um að brot hafi átt sér stað.

⁵⁶ Í þessu sambandi er fróðlegt að minnst þeirra orða Sharpstons lögmanns að „[þegar] um er að ræða „gróft“ brot gegn réttinum til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum þannig að grafið sé undan því trausti sem réttlæti í lýðræðislegu þjóðfélagi ætti að vekja hjá málsaðilum ætti tvímælaust að ómerkja án tafar dóma sem fyrir áhrifum hafa orðið af slíkum bresti“ (sjá álit frá 12. september 2019, 109. mgr.).

⁵⁷ Þetta er sú röksemdafærsla sem ríkið færði fram gegn endurupptöku (180. og 181. mgr. þessa dóms).

⁵⁸ 283. mgr. þessa dóms.

og gert er ráð fyrir í 12. gr. hinna nýju dómstólalaga nr. 50/2016, og íhuga upp á nýtt samsetningu dómnefndarinnar með það fyrir augum að breyta hlutfalli dómara í nefndinni á mótí öðrum nefndarmönnum, sbr. 11. gr. laganna.

V. NIÐURSTAÐA

19. Svo allt sé saman dregið er með dómi þessum gefið fyrirheit um nálgun að réttinum til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“ með áherslu á kjarna réttinda, en þau fyrirheit eru ekki uppfyllt. Hvorki skilgreiningin á kjarna réttarins né ákvörðunin á fortakslausu eðli gallanna á málsmeðferðinni á skipum A.E. í embætti dómara og afleiðingar þeirra eru skýr. Dómstóllinn vill bæði halda og sleppa með því að komast að þeirri niðurstöðu annars vegar að annmarkarnir sem um ræðir hafi verið „svo alvarlegir að þeir grófu undan sjálfum kjarna réttarins til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum“, ⁵⁹ og þannig réttlæta ámælin gegn ráðherranum fyrir ólögmeta háttsemi hennar við skipun A.E. í embætti dómara, gegn meiri hluta þingmanna fyrir vitorð sitt með ráðherranum og gegn Hæstarétti fyrir aðgerðarleysi hans í máli kæranda, meðan dómstóllinn hins vegar takmarkar áhrif þessa dóms á hið innlenda réttarkerfi að því marki sem unnt er með því að gefa ekki fyrirmæli um endurupptöku og þar með er kæranda, og öllum öðrum í sambærilegum aðstæðum, ekki tryggður möguleiki á sanngjörnum dómi frá hendi dómstóls sem skipaður er að lögum. Af þeim sökum er unnt að beina sömu gagnrýni og dómstóllinn beinir að Hæstarétti, fyrir að hafa ekki gert ráð fyrir afleiðingunum af eigin niðurstöðum varðandi alvarleika annmarkanna á málsmeðferð við skipun A.E. í embætti við Landsrétt, að dómstólnum sjálfum.

SAMEIGINLEGT SÉRATKVÆÐI O’LEARY, RAVARANI, KUCSKO-STADLMAYER OG ILIEVSKI, DÓMARA

1. Við erum, með ákveðnum fyrirvörum, sammála niðurstöðunni um að brotið hafi verið gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans að því leyti að dómur Landsréttar, sem fjallaði um áfrýjunarmál kæranda, hafi ekki verið „dómstóll skipaður að lögum“.

2. Því miður getum við þó ekki fallist á þá afstöðu meiri hlutans að fjalla ekki um annan kærulið í kæru kæranda með vísan til 1. mgr. 6. gr. varðandi meintan skort sama dómstóls á sjálfstæði þegar áfrýjunarmál hans var til meðferðar. Við erum þeirrar skoðunar að meiri hlutinn hefði átt að fjalla um báða kæruliði, ekki síst þar sem með því hefði fengist á því skýring hvers vegna ekki hefur af hálfu yfirdeildarinnar verið farið fram á endurupptöku máls kæranda í heimalandinu.

⁵⁹ 295.mgr. þessa dóms.

3. Áður en við skýrum nánar hvers vegna við styðjum niðurstöðu um brot gegn 6. gr. en skilum engu að síður sératkvæði er rétt að ráðast í stutta greiningu á dómnum að því er varðar þetta brot. Yfirdeildin hefur leitast við að skerpa og skýra merkingu hugtaksins „dómstóll sem skipaður er að lögum“ og greina tengsl þess við kröfurnar um sjálfstæði og óhlutdrægni samkvæmt 1. mgr. 6. gr. í því skyni að koma fram með túlkun hugtaksins sem „lýsi[r] sem best tilgangi þess og ... trygg[ir] að verndin sem það veitir sé í raun virk“ (sjá 218. mgr. dómsins). Rétturinn til meðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum er upphafinn sem sjálfstæður réttur samkvæmt 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans (231. mgr.) og sagður „sérstaklega ... tryggður með 6. grein,“ þótt ekki sé að fullu skýrður grundvöllur þessarar lýsingar eða þörfin á henni. Að okkar mati hefur heldur ekki verið gefinn nægjanlegur gaumur að afleiðingum hennar. Til þess að setta sjónarmið um réttarvissu, bindandi réttaráhrif dóma (res judicata) og starfsöryggi dómara kemst yfirdeildin að þeirri niðurstöðu að einungis alvarlegustu brotin gegn reglum um skipun í dómaraembætti geti talist brot gegn réttinum til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum (236.-241. mgr.).⁶⁰ Niðurstaða meiri hlutans um brot er byggð, í fyrsta lagi, á réttinum til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum,“ sem nú er orðinn sjálfstæður réttur, og í öðru lagi, á setu í áfrýjunarmáli kæranda af hálfu dómara „sem skipaður var með málsmeðferð sem var spillt með alvarlegum annmörkum sem rýrði sjálfan kjarna þess réttar“ (289. mgr.).

4. Við styðjum þá niðurstöðu að dómurinn sem fjallaði um mál kæranda hafi ekki verið „dómstóll sem skipaður er að lögum“ vegna tiltekinna annmarka sem voru á skipunarferlinu. Þannig er niðurstaðan um að brotið hafi verið gegn 1. mgr. 6. gr. sáttmálans einróma. Hins vegar er nálgun okkar að hinum þremur samtengdu kröfum 1. mgr. 6. gr. sáttmálans – „skipun að lögum“ „sjálfstæði“, og „óhlutdrægni“ – önnur en samdómara okkar, og sama gildir um ástæðu niðurstöðu okkar um að brot hafi átt sér stað. Að okkar mati var hvorki þörf á því að breyta fyrstu kröfunni í sjálfstæðan rétt til þess að komast að niðurstöðu um brot í þessu máli; né heldur var nauðsynlegt að „ýkja“ (e. supercharge) hina ýmsu ágalla á skipunarferlinu til þess að tryggja að þeir stæðust prófið, sem var sköpunarverk yfirdeildarinnar sjálfrar. Nægilegt var í þessu máli fyrir yfirdeildina að komast að þeirri niðurstöðu að með röð misbresta af mismunandi vægi og alvarleika, sem áttu sér stað við stofnun hins nýja Landsréttar, en um skipunarferlið til embætta við hann hafði íslenski löggjafinn sett skýrar reglur, og í ljósi aukinnar vitundar um hinar ýmsu myndir sem vandkvæði varðandi „réttarríki“ geta tekið í hinum ýmsu Evrópuríkjum, hefði verið brotið gegn ákvæði 1. mgr. 6. gr. um „skipun að lögum“. Að auki teljum við að yfirdeildin, að gefinni yfirlýsingu í 210. mgr. dómsins um að verkefni hennar væri að greina *afleiðingar* brota á innlendum

⁶⁰ Varðandi skýrleika prófsteinsins sem útfærður er í dómi yfirdeildarinnar, sjá frekar hér fyrir neðan.

lögum um skipun í dómaraembætti í ljósi 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans, hafi látið undir höfuð leggjast að gera einmitt það. Hætt er við að dómurinn valdi ruglingi frekar en að hann stuðli að skýrleika með hinu nýja prófi, sem reifað er hér að framan, og enn fremur ætti það að valda talsverðum áhyggjum að dómstóllinn skyldi ekki taka til umfjöllunar hvort dómurinn sem hafði áfrýjunarmál kæranda til meðferðar hafi í raun verið sjálfstæður og óhlutdrægur. Í máli kærands er það með slíkri umfjöllun um annan lið kæru hans sem meta hefði átt *afleiðingarnar* af annmörkunum sem voru á skipunarferlinu.

I. STAÐREYNDIR MÁLSINS OG UMFANG

A. Staðreyndir

5. *Réttarhöldin yfir kæranda vegna umferðarlagabrots í heimalandinu.* Staðreyndirnar sem skipta máli má draga saman sem hér segir. Réttað var yfir kæranda í sakamáli vegna umferðarlagabrots (akstur án gildra ökuréttinda og undir áhrifum vímuefna) Hann játaði brotin og hlaut allþungan dóm. Hann áfrýjaði dóminum varðandi refsinguna. Eftir því sem leið á málsmeðferðina breytti hann forsendum áfrýjunar sinnar og vísaði til tveggja aðskilinna álitaefna: í fyrsta lagi lögmætis skipunar eins dómars, þ.e. A.E., í embætti við Landsrétt og í öðru lagi, og sér í lagi, sanngirni málsmeðferðarinnar í ljósi meints skorts þess dómara á sjálfstæði og óhlutdrægni.

6. *Formlegur bakgrunnur máls kæranda.* Forsaga þessarar kæru er stofnun áfrýjunardómstóls árið 2016, sem breytti dómskerfinu á Íslandi úr tveggja dómstiga kerfi (héraðsdómstólar og Hæstiréttur) í þriggja dómstiga kerfi þar sem Landsréttur, skipaður fimmtán dómurum, var millidómstig. Í samræmi við innlend lagaákvæði um upphaflegt val og skipun fyrstu fimmtán landsréttardómara var dómnefnd falið að velja þá umsækjendur sem taldir voru uppfylla skilyrði til skipunar í embætti dómara við hinn nýja dómstól og leggja fyrir dómsmálaráðherra lista yfir fimmtán umsækjendur sem teldust hæfastir. Að auki var í viðkomandi lögum kveðið svo á að ráðherra gæti vikið frá tillögu dómnefndarinnar og lagt fyrir Alþingi nöfn annarra dómara sem velja skyldi af lista umsækjenda sem uppfylltu skilyrði til skipunar í embætti. Þurfti þá Alþingi með sérstakri atkvæðagreiðslu um hvern þessara umsækjenda að samþykkja breytta tillögu ráðherra.

7. Ráðherra nýtti heimild sína til þess að víkja frá tillögu dómnefndarinnar að því er varðar fjóra dómara, og meðal þeirra sem hún gerði tillögu um var A.E. Kom fram að ráðherra vildi ætla dómarsareynslu meira vægi en dómnefndin hafði gert, en það viðmið var A.E. í hag í ljósi langrar reynslu hennar sem dómara, og einnig vildi hún horfa til kynjafavnægis. Breyttur listi hennar yfir umsækjendur var samþykktur með atkvæðagreiðslu í einu lagi á Alþingi, fremur en með sérstakri atkvæðagreiðslu um hvern

umsækjanda, sem tillaga var gerð um, og forseti Íslands undirritaði síðan viðeigandi skipunarbréf.

8. Í sérstökum málum, sem voru allsendis ótengd þeim málum sem kærandi átti aðild að, mótmæltu fjórir dómara sem verið höfðu á lista dómnefndarinnar yfir hæfustu umsækjendurna ákvörðuninni um að skipa þá dómara sem ekki hefðu verið á listanum, þar á meðal A.E. Hæstiréttur Íslands féllst í því sambandi á að annmarkar hefðu verið á skipunarferlinu. Þótt rétturinn léti vera að ógilda ákvörðun ráðherra, sem samþykkt hafði verið af Alþingi, um að setja aðra í stað stefnenda í þeim málum dæmdi hann tveimur þeirra miskabætur.⁶¹

9. *Krafa kæranda um að A.E. segði sig frá málinu eða viki sæti.* Í sakamálinu á hendur kæranda hafnaði Landsréttur, með aðkomu A.E., formlegri kröfu um að hún viki sæti á þeim forsendum að ekkert væri sem gæfi tilefni til þess að draga með réttu í efna hæfi hennar til þess að fara með málið. Viðleitni kæranda til þess að fá úrlausn Hæstaréttar á málinu *áður* en Landsréttur fjallaði um réttmæti áfrýjunar hans var vísað frá á hreinum réttarfarslegum forsendum.⁶² Landsréttur staðfesti síðan hinn áfrýjaða dóm eftir efni hans.

10. *Málsmeðferðin fyrir Hæstarétti.* Eftir að hafa hlýtt á kröfu kæranda um að dómur Landsréttar yrði ógiltur og mál hans tekið upp að nýju, með vísan til réttar hans til réttlátrar málsmeðferðar og efasemda um sjálfstæði og óhlutdrægni eins dómars vegna gallaðs skipunarferlis, staðfesti Hæstiréttur dóm dómstólsins á neðra stigi. Var það niðurstaða réttarins að hann gæti því aðeins fallist á kröfu kæranda ef dómarnir væri ekki lögmætur handhafi dómsvalds þannig að annmarkarnir á skipunarferlinu hefðu leitt til markleysu skipunarinnar. Með vísan í fyrri dóm sinn varðandi umsækjendurna sem felldir höfðu verið út af lista dómnefndarinnar, eins og vikið er að hér að framan, ítrekaði rétturinn að þrátt fyrir annmarkana á málsmeðferðinni hjá dómsmálaráðherra leiddu þeir ekki til slíkrar markleysu. Lagði rétturinn m.a. áherslu á það í þessu sambandi að allir dómarnir sem þannig höfðu verið skipaðir væru hæfir til þess að gegna embætti dómara í ljósi starfsreynslu þeirra og lögræðilegrar þekkingar. Þessu hefði kærandi ekki andmælt. Enn fremur ítrekaði Hæstiréttur að sú ráðstöfun að halda aðeins eina atkvæðagreiðslu á Alþingi væri ekki „annmarki á sem vægi hefði.“ Þegar þess væri einnig gætt að hinir nýju dómarnir hefðu verið skipaðir í embætti með

⁶¹ Eins og greint er frá í 96. mgr. í dómi yfirdeildar bíða bótamál hinna umsækjendanna tveggja enn meðferðar.

⁶² Hæstiréttur taldi að þótt meginkrafa kæranda hefði verið að A.E. skyldi segja sig frá málinu vegna ólögmætrar skipunar hennar hefði hann ranglega sett þá kröfu fram sem „kröfu um að vika sæti“. Samkvæmt íslenskum lögum gat Hæstiréttur ekki tekið til meðferðar andmæli við lögmæti skipunar dómara í dóm við Landsrétt á grundvelli kærðu. Slíka kröfu væri einungis unnt að taka til umfjöllunar í Hæstarétti ef um væri að ræða beina áfrýjun í kjölfar sakfellingar *eftir* að dómarnir sem um væri deilt hefði fjallað um málið og afgreitt það.

bréfum sem undirrituð væru af forseta Íslands væri ekki næg ástæða til að draga á réttmætan hátt í efa að kærandi hefði notið réttlátrar málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum og óhlutdrægum dómurum. Allir dómarnir hefðu verið skipaðir í embætti ótímabundið samkvæmt íslenskum lögum, þeir hefðu notið sjálfstæðis í embættisverkum sínum og bæri skylda til þess að vinna störf sín á eigin ábyrgð og lúta í þeim eignum aldrei boðvaldi annarra.

B. Gildissvið

11. *Tvö kæruefni* Samkvæmt kæruskjalinu, og eins og skýrt er tekið fram í dómi aðaldeildar var kera kæranda tvíþætt:

(i) að með aðkomu dómara sem skipaður hafði verið með ólögætum hætti í dóminn sem fjallaði um mál hans hefði verið brotið gegn kröfunni um „dómstól sem skipaður er að lögum,“ og

(ii) að með samsetningu dómsins í Landsrétti hefði verið brotið gegn rétti hans til þess að um mál hans yrði fjallað af sjálfstæðum og óhlutdrægum dómstóli.

12. Kjarninn í máli kæranda snýst þannig ekki um ólögæt skipun A.E. heldur um sanngirni málmeðferðarinnar þar sem sakfelling hans vegna umferðarlagabrots var staðfest í áfrýjunarmáli. Vitanlega kemur málsmeðferðin við skipunina við sögu, þar sem hún gat hafa verið rót ósanngirinnar sem hann taldi sig hafa orðið fyrir.

13. Þetta mál snýst hins vegar tvímælalaust um *mögulegar afleiðingar* af meintum og raunar staðfestum annmörkum á skipunarferlinu sem kærandi hélt fram – þ.e. skortinn á lögætum og sjálfstæðum dómstóli – varðandi réttarhöldin þar sem hann var sakfelldur fyrir umferðarlagabrot.

14. *Viðbrögð meiri hlutans við kæruefnunum tveimur.* Meiri hlutinn fellst á að viðfangsefni yfirdeildarinnar sé „ákvörðun á *afleiðingum* ... brota á innlendum lögum í ljósi 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans“ (210. mgr. dómsins). Engu að síður hefur meiri hlutinn valið að fjalla aðeins um annan kæruliðinn varðandi málsmeðferðina sem leiddi til sakfellingar kæranda, þ.e.a.s. háttinn sem hafður var á við skipun A.E., og hvort það þýddi að Landsréttur væri ekki „dómstóll sem skipaður er að lögum.“⁶³

15. Eins og rakið er hér að framan hefur meiri hlutinn umbreytt kröfunni um „stofnun með lögum“ í „sjálfstæðan rétt“ (e. stand-alone right) (231. mgr. dómsins). Þannig telur meiri hlutinn ekki nauðsynlegt að líta á aðrar kröfur varðandi réttláta málsmeðferð sem felast í 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans og afneita enn fremur með óbeinum hætti innbyrðis tengslum krafanna þriggja sem hafa einkennt framkvæmd dómstólsins til þessa. Með því hætta þeir hins vegar í miðjum klíðum og láta undir höfuð

⁶³ Rétt er að geta þess að lögæti skipunar hinna dómara tveggja sem sátu í dómnum var aldrei dregið í efa.

leggjast að skýra nægjanlega hvers vegna hefði, eða hefði ekki, átt að endurupptaka málið.⁶⁴ Einungis mat á sanngirni réttarhaldanna yfir kæranda í heild, sem óhjákvæmilega kallar á athugun á innbyrðis tengslum milli skilyrðanna þriggja fyrir réttlæti málsmeðferðarinnar, getur veitt svar við þeirri spurningu.

16. Það er því nauðsynlegt að okkar mati að kanna tengslin milli krafanna þriggja skv. 1. mgr. 6. gr. (II) og áhrif þeirra á aðferðina sem beitt er við matið í tilteknu máli (III).

II. TENGLIN MILLI SKILYRÐANNA ÞRIGGJA Í 1. MGR. 6. GR.

17. Spurningin um tengslin milli skilyrðanna þriggja (A) er mikilvæg þar sem hún getur haft þýðingu fyrir afleiðingarnar af niðurstöðu um að eitt skilyrðanna sé ekki uppfyllt, eða sé aðeins uppfyllt að hluta.

A. Þrjár samtengdar kröfur varðandi sanngirni málsmeðferðar skv. 1. mgr. 6. gr.

18. *Óskýr umfjöllun meiri hlutans um innbyrðis tengslin milli hinna þriggja skilyrða 1. mgr. 6. gr.* Eru þættirnir þrír sem er að finna í 1. mgr. 6. gr. – „... rétt til réttlátrar ... málsmeðferðar ... fyrir sjálfstæðum og óvilhöllum dómstóli hvers skipan sé ákveðin með lögum ...“. – sjálfstæð skilyrði eða eru þau innbyrðis tengd eða jafnvel innbyrðis háð? Eru þeir réttindi eða kröfur.

19. Að því er varðar sjálfstætt eða innbyrðis tengt eðli kröfunnar um „skipan að lögum“ skv. 1. mgr. 6. gr. er dómur yfirdeildarinnar óljós, ef ekki mótsagnakenndur. Í honum er staðhæft að hún „sé sjálfstæður réttur samkvæmt 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans“ en viðurkennt að „afar náin tengsl [hafi myndast] í framkvæmd Mannréttindadómstólsins milli þess tiltekna réttar og trygginganna fyrir „sjálfstæði“ og „óhlutrægni“ (231. mgr. í dómnum). Í nokkrum öðrum málsgreinum eru innbyrðis tengslin milli „skipunar að lögum“ og sjálfstæðis einnig tilgreind með skýrum hætti. Einkum og sér í lagi er í dómnum lögð áhersla á (í 234. mgr., áhersla okkar) að:

„í umfjöllun um kröfuna um „dómstól sem skipaður er að lögum“ megi ekki missa sjónar á þessum sameiginlega tilgangi og verður þar með kerfisbundnum hætti að grennslast fyrir um hvort meintur annmarki á tilteknu máli hafi verið svo alvarlegur að hann hafi grafið undan ... [grundvallarreglum réttarríkisins og um aðgreiningu ríkisvaldsins] og vakið efasemdir um sjálfstæði dómstólsins sem um ræðir.

⁶⁴ Sjá 313. mgr. dómsins, þar sem vísað er til þess að kærandi hafi gefið til kynna við munnlegan málflutning (sem síðar var dregið til baka skriflega) að kærandi mundi ekki leita eftir endurupptöku. Dómstóllinn var í öllu falli ekki bundinn skv. 46. gr. mannréttindasáttmálans af sérstökum beiðnum kæranda og hafði til þess heimild að banda á hverja þá ráðstöfun sem hann taldi nauðsynlega til þess að binda enda á brotið sem komist hafði verið að niðurstöðu um.

20. **Val meiri hlutans:** „skipan að lögum“ er nú sjálfstæð krafa. Svo virðist sem meiri hlutinn telji ekki í raun að kröfurnar þrjár séu innbyrðis tengdar, heldur sjái hann þær sem röð krafna, þannig að annmarki varðandi þá fyrstu stofni hinum í uppnám með óbætanlegum hætti, þannig að óþarfi sé, og jafnvel þýðingarlaust, þegar fyrsta krafan er ekki uppfyllt („skipan að lögum“) að ráðast í mat á hinum tveimur. Í 295. mgr. dómsins er tveimur aðskildum kærliðum kæranda þannig lýst að þeir eigi rætur í sama undirliggjandi vandamáli og þar sem misbrestirnir séu taldir svo alvarlegir að þeir grafa undan sjálfum kjarna hins nýja sjálfstæða réttar:

„telur dómstóllinn að það álitamál sem eftir stendur, þ.e. hvort sömu annmarkar hafi jafnframt sett í uppnám sjálfstæði og óhlutdrægni sama dómstóls, þurfi ekki frekari athugunar við.“

21. Þannig er það niðurstaða dómsins að þar sem dómurinn í Landsrétti sem fjallaði um áfrýjunarmál kæranda uppfylli ekki kröfuna um „skipan að lögum“ sé ekki einu sinni unnt að líta á hann sem dómstól í merkingu 1. mgr. 6. gr. Samkvæmt því hefur kröfunni ekki aðeins verið umbreytt í sjálfstæðan rétt, heldur er hún einnig í eðli sínu fortakslaus, þannig að dómsvald sem ekki var skipað að lögum, eins og við á um dóminn sem hér um ræðir, getur ekki með nokkrum hætti notið sjálfstæðis eða réttað í máli þannig að málsmeðferðin í heild geti talist réttlát.

22. Í stuttu máli er skipan að lögum að mati meiri hlutans ekki aðeins ein af kröfunum um réttláta málsmeðferð ásamt sjálfstæði og óhlutdrægni, heldur forsenda, *conditio sine qua non*, réttlætis málsmeðferðar, þannig að ef hún er ekki uppfyllt sé engin þörf á að fjalla um hin skilyrðin.

23. **Mikilvægur fyrirvari í formi alvarleikaprófsins.** Rétt er að meiri hlutinn reynir að setja fram mikilvægan fyrirvara, þannig að ekki hver einast annmarki á málsmeðferð við skipun í dómaraembætti leiði með óbætanlegum hætti til brots gegn skilyrðinu um „skipan að lögum“ í 1. mgr. 6. gr.

24. Setur meiri hlutinn fram viðmiðunarmörk, eða alvarleikapróf, með þremur stigum⁶⁵ og viðurkennir klemmuna sem leiðir af því að færa þessa

⁶⁵ Prófið sem útfært er af yfirdeildinni og orðalagið sem notað er til þess að skýra og afmarka prófið getur valdið nokkurri óvissu.

Annars vegar gefur yfirdeildin í skyn að prófið um „gróft brot“, sem aðaldeildin beitti – sem er sjálft nýmæli, ef ekki fráhrarf frá fyrri framkvæmd – hafi verið ætlað til þess að ná til grundvallarreglnanna um réttaröryggi, *res judicata* og starfsöryggis [dómara], og til þess að greina hvers konar annmarkar á skipunarferli geti leitt til brots á réttinum til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum. En þótt yfirdeild fallist á röksemi og almennt efni prófs aðaldeildarinnar lýsir hún yfir að hún muni ekki beita sömu hugmyndinni um gróft brot, heldur sé próf hennar sett saman úr öðrum eða fleiri þáttum og/eða sé nefnt eitthvað annað. Á hinn bóginn, varðandi orðalagið sem notað er til þess að skýra þetta nýja próf, er í dómnum rætt um „grófustu brot[a] á reglum um skipun í dómaraembætti“ (241. mgr.), mat á því hvort tilteknir annmarkar eða misbrestir á málsmeðferð við embættisveitingu „hafi verið á því alvarleikastigi að þeir hafi leitt til brots“ (243. og 255. mgr.), augljóst brot á innlendum

kröfu upp í stöðu sjálfstæðs réttar: of þröng beiting kröfunnar um „skipan að lögum“ mundi skerða gildi annarra mikilvægra grunnreglna, svo sem um réttaröryggi, fordæmisgildi dóma og starfsöryggi dómara (238.-240. mgr. dómsins). Þannig fellst meiri hlutinn á að til kunni að vera brot gegn kröfunni um „skipan að lögum“ sem ekki rýra sjálfstæði og óhlutdrægni, sem brjóta ekki gegn 1. mgr. 6. gr. og sem ógilda ekki skilgreiningu dómsvalds sem „dómstóls“.

25. *Endanlegt markmið alvarleikaprófsins: að tryggja sjálfstæði og óhlutdrægni.* Þegar nánar er að gáð hefur þriggja stiga prófið í heild sinni, sem sker úr um hvort annmarkar sem tilgreindir hafa verið séu verulegir, þann tilgang á endanum að koma auga á þá annmarka sem rýra sjálfstæði og óhlutdrægni. Þannig er í 246. mgr. dómsins sagt að meintan annmarka verði að meta í ljósi markmiðs og tilgangs kröfunnar um „skipan að lögum,“ þ.e.a.s. að „að tryggja getu dómstólanna til þess að rækja starf sitt án ótilhlýðilegrar íhlutunar.“ Þessi tilgangur og markmið er hið sama og miðað er að með kröfunni um sjálfstæði.

26. Draga má þá ályktun að þrátt fyrir þá staðreynd að í dómnum sé kröfunni um „skipan að lögum“ ætlað sjálfstæði og að hún sé nú sett fram sem réttur, einn og sér, stjórnast röksemdafærslan sem beitt er engu að síður af innbyrðis tengslunum milli krafanna þriggja í 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans, innbyrðis tengslum sem við teljum grundvallaratriði og sem yfirdeildin hefði átt að varðveita.

27. *Ósannfærandi eðli fordæmanna sem byggt er á til stuðnings þessa sjálfstæðis.* Mikilvægt er, þegar vísað er til fordæma Mannréttindadómstólsins, að hafa hugfast að dómstóllinn hefur í sumum tilvikum fallist á að „grundvallaranmarkar á samsetningu dóms“ sem réttað hefur í máli kæranda hafi grafið undan sanngirni málmeðferðarinnar á hendur honum. Það hefur dómstóllinn hins vegar gert í málum sem varða skipun ólögglærðra dómara, en ekki fagdómara.⁶⁶ Enn fremur hefur dómstóllinn jafnan lagt áherslu á hin nánú tengsl milli kröfunnar um „skipan að lögum“

reglum um embættisveitingar (244. mgr.), „brot þar sem virtar eru að vettugi veigamestu reglur skipunarferlisins“ (246. mgr.), alvarlega annmarka eða brot sem áhrif hafa á „(sjálfan) kjarna réttarins til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum“ (247., 255., 267. og 289. mgr.), hvort brotin í tilviki tiltekinnar málsmeðferðar við skipun í dómaraembætti „hafi verið svo alvarleg að þau hafi skaðað lögmæti skipunarferlisins og grafið undan sjálfum kjarna réttarins til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum“ (259. mgr.). Þetta breytilega orðalag stingur í stúf við skýrleika orðalagsins í rótgrónum fordæmum dómstólsins varðandi það hvenær frávik frá grundvallarreglunni um réttaröryggi kunni að vera réttlætunlegt – „einungis þegar aðstæður skapa til þess verulega og knýjandi nauðsyn, svo sem til þess að leiðrétta grundvallaranmarka eða réttarspjöll“ (sjá fordæmin sem vísað er til í 238. mgr. dómsins).

⁶⁶ Sjá einkum *Ilatovskiy gegn Rússlandi*, nr. 6945/04, 43.-45. mgr., 9. júlí 2009. Meiri hlutinn viðurkennir í 225. mgr. dómsins muninn milli þess máls og þessa máls en dregur ekki af þeim mun þær ályktanir sem af honum leiða.

og trygginganna fyrir sjálfstæði og óhlutdrægni, sem hvort tveggja eru óaðskiljanlegir hlutar meginreglunnar um réttarríkið í lýðræðislegu þjóðfélagi.

28. Það er einnig rétt að í sumum málum, svo sem í *DMD Group A.S.*, hafi dómurinn „að meginreglu til talið að brot af hálfu „dómstóls“ á innlendum lagaákvæðum sem lúta að stofnun og lögbærni dómstóla feli í sér brot gegn 1. mgr. 6. gr.“⁶⁷ Hins vegar er ekkert í fordæmunum – fram til þessa dóms – sem styður þá staðhæfingu að niðurstaða um brot gegn kröfunni um „skipan að lögum“ komi í veg fyrir mat í kjölfarið á því hvort einnig hafi verið brotið gegn rétti kæranda til réttlátrar málsmeðferðar vegna skorts á sjálfstæði eða óhlutdrægni. Í *Kontalexis*, svo dæmi sé tekið, þegar dómstóllinn hafði komist að niðurstöðu um að brotið hefði verið gegn 1. mgr. 6. gr. vegna skorts á „dómstóli sem skipaður var að lögum“ réðst hann í sérstaka athugun á óhlutdrægni sama dómstóls í réttarhöldunum yfir kæranda og var niðurstaða hans að ekki hefði verið um brot að ræða í þeim efnum.⁶⁸ Niðurstaða um brot gegn 1. mgr. 6. gr. varðandi fyrstu formkröfuna en ekki varðandi hinar tvær felur ekki nauðsynlega í sér mótsögn.

29. **Horft fram hjá nokkrum mikilvægum þáttum.** Þrátt fyrir að meiri hlutinn viðurkenni framangreind innbyrðis tengsl horfir hann með nálgun sinni fram hjá röð mikilvægra þátta, einkum og sér í lagi meginreglunni um heildarsanngirni málsmeðferðar, sem er rótgróin í framkvæmd mannréttinda-dómstólsins, og, sem er jafnvel enn mikilvægara, greinarmuninum sem gera ber á almennum formlegum vandkvæðum að því er varðar kröfuna um „skipan að lögum“ og svo raunverulegum afleiðingum slíkra vandkvæða fyrir tiltekin réttarhöld. Í þessu sambandi lætur meiri hlutinn undir höfuð leggja að fjalla um þörfina á réttaröryggi varðandi skipun í dómaraembætti og varðandi rétt dómara til þess að vera ekki vikið úr embætti nema í samræmi við tiltekna málsmeðferð sem kveðið er á um í lögum. Loks, eins og vikið er að hér að framan, er ekki skýrt með raunverulegum hætti hvers vegna ekki er með dóminum kallað á endurupptöku máls kæranda í heimalandinu.⁶⁹

30. **Heildarsanngirni málsmeðferðarinnar.** Það er óumdeilt, – en samt mikils um vert að hafa hugfast – að þetta mál, eins og öll önnur mál þar sem vísað er til 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans, snýst um heildarsanngirni málsmeðferðarinnar, eins og sú sanngirni er tryggð með þeirri grein. Eftir orðanna hljóðan greinarinnar eiga allir rétt á „réttlátri“ málsmeðferð „fyrir sjálfstæðum og óvilhøllum dómstóli“ og „[s]é skipan hans ákveðin með lögum.“ Í greininni eru með skýrum hætti taldar upp þrjár kröfur og ekki aðeins þessi dómstóll, heldur innlendir dómstólar, hafa almennt fjallað um hverja kröfu um sig í ljósi hinna. Þetta leiðir af þeim sökum til þeirrar

⁶⁷ *DMD Group, A.S., gegn Slóvakíu*, nr. 19334/03, 59. mgr., 5. október 2010.

⁶⁸ *Kontalexis gegn Grikklandi*, nr. 59000/08, 31. maí 2011.

⁶⁹ Sjá 5. neðanmálgrein hér að framan.

niðurstöðu að ef ein af kröfunum er ekki uppfyllt er málsmeðferðin sem um ræðir ekki sjálfkrafa talin óréttlát.

31. Það er staðföst trú okkar að í samræmi við rótgróna framkvæmd dómstólsins beri við mat á því hvort málsmeðferð sé réttlát að horfa til heildarsanngirni málsmeðferðarinnar, bæði í sakamálum og einkamálum.⁷⁰

32. *Greinamunur á hinum almennu brotum og einstökum brotum sem kærandi byggir á.* Við nánari umhugsun virðist augljóst að krafan um „skipan að lögum“ er ekki markmið ein og sér. Hún er að eðli til óbein krafa, þar sem hún miðar á endanum að því að tryggja sjálfstæði og óhlutdrægni dómarans. Að okkar mati er brotalömin sem er gegnumgangandi í þeirri nálgun sem meiri hlutinn beitir sú að ekki er gerður greinarmunur á almennum formlegum misbrestum og raunverulegum afleiðingum hans í réttarhaldi yfir tilteknum einstaklingi. Að okkar mati er úrslitaatriði að fjalla annars vegar um hið almenna vandamál sem leiðir af annmörkum á skipunarferli dómara og hins vegar um hinar raunverulegu afleiðingar sem misbrestirnir, sem leiða til brots gegn kröfunni um „skipan að lögum,“ gætu hafa haft á réttláta málsmeðferð í máli einstaklings sem heldur því fram að dómarann sem skipaður var með ólögmetum hætti hafi skort sjálfstæði og óhlutdrægni. Það verður aðeins gert með því að líta til hinna þáttanna eins og þeir eru taldir upp í 1. mgr. 6. gr.

33. Með því að komast að niðurstöðu um að brotið hafi verið gegn 1. mgr. 6. gr. að því er varðar kröfuna um „skipan að lögum“ en neita að fara nánar í saumana á meintri ósanngjarnri málsmeðferð í máli kæranda – samkvæmt greinargerð hans – horfði meiri hlutinn fram hjá almennu og e.t.v. kerfislægu vandamáli og raunverulegum afleiðingum þess, ef einhverjar eru, fyrir einstakt mál. Ekki einvörðungu er þetta það sem kærandi fór fram á að dómstóllinn gerði, heldur einnig, ef litið er til réttarframkvæmdar í

⁷⁰ Dómstóllinn beitir kröfum 1. mgr. 6. gr. almennt ekki með vélrænum og einangruðum hætti heldur leitast hann við að meta í framkvæmd að hvaða marki það hafi áhrif á sanngirni réttarhaldanna í heild ef ekki er uppfyllt eitt skilyrðanna. Með röð dóma hefur dómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að ekki öll brot á reglunum sem tryggja réttlæti réttarhalds feli nauðsynlega í sér brot gegn 6. gr. Það sem dómstóllinn gerir er að fjalla um réttarhöldin í heild og tengja saman mismunandi þætti þeirra. Ef það er niðurstaða dómstólsins af þessari heildarumfjöllun að tilteknir annmarkar sem, teknir hver fyrir sig, hefðu ekki leitt til niðurstöðu um óréttláta málsmeðferð, getur dómstóllinn komist að gagnstæðri niðurstöðu ef annmarkarnir teknir saman mundu valda því að málsmeðferðin hafi verið óréttlát. Þessi fordæmi draga fram afstætt eðli brotanna gegn hinum ýmsu tryggingum um réttláta málsmeðferð almennt og um sjálfstæði dómarans sér í lagi: brot á málsmeðferðarreglum um verndun sjálfstæðis leiðir ekki sjálfkrafa og vélrænt til niðurstöðu um að brotið hafi verið gegn 6. gr. Brotið þarf að vera af tilteknu alvarleikastigi eða fara saman með öðrum brotum sem samanlagt rýra sanngirni málsmeðferðarinnar. Sjá *Beuze gegn Belgíu* [GC], nr. 71409/10, 120. mgr., 9. nóvember 2018: „Sanngirni sakamáls verður að vera tryggð við allar aðstæður. Það sem telst vera sanngjörn málsmeðferð getur hins vegar ekki verið háð stakri óbreytilegri reglu, heldur verður að taka mið af aðstæðum viðkomandi máls ... Meginviðfangsefni dómstólsins þegar fjallað er um kæru samkvæmt 1. mgr. 6. gr. er að meta heildarsanngirni sakamálsins.“ Sömu meginreglur gilda um einkamál, sjá *Regner gegn Tékklandi* GC], nr. 35289/11, 151. mgr., 19. september 2017.

aðildarríkjum og hjá Evrópudómstólnum (CJEU), er þetta það sem eðlilegt er að dómstóll geri í máli af þessum toga.

B. Afleiðingar innbyrðis tengslanna milli krafanna þriggja

34. *Þörfin á því að greina afleiðingar raunverulegs brots.* Eins og áður er sagt er sú staðreynd að krafan um „skipan að lögum“ hefur ekkert sjálfstætt, algilt eðli og að hana beri að skoða í ljósi hinna krafanna í 1. mgr. 6. gr. í samræmi við rótgróna framkvæmd dómstólsins í þá veru að það sem krafa er gerð um í einkamálum og sakamálum er að málsmeðferðin í heild sé réttlát.

35. Hverjar eru *afleiðingarnar* af hinu raunverulega broti gegn kröfunni um „skipan að lögum“ fyrir réttlæti málsmeðferðarinnar í hinu tiltekna máli? Það kunna að vera tilvik um minni háttar annmarka sem engu máli skipta og hafa enga þýðingu af neinu tagi, og svo á hinn bóginn tilvik sem raunverulega svipta einstaklinginn sem efast er um öllu hæfi og lögmæti til þess að gegna embætti dómara og leiða til þess að skipun hans verði markleysa. Meiri hlutinn fellst á að annmarkarnir verði að vera verulegir til þess að leiða af sér brot gegn 1. mgr. 6. gr. og er það ástæða þriggja þrepa prófsins. Hins vegar lætur meiri hlutinn undir höfuð leggjast að greina á milli áhrifanna af formgöllum fyrir aðra umsækjendur og fyrir aðila að dómsmálum, og fer ekki í saumana á afleiðingum annmarkanna sem bent hefur verið á fyrir tiltekið dómsmál.⁷¹ Þessi síðarnefnda nálgun fær hins vegar stuðning í sumum aðildarríkjum Evrópuráðsins og í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins.

36. *Þættir úr samanburðarlögfræði.* Dæmi frá mismunandi aðildarríkjum Evrópuráðsins (t.d. Austurríki, Noregi, Svíþjóð, Bretlandi) sýna að ólögleg eða ólögmæt skipun dómara leiðir ekki sjálfkrafa til ógildingar dóma sem þeir hafa átt aðkomu að. Þótt í slíkum kerfum sé einnig litið á réttinn til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum sem nauðsynlega tryggingu fyrir réttlátri málmeðferð er þar ekki mælt fyrir um skilyrðislausu vernd gegn ákvörðun dómara sem skipaður hefur verið í embætti eftir gallaða málsmeðferð. Annmarki á skipun dómara í embætti grefur aðeins undan löglegri skipan dómstóls við tiltekna þröngar aðstæður. Þar er þröskuldurinn hafður hár og yfir hann komast ekki mál þar sem ágallar eru með öllu tæknilegs eðlis og ekki til þess fallnir að hafa nokkur áhrif á ákvarðanatökuna sjálfa um embættisskipunina. Í sumum löndum er höfð hliðsjón af því hvort ólögmæt skipun dómara hafi skipt máli fyrir málsmeðferðina og einnig af því tjóni sem af hlytist fyrir hvern málsaðila ef réttarhaldið í málinu yrði ógilt. Þetta verndar stjórnarskrárvarið starfsöryggi dómarans gegn óréttmætum atilögum og gildi réttarhaldsins gegn áhrifum af

⁷¹ Í mati sínu ræðst meiri hlutinn í óviðeigandi samanburð við mál sem eru – of – fjarri fyrirbyggjandi máli. Að þessu leyti er vísunin í mál *Iliatovsky*, sem fjallaði um leikmenn sem ekki höfðu verið skipaðir dómarar í samræmi við lagalegar kröfur (225. mgr. dómsins), sérlega óviðeigandi. Augljóst er að þeir voru einfaldlega alls engir dómarar.

lítilvægum annmörkum á málsmeðferð við skipun í dómaraembætti. Því miður tekur meiri hlutinn enga afstöðu varðandi þessa nálgun.

37. *Dómaframkvæmd Evrópudómstólsins.* Okkur er fullkunnugt um hin mjög svo viðkvæmu „réttarríkis“vandamál sem ýmis lönd Evrópu standa frammi fyrir, en dómur þessi er kveðinn upp með þau vandkvæði í bakgrunninum. Fyrir þessum dómstóli bíður úrlausnar fjöldi dóma sem varða 6. gr. mannréttindasáttmálans þar sem spurningar vakna varðandi tilvist eða skort á þeim hlutlægu tryggingum sem nauðsynlegar eru til þess að vernda sjálfstæði og óhlutdrægni dómara.⁷² Í Brussel bíða úrlausnar álitafni varðandi hvort tiltekin aðildarríki Evrópusambandsins uppfylli skyldur sínar samkvæmt lögum Evrópusambandsins, m.a. samkvæmt 2. og 7. gr. sáttmálans um Evrópusambandið (TEU) og raunveruleg tilvik um að aðildarríki hafi ekki uppfyllt þessar skyldur á sviði dómsmála hafa verið sem rauður þráður í málum fyrir Evrópudómstólnum nú í nokkur ár. Til sumra þessara dóma, og annarra sem ekki eru jafnaberandi, þar sem spurningar hafa vaknað um réttinn til lögmæts dómara („*juge légal*“) í hversdagslegra samhengi starfsmannadeilna innan ESB, er réttilega vísað í þessum dómi yfirdeildarinnar.

38. Við teljum þó ekki að dómar Evrópudómstólsins styðji nauðsynlega röksemdafærsluna sem liggur að baki afstöðu meiri hlutans – þ.e.a.s. um sjálfstæðan rétt til „dómstóls sem skipaður er að lögum“ sem óháður er raunverulegu mati á sjálfstæði og óhlutdrægni og um sjálfvirkar afleiðingar af annmörkum á málsmeðferð við skipun í dómaraembætti, eins og meiri hlutinn gefur til kynna. Tökum sem dæmi forúrskurð Evrópudómstólsins í máli frá 2019, sem kennt er við *A.K.*, þar sem til umfjöllunar var hvort hin nýja agadeild Hæstaréttar Póllands hafi verið sjálfstæður (sjá úrdráttinn í 138. mgr. dóms yfirdeildarinnar).⁷³ Evrópudómstóllinn skýrði hvenær dómstóll gæti talist skorta sjálfstæðið og óhlutdrægnina sem krafist er í 47. gr. sáttmála Evrópusambandsins um grundvallarréttindi. Að því er varðar aðdragandann að skipun í dóminn var tekið fram með ótvíræðum hætti að aðkoma framkvæmdavaldsins ylli ekki vandkvæðum en með þessum fyrirvara, með vísan til rótgróinnar framkvæmdar dómstólsins í Strassborg: „að því gefnu að þeir séu lausir við áhrif eða þrýsting við embættisstörf sín þegar þeir hafa verið skipaðir.“⁷⁴ Enn fremur, þegar vikið var að efnislegum skilyrðum og nákvæmum málsmeðferðarreglum um samþykki ákvarðana um skipun í

⁷² Sjá t.d. *Grzęda gegn Póllandi* (nr. 43572/18); *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. gegn Póllandi* (nr. 4907/18); *Broda gegn Póllandi* (nr. 26691/18) og *Bojara gegn Póllandi* (nr. 27367/18); *Żurek gegn Póllandi* (nr. 39650/18); *Sobczyńska o.fl. gegn Póllandi* (nr. 62765/14, 62769/14, 62772/14 og 11708/18); og *Reczkowicz o.fl. gegn Póllandi* (nr. 43447/19, 49868/19 og 57511/19).

⁷³ Sameinuð mál C-585/18, C-624/18 og C-625/18 *A.K. gegn Krajowa Rada Sądownictwa, og CP og DO gegn Sąd Najwyższy* (EU:C:2019:982).

⁷⁴ Sama heimild, 133. mgr.

embætti, taldi Evrópudómstóllinn að nauðsynlegt væri að tryggja að þær gætu ekki vakið lögmætar efasemdir í hugum manna varðandi ónæmi dómara sem um ræðir fyrir ytri áhrifavöldum og varðandi „*hlutleysi þeirra gagnvart þeim hagsmunum sem þeir hafa til umfjöllunar*“.⁷⁵ Með fullri virðingu, er erfitt að sjá mikinn mun á röksemdafærslu Hæstaréttar Íslands, þar sem rétturinn komst að þeirri efnislegu niðurstöðu, *in concreto*, að A.E. skorti ekki það sjálfstæði sem nauðsynlegt væri til þess að sitja í þriggja manna dómnum sem fjallaði um áfrýjun kæranda, og svo röksemdafærslu Evrópudómstólsins.

39. Ef litið er til starfsmannamáls sem getið er í dómi yfirdeildarinnar – *Simpson gegn ráði Evrópusambandsins*⁷⁶ – er það mál sem við fyrstu sýn gæti virst ljá nálgun meiri hlutans stuðning.⁷⁷ Við nánari athugun teljum við þó að svo sé ekki. Bakgrunnur málsins er svipaður bakgrunninum að máli kæranda sem hér um ræðir. Þegar ráðið skipaði í dóm Starfsmannadómstóls Evrópusambandsins (ECST) hefði ráðið stuðst við lista yfir umsækjendur sem tekinn var saman til þess að skipa tvo dómara sem skyldu skipa þann þriðja. Aðkomu hins síðarnefnda að máli Simpsons var mótmælt. Að því er varðar *afleiðingar* þessa annmarka á skipuninni – sem er nákvæmlega sama álitamál og það sem yfirdeildin stóð frammi fyrir – taldi Almenni dómstóll Evrópusambandsins að þar sem samsetning starfsmannadómstólsins hefði verið ólögmæt yrði sjálfkrafa að víkja til hliðar í heild sinni hinum áfrýjaða dómi.⁷⁸ Ekki væri unnt að „líta á sem lögmætan dómara“ hinn umrædda dómara.⁷⁹ En því máli taldi Evrópudómstóllinn að um lögvillu væri að ræða hjá Almenna dómstólnum. Hinn umdeildi annmarki á skipunarferlinu var ekki af þeim toga eða af því alvarleikastigi að raunveruleg hættu væri á því að ráðið hefði beitt valdi sínu með ótilhlýðilegum hætti, sem græfi undan heilindum niðurstöðu skipunarferlisins og vekti þannig lögmætar efasemdir í hugum manna um sjálfstæði og óhlutdrægni dómara, hvers skipun hefði verið mótmælt. Ekki hefði verið um að ræða neitt brot gegn grundvallarreglu varðandi dómara, sem ætluð væri til þess að standa vörð um sjálfstæði þeirra.⁸⁰ Evrópudómstóllinn hafnaði ekki röksemdafærslunni að baki því að deildin vék frá þessu í máli [Guðmundar Andra] *Ástráðssonar*, en reyndi að okkar mati augljóslega að vinna sig fram hjá henni.⁸¹ Einkum og sér í lagi

⁷⁵ Sama heimild, 133. mgr. (áhersla okkar).

⁷⁶ Mál C-542/18 RX-II og C-543/18 RX-II frá 26. mars 2020, *Simpson gegn ráði Evrópusambandsins og H.G. gegn framkvæmdastjórn Evrópusambandsins* (EU:C:2020:232)

⁷⁷ Sjá sér í lagi fjölmargar vísanir í dóm aðaldeildarinnar í þessu máli í sératkvæði Sharpstons lögmans frá 12. september 2019 (EU:C:2019:977).

⁷⁸ Mál T-646/16 P *Simpson gegn ráði Evrópusambandsins* (EU:T:2018:493).

⁷⁹ Sama heimild, 43. mgr. Sjá einnig dóm Almenna dómstólsins í máli T-639/16 P *FV* (EU:T:2018:22), 78. mgr., sem tekinn er upp í 132. mgr. í dómi aðaldeildarinnar..

⁸⁰ Mál C-542/18 RX-II og C-543/18 RX-II, sem vísað er til hér að framan í 79.-80. mgr.

⁸¹ Við vekjum athygli á því að Sharpston lögmaður leitaðist í 76.-87. mgr. sératkvæðis síns að greina á milli mála *Simpsons* og *Ástráðssonar*, og benti í þeim efnunum á það sem hún vísaði til í þessu máli sem „hagræðingu lista af hálfu framkvæmdavaldsins“. Það sem hún var hins vegar með í huga í þessu sambandi kemur betur í ljós í 107. mgr. sératkvæðisins, þar sem

byggði hann á grundvallarreglunni um réttaröryggi, sem hann taldi nauðsynlegt til þess að tryggja stöðugleika dómskerfisins, í því skyni að fyrirbyggja hvers kyns sjálfvirkni varðandi afleiðingar (ógildingu dómsniðurstöðu þar sem hinn umdeildi dómara hefði átt aðkomu) sem nýja stefnan í framkvæmd þessa dómstóls olli – og veldur nú – hættu á.

40. Þriðji dómur Evrópudómstólsins, sem ekki er getið í dómi yfirdeildarinnar, sýnir með jafnvel enn skýrari hætti úrslitamuninn sem er á almennu og e.t.v. kerfislægu vandkvæði varðandi skipun dómara og raunverulegum afleiðingum þess, ef einhverjar eru, í tilteknu máli. Dómurinn – sem kenndur er við *LM* eða *Celmer* – átti upptök sín í fyrirspurn (e. preliminary reference) frá Hæstarétti Írlands, þar sem spurt var hvort honum væri heimilt að fullnusta evrópska handtökuskipun sem gefin hefði verið út af pólskum dómurum vegna einstaklings sem sakaður væri um eiturfjásölu. Kærandinn sem handtökuskipunin beindist að hafði haldið því fram að þar sem Pólland og dómstólar þar í landi hefðu vikið með svo afgerandi hætti frá sameiginlegum gildum réttarríkisins ætti hann raunverulega hættu á því, væri hann framseldur, að brotið yrði gegn rétti hans til málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum dómstóli.⁸² Evrópudómstóllinn lagði ríkt á við dómstólinn sem fyrirspurnina sendi, og alla dómstóla sem stæðu frammi fyrir sama vandamáli í öðrum ríkjum ESB, að ráðast í tveggja þrepa ferli þegar til ákvörðunar væri hvort fullnusta ætti evrópska handtökuskipun við þessar aðstæður: í fyrsta lagi að leggja mat á kerfislæga eða almenna misbresti varðandi sjálfstæði dómstóla í aðildarríkinu sem hefði gefið út handtökuskipunina, og síðan að ganga úr skugga um, markvisst og nákvæmlega, hvort raunverulegar forsendur væru til þess að ætla að einstaklingurinn sem um ræðir ætti slíkt á hættu yrði hann framseldur til viðkomandi ríkis.⁸³ Síðartalda matið, *in concreto*, á meintri hættu á broti gegn reglunni um réttláta málsmeðferð verður að taka mið af persónulegri aðstöðu viðkomandi einstaklings, svo og af „eðli brotsins sem hann er sóttur til saka fyrir.“⁸⁴ Okkur er kunnugt um að

hún skýrir að ógilding dóms, sem kveðinn væri upp af dómara sem skipaður hefði verið með lögætum hætti, væri réttlæt看leg: „þegar málsmeðferð er hagrætt af pólitískum leiðtogum í því skyni að tryggja skipun stuðningsmanns þeirra í dómaraembætti sem ekki uppfyllti þær lagalegu hæfniskröfur sem settar hefðu verið í auglýsingunni eftir umsóknum ...“. Þetta er augljóslega ekki staðan í *Ástráðsson* málinu.

⁸² Mál C- 216/18 PPU *LM* (EU:C:2020:586).

⁸³ Sama heimild, 61. og 68. mgr.

⁸⁴ Sama heimild, 75. mgr. Varðandi þessa aðgreiningu milli almenns mats á kerfislægum vandkvæðum og einstaks mats á raunverulegum afleiðingum, sjá einnig dóm Hæstaréttar Írlands að fengnum úrskurði Evrópudómstólsins: „Það skiptir öllu máli fyrir prófið ... að þegar fram er komin staðhæfing um almennt eða kerfislægt brot gegn sjálfstæði, verður engu að síður að fara fram einstök, sérgreind og nákvæm ákvörðun á því hvort það telst, í viðkomandi máli, eitt og sér eða ásamt með öðrum þáttum, vera brot á réttinum til réttlátrar málsmeðferðar“ (*Dómsmála- og jafnréttisráðherra gegn Celmer (2018) IESC*); og sératkvæði Sharpstons lögmanns (sem vísað er til hér að framan, 109.mgr.) varðandi annmarka á skipunarferli sem voru ekki grófir í skilningi meiri hlutans, eins og við teljum að raunin sé hér: „... komi í ljós að rétturinn til réttlátrar málsmeðferðar hafi orðið *efnislega* fyrir

varðandi aðildarríki á borð við Pólland, þar sem álitamál sem tengjast sjálfstæði dómstóla hafa vaknað í kjölfar stöðugra lagabreytinga, eru nú spurningar uppi um hvort þörf sé á seinna stigi matsferlis Evrópudómstólsins sem lýst er hér að framan. Frá þessu sjónarmiði mætti líta svo á að annmarkar á einstöku máli teljist staðfestir um leið og kerfislægir annmarkar ná tilteknu stigi.⁸⁵ Í ljósi þess að brotið gegn 1. mgr. 6. mannréttindasáttmálans í þessu máli á rætur í röð misbresta sem voru mismikilvægir og misalvarlegir, en sem reyndar voru látnir viðgangast í sérstaklega útfærðu kerfi til skipunar á dómurum í embætti, teljum við að þetta mál sé augljóslega víðs fjarri pólska samhenginu sem er viðfangsefnið í langflestum málanna fyrir Evrópudómstólnum.

41. *Aðferðin sem ber að beita.* Í ljósi framangreinds ber að leggja áherslu á tvö aðferðafræðileg atriði: í fyrsta lagi er mögulegt, og kann að vera nauðsynlegt, að fjalla um hinar ýmsu kröfur samkvæmt 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans – „skipan dómstóls að lögum“, „sjálfstæði“ og „óhlutdrægni“ – hverja um sig í ljósi umkvartana kæranda, og, í öðru lagi ber að taka mið af afleiðingum þeirrar umfjöllunar, hver sem niðurstaðan er.

III. „DÓMSTÓLL SKIPAÐUR AÐ LÖGUM“ OG SJÁLFSTÆÐI Í MÁLI KÆRANDA

42. Eins og greinir hér að framan kemur kærandi fram með tvær aðskildar en þó samtengdar umkvartanir – um brot gegn kröfunni um „skipan að lögum“ (A) og um brot gegn rétti hans til réttlátrar málsmeðferðar vegna meints skorts á sjálfstæði og óhlutdrægni dóms Landsréttar, sem dæmdi í máli hans (B).

43. *Skylda til þess að fjalla um allar umkvartanir sem fram eru settar.* Af þeim ástæðum sem greinir hér að framan hefði yfirdeildin átt að fjalla um þessar tvær umkvartanir hvora í sínu lagi. Þótt þær eigi sér sama *uppruna* þýðir það ekki að *afleiðingarnar* af niðurstöðu um brot gegn annarri eða hinni séu þær sömu. Að auki felur brot í tilviki annarrar umkvörtunarinnar ekki sjálfkrafa í sér brot gegn hinni.

44. Það er rétt að dómstóllinn hefur oft látið vera að fjalla um jaðar- eða aukakröfur eða kröfur sem með einum og öðrum hætti falla inn í aðalkæruefnið, sem dómstóllinn hefur gefið ítarlegt svar við.⁸⁶ Þetta er aðferð dómstólsins til að leitast við að afgreiða eins margar kærur og mögulegt er, að einbeita sér að mikilvægustu lögfræðilegu álitamálunum, að forðast að

neikvæðum áhrifum skiptir höfuðmáli að sá réttur njóti forgangs fram yfir meginregluna um réttaröryggi og að dómurinn sem um ræðir verði ógiltur.“

⁸⁵ Sjá t.d. fyrirspurn í máli C-354/20 PPU *L v. Openbaar Ministerie*, sem bíður afgreiðslu.

⁸⁶ Sjá t.d., *Centre for Legal Resources f.h. Valentin Câmpeanu gegn Rúmentú* [GC], nr. 47848/08, 156. mgr., ECHR 2014, eða, þar áður, *Kamil Uzun gegn Tyrklandi*, nr. 37410/97, 64.mgr., 10. maí 2007.

ofhlaða tiltekinn dóm og að tryggja aukinn skýrleika með því að skilja frá jaðar- eða aukakröfur. Þegar kröfur eru hvorki jaðarkröfur né aukakröfur, er hægt að líta á það sem „synjun um réttlæti“ að hluta til ef sleppt er mikilvægum og jafnvel aðgreindum þætti í kæru.⁸⁷ Í þessu máli eru umkvartanir kæranda tvær augljóslega jafnsettar og báðar skipta máli varðandi álitamálið um afleiðingarnar, skv. 1. mgr. 6. gr., af hvers kyns brotum gegn þeirri málsgrein sem komist er að niðurstöðu um.

A. „Skipan að lögum“

45. *Tveir annmarkar á skipunarferlinu.* Með því að beita þriggja þrepa prófinu sem útfært er og útskýrt samkvæmt meginreglunum (sjá 243. mgr. og áfram í dóminum) eru í dóminum greindir tveir annmarkar á skipunarferlinu.

(i) brot ráðherra varðandi umsækjendurnar sem voru á lista dómnefndarinnar og hinn breytta lista sem ráðherra lagði fyrir Alþingi, og

(ii) brot Alþingis, sem bar að samþykka val ráðherra á umsækjendum í samræmi við settar reglur um atkvæðagreiðsluna.

46. *Að ráðherra fylgdi ekki lögboðinni málsmeðferð.* Við sjáum enga meinbugi á því að fallast á niðurstöðu meiri hlutans um röð annmarka á því hvernig ráðherra vék frá listanum sem dómnefndin hafði lagt til og lagði síðan breyttan lista fyrir Alþingi. Hæstiréttur Íslands benti á þessa annmarka í dómum sínum 19. desember 2017 og dæmdi umsækjendum bætur sem höfðu verið á lista [dómnefndarinnar] en teknir af honum (sjá 68.-73. mgr. þessa dóms). Samkvæmt þeim dómi Hæstaréttar var ráðherra heimilt að leggja eigin tillögu um umsækjendur fyrir Alþingi, en þá yrði tillaga hennar að vera reist á sjálfstæðri rannsókn á öllum þeim þáttum sem nauðsynlegir væru til þess að rökstyðja tillögunar í samræmi við fastmótaða reglu um stjórnsýslu-meðferð. Af þeim sökum bar ráðherra að tryggja að eigin rannsókn hennar og mat byggðu á sambærilegri sérfræðiþekkingu og þeirri sem dómnefndin byggði yfir og að leiðbeiningarnar um matsferlið sem mælt væri fyrir um í gildandi reglum um störf dómnefndarinnar – reglum sem settar hefðu verið af dómsmálaráðuneytinu til leiðbeiningar um þau störf – yrðu hafðar að leiðarljósi í mati hennar. Að lágmarki hefði ráðherranum borið að gera samanburð á hæfni þeirra fjögurra umsækjenda sem hún hefði bætt á listann og þeirra fjögurra sem hún hefði tekið út. Eftir niðurstöðu þess samanburðar hefði ráðherra síðan borið að veita fullnægjandi rökstuðning fyrir þeirri ákvörðun sinni að leita eftir samþykki Alþingis fyrir tillögu sinni um að víkja frá áliti dómnefndarinnar. Aðeins þannig hefði Alþingi með fullnægjandi hætti getað rækt hlutverk sitt í ferlinu og tekið nægjanlega upplýsta afstöðu til mats ráðherra. Var rannsókn dómsmálaráðherra ófullnægjandi að því

⁸⁷ Sjá t.d. sératkvæði Sicilianos dómara í *Myasnik Malkshyan gegn Armeníu*, nr. 49020/08, 15. október 2020 (ekki orðinn endanlegur).

marki að henni var ekki fært að taka aðra ákvörðun um hæfni umsækjenda en þá ákvörðun sem dómnefnd hafði áður tekið á grundvelli sömu gagna (sjá 72.-73. mgr. dómsins). Háttsemi ráðherra var því bagalegri að hún hlaut að hafa vitað um hinn hála ís sem hún var að hætta sér út á þar sem hún hefði verið vörud við af lögfræðingum sínum í ráðuneytinu (sjá 35. mgr. og áfram í dóminum).

47. Samkvæmt skiptum sem urðu á minnisblöðum við Alþingi hafði ráðherra einnig verið tjáð að gert væri ráð fyrir að hún rökstyddi tillögur sínar og tæki sérstaklega fram ef hún hygðist bregða út af mati dómnefndarinnar (33. mgr. dómsins). Þá var henni einnig ráðlagt að upplýsa umsækjendur um hvers kyns fyrirhugaðar breytingar á matsþáttum og gefa þeim tækifæri til þess að leggja fram ný gögn sem máli gætu skipt fyrir nýtt mat (37 mgr. dómsins)

48. Að því er varðar ástæðurnar sem ráðherra gaf fyrir vali sínu – meiri dómareynsla og kynjajafnvægi – er rétt að geta þess að val hennar á umsækjendum í stað annarra fór ekki alls kostar saman við ástæðurnar sem gefnar voru. Til að mynda skipti hún ekki út umsækjendunum fjórum sem voru á upphaflega listanum (fjórum körlum) fyrir fjórar konur, heldur fyrir tvær konur og tvo karla, þrátt fyrir að fleiri en tvær konur væru á listanum yfir hæfa umsækjendur sem ekki höfðu ratað inn á lista dómnefndarinnar.

49. *Skortur á gildum ástæðum fyrir vali ráðherra?* Það er þó rangt að okkar mati að halda fram að ráðherra hafi ekki sett fram *nein* rök fyrir vali sínu (263. mgr. Dómsins). Þvert á móti taldi hún að matsþættirnir sem dómnefndin hefði stuðst við hefðu verið ófullnægjandi að því leyti að reynslu umsækjenda um embætti við hinn nýja áfrýjunardómstól af dómaraströfum hefði ekki verið veitt nægilegt vægi (44. og 47. mgr. dómsins). Við það má bæta að af hálfu ýmissa hagsmunaaðila og stofnana á þeim tíma sem um ræðir hafði verið tekið undir gagnrýnina á ósveigjanleika matsþáttanna sem valdir voru og beitt var af dómnefndinni, svo og að reynslu af dómaraströfum hefði ekki verið veitt nægilegt vægi.⁸⁸ Enn fremur hefur skipunarferlinu síðan verið

⁸⁸ Þannig er til að mynda skýrt tekið fram í greinargerðum ríkisins að þörfin á því að ætla dómareynslu aukið vægi hefði einnig verið undirstrikuð af varaformanni Dómarafélags Íslands. Fulltrúi þess félags var boðaður á fund stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar Alþingis hinn 29. maí 2017 (45. mgr. dómsins) og voru lagðar fyrir hann spurningar 30. maí 2017 (48. mgr. dómsins). Því miður eru ekki veittar upplýsingar í dóminum um svörin sem dómarafélagið veitti stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd. Sjá einnig ársskýrslu umboðsmanns Alþingis 2016 varðandi ágalla á matsaðferðum sem þróast hafa á Íslandi til nota við skipun í opinber embætti (sbr. 116. mgr. dómsins).

„... [Ég hef hins vegar síðari ár orðið þess var] að framangreindri [mats]aðferð sé beitt með of formlegum eða fortaklausum hætti en minna fari fyrir efnislegu mati á þekkingu og getu umsækjenda. Þannig er t.d. einungis litið til þess hversu löng starfsreynsla þeirra er í árum talið, hversu mörgum námskeiðum þeir hafa lokið eða hversu margar fræðigreinar þeir hafa birt en þess sjást ekki merki að lagt hafi verið mat á t.d. inntak starfsreynslunnar, þ.á m. hversu vel viðkomandi hefur staðið sig í starfi og þá með tilliti til þess hvernig ætla megi að sú starfsreynsla muni nýtast í því starfi sem verið er að ráða í. ... Afleiðingarnar eru að

breytt, þannig að dómnefndir skila nú tillögum um fleiri umsækjendur en nemur lausum embættum (eins og skýrt er í greinargerðum ríkisins, sbr. 190. mgr. dómsins). Rétt er að taka fram að þetta er nákvæmlega það svigrúm sem ráðherra hafði farið fram á varðandi skipun í embætti við Landsrétt. Að auki var munurinn á umsækjanda nr. 15 (sá síðasti sem hélst á listanum) og A.E., í 18. sæti, 0,205 (5,48-5,275/10) stig = 2,05%. Þegar svo lítið ber á milli þeirra er nánast útilokað að tala um einhvern hæfnismun. Þá virðist hið aukna vægi sem ráðherra veitti tveimur matsþáttum, jafnvel þótt hún færi ekki eftir þeim að öllu leyti og með fullu samræmi, ekki með öllu órökrétt. Tvær konur og tveir karlar komu í stað fjögurra karla og af þeim umsækjendum sem héldust inni hafði hver þeirra meiri – raunar mun meiri – reynslu af dómaraströfum. Dómarinn sem deilt var á í máli kæranda að því er varðar sjálfstæði og óhlutdrægni, A.E., hlaut einkunnina 8,5 fyrir þennan þátt meðan þeir fjórir sem féllu af listanum höfðu aðeins hlotið á bilinu 0,5 til 5,3 stig, Ekkert virðist gerræðislegt eða órökrétt við að krefjast verulegrar dómaraströfslu í fyrsta áfrýjunardómstóli ríkis.

50. *Að Alþingi fylgdi ekki settum reglum um atkvæðagreiðslu.* Á Alþingi voru greidd atkvæði í einu lagi þótt óumdeilt sé að samkvæmt þeirri málsmeðferð sem sérstaklega var komið á með dómstólalögunum frá 2016 hefði átt að greiða atkvæði um hvern og einn umsækjanda (sjá 19. og 105. mgr. og einnig 70., 90. og 189. mgr. dómsins). Það kann þó að vera fulllangt gengið að halda því fram að það að ekki hafi verið farið eftir þessum reglum hafi “án vafa [aukið] á hið alvarlega brot sem þegar hafði verið framið af dómsmálaráðherra ...“ (270. mgr. dómsins, áhersla okkar). Að fenginni tilkynningu þingforseta um að greiða mætti atkvæði sérstaklega um umsækjendurna, sem dómsmálaráðherra hefði lagt til, eða, ef enginn andmælti, þá greiða atkvæði í einu lagi, hreyfði enginn andmælum, hvorki úr meiri hlutanum né minni hlutanum á þinginu, eða fór fram á atkvæðagreiðslu um hvern og einn umsækjanda (52. mgr. dómsins). Hæstiréttur hafði fjallað um þennan annmarka og komist að þeirri niðurstöðu að „ekki væri um að ræða annmarka á málsmeðferð sem vægi hefði“ (90. mgr. dómsins). Hafði rétturinn flutt sannfærandi rök fyrir því að atkvæðagreiðslan í einu lagi hefði verið “án annmarka, að því tilskildu að kostur hefði gefist á að greiða atkvæði um hvern og einn umsækjanda kæmi fram ósk um slíkt“ (70. mgr. dómsins). Við það má bæta að ef atkvæðagreiðslan á Alþingi í einu lagi hefði talist mikilvægur eða augljós annmarki hefði skipun allra dómaraanna við Landsrétt, þar með talið þeirra 11 sem voru á lista dómnefndarinnar, einnig verið gölluð

51. *Röð annmarka sem, teknir saman, leiða til niðurstöðu um brot gegn 1. mgr. 6. gr.* Eins og tekið er fram í innganginum erum við sammála

raunverulegur vafi skapast um hvort hæfasti umsækjandinn til að gegna starfinu hafi hlotið flest stigin ...“ (áhersla okkar).

starfssystkinum okkar varðandi brotið gegn kröfunni um „skipun að lögum“ þar sem við höfum greint röð misbresta, af mismunandi vægi og alvarleika, í skipunarferli dómara við Landsrétt. Ráðherrann sinnti ekki þeirri skyldu að færa rök samkvæmt stjórnslulögum og samkvæmt ákvæðum dómstólalaga sérstaklega, sem gerði henni kleift, sem undantekningartilvik, að víkja frá tillögu dómnefndarinnar. Þótt hún hefði gripið til þessara afbrigða á grundvelli matsþátta sem heita mega lögmætir fylgdi hún þeim matsþáttum ekki með samræmdum hætti þegar hún valdi umsækjendurna fjóra í stað annarra. Misbresturinn af hálfu þingsins – sem rekja mætti til þingforseta eða þingsins alls – var ekki slíkur að telja mætti að hann ylli því einn og sér að skipunarferlið yrði ólögmætt. Þegar hins vegar er litið á málsmeðferðina í heild – val og tillögu dómnefndarinnar, ákvörðun ráðherra að víkja frá þeirri tillögu og aðferðina sem beitt var, spurningarnar sem nefndarmenn í stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd spurðu, þá ásýnd að ákvarðanatökufærlið hafi verið keyrt í gegn o.s.frv. – getum við fallist á að hin þinglega meðferð hafi ekki vegið á móti þeim annmörkum sem á voru orðnir. Þetta samansafn annmarka er því hryggilegra þegar haft er í huga að komið hafði verið á fót sérstöku vönduðu skipunarferli til stofnsetningar nýs áfrýjunardómstóls, sem hefði átt að hvetja til þess að allir sem að málinu kæmu sýndu sérstaka árvekni og færu í einu og öllu eftir þeim reglum sem giltu. Við erum hins vegar ósammála starfssystkinum okkar, sem „ýkja“ annmarkana sem greindir voru til þess að standast prófið um augljóst brot, sem yfirdeildin hefur ákveðið að þróa og afleiðingarnar sem meiri hlutinn telur það hafa ef þröskuldinum er náð, þ.e.a.s. að þá sé um að ræða almennt brot á 1. mgr. 6. gr. sem meiri hlutinn lítur svo á að geri óþarft að ráðast í mat á máli kæranda sjálfs.⁸⁹

B. Sjálfstæði og óhlutdrægni

52. *Röksemdirnar sem meiri hlutinn færir fyrir því að ekki sé þörf á mati á sjálfstæði og óhlutdrægni.* Eins og tekið er fram með gagnorðum hætti í 295. mgr. dómsins og skýrt er hér að framan taldi meiri hlutinn að engin þörf væri á því að fjalla um síðari liðinn í kæru kæranda varðandi meintan skort þeirrar deildar Landsréttar, sem fjallaði um mál hans, á sjálfstæði. Þar sem kæruliðirnir eiga rætur í sama undirliggjandi vandamáli – ólögmætri

⁸⁹ Sbr. sératkvæði Lemmens og Gričco dómara með dómi aðaldeildar, 8. mgr.: „...prófsteinn[inn] á „grófa synjun um réttláta málsmeðferð“ [er] strangt próf á ósanngirni. Gróf synjun um réttláta málsmeðferð er annað og meira en misbrestir eða skortur á öryggisráðstöfunum í málsmeðferð af þeim toga sem gætu falið í sér brot gegn 6. grein. Það sem til þarf að koma er „brot gegn meginreglum um sanngjarna málsmeðferð sem tryggðar eru með 6. gr. og eru slík grundvallaratriði að þau jafngilda afnámi eða eyðingu sjálfs kjarna réttarins sem tryggður er með þeirri grein“ ... Ef þetta er yfirfært á kröfuna um að skipan dómstóls skuli „ákveðin með lögum“ þýðir það að einungis geti verið um að ræða brot gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans þegar brotið gegn reglunum um skipan eða lögsögu dómsins er slíkt grundvallaratriði að það jafngildir eyðingu sjálfs kjarna kröfunnar um að skipan sé ákveðin með lögum ...“

málsmeðferð við skipun í dómaraembætti – gerði niðurstaðan um brot varðandi eina kröfu („skipan að lögum“) óþarft að fjalla um hinn kæruliðinn (meinta ósanngjarna málsmeðferð vegna skorts á sjálfstæði dómstóls). Með öðrum orðum var afleiðingin af brotinu gegn 1. mgr. 6. gr. að því er varðar fyrri kröfuna, sjálfkrafa en óbeint, ósanngirni réttarhaldanna yfir kæranda. Ef farið er út á ystu nöf – eins og gert er beint eða óbeint í sératkvæðum dómara Serghides og Pinto de Albuquerque – hlaut kærandi ekki málsmeðferð fyrir dómstóli sem stofnað var til með lögum og því var ekki um neinn „dóm“ að ræða hvað hann varðaði.

53. *Nauðsyn þess að meta sjálfstæði og óhlutdrægni.* Þótt við séum því fyllilega sammála að annmarkar á málsmeðferð við skipun í dómaraembætti geti haft í för með sér sterkar líkur á skorti á sjálfstæði og hlutlægrri óhlutdrægni getur ekki verið og má ekki vera nein sjálfvirkni í þeim efnum. Í hverju máli er nauðsynlegt að ganga úr skugga um hvort brotin gegn lagakröfum sem áttu sér stað í skipunarferlinu hafi orðið til þess að skerða sjálfstæði og hlutlæga óhlutdrægni dómara í réttarhöldunum sem um er deilt þegar bornar hafa verið brigður á sanningirni þeirra. Ummerki um slíka nálgun er að finna á víð og dreif í sjálfum yfirdeildardóminum; tökum sem dæmi afstöðu pólska mannréttindafulltrúans: „til þess að brot teldist gróft þyrfti það að varða *grundvallaratriði og vera óaðskiljanlegur hluti skipunarferlisins* (197. mgr. dómsins, áhersla okkar). Síðar, í 234. mgr. dómsins, svo dæmi sé tekið, leggur yfirdeildin áherslu á að dómstóllinn verði „með kerfisbundnum hætti að grennslast fyrir um hvort meintur annmarki á tilteknu máli hafi verið svo alvarlegur að hann hafi ... vakið efasemdir um sjálfstæði dómstólsins sem um ræðir.“ Að auki er með skýrum hætti tekið fram að frávik frá grundvallarreglunni um réttarvissu verði einungis réttlætt „... þegar aðstæður skapa til þess verulega og knýjandi nauðsyn, svo sem til þess að leiðrétta grundvallarannmarka eða réttarspjöll“ (238. mgr. dómsins).

54. *Röksemdafærsla kæranda varðandi meintan skort A.E. á sjálfstæði.* Ef vikið er að réttarhöldunum yfir kæranda – réttarhaldinu sjálfu, sem hlýtur að liggja að kjarna mats dómstólsins varðandi 1. mgr. 6. gr. – og að álitamálinu um sjálfstæði A.E. ber að minnast þess að kærandi var sóttur til saka fyrir að aka án gilds ökuleyfis og undir áhrifum eiturlyfja. Hann játaði sök og hlaut þungan dóm. Hann áfrýjaði dóminum. Eftir því sem leið á málsmeðferðina breytti hann forsendum áfrýjunar sinnar og vísaði til lögmætis skipunar A.E. í embætti við Landsrétt og í öðru lagi, og sér í lagi, sanningirni málsmeðferðarinnar í ljósi meints skorts hennar á sjálfstæði og óhlutdrægni.

55. Byggði hann þessa síðari umkvörtun á þeirri tilgátu, varla meira en það, að skipun A.E. í embætti hefði verið liður í pólitískum hrossakaupum, að aðkoma hennar að kosningu forseta Landsréttar hlyti að hafa markast að pólitískri hlutdrægni og að það hefði síðan haft áhrif á úthlutun mála til

dómara við Landsrétt. Taldi hann að af þeim sökum hefði hann haft ástæðu til að óttast að dómur Landsréttar, eins og hann var skipaður í máli hans, hefði skort nauðsynlegt sjálfstæði og óhlutdrægni til þess að afgreiða mál hans af sanngirni.

56. *Mat á sjónarmiðum kæranda.* Þessi röksemdafærsla er bæði almenn og vanreifuð. Þar er ekki að finna neina tilgreinda ástæðu sem tengist honum, máli hans eða sakargiftunum í áfrýjunarmálinu, sem gætu réttlætt meintan ótta hans um skort á sjálfstæði eða óhlutdrægni Landsréttar við afgreiðslu máls hans. A.E., sem hafði gegnt dómaraembætti um árabíl, hefði dómnefndin viðurkennt að byggi yfir þeirri hæfni og því hæfi sem áskilið væri til þess að gegna embætti dómara við Landsrétt. Með öðrum orðum uppfyllti hún kröfurnar sem settar voru með nýju dómstólalögunum. Þessu andmælti kærandi ekki. Hún hafði hlotið færri stig í mati dómnefndarinnar, af því að hún hafði enga reynslu af lögmennsku, kennslu eða fræðistörfum og af því dómnefndin hefði ákveðið að minnka vægi fyrri dómara-reynslu. Þegar hún hefði verið skipuð í embætti dómara við Landsrétt af forseta Íslands hefðu gilt um hana allar þær tryggingar sem giltu um dómara og skyldur sem á dómurum hvíldu. Hún var skipuð í embætti ótímabundið, var ekki bundin af því að hlíta neinum reglum framkvæmdavaldsins og ekki var unnt að víkja henni úr embætti nema með dómsúrskurði. Tilfærsla í annað embætti gegn vilja hennar var einungis mögulegur í því tilviki að dómstólakerfið væri endurskipulagt. Enn fremur hafði kærandi verið sakfelldur fyrir alvarlegt umferðarlagabrot. Dæmt var í máli hans án sönnunarfærslu, þar sem hann hafði játað brotin skýlaust. Andmælti kærandi því ekki að sakfelling hans hefði fyrst og fremst byggst á játningu hans.

57. Að auki er ljóst af dómnum að meiri hlutinn vefengir ekki í raun sjálfstæði A.E. Dómur hennar í máli kæranda, og að auki allir dómur sem kveðnir væru upp af áfrýjunardómstól þar sem hún ætti sæti, væri einungis í andstöðu við einstrengingslega afstöðu til annmarka á málsmeðferð við skipun í dómaraembætti sem ekkert eiga skylt við umferðarlagabrot sem kærandi hefði játað á sig. Að því er varðar A.E. kemur eftirfarandi fram hjá meiri hlutanum í 285. mgr.:

"spurningin um hvort annmarkarnir sem um er deilt hafi haft einhver raunveruleg áhrif á sjálfstæði eða óhlutdrægni A.E., sem lá að kjarna umfjöllunar Hæstaréttar um mál kæranda, [hafði] engin bein tengsl sem slík við matið á sérstakri kærðu hans sem byggði á kröfunni um „dómstól sem stofnað er til með lögum“ (áhersla okkar).

Í 280. mgr. kemur þetta enn skýrar fram:

„Dómstóllinn hefur enga ástæðu til þess að efast um ... að dómarnir, hver og einn, myndu, að hlotinni skipun í embætti, leitast við að virða kröfur um réttláta málsmeðferð“.⁹⁰

⁹⁰ Sjá einnig 1. og 15. mgr. í sératkvæði dómans Pinto de Albuquerque, þar sem hann fellst á að annmarkarnir sem um er deilt væru „óneitanlega fjarlægir“ máli kæranda.

58. Ríkið hafði, mjög svo réttilega að okkar mati, farið fram á það við dómstólinn að rugla ekki saman réttaráhrifunum af annmörkunum á skipunarferlinu á þá umsækjendur sem hefðu verið teknir af lista dómnefndarinnar og réttaráhrifunum af sömu annmörkunum á stöðu A.E. eða á mál kæranda. Meðan réttaráhrifin fyrir hina fyrrnefndu hefðu verið greinanleg og raunveruleg, og hefðu þess vegna leitt til þess að þeim voru dæmdar bætur, voru annmarkarnir sem kærðir voru og viðurkenndir af innlendu dómstólunum órafjarlægir áfrýjun kæranda. Meiri hlutinn nálgast álitamálið um „fjarlægð“ með tilliti til tíma (sjá 285. mgr. dómsins) þegar aðalspurningin var í raun, eins og yfirdeildin tók fram í upphafi, hvort einhverjir annmarkar á skipunarferli dómara við Landsrétt, þar með talið A.E., hefðu haft einhverjar afleiðingar fyrir sanngjarna málsmeðferð í máli kæranda og fyrir afgreiðslu áfrýjunarmáls hans. Spurningin um orsök og afleiðingu er annað hvort ekki skilin af meiri hlutanum sem málinu viðkomandi eða þá að hún er einfaldlega virt að vettugi.

59. *Niðurstaða: enginn skortur á sjálfstæði.* Kærandi rökstuddi ekki með fullnægjandi hætti hvernig hinir umþrættu annmarkar á málsmeðferð hefðu haft þau áhrif að grafa undan sjálfstæði og óhlutdrægni Landsréttar í raun – þ.e. hvernig áhyggjur hans að því leyti væru rökstuddar á hlutlægan hátt eins og krafist er samkvæmt dómaframkvæmd mannréttindadómstólsins.⁹¹

IV. LOKAORÐ

60. Hvaða ályktun ber að draga þegar niðurstaðan er sú að málsmeðferðin sem leiddi til skipunar dómara í embætti er ólögmat, þannig að krafa um „skipan að lögum“ er ekki uppfyllt, en annmarkarnir sem komið hafa í ljós hafa ekki nægilegt vægi til þess að þeir leiði til skorts á sjálfstæði og/eða óhlutdrægni?

61. *Niðurstöðurnar í dómnum varðandi úrbætur og almennar aðgerðir.* Dómurinn er fámáll að því er varðar afleiðingarnar af brotinu gegn 1. mgr. 6. gr. Kæranda eru ekki dæmdar neinar miskabætur. Með vísan til 46. gr. mannréttindasáttmálans er í dómnum ítrekuð sú meginregla að ríkinu beri lagaskylda til þess að velja, „undir eftirliti ráðherranefndarinnar, þær almennu og/eða, ef við á, sértæku ráðstafanir sem taka ber upp í hið innlenda réttarkerfi í því skyni að binda enda á brotið sem dómstóllinn hefur komist að niðurstöðu um og, eftir því sem unnt er, bæta fyrir afleiðingar þess“ (311. mgr. dómsins). Dómstóllinn viðurkennir að við tilteknar sérstakar aðstæður hafi dómstólnum fundist gagnlegt að gefa hinu kærða ríki vísbendingu um þá tegund ráðstafana sem grípa mætti til í því skyni að binda enda á aðstæðurnar – sem oft eru

⁹¹ Sjá, að breyttu breytanda, *Kleyn o.fl. gegn Hollandi* [GC], nr. 39343/98 og 3 aðra dóma, 194. mgr., ECHR 2003-VI, og *Filippini gegn San Marino* (ákv.), nr. 10526/02, 26. ágúst 2003.

kerfislægar. Dómurinn byggir síðan alfarið á yfirlýsingu sem málsvari kæranda gaf við málflutning fyrir yfirdeildinni þar sem hann svaraði neitandi aðspurður hvort skjólstæðingur hans sæktist eftir endurupptöku máls síns. Enginn gaumur var gefinn að því þegar kærandi dró þessa yfirlýsingu um síðir til baka, með þeim rökum að ekki lægi fyrir fullnægjandi rökstuðningur sem skýrði breytinguna á fyrri afstöðu kærands (313. mgr.). Að lokum segir í dóminum að það komi í hlut ríkisins að grípa til almennra ráðstafana eftir því sem við á í því skyni að leysa þau vandamál sem leiddu til niðurstöðu dómstólsins og koma í veg fyrir að sambærileg brot eigi sér stað í framtíðinni. Þá er því við bætt að þetta beri ekki að skilja sem svo að á ríkið sé lögð skylda samkvæmt mannréttindasáttmálanum til þess að endurupptaka öll sambærileg mál sem síðar hafa hlotið endanlegt gildi (res judicata) (314. mgr.).

62. *Rökin sem vantar fyrir því að ekki er krafist endurupptöku.* Þótt við séum að öllu leyti sammála niðurstöðunum erum við í erfiðleikum með að skilja röksemdafærsluna að baki.

63. Í dómi meiri hlutans er réttilega gerður greinarmunur í niðurstöðukaflanum á almennum og sértækum einstökum aðgerðum. Við styðjum augljóslega að þessi greinarmunur sé gerður, þar sem þráðurinn í sératkvæði okkar lýtur einmitt að þörfinni á því að greinarmunur sé gerður á hinu almenna vandamáli, sem liggur í annmörkunum á skipunarferlinu varðandi tiltekna dómara við hin nýstofnaða Landsrétt, og svo hinu sérstaka vandamáli sem lýtur að sanngirni réttarhaldanna yfir kæranda vegna umferðarlagabrots.

64. Við styðjum niðurstöðu um að íslensk stjórnvöld ættu að grípa til almennra ráðstafana til þess að koma í veg fyrir endurtekningu þeirra misbresta sem urðu á þessu skipunarferli. Við gerum okkur grein fyrir hinu afar viðkvæma samhengi sem þessi dómur fellur í, nú þegar álitafnum fjölgar ört að því er varðar sjálfstæði dómstóla og réttarríkið almennt. Svo undarlegt sem það er, lýtur það sem er í húfi á evrópskum vettvangi síður að kröfunni um að dómstóll sé „skipaður að lögum“ og fremur að álitamálinu um sjálfstæði dómstóla. Af þeim ástæðum sem greint er frá hér að framan er það sú spurning sem við teljum kjarna málsins.⁹² Í Evrópu eru um þessar mundir sláandi dæmi þar sem skipanir eru í samræmi við innlend lög, en þar sem löggin sjálf kunna að vera vandamálið, þar sem þau virðast miða að því, yfirleitt eftir hægfara eða hraðfara breytingarferli, að festa í sessi yfirráð framkvæmdavaldsins yfir dómsvaldinu og fjötra þannig og grafa undan sjálfstæði þess. Reyndar veitum við því eftirtekt að íslensk stjórnvöld hafa þegar viðurkennt og bætt úr misbrestunum á málsmeðferðinni við skipun í dómaraembætti. Að gengnum dómi aðaldeildarinnar voru aðeins ellefu af

⁹² Yfirlit yfir rótgróna dómafrankvæmd sem er til marks um miðlægi sjálfstæðis má finna í nýju upplýsingariti dómstólsins um sjálfstæði dómstólakerfisins (Factsheet on the Independence of the justice system), https://echr.coe.int/Documents/FS_Independence_justice_ENG.pdf.

dómurunum fimmtán, sem skipaðir höfðu verið, að störfum við Landsrétt, fjórir dómáram til viðbótar voru settir tímabundið í embætti og síðan var auglýst að nýju eftir dómurum og loks voru skipaðir nýir dómáram, þ.m.t. A.E., að lokinni eðlilegri málsmeðferð.

65. *Hin undirliggjandi réttlætting: greinarmunur á almennum og einstökum afleiðingum.* Það er raunar afar einföld og auðskilin ástæða fyrir því að neita að synja um endurupptöku á máli kæranda og, að auki, á almennan og ótilgreindan hátt, öllum málum sem A.E. átti aðkomu að. Meðan hið kerfislæga vandamál í heild kallar á almennar aðgerðir er endurupptaka tiltekins afmarkaðs máls einungis nauðsynlegt ef dómara skortir sjálfstæði eða óhlutdrægni eða ef heildarsanngirni máls er skert.

66. Eins og við höfum leitast við að skýra hér að framan var ekkert dregið fram sem gæti hafa leitt til slíkrar niðurstöðu. Í stuttu máli voru engin merki, ekki einu sinni óbein, um að annmarkarnir á skipunarferlinu hefðu haft áhrif á umfjöllunina um sakarefnin eða niðurstöður hennar í máli kæranda, sérstaklega í áfrýjunarmáli hans.

67. Það er því hinn afar mikilvægi greinamunur milli hinna almennu vandkvæða og hugsanlegra, en ekki sjálfgefina, afleiðinga þeirra í tilteknu máli sem skýrir hvers vegna almennar aðgerðir til úrbóta eru nauðsynlegar í þessu máli, en endurupptaka hinnar tilteknu málsmeðferðar þar sem kærandi var sóttur til saka er það ekki. Að því er varðar orsakasamhengi í hinu tiltekna máli hafði vandamálið á hinu almenna stigi engin bein orsakatengsl við sanngirni áfrýjunarmáls kæranda.

68. Eins og við tókum fram í upphafi á atkvæði okkar með niðurstöðu um að brotið hafi verið gegn 1. mgr. 6. gr. rætur í þeirri skoðun okkar að röð misbresta, af mismunandi mikilvægi og alvarleika, hafi átt sér stað í skipunarferli dómara við hinn nýstofnaða Landsrétt á Íslandi en sá mikilvægi fyrirvari er á atkvæðinu að sanngirnin í hinu tiltekna máli kærands var ekki á nokkurn hátt skert.

69. Sératkvæði okkar ætti ekki með nokkrum hætti að skilja þannig að með því sé gert lítið úr mikilvægi þess að fara að þeim reglum sem gilda um skipun dómara fyrir traust málsaðila og almennings á sjálfstæði og óhlutdrægni dómstólanna. Þær kröfur eru meiri háttar áfangi í þágu lýðræðis og réttarríkis og þær liggja að kjarna réttarins til skilvirkrar réttarverndar og grundvallarréttarins til réttlátrar málsmeðferðar. Sérhverju lýðræðislegu stjórnkerfi ber að standa vörð um þessi gildi. Breyting dómstólanna í tímans rás úr „löngum armi“ pólitísku valds til þess að hafa stjórn á borgurum og þagga niður í þeim í stofnanir sem vernda einstaklingsfrelsi í stofnanabundnu umhverfi sem einkennist af aðgreiningu valds er þróun sem ekki verður ofmetin að mikilvægi. Það er enn fremur þróun sem þessi dómstóll leitast við að standa vörð um og í þeim efnum er honum skylt að sýna stöðuga árvekni.

SÉRATKVÆÐI SERGHIDES DÓMARA

1. Meginálitaefnið í þessu máli var hvort Landsréttur, sem staðfesti sakfellingu kæranda og refsingu hans vegna umferðarlagabrots (sautján mánaða fangelsisvist og varanleg svipting ökuleyfis), hefði verið „dómstóll skipaður að lögum“ í merkingu 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans í ljósi þess að einn dómari í dómi hins nýstofnaða Landsréttar sem dæmdi í máli hans hefði ekki verið skipaður í samræmi við innlend lög.

2. Ég er sammála dóminum um að brotið hafi verið gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans, þar sem dómstóllinn var ekki „skipaður að lögum“. Hins vegar fellst ég ekki á þá niðurstöðu dómstólsins að ekki hefði verið þörf á að hann fjallaði um aðrar umkvartanir samkvæmt þeirri grein, þ.e. að dómstóllinn skorti sjálfstæði og óhlutdrægni. Nánar tiltekið varðar eini ágreiningurinn sem ég geri við dóminn 2. lið dómsorðs hans, þar sem segir „að ekki sé þörf á að fjalla um þá kæruliði sem eftir standa varðandi 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans,“ sem kemur á eftir 1. lið dómsorðsins (sem samþykktur var samhljóða) þar sem talið var „brotið [hefði] verið gegn 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans að því er varðar réttinn til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum.“

3. Skýringin sem dómstóllinn gefur á því hvers vegna ekki sé þörf á að fjalla um aðrar umkvartanir varðandi sjálfstæði og óhlutdrægni er gefin í 295. mgr. dómsins:

„Dómstóllinn vekur athygli á því að í þessu máli stafa kærurnar sem vísa til réttarins til málsmeðferðar fyrir „dómstóli sem skipaður er að lögum“ og „sjálfstæðis og óhlutdrægni“ af sama undirliggjandi vanda, þ.e.a.s. annmörkunum á skipun A. E. sem dómara við Landsrétt. Eins og dómstóllinn hefur komist að niðurstöðu um hér að framan voru annmarkarnir sem um ræðir svo alvarlegir að þeir grófu undan sjálfum kjarna réttarins til málsmeðferðar fyrir dómstóli sem skipaður er að lögum. Að fenginni þeirri niðurstöðu telur dómstóllinn að það álitamál sem eftir stendur, þ.e. hvort sömu annmarkar hafi jafnframt sett í uppnám sjálfstæði og óhlutdrægni sama dómstóls, þurfi ekki frekari athugunar við ...“

4. Að mínu mati, eftir að komist hefur verið að niðurstöðu um að ekki hefði verið til að dreifa dómstóli sem skipaður var að lögum urðu þeir „kæruliði[r] sem eftir [stóðu],“ þ.e.a.s. þeir sem fjölluðu um réttinn til málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum og óhlutdrægum dómstóli, þegar í stað og sjálfkrafa án andlags og tilvistar frá upphafi (*ex tunc*); því hefði átt að hafna þeim sem ótækum til meðferðar *ratione materiae* með vísan til a-liðar 3. mgr. og 4. mgr. 35. gr. mannréttindasáttmálans (samkvæmt síðara ákvæðinu er dómstólnum heimilt að lýsa kæru ótæka til meðferðar „á hvaða stigi málflutnings sem er“). Þessi afleiðing er ekki eitthvað sem dómstóllinn getur horft fram hjá eða talið óþarft að fjalla um að fenginni þeirri niðurstöðu að engum dómstóli sem stofnað er til með lögum sé til að dreifa. Hefði dómstóllinn átt að skera úr um málið með því að taka fram það sem augljóst var og vísa kærnunum frá með þeim hætti sem ég legg til.

5. Það leiðir af sjálfu sér að hér gildir mál- og rökfræðireglan um að ekki geti verið um að ræða lýsingarorð án nafnorðs. „Sjálfstæður“ og „óhlutdrægur“ vísa til eiginleika nafnorðs, í þessu máli til „dómstóls“ í merkingu 1. mgr. 6. gr. Þegar enginn er dómstóllinn, eins og í þessu máli, vegna þess að ekki er til að dreifa dómstóli sem stofnað er til með lögum, er ekkert nafnorð sem lýsingarorðin „sjálfstæður“ og „óhlutdrægur“ geta átt við, með þeirri afleiðingu að þessi lýsingarorð eru svipt merkingu og tilvist. Hér ræður úrslitum að hafa hugfast að öll skilyrði réttarins til réttlátrar málsmeðferðar sem tilgreind eru í 1. mgr. 6. gr. eru ófrávíkjanleg og án þeirra verður sá réttur ekki tryggður. Eina sjálfstæða krafa 1. mgr. 6. gr. er hins vegar sú að það verður að vera til að dreifa löglegum dómstóli. Þessi krafa er meginatriði í réttlátri málsmeðferð þar sem hún lýtur að sjálfum kjarna þess réttar. Hinar kröfur 1. mgr. 6. gr., svo sem sjálfstæði eða óhlutdrægni dómstólsins, eða að málsmeðferðin skuli eiga sér stað innan hæfilegs tíma byggja allar á þeirri forsendu að meginkraftan sé uppfyllt, þ.e. að skipan dómstólsins hafi verið að lögum. Með öðrum orðum eru kröfurnar um „sjálfstæði“ og „óhlutdrægni“ eðlislægir og óaðskiljanlegir eiginleikar sem tengjast sjálfri tilvist „dómstóls sem skipaður er að lögum“. Ógerlegt er að rannsaka eiginleika dómstóls sem er ekki til, rétt eins og ómögulegt er að rannsaka eiginleika manns eða mannvirkis sem ekki er til. Þannig veltur öll von um að dómstóll sé sjálfstæður og óhlutdrægur á því að hann sé dómstóll sem í raun sé skipaður að lögum. Fyrri eiginleikarnir velta á þeim síðari og þeir þrífast ekki í tómarúmi.

6. Með því að komast að þeirri niðurstöðu að ekki væri þörf á því að fjalla um umkvartanirnar um skort á sjálfstæði og óhlutdrægni lét dómstóllinn því miður líta svo út að hann ætti við málástæðurnar að baki þeim umkvörtunum og gaf þannig í skyn að þær væru tækar til meðferðar. En eins og haldið er fram í þessu sératkvæði voru þessar umkvartanir orðnar ótækar og því hefði átt að vísa þeim frá á þeirri forsendu.

7. Loks er sú nálgun sem hér er lögð til í samræmi við grunnregluna um skilvirkni, sem býr að baki öllum ákvæðum mannréttindasáttmálans, en samkvæmt henni ber að standa vörð um öll mannréttindi sem í þeim felast og sem þar eru tryggð á raunhæfan og skilvirkan hátt en ekki á fræðilegan og ímyndaðan hátt. Mér finnst við hæfi að benda á nokkrar aðrar hliðar þessarar meginreglu, það er að segja að hún hjálpar dómstólnum: (i) að leitast við að komast að raun um og ákvarða sjálfan merg málsins eða kjarna réttar sem meint brot varðar og þarfnast virkrar verndar og veita honum það vægi og þá athygli sem honum ber, (ii) að ákvarða hvort brotið hafi verið gegn kjarna réttarins, og (iii) ef slíkt brot hefur átt sér stað, að draga í ákvörðun sinni allar nauðsynlegar ályktanir og greina allar afleiðingar af niðurstöðunni.

8. Þessar hliðar á grunnreglunni um skilvirkni styðja einnig við getu hennar til þess að tryggja réttindi á raunhæfan og skilvirkan hátt. Þótt dómstóllinn hefði í þessu máli komist að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn réttinum sem um ræddi, með vísan til þess að engum dómstóli

GUÐMUNDUR ANDRI ÁSTRÁÐSSON GEGN ÍSLANDI DÓMUR

hefði verið til að dreifa sem skipaður væri að lögum, brást hann, með fullri virðingu, með því að telja enga þörf á að fjalla um álitaefnin varðandi sjálfstæði og óhlutdrægni og láta undir höfuð leggjast að ætla afleiðingum af brotinu það vægi og veita þeim þá athygli sem skylt var. Það sem meira er lét hann þetta undir höfuð leggjast jafnvel þótt hann hefði réttilega viðurkennt að grafið hefði verið undan sjálfum kjarna réttarins sem um ræðir (sjá 295. mgr. dómsins)