



3. hefti TÍMARIT 8. árg
LÖGRÉTTU
Félags laganema við Háskólann í Reykjavík

ALÞJÓÐLEGUR GERÐARDÓMSRÉTTUR

Um framkvæmd fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna á Íslandi og möguleika dómþola til þess að taka til varna samkvæmt 5. gr. New York sáttmálans

EFTIR Garðar Víði Gunnarsson

H

SKAÐABÓTAMÁL VEGNA VINNUSLYSA:
UM SÖNNUN, HLUTVERK
VINNUEFTIRLITS RÍKISINS O. FL.

EFTIR Tinnu Björk Gunnarsdóttur

I

TÁLBEITUR

Greiningaraðferð við mat á lögmæti

EFTIR Karólínu Finnbjörnsdóttur

J

| | | |
|----------|---|-----|
| H | ALÞJÓÐLEGUR GERÐARDÓMSRÉTTUR EFTIR <i>Garðar Viði Gunnarsson</i> | 9 |
| I | SKAÐABÓTAMÁL VEGNA VINNUSLYSA: UM SÖNNUN, HLUTVERK VINNUEFTIRLITS RÍKISINS O.FL. EFTIR <i>Tinnu Björk Gunnarsdóttur</i> | 45 |
| J | TÁLBEITUR EFTIR <i>Karólinu Finnbjörnsdóttur</i> | 73 |
| K | MÁLFLUTNINGSKEPPNIN WILLEM C. VIS INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION MOOT..... | 110 |

ÚTGEFANDI

Lögrétta, félag laganema við Háskólann í Reykjavík

RITSTJÓRAR OG ÁBYRGÐARMENN

Arnar Ingi Ingvarsson og Pétur Örn Pálmarsson

RITNEFND

Bjarni Freyr Rúnarsson

Heiðmar Guðmundsson

Ívar Þór Jóhannsson

Kristín Hrund Guðmundsdóttir Briem

Margrét Ása Eðvarðsdóttir

Ragnhildur Gylfadóttir

RITRÝNINEFND

Arnar Þór Jónsson, formaður

Margrét Einarsdóttir

Svala Ísfeld Ólafsdóttir

PRÓFARKALESTUR

Arnar Eggert Thoroddsen

HÖNNUN OG UMBROT

Hörður Kristbjörnsson

HEIMILISFANG OG NETFANG

Tímarit Lögréttu

Menntavegur 1

101 Reykjavík

ritnefnd@logretta.is

RITRÝNDAR FRÆÐIGREINAR

Garðar Víðir Gunnarsson:

Alþjóðlegur gerðardómsréttur. Um framkvæmd fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna á Íslandi og möguleika dómþola til þess að taka til varna samkvæmt 5. gr. New York sáttmálans

Tinna Björk Gunnarsdóttir:

Skadabótamál vegna vinnuslys: Um sönnun, hlutverk Vinnueftirlits ríkisins o.fl.

ISSN 1670-5300



Marteinn Áki Ellertsson

- Stúdent frá MH 2007
- Lagadeild, 3. ár
- Áhersla í námi: Fjármunaréttur, félagaréttur og Evrópuréttur
- Áhugamál: Flug, útivera og félagslíf

Ragnhildur Helgadóttir

- Prófessor í lagadeild
- Doktorspróf frá Háskólanum í Virginíu
- Sérsvið: Stjórnskipunarréttur
- Sítur í samninganefnd Íslands við ESB

LÖGFRÆÐI

BA | ML | PhD



HÁSKÓLINN Í REYKJAVÍK
REYKJAVIK UNIVERSITY

www.hr.is



FRÁ RITSTJÓRN

Arnar Ingi Ingvarsson
Pétur Örn Pálmarsson

Þann 14. september síðastliðinn stóð lagadeild Háskólans í Reykjavík fyrir sérstakri dagskrá í húsakynnum skólans. Tilefnið var ærið, en deildin fagnaði í haust tíu ára starfsafmæli. Dagskráin hófst á flutningi nokkurra nemenda á svokölluðu „hellakönnuðamáli“, tilbúnu dómsmáli sem bandaríski réttarheimspekingurinn Lon L. Fuller birti árið 1949 sem grein í timariti laganema við Harvard háskóla. Nemendur settu sig í spor ákærnda, verjenda og dómara og þurftu að takast á við krefjandi síðferðileg álítaefni í snúnu sakamáli. Áheyrendur voru sammála um að málflytningurinn hefði verið afar áhugaverður og fjórugur og að málflytjendur hefðu staðið sig með stakri þryði.

Síðar sama dag var haldið málþing undir yfirskriftinni; Lagakennsla og síðferði lögfræðinga. Fundarstjóri var Þórður S. Gunnarsson, héraðsdómari og fyrrverandi forseti lagadeildar HR. Málþingið hófst á ávarpi frá Guðmundi Sigurðssyni, prófessor og forseta lagadeildar HR. Guðmundur rak í stuttu máli sögu deildarinnar og áherslur við kennslu.

Því næst tók til máls Rasmus Kristian Feldthusen, prófessor og formaður námsráðs við lagadeild Kaupmannahafnarháskóla. Í máli Rasmus kom fram að á árinu 2008 var hann í forsvari fyrir róttækri breytingu á kennsluháttum við lagadeild Kaupmannahafnarháskóla en með breytingunni var lögð mun meiri áhersla á hópavinnu meðal nemenda. Tilgangur breytingarinnar var að gera nemendur virkari í kennslustundum og dýpka þekkingu þeirra á inntaki og markmiði laga. Breytingin hefur mælst einkar vel fyrir meðal nemenda sem eru jákvæðari og áhugasamari í garð laganámsins nú en fyrir breytinguna.

Að loknum fyrirlestri prófessors Feldthusen tóku við pallborðsumræður um lagakennslu og síðferði lögfræðinga undir stjórn Sigurðar Tómasar Magnússonar, prófessors við lagadeild HR. Þáttakendur í umræðunum voru Arnar Þór Jónsson, sérfræðingur við lagadeild HR, Björn Bjarnason, fyrrverandi menntamálaráðherra, Jóhannes Karl Sveinsson hæstaréttarlögmaður, Katrín Jakobsdóttir, mennta- og menningarmálaráðherra, Róbert R. Spanó, forseti lagadeildar Háskóla Íslands og Sigríður Árnadóttir, lögfræðingur frá HR og saksóknarfulltrúi hjá embætti Sérstaks saksóknara. Umræðurnar voru af ýmsum toga og sneru meðal annars að mikilli fjölgun lögfræðinema og lögfræðinga hérlendis, áhrif stökkbreytingar síðustu ára í samskiptatækni á athygli laganema og síðferði meðal lögfræðinga almennt. Þáttakendur

gerðu umfjöllunarefninu góð skil og skoðanir þeirra fjölbreyttar og fræðandi.

Í þessu þriðja hefti 8. árgangs er að finna þrjár greinar. Sú fyrsta er eftir Garðar Viði Gunnarsson, lögmann á LEX lögmannsstofu. Í grein sinni fjallar Garðar ítarlega um framkvæmd fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna á Íslandi og möguleika dómþola á að taka til varna. Ágreiningsmálum fyrir alþjóðlegum gerðardómum hefur fjölgað gríðarlega og ljóst að íslensk fyrirtæki munu ekki fara varhluta af þeirri þróun. Því er mikilvægt að stjórnarmenn íslenskra fyrirtækja séu meðvitaðir um réttarstöðu sína ef til reksturs gerðardómsmáls kemur. Önnur greinin í heftinu er eftir Tinnu Björk Gunnarsdóttur, lögmann hjá Fortis Lögmannsstofu. Í greininni tekur Tinna til athugunar skaðabótamál vegna vinnuslysa með sérstakri áherslu á stöðu tjonþola áður en mál hans kemur til kasta dómstóla. Tinna rekur á skilmerkilegan hátt feril slíkra mála, reglur um sönnun og sönnunarbyrði og hlutverk Vinnueftirlits ríkisins. Þriðja greinin sem heftið hefur að geyma er eftir Karölinu Finnbjörnsdóttur, saksóknarfulltrúa hjá embætti Sérstaks saksóknara, og fjallar um tálbeitur. Karölinu tekur á efni sem er sífelld uppspretta síðferðilegra vangaveltna með vandaðri umfjöllun um lögmati tálbeita og afleiðingum ólögmatrar notkunar tálbeitu. Að síðustu er ferðasaga nokkurra nemenda við lagadeild HR sem tóku þátt í Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, alþjóðlegri málflytningakeppni á sviði gerðardóms- og kauparéttar, sem haldin er árlega í Vínarborg. Skemmst er frá því að segja að frammistaða keppendanna var til mikils söma og þeir allir sammála um að þáttaka í slíkri keppni hafi verið ómetanleg lífsreynsla.

Nú er komið að leiðarlökum undirritaðra sem ritstjóra Timarits Lögrétts. Um leið og við þökkum meðlimum ritnefndar og ritryðnefndar fyrir gott og ánægjulegt samstarf við útgáfu 8. árgangs Timarits Lögrétts óskum við lagadeild HR innilega til hamingju með tíu ára starfsafmælið. Stofnun lagadeildar HR markaði tímamót í lagakennslu hér á landi og frá upphafi voru fetaðar ótroðnar slóðir í áherslum og aðferðafræði við lagakennslu. Má í raun sjá nokkurn samhljóm í kennsluáferðum við lagadeild HR og þeim, er prófessor Feldthusen lýsti í ræðu sinni á málþingi lagadeildarinnar. Er því óhætt að segja að deildin sé mjög framarlega á sviði nútíma kennsluhátta. Ritstjórar og ritnefnd vilja að lokum óska lagadeild HR velfarnaðar og gæfufríkrar framtíðar.

Með lögum skal land byggja.
Okkar hlutverk er að tryggja.



Tryggingar fyrir lögmenn

Starfsemi lögmanna er mjög margþætt og váttryggingaþörfin fjölbreytt. VÍS býður lögbundna starfsábyrgðartryggingu auk annarra trygginga sem hæfa starfsemi lögmanna. Einnig býður VÍS fjölbreytt úrval trygginga fyrir einstaklinga og hvers kyns fyrirtæki.

Þú færð nánari upplýsingar á næstu þjónustuskrifstofu eða hjá fyrirtækjaþjónustu VÍS í síma 560 5000.



Garðar Víðir Gunnarsson, LL.M.
Héraðsdómslögmaður á LEXlögmannsstofu

ALÞJÓÐLEGUR GERÐARDÓMSRÉTTUR

*Um framkvæmd fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna á Íslandi og
möguleika dómþola til þess að taka til varna samkvæmt 5. gr. New York
sáttmálans*

| | |
|--|----|
| 1. INNGANGUR | 11 |
| 2. GILDANDI LÖG OG REGLUR | 12 |
| 2.1. Þróun löggjafar á sviði gerðardómsréttar héraendis | 12 |
| 2.2. Lög nr. 53/1989, um samningsbundna gerðardóma | 12 |
| 2.3. Sáttmáli um viðurkenningu og fullnustu á erlendum gerðardómsúrlausnum (New York sáttmálinn) | 13 |
| 2.3.1. Fullgilding og innleiðing New York sáttmálans á Íslandi | 14 |
| 2.3.2. Helstu reglur New York sáttmálans | 16 |
| 3. FRAMKVÆMD VIÐ FULLNUSTU ERLENDRA GERÐARDÓMSÚRLAUSNA HÉRENDIS | 17 |
| 3.1. Framkvæmd viðurkenningar og fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna | 17 |
| 3.1.1. Sá sem krefst viðurkenningar og fullnustu úrlausnar erlends gerðardóms ber að beina skriflegri aðfararbeiðni til héraðsdómara | 17 |
| 3.1.2. Formskilyrði og efni aðfararbeiðni | 19 |
| 3.1.3. Fylgigögn sem fylgja skulu aðfararbeiðni | 20 |
| 3.2. Málsmeðferð fyrir héraðsdómi | 22 |
| 3.2.1. Fyrsta athugun héraðsdómara | 22 |
| 3.2.2. Málsmeðferð samkvæmt 12. – 15. gr. AFL | 24 |
| 3.2.3. Málsmeðferð samkvæmt 13. kafla AFL | 25 |
| 4. MÖGULEIKAR DÓMÞOLA TIL AÐ VERJAST FULLNUSTUAÐGERÐUM DÓMHAFA | 26 |
| 4.1. Varnir byggðar á sérstökum skilyrðum 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL | 29 |
| 4.2. Varnir byggðar á 5. gr. New York sáttmálans | 30 |
| 4.2.1. (a) liður 1. mgr. 5. gr. — aðila hafi skort hæfi við gerð gerðarsamnings eða gerðarsamningurinn var ógildur | 32 |
| 4.2.2. (b) liður 1. mgr. 5. gr. — aðilum var ekki réttilega tilkynnt um gerðarmeðferðina eða þeim hafi ekki verið gefinn kostur á að skyra mál sitt | 33 |
| 4.2.3. (c) liður 1. mgr. 5. gr. — gerðardómurinn hefur farið út fyrir valdsvið sitt | 34 |
| 4.2.4. (d) liður 1. mgr. 5. gr. — skipun gerðardómsins eða gerðarmeðferðin var ekki í samræmi við gerðarsamninginn | 35 |
| 4.2.5. (e) liður 1. mgr. 5. gr. — úrlausn gerðardóms er ekki enn orðin bindandi eða úrlausninni hefur verið vikið til hliðar eða ógilt í því ríki þar sem gerðardómurinn átti sæti | 35 |
| 4.2.6. (a) liður 2. mgr. 5. gr. — sakarefnið er ekki gerðartækt í því ríki þar sem fullnustu er krafist | 36 |
| 4.2.7. (b) liður 2. mgr. 5. gr. — viðurkenning og fullnusta gerðardómsúrlausnarinnar samrýmist ekki allsherjarreglu þess ríkis þar sem fullnustu er krafist | 37 |
| 4.3. Varnir gerðarþola við framkvæmd aðfarargerðar hjá sýslumanni | 38 |
| 4.4. Áhrif þess að synjað er um viðurkenningu og fullnustu? | 40 |
| 5. SAMANTEKT | 40 |

1. INNGANGUR

Á síðustu árum og áratugum hefur úrlausn ágreiningsmála fyrir alþjóðlegum gerðardómum stóraukist og hefur verið talið að u.þ.b. 80% þeirra alþjóðlegra viðskiptasamninga sem gerðir eru á heimsvísu mæli fyrir um að leyst skuli úr ágreiningsmálum vegna slíkra samninga fyrir alþjóðlegum gerðardómi.¹

Í kjölfar þessarar vaxandi áhrifa alþjóðlegs gerðardómsréttar og aukinnar þátttöku íslenskra fyrirtækja á alþjóðavettvangi verður að telja líklegt að íslensk fyrirtæki, sem eiga í alþjóðlegum viðskiptum, muni í síauknu mæli koma til með að eiga aðild að samningum sem innihalda gerðardómsákvæði. Það er því vel mögulegt í slíkum tilvikum að það gæti komið til þess að íslensk fyrirtæki komi til með að standa frammi fyrir þeim veruleika að þurfa að reka mál fyrir alþjóðlegum gerðardómum.

Það gefur hins vegar augaleið að þegar niðurstaða gerðardóms liggur fyrir er aðeins hálfur sigur unninn ef dómþoli efnir ekki sjálfviljugur skyldur sínar. Í slíkum tilvikum er ljóst að dómhafi hefur mikla hagsmuni af því að fá úrlausn gerðardóms viðurkennda og fullnustaða með einföldum og skilvirkum hætti í því ríki, eða ríkjum, þar sem dómþoli á varnarþing og kann að eiga eignir.

Það hefur ekki farið mikið fyrir umræðu um gerðardómsrétt héraðs sem hugsanlega má rekja að einhverju leyti til þess að íslenskir aðilar hafa hingað til nýtt sér þessa leið í takmörkuðu mæli við úrlausn ágreiningsmála. Hins vegar verður að telja líklegt, á grundvelli framangreindrar tölfræði um hversu algengt það er að aðilar semji með þessum hætti, að nú þegar sé til staðar verulegur fjöldi alþjóðlegra viðskiptasamninga, sem íslensk fyrirtæki eiga aðild að, þar sem kveðið er á um

úrlausn ágreiningsmála fyrir alþjóðlegum gerðardómi. Komi upp ágreiningur vegna slíkra samninga og aðilar sem eiga varnarþing héraðs bíta lægri hlut, liggur það í hlutarins eðli, efni dómþoli ekki skyldu sína sjálfviljugur, að dómhafi mun að öllum líkindum krefjast þess fyrir íslenskum dómstólum að úrlausn gerðardómsins verði viðurkennd og fullnustuð hér á landi.

Þessi staðreynd vekur óhjákvæmilega upp ákveðnar spurningar. Þannig er sú rannsóknarspurning sem sett er fram í þessari grein tvíþætt og lýtur að rétti dómhafa annars vegar og rétti dómþola hins vegar:

- a) Hvernig er framkvæmd viðurkenningar og fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna er háttað héraðs og er dómhófum tryggður sá réttur sem mælt er fyrir um í New York sáttmálanum, sem tryggja á einfalda og skilvirka viðurkenningu og fullnustu erlendra gerðardóma?
- b) Hverjir eru möguleikar dómþola héraðs til þess að verjast fullnustu- aðgerðum þegar krafa um aðför er grundvölluð á úrlausn erlends gerðardóms sem kveðinn er upp í samræmi við ákvæði New York sáttmálans?

Tilgangur þessarar greinar er að varpa ákveðnu ljósi á framangreind atriði. Annars vegar að fjalla um það hvernig framkvæmd þessara mála er háttað héraðs, þ.e. til hvaða aðgerða dómhafi þarf að grípa til þess að fá úrlausn erlends gerðardóms viðurkennda og fullnustaða héraðs og hvernig málsmeðferðinni er háttað í slíkum málum, og hins vegar með hvaða hætti dómþoli getur varist fullnustu aðgerðum dómhafa.

Verður greininni skipt upp í fimm kafla og

¹ Alþt. 1988-1989, A-deild, þskj. 619 – 342. mál, almennar athugasemdir. Sjá einnig Andrew Tweeddale, og Keren

Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes* (Oxford University Press 2005) 39-40, málsgreinar 2.14 til 2.15.

er umfjöllunin sem hér segir: Í þessum fyrsta kafla er umfjöllunarefnið afmarkað og gerð grein fyrir efnisskipan. Í öðrum kafla verður fjallað um þróun löggjafar á þessu sviði héraðs og gerð grein fyrir helstu lögum og reglum sem hér gilda um gerðardómsrétt, þ.e. lög nr. 53/1989, um sammingsbundna gerðardóma, ásamt síðari breytingum (hér eftir „GDL“). Jafnframt verður sérstaklega fjallað um New York sáttmálann sem upphaflega var skrifað undir 10. júní 1958 í New York og fjallar um viðurkenningu og fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna. Í þriðja kafla verður vikið að fyrri hluta rannsóknarspurningarinnar og farið yfir hvernig framkvæmd viðurkenningar og fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna er háttað héraðs. Einkum og sér í lagi til hvaða aðgerða dómhafi þarf að grípa til þess að fá slíka úrlausn viðurkennda og fullnustaða héraðs og hvernig meðferð slíkra mála er háttað. Í fjórða kafla verður vikið að síðari hluta rannsóknarspurningarinnar og fjallað um möguleika dómþola til þess að verjast fullnustuáðgerðum dómhafa sem grundvalladar eru á úrlausnum erlendra gerðardóma sem kveðnir eru upp í samræmi við ákvæði New York sáttmálans. Í fimmta og síðasta kaflanum verða helstu niðurstöður greinarinnar dregnar saman.

2. GILDANDI LÖG OG REGLUR

2.1. Þróun löggjafar á sviði gerðardómsréttar héraðs

Í sögulegu samhengi má segja að rík hefið hafi verið fyrir því héraðs fyrir á öldum

að úr ágreiningsmálum væri leyst fyrir gerðardómi.² Íslendingasögurnar og aðrar heimildir frá þjóðveldisöld benda til þess að gerðarmedferð hafi verið algeng aðferð við úrlausn ágreiningsmála sem annars hefði verið leyst úr með vopnavaldi.³ Eðli máls samkvæmt var gerðarmedferð sú sem þekktist á tíma íslenska þjóðveldisins talsvert frábrugðin þeirri gerðarmedferð sem þekktist í dag. Engu að síður má færa rök fyrir því að þau sjónarmið sem liggja til grundvallar gerðarmedferð í dag séu að einhverju leyti sambærileg þeim sjónarmiðum sem lágu til grundvallar gerðarmedferð á tíma íslenska þjóðveldisins.⁴

Allt þar til nügildandi lög um sammingsbundna gerðardóma nr. 53/1989 tóku gildi voru gerðarmál að mestu rekin samkvæmt ólögfestum reglum og í samræmi við venjur og fordæmi sem myndast höfðu.⁵

2.2. Lög nr. 53/1989, um sammingsbundna gerðardóma

Þann 1. janúar 1990 tóku lög nr. 53/1989, um sammingsbundna gerðardóma gildi hér á landi. Lögunum hefur einu sinni verið breytt með lögum nr. 16/2002, samhliða fullgildingu Íslands á New York sáttmálanum.

Með setningu GDL var meðal annars leitast við að draga úr réttaróvissu sem kom upp undir rekstri gerðarmála, auk þess sem leitast var við að standa vörð um þess sem leitast var við að standa vörð um sammingsfrelsi aðila að því marki sem unnt var án þess að skerða réttaröryggi.⁶

„Tilgangur hinna nýju laga er fyrst og fremst sá að kveða á um ólögfest atriði og eyða þannig

² William Ian Miller, *Bloodtaking and Peacemaking – Feud, Law and Society in Saga Iceland* (University of Chicago Press 1990) 259–299.

³ Sjá Jenny Jochens, „Late and peaceful: Iceland’s conversion through arbitration in 1000“ (1999) 3 *Speculum a Journal of Medieval Studies* 621–655 (623). Sjá einnig Finn Madsen, *Commercial Arbitration in Sweden*, (3. útg. Oxford University Press 2007) 17; Jesse Byock, *Feud in the Icelandic Saga* (University of California Press 1982) 99; Garðar Viðir Gunnarsson, „Iceland“ í Loukas Mistelis, Laurence Shore og

Hans Smit (ritstj.), *World Arbitration Reporter – 2nd Edition* (2. útg. Juris Publishing 2010) ICE-1.

⁴ Garðar Viðir Gunnarsson, „Iceland“ í Loukas Mistelis, Laurence Shore og Hans Smit (ritstj.), *World Arbitration Reporter – 2nd Edition* (2. útg. Juris Publishing 2010) ICE-2.

⁵ Stefán Már Stefánsson, „Um sammingsbundna gerðardóma“ (1990) 1 *Timarit lögfræðinga* 38–39.

⁶ Alþt. 1988–1989, A-deild, þskj. 619 – 342. mál, almennar athugasemdir.

réttaróvissu sem áður ríkti óhjákvæmilega í ýmsum greinum. Taka ber þó fram að nügildandi lög fela í sér nýmæli um nokkur veigamikil atriði t.d. er nú ákveðið í lögum að gerðardómar skuli vera aðfararhæfir.⁷

Samkvæmt almennum athugasemdum við frumvarp það sem varð að GDL var við lagasetninguna meðal annars stuðst við norsk, dönsk, og sænsk gerðardómslög auk þess sem hliðsjón var höfð af lagafyrirmynd viðskiptalaganefndar Sameinuðu þjóðanna um alþjóðlega gerðardóma á sviði viðskipta.⁸ Þessi lagasetning var því mikil réttarbót og þótti framsækin og í anda þeirra hefða og venja sem þá giltu í alþjóðlegum gerðardómsrétti.⁹

Þrátt fyrir að GDL kunni á sínum tíma hafa þótt vera framsækin hefur síðan þá átt sér stað umfangsmikil þróun á sviði alþjóðlegs gerðardómsréttar. Til að mynda hefur löggjöf allra þeirra ríkja, sem og lagafyrirmynd viðskiptalaganefndar Sameinuðu þjóðanna, sem hliðsjón var höfð af við gerð frumvarpsins, verið endurskoðuð síðan lögin voru sett. Það má því segja að GDL séu að vissu leyti barn síns tíma og að kominn sé tími á heildarendurskoðun laganna.

Komi til slíkrar endurskoðunar er mikilvægt að tekið verði tillit til ýmissa þátta sem þarfnast frekari skýringa í nügildandi lögum. Jafnframt er nauðsynlegt

að tryggt sé að endurskoðuð lög séu í samræmi við löggjöf þeirra ríkja sem fremst standa á sviði gerðardómsréttar á alþjóðavísu. Endurskoðun laganna gæti haft ýmsa kosti í för með sér, enda tækifæri í því fólgin að skapa hér á landi hagstæð skilyrði fyrir úrlausn alþjóðlegra ágreiningsmála.

2.3. Sáttmáli um viðurkenningu og fullnustu á erlendum gerðardómsúrlausnum (New York sáttmálinn)

Fullnusta alþjóðlegra gerðardóma byggist að langstærstum hluta á ákvæðum New York sáttmálans¹⁰, sem er án efa mikilvægasti alþjóðasamningur sem gerður hefur verið á sviði alþjóðlegs gerðardómsréttar¹¹, auk þess sem sáttmálinn þykir ein farsælasta lagasamræming sem ráðist hefur verið í á sviði alþjóðlegs einkamálaréttar.¹²

Helsta markmið New York sáttmálans er einföld og skilvirk viðurkenning og fullnusta úrlausna erlendra gerðardóma.¹³ Auk þess leitast sáttmálinn við að tryggja lagasamræmingu þegar kemur að fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna þannig að slíkum úrlausnum verði ekki mismunad gagnvart innlendum gerðardómsúrlausnum í aðildarríkjum sáttmálans.¹⁴ Þannig ber aðildarríkjum sáttmálans að tryggja að erlendar gerðardómsúrlausnir verði viðurkenndar og að hægt sé að fullnusta

7 Stefán Már Stefánsson, „Um samningsbundna gerðardóma“ (1990) 1 Tímarit lögræðinga 39.

8 Alþt. 1988-1989, A-deild, þskj. 619 – 342. mál, almennar athugasemdir. Talað er um rammalög UNCITRAL í frumvarpinu. Heiti lagafyrirmyndarinnar á ensku er „UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration“ og er textinn aðgengilegur á heimasíðu UNCITRAL <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>.

9 Hafliði K. Lárusson, *Alþjóðlegir viðskiptasamningar* (Útanríkisráðuneytið og Útflutningsráð Íslands 2001) 116.

10 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (opnaður til undirskriftar 10 júní 1958, tók gildi 7 júní 1959) 330 UNTS 3 (New York Convention). Íslenskt heiti er Sáttmáli um viðurkenningu og fullnustu á erlendum gerðardómsúrlausnum, 10. júní 1958 (New York sáttmálinn).

11 Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby og Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial*

Arbitration (4. útg., Sweet & Maxwell 2004) 81, málsgrein 1-147; Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 693-694, málsgrein 26-21.

12 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 693-694, málsgrein 26-21.

13 Fali S. Nariman, Ræða forseta Alþjóða gerðardómsráðsins [e. International Council for Commercial Arbitration] á „New York Convention Day“ ráðstefnunni sem haldin var í New York, 10. júní 1998. Frumtextinn á ensku er eftirfarandi: „After the Conference in New York ended in June 1958, a brief Mission Statement was issued as to what the draft provisions hoped to achieve – with befitting humility, it said: „Worldwide simple enforcement of arbitral awards.“ That’s all.“

14 Sameinuðu þjóðirnar, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (United Nations Publications 2008) 1.

þær með sambærilegum hætti og úrlausnir innlendra gerðardóma.¹⁵ Þá er það einnig markmið sáttmálans að tryggja að hægt sé að framfylgja gerðarsamningum með því að skylda dómstóla aðildarríkjanna, í þeim tilvikum þegar sakarefnið á undir gildan gerðarsamning, að vísa málum til gerðarmedferðar eða vísa málum frá almennum dómstólum.¹⁶

Það er almennt álitinn einn helsti kostur alþjóðlegrar gerðarmedferðar hversu einföld og skilvirk fullnusta úrlausna alþjóðlegra gerðardóma er á grundvelli ákvæða New York sáttmálans.¹⁷ Rannsóknir sem gerðar hafa verið á þessu álitaefni sýna fram á að sú lagasamræming sem lagt var af stað með í upphafi hafi tekist með afbrigðum vel. Tölfræði bendir til þess að úrlausnir erlendra gerðardóma, sem kveðnar eru upp í samræmi við ákvæði New York sáttmálans, séu efndar í 95-98% tilvika. Hvort sem slíkar efndir eru tilkomnar með því að dómþoli efnir sjálfviljugur skyldur sínar eða í þeim tilvikum þegar dómhafi leitar aðstoðar þar til bættra yfirvalda í því ríki þar sem fullnustu er krafist.¹⁸ Þá vekur það jafnframt athygli þegar rýnt er frekar í þessa tölfræði að dómþolar efna í meirihluta tilvika, í allt

að 76% tilvika, skyldur sínar sjálfviljugir og án þess að til formlegra fullnustuáðgerða þurfi að koma af hálfu dómhafa.¹⁹ Það er því aðeins í undantekningar tilvikum að dómhafi þurfi að leita aðstoðar þar til bærs yfirvalds í því ríki þar sem fullnusta er krafist til þess að fá slíka úrlausn víðurkennda og fullnustaða.²⁰ Þannig hvetur víðtæk víðurkenning alþjóðasamfélagsins á New York sáttmálanum dómþola til þess að efna sjálfviljugir þær skyldur sem úrlausnir alþjóðlegra gerðardóma leggja þeim á herðar.²¹ Þegar þetta er ritað hefur New York sáttmálinn verið fullgiltur af 147 ríkjum.²²

2.3.1. Fullgilding og innleiðing New York sáttmálans á Íslandi

Ísland gerðist aðili að New York sáttmálanum árið 2002.²³ Í kjölfar fullgildingar Íslands á sáttmálanum var GDL breytt með lögum nr. 16, 27. febrúar 2002, til þess að tryggja að íslensk löggjöf fullnægði þeim skuldbindingum sem sáttmálinn kveður á um.²⁴ Áður en New York sáttmálinn var fullgiltur hafði verið á það bent að úrlausnir gerðardóma féllu ekki með beinum hætti undir þær aðfararheimildir sem tilgreindar eru í l. mgr. 1. gr. laga nr. 90/1989, um aðför

15 Sama heimild 1; Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 694, málsgrein 26-22.

16 Sameinuðu þjóðirnar, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (United Nations Publications 2008) 1.

17 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 688, málsgrein 26-1; Crina Baltag og Loukas A. Mistelis, „2008 International Arbitration Study - Corporate attitudes and practices: Recognition and Enforcement of Foreign Awards“. (PricewaterhouseCoopers 2008) 10-12.

18 Lucy F. Reed, „Experience of Practical Problems of Enforcement“ í van den Berg, A.J. (ritstj.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (Kluwer Law International 1999) 557-559; Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 688, málsgreinar 26-1 til 26-8.

19 Crina Baltag og Loukas A. Mistelis, „2008 International Arbitration Study - Corporate attitudes and practices: Recognition and Enforcement of Foreign Awards“. (PricewaterhouseCoopers 2008) 6, 8. Sjá einnig Alan Redfern,

Martin Hunter, Nigel Blackaby og Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. útg., Sweet & Maxwell 2004) 511, málsgrein 10-03; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International 2009) 2736.

20 Crina Baltag og Loukas A. Mistelis, „2008 International Arbitration Study - Corporate attitudes and practices: Recognition and Enforcement of Foreign Awards“. (PricewaterhouseCoopers 2008) 2, 6.

21 Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby og Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. útg., Sweet & Maxwell 2004) 511-513, málsgreinar 10-3 til 10-4.

22 Upplýsingar um fjölda aðildarríkja New York sáttmálans má finna á heimasíðu UNCITRAL: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>.

23 Sáttmálinn var fullgiltur hinn 24. janúar 2002 þegar framkvæmdastjóra Sameinuðu þjóðanna var afhent aðildarskjal Íslands að sáttmálanum til varðveislu, en Alþingi hafði með ályktun, dags. 12. desember 2001 heimilað að Ísland gerðist aðili að sáttmálanum. New York sáttmálinn óðlaðist gildi hvað Ísland varðar þann 24. apríl 2002, sbr. auglýsingu nr. 1/2002 í C-deild stjórnartíðinda.

24 Alþt. 2001-2002, A-deild, þskj. 228 – 203. mál.

(hér eftir „AFL“).²⁵ Fræðimenn höfðu meðal annars bent á að ekki væri hægt að telja úrlausnaráðila einkaaðila, s.s. gerðardóma, til dómstóla í skilningi 1. mgr. 1. gr. AFL²⁶ og taka verður undir þá skoðun.

Fyrir setningu laga nr. 16/2002, var því um að ræða sérлагafyrirmæli sem kváðu á um aðfararhæfi úrlausna gerðardóma.²⁷ Samhliða þeim breytingum sem gerðar voru á GDL í kjölfar fullgildingar Íslands á New York sáttmálanum var jafnframt bætt við ítarlegri tilvísun til ákvæða AFL, þannig að ljóst yrði eftir hvaða reglum fullnusta erlendra gerðardómsúrlausna skyldi fara.²⁸ Fullgilding New York sáttmálans hafði það því meðal annars í för með sér að réttarstaðan er varðaði aðfararhæfi erlendra gerðardómsúrlausna var skýrð og nú segir í ákvæði 3. mgr. 14. gr. GDL að um aðför til fullnustu erlends gerðardóms fari eftir sömu reglum og gilda um aðför til fullnustu erlendra dómsúrlausna, sbr. 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL.

Eins og ráða má af framangreindri umfjöllun var New York sáttmálinn ekki lögfestar héraendis, eins og mælst hafði verið til í frumvarpinu sem varð að GDL²⁹, heldur voru íslensk lög aðlöguð til þess að tryggja að þjóðréttarlegum skuldbindingum Íslands væri fullnægt. Fram kemur í framangreindu frumvarpi um breytingu á GDL að ekki hafi verið talin þörf á yfirgripsmiklum breytingum á ákvæðum GDL til þess að lögin væru í samræmi við þær þjóðréttarlegu skuldbindingar sem Ísland hafði undirgengist í kjölfar fullgildingar New York sáttmálans.³⁰

Í íslenskum rétti gildir meginreglan um tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar.³¹ Af þeirri reglu leiðir að þjóðréttarlegar

skuldbindingar sem Ísland kann að hafa undirgengist öðlast ekki gildi að landsrétti nema þær hafi verið lögfestar sérstaklega.³² Það má því spyrja sig hvort þjóðréttarlegar skuldbindingar New York sáttmálans hafi verið innleiddar með fullnægjandi hætti héraendis og hvort aðilar geti byggt rétt á ákvæðum sáttmálans. Í dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 703/2009, sem kveðinn var upp þann 16. desember 2009, var vísað frá beiðni dómstóls í Bandaríkjunum, um öflun sönnunargagna vegna erlends einkamáls.³³ Farið hafði verið fram á að umræddra sönnunargagna yrði aflað á grundvelli 1. mgr. 2. gr. Haag-samningsins um öflun sönnunargagna erlendis í einkamálum og verslunarmálum sem Ísland hafði fullgilt á þeim tíma. Varnaraðili bar því hins vegar við að umræddur samningur hefði ekki lagagildi héraendis og væri því ekki um gilda réttarheimild að ræða. Um þetta segir í niðurstöðu Hæstaréttar:

„Í íslenskum lögum er ekki að finna sérstaka heimild til meðferðar fyrir dómi á beiðnum erlendra dómstóla um öflun sönnunargagna hér á landi til notkunar í dómsmálum sem rekin eru erlendis. Sé þörf á atbeina íslenskra dómstóla til gagnaöflunar án þess að mál hafi verið höfðað fyrir íslenskum dómstólum verður að uppfylltum lögmæltum skilyrðum að leita hans eftir ákvæðum XII. kafla laga nr. 91/1991.“³⁴

Aðeins er að finna tilvísun til þjóðréttsarsamninga sem Ísland kann að eiga aðild að í ákvæði 14. gr. GDL. Nánar tiltekið segir í ákvæðinu að: „Gerðardómar, sem kveðnir eru upp í samræmi við þjóðréttsarsamninga sem Ísland er aðili að, skulu öðlast viðurkenningu og aðfararhæfi hér á landi eftir því sem efni þeirra stendur til.“

25 Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 104.

26 Sama heimild 112.

27 Sama heimild 104.

28 Alþt. 2001-2002, A-deild, þskj. 228 – 203. mál.

29 Alþt. 1988-1989, A-deild, þskj. 619 – 342. mál, athugasemdir við 14. gr.

30 Alþt. 2001-2002, A-deild, þskj. 228 – 203. mál.

31 Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókauktáfan Codex 2006) 79.

32 Stefán Már Stefánsson, *Evrópusambandið og evrópska efnahagsvæðið* (Bókauktáfa Orators 2000) 75.

33 Dómur Hæstaréttar Íslands 16. desember 2009 í máli nr. 703/2009.

34 Sama heimild.

Það kann að orka tvímælis hvort ákvæðið sé að vísa til efnisúrlausnar gerðardómsins sem fullnusta á eða til efnis viðkomandi þjóðréttarsamning. Í þessu sambandi tiltekur Stefán Már Stefánsson prófessor í grein sinni „Um samningsbundna gerðardóma“ að kanna þurfi hvort tiltekinn gerðardómur sé kveðinn upp í samræmi við þau ákvæði sem sett eru í viðkomandi þjóðréttarsamningi.³⁵ Það verður því að ætla að ákvæðið vísi til þess að kanna þurfi efnisákvæði viðkomandi þjóðréttarsamnings. Þrátt fyrir að dómstólar hafi ekki leyst úr þessu álitafni er varðar ákvæði New York sáttmálans, verður hins vegar að telja líklegt að tilvísun 14. gr. GDL sé fullnægjandi í þessu sambandi og vísi meðal annars til New York sáttmálans, einkum og sér í lagi að höfðu tilliti til þeirrar viðurkenndu reglu að skýra skuli lög til samræmis við alþjóðasamninga sem ríki hefur staðfest eftir því sem kostur er.³⁶

Þótt telja verði að það sé ólíklegt er engu að síður hugsanlegt að upp kunni að koma ákveðin óvissa í tengslum við fullnustu úrlausna erlendra gerðardóma sem kveðnar hafa verið upp í samræmi við ákvæði New York sáttmálans vegna þess að sáttmálinn hefur ekki verið lögfestur hérlandis. Slíkt er óheppilegt og komi til heildarendurskoðunar á ákvæðum GDL væri æskilegt að höfð væri hlíðsjón af rétti þeirra þjóða sem framarlega standa á þessu sviði sem og alþjóðlegum reglum, s.s. lagafyrirmynd viðskiptalaganefndar

Sameinuðu þjóðanna. Slíkri óvissu mætti jafnframt eyða með lögfestingu New York sáttmálans eins og lagt var til í frumvarpi því sem varð að GDL.³⁷

2.3.2. Helstu reglur New York sáttmálans

Hvað varðar úrlausnir erlendra gerðardóma þá er meginregla New York sáttmálans sú að aðildarríkjum beri að viðurkenna og fullnusta erlendar gerðardómsúrlausnir og að aðeins sé heimilt að synja um slíkt í undantekningartilvikum, auk þess sem skýra beri allar slíkar undantekningar þröngt.³⁸ Þannig er það nú alþjóðlega viðurkennt að gerðarsamningar og úrlausnir alþjóðlegra gerðardóma eru viðurkenndar og fullnustaðar í langflestum aðildarríkjum New York sáttmálans án teljandi vandkvæða.³⁹ Þá bendir alþjóðleg framkvæmd til þess að tilraunir dómþola til þess að verjast fullnustu beri sjaldnast árangur.⁴⁰

Samkvæmt 3. gr. New York sáttmálans skal hvert aðildarríki viðurkenna úrlausn erlends gerðardóms sem bindandi og fullnusta hana í samræmi við réttarfarreglur þess ríkis þar sem fullnusta er krafist í samræmi við skilyrði sáttmálans. Þá er óheimilt að setja strangari skilyrði eða leggja á hærri gjöld fyrir viðurkenningu og fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna en gert er í tengslum við viðurkenningu og fullnustu innlendra gerðardómsúrlausna.

Ákvæði 4. gr. New York sáttmálans

35 Stefán Már Stefánsson, „Um samningsbundna gerðardóma“ (1999) í *Timarit lögræðinga* 49.

36 Dómur Hæstaréttar Íslands 19. desember 2000 í máli nr. 125/2000, kafli IV.

37 Alþt. 1988-1989, A-deild, þskj. 619 – 342. mál, athugasemdir við 14. gr.

38 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 706-707, málsgreinar 26-65 til 26-70; Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008) 208.

39 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 22, málsgrein 2-21; Lucy F. Reed, „Experience of Practical Problems of Enforcement“ í van

den Berg, A.J. (ritstj.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (Kluwer Law International 1999) 557-559.

40 Albert Jan van den Berg, „The New York Convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Sailing Problem Areas“ í Marc Blessing (ritstj.), *The New York Convention of 1958, A Collection of Reports and Materials Delivered at the ASA Conference Held in Zurich on 2 February 1996* (Bär & Karrer 1996) 25-45. Sjá einnig Lucy F. Reed, „Experience of Practical Problems of Enforcement“ í van den Berg, A.J. (ritstj.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (Kluwer Law International 1999) 557-559; Crina Baltag og Loukas A. Mistelis, „2008 International Arbitration Study - Corporate attitudes and practices: Recognition and Enforcement of Foreign Awards“. (PricewaterhouseCoopers 2008) 6, 8.

mælir fyrir um það hvaða gögn ber að leggja fram þegar krafist er fullnustu samkvæmt samningnum. Óheimilt er að krefjast frekari gagna en þar er mælt fyrir um og er almennt talið að ákvæði 4. gr. gangi frammar strangari skilyrðum sem kunna eftir atvikum að gilda samkvæmt landsrétti.⁴¹

Þá mælir ákvæði 5. gr. New York sáttmálans fyrir um í hvaða tilvikum heimilt er að synja um viðurkenningu og fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna sem eiga undir sáttmálann. Þær ástæður sem taldar eru upp í 5. gr. sáttmálans eru tæmandi taldar og er aðildarríkjum sáttmálans aðeins heimilt að synja um viðurkenningu og fullnustu í þeim tilvikum sem gerðarþola tekst að sýna fram á að ákvæðið eigi við.⁴² Dómara er jafnframt heimilt ex officio að synja slíkri kröfu telji hann að viðurkenning og fullnusta samrýmist ekki allsherjarreglu eða að sakarefnið sé ekki gerðartækt.⁴³ Eins og ráða má af orðalagi ákvæðis 5. gr. New York sáttmálans er aðeins um heimildarákvæði að ræða, þ.e. dómstólum ber ekki skylda til þess að synja um viðurkenningu og fullnustu jafnvel þótt sýnt verði fram á að eitt eða fleiri þeirra atriða sem nefnd eru 5. gr. eigi við.⁴⁴

3. FRAMKVÆMD VIÐ FULLNUSTU ERLENDRA GERÐARDÓMSÚR- LAUSNA HÉRLENDIS

Þegar dómþoli vill ekki af fúsum og frjálsum vilja verða við þeirri skyldu sem honum er gert að inna af hendi samkvæmt úrlausn erlends gerðardóms þarf dómhafi að leita atbeina ríkisvalds þess ríkis þar sem fullnusta á að fara fram til þess að þvinga fram efndir. Þegar leita þarf þess konar atbeina ríkisvaldsins, að beiðni dómhafa, er

um fullnustugerð að ræða.

Hérlendis fer um aðför til fullnustu alþjóðlegra gerðardómsúrlausna eftir sömu reglum og gilda um aðför til fullnustu erlendra dómsúrlausna samkvæmt 3. mgr. 14. gr. GDL, sbr. 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL. Þannig þarf að horfa til þeirra reglna sem gilda um framkvæmd fullnustugerða hérlendis, þegar kemur að fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna. Tvenns konar gerðardómsúrlausnir eru tilteknar í ákvæði 14. gr. GDL. Annars vegar úrlausnir gerðardóma sem kveðnir eru upp í samræmi við þjóðréttarsamninga sem Ísland er aðili að, sbr. 1. mgr. 14. gr. GDL og hins vegar aðra alþjóðlega gerðardóma, sbr. 2. mgr. 14. gr. GDL. Þessi greinarmunur 14. gr. GDL hefur hins vegar ekki áhrif á það hvaða reglum skal fara eftir við framkvæmd fullnustu erlendra gerðardóma hérlendis, þar sem sömu reglur gilda í báðum tilvikum, samkvæmt 3. mgr. 14. gr. GDL, þótt reglur viðkomandi þjóðréttarsamnings kunnir vissulega að hafa þýðingu í þessu sambandi.

3.1. Framkvæmd viðurkenningar og fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna

3.1.1. Sá sem krefst viðurkenningar og fullnustu úrlausnar erlends gerðardóms ber að beina skriflegri aðfararbeiðni til héraðsdómara

Gerðarbeiðandi sem byggir rétt sinn til aðfarar á úrlausn erlends gerðardóms skal, eins og aðrir sem óska liðsinnis ríkisvaldsins til þess að fá fullnustu krafna sinna, beina aðfararbeiðni til þar til bærs yfirvalds. Í þeim tilvikum þegar aðfararbeiðni byggir á úrlausn erlends gerðardóms skal beina aðfararbeiðni í tvíriti til héraðsdómara,

41 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 704, málsgrein 26-58.

42 Sama heimild 706, málsgreinar 26-65 til 26-66.

43 Gerðartæki er þýðing á enska hugtakinu „arbitrability“. Þegar talað er um hvort tiltekið sakarefni sé gerðartækt (e.

arbitrable) þá er átt við það hvort að sakarefni það sem til umfjöllunar er sé tækt til gerðarmeðferðar samkvæmt reglum landsréttar.

44 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 707, málsgrein 26-67.

samkvæmt 1. mgr. 11. gr. AFL, sbr. 2. mgr. 11. gr. sömu laga.⁴⁵ Aftur á móti, þegar grundvöllur aðfarar er úrlausn innlends gerðardóms þá getur gerðarbeiðandi nýtt sér það réttarfarshagræði sem felst í því að geta snúið sér beint til sýslumanns, samkvæmt 1. mgr. 16. gr. AFL, sbr. 1. mgr. 13. gr. GDL.

Þetta misræmi vekur óhjákvæmilega upp ákveðnar spurningar um hvort að þetta fyrirkomulag sé í samræmi við ákvæði 3. gr. New York sáttmálans þar sem strangari skilyrði virðast gilda hérlandis þegar kemur að fullnustu úrlausna erlendara gerðardóma. Í fyrsta lagi þarf gerðarbeiðandi að leita til héraðsdómara en getur ekki snúið sér beint til sýslumanns eins og hann gæti ef um úrlausn innlends gerðardóms væri að ræða og í öðru lagi er gjaldtöku hagað með öðrum hætti og hugsanlegt að gerðarbeiðandi sem krefst viðurkenningar og fullnustu á úrlausn erlends gerðardóms þurfi að greiða hærri gjöld heldur en gerðarbeiðandi sem krefst fullnustu innlends gerðardóms.⁴⁶

Þar sem New York sáttmálinn hefur ekki verið lögfestur í heild sinni og ákvæði 14. gr. GDL fjallar aðeins um hið eiginlega aðfararhæfi erlendra gerðardómsúrlausna með tilvísun til ákvæða AFL, þá er óvíst að aðilar gætu krafist þess að sama fyrirkomulag og gjaldtaka gilti við fullnustu innlendra og erlendra gerðardómsúrlausna þar sem slík ákvæði er ekki að finna í íslenskum

lögum, sbr. niðurstöðu Hæstaréttar í máli nr. 703/2009 og umfjöllun í kafla 2.3.1. að framan.

Sú regla að gerðarbeiðanda sé í sumum tilvikum heimilt að leita beint til sýslumanns um framkvæmd aðfarar samkvæmt 1. mgr. 16. gr. AFL, sbr. 1. mgr. 11. gr. sömu laga, er reist á sjónarmiðum um réttarfarshagræði.⁴⁷ Í þeim tilvikum þegar aðför er byggð á úrlausn erlends gerðardóms þá hefur slík úrlausn eðli máls samkvæmt ekki sætt eftirliti íslenskra dómstóla ef svo má segja. Það verður því að telja eðlilegt að íslenskir dómstólar hafi tækifæri til þess, áður en til aðfarar kemur, að taka málið til skoðunar meðal annars með tilliti til þeirra atriða sem héraðsdómara ber að gæta að sjálfsdáðum. Þessi atriði eru í fyrsta lagi að fullnusta kröfunnar verður að samrýmast íslensku réttarskipulagi, sbr. 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL, í öðru lagi að sakarefnið sé gerðartækt, sbr. (a) lið 2. mgr. 5. gr. New York sáttmálans, og í þriðja lagi að viðurkenning og fullnusta sé í samræmi við allsherjarreglu, sbr. (b) lið 2. mgr. 5. gr. New York sáttmálans. Allt eru þetta atriði sem sýslumanni skortir hæfi til þess að skera endanlega úr um, en í tilviki úrlausna innlendra gerðardóma hafa dómstólar þetta eftirlitshlutverk og því tækifæri til þess að gæta að þessum atriðum áður en til fullnustu kemur, sbr. 12. gr. GDL. Þannig gæti annað fyrirkomulag en það sem núgildandi lög

45 Ákvæði 2. mgr. 11. gr. AFL veitir svör við þeirri spurningu til hvaða héraðsdómara beina skuli slíki aðfararbeiðni, en þar kemur fram að aðfararbeiðni skuli send héraðsdómara á varnarþingi, þar sem heimilt væri að höfða einkamál um viðkomandi kröfu, nema fyriræmli laga áskilji annað. Reglur V. kafla laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála (hér eftir „EML“) koma því til með að ráða niðurstöðu um það til hvaða héraðsdómstóls gerðarbeiðanda ber að beina aðfararbeiðni sinni.

46 Fram kemur í lögum nr. 88/1991, um aukatekjur ríkissjóðs, með síðari breytingum, að gerðarbeiðandi sem krefst fullnustugerðar fyrir sýslumanni skuli greiða að lágmarki kr. 5.900, en að hámarki kr. 19.100. Samkvæmt ákvæði 1. mgr. 4. gr. laga nr. 88/1991, um aukatekjur ríkissjóðs kemur fram að þegar beiðni um fjárnám er afhent sýslumanni skuli um leið greiða í ríkissjóð 1% þeirrar fjárhæðar sem fjárnáms er krafist fyrir, að meðtöldum vöxtum og kostnaði, þó aldrei minna en kr. 5.900 eða meira en kr. 19.100. Það er því hugsanlegt sé krafa dómhafa hærri en kr. 1.500.000 að dómhafa sem

byggir rétt sinn á innlendum gerðardómi verði gert að greiða hærri fjárhæð heldur en ef um erlendan gerðardóm væri að ræða þegar dómþoli er ekki kvaddur fyrir dóm, sbr. 2. mgr. 2. gr. laga nr. 88/1991, um aukatekjur ríkissjóðs. Hins vegar ber gerðarbeiðanda að greiða kr. 15.000 vegna meðferðar aðfararbeiðni fyrir héraðsdómi í þeim tilvikum þegar gerðarþoli er ekki kvaddur fyrir dóm, sbr. 2. mgr. 2. gr. laga nr. 88/1991. Komi til þess að gerðarþoli verði kvaddur fyrir dóm fellur gjaldið niður en fénu er varið þess í stað til greiðslu fyrir þingfestingu máls. Samkvæmt 1. mgr. 1. gr. laga nr. 88/1991, sbr. 1. mgr. 3. gr. sömu laga er gjald fyrir þingfestingu frá kr. 15.000 til kr. 250.000 og fer gjaldið eftir stefnufjárhæð. Hins vegar verður að telja líklegt að litlið verði svo á að krafa um viðurkenningu og fullnustu úrlausnar erlends gerðardóms sé krafa um viðurkenningu á réttindum og / eða skyldum, en í slíkum tilvikum er gjald fyrir þingfestingu kr. 30.000, sbr. b-lið, 2. tölul. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 88/1991.

47 Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 307-308.

gera ráð fyrir verið til þess fallið að draga úr skilvirkni við viðurkenningu og fullnustu úrlausna erlendra gerðardóma.

Þannig verður að telja að þrátt fyrir að sú mismunun sem kann að virðast gerð þegar kemur að fullnustu innlendra og erlendra gerðardómsúrlausna sé ekki æskileg að þá sé hún engu að síður réttlætanagerleg. Ástæðan er einkum sú að það fyrirkomulag sem er við lýði hérlandis tryggir einfalda og skilvirka fullnustu alþjóðlegra gerðardómsúrlausna og þ.a.l. að helsta markmiði New York sáttmálans sé náð.

3.1.2. Formskilyrði og efni aðfararbeiðni
Formskilyrði þau sem aðfararbeiðni skal uppfylla koma fram í 10. gr. AFL. Mikilvægt er að aðfararbeiði sé vel úr garði gerð og uppfylli lögmæt formskilyrði, að öðrum kosti kann að vera synjað um aðför.⁴⁸ Samkvæmt ákvæði 1. mgr. 10. gr. AFL skal aðfararbeiðni vera skrifleg, enda mikilvægt að efni hennar sé bæði aðgengilegt og sannanlegt.⁴⁹ Þá kemur jafnframt fram í ákvæði 1. mgr. 10. gr. AFL að í aðfararbeiðni skuli koma fram, svo ekki verði um villst, hverjir gerðarbeiðandi og gerðarþoli eru og við hverja heimild aðfararbeiðnin styðst. Af augljósum ástæðum er mikilvægt að upplýst sé með skýrum hætti hvaða aðili það sé sem krefjist fullnustu og að hverjum fullnustugerðinni er beint, einkum og sér í lagi ef um erlenda aðila er að ræða.

Þá þarf gerðarbeiðandi samkvæmt ákvæðinu að tiltaka við hvaða heimild aðfararbeiðnin er studd. Í tilvikum úrlausna erlendra gerðardóma verður að telja eðlilegt að skýra ákvæðið með þeim hætti að gerðarbeiðandi þurfi að gera grein fyrir því hvar og hvenær úrlausn gerðardómsins hafi gengið, auk þess að greina frá málsatvikum og málsástæðum sem krafa hans byggir á í stuttu máli.⁵⁰ Þá þarf gerðarbeiðandi einnig

að vísa til ákvæða þeirra laga sem hann telur að veiti honum rétt til aðfarar.⁵¹

Ákvæði 1. mgr. 10. gr. AFL mælir jafnframt fyrir um þá skyldu gerðarbeiðanda til þess að tiltaka nákvæmlega hvers krafist er með aðfarargerð og er sú skylda í samræmi við meginreglu einkamálaréttarfars um skýra og ljósa kröfugerð. Þegar krafist er aðfarar á grundvelli úrlausnar erlends gerðardóms er gerðarbeiðandi í raun að krefjast þess að aðför verði gerð í samræmi við niðurstöðu gerðardómsins, sem ætla verður að mæli fyrir um með afgerandi hætti hver sú skylda sé sem aðför er byggð á.

Í þeim tilvikum þar sem það kann að vera erfiðleikum háð að ráða af niðurstöðu erlends gerðardóms hvaða skyldur eru lagðar dómþola á herðar má halda því fram að gerðarbeiðandi hafi svigrúm til þess að tilgreina í aðfararbeiðni með eins nákvæmum hætti og honum er unnt hvers er krafist með aðfarargerð. Slíkt svigrúm verður þó ávallt að skýra þröngt og getur aldrei farið út fyrir það sem ráða má af hinni erlendu gerðardómsúrlausn sem krafa um aðför er grundvöllud á.

Eins og nánar verður fjallað um hér á eftir getur málsmedferð fyrir héraðsdómi verið með tvennum hætti. Annars vegar í samræmi við 12.-15. gr. AFL sem er meginreglan og sú leið sem löggin gera ráð fyrir að sé farin og hins vegar í samræmi við 13. kafla AFL. Í þeim tilvikum þegar málsmedferðin fer eftir ákvæðum 13. kafla AFL þá þjónar aðfararbeiðni einnig þeim tilgangi að vera kröfugerð gerðarbeiðanda við þingfestingu og því er mikilvægt að vel sé vandað til við gerð hennar og fram komi með eins nákvæmum hætti og unnt er hvers er krafist með aðfarargerð, sbr. 1. mgr. 10. gr. AFL.⁵²

Þegar krafist er aðfarar fyrir peningakröfu þá kemur sérstaklega fram í 1. mgr. 10.

48 Sjá sömu heimild 303.

49 Sama heimild 301.

50 Sama heimild 302.

51 Sama heimild 302.

52 Sjá sömu heimild 322-323.

gr. AFL að það skuli sundurliða fjárhæð kröfunnar svo sem þá er kostur. Í ljósi þess að í aðfarargerð felst valdbeitingarathöfn ríkisins til þess að þvinga fram efndir skuldbindingar sem gerðarþoli kys að inna ekki af hendi, eða honum er ómögulegt að inna af hendi, er eðlilegt að fjárhæðir séu tilgreindar með eins nákvæmum hætti og frekast er unnt til þess að gerðarþola verði ljóst hvert sé umfang þeirrar skyldu sem krafa um aðför er byggð á.⁵³

Ennfremur verður að telja líklegt að úrlausn erlends gerðardóms mæli fyrir um, a.m.k. í einhverjum hluta tilvika, skyldu gerðarþola til þess að inna af hendi peningagreiðslu þar sem fjárhæð er tilgreind í erlendum gjaldmiðli. Af dómaframkvæmd hérlandis má ráða að íslenskir dómstólar telji því ekkert til fyrirstöðu að fallast á dómkröfur sem settar eru fram í erlendum gjaldmiðli og verður því að telja eðlilegt að kröfur gerðarbeiðanda séu settar fram í erlendum gjaldmiðlum þegar svo ber undir. Þannig verður að ætla að þegar krafa gerðarbeiðanda er í erlendum gjaldmiðli að endanleg greiðsluskylda gerðarþola í íslenskum krónum talið komi til með að ráðast af gengi íslenskrar krónu gagnvart hinum erlenda gjaldmiðli á þeim degi sem gerðarþoli innir greiðsluskyldu sína af hendi. Önnur niðurstaða kynni að leiða til þess að það hallaði á annan hvorn aðilann vegna gengismunar.⁵⁴

3.1.3. Fylgigögn sem fylgja skulu aðfararbeiðni

Samkvæmt 2. mgr. 10. gr. AFL, sbr. 1. mgr. 11. gr. sömu laga, skulu skilríki fylgja aðfararbeiðni sem senda skal héraðsdómi ásamt aðfararbeiðni í tvíriti, sbr. 2. mgr. 11. gr. AFL. „Með skilríkjum fyrir aðfararheimild er átt við skjalfesta sönnun fyrir því, að gerðarbeiðandi eigi kröfu, sem slík heimild fylgir, og hvers efnis krafan sé“⁵⁵ Ekki er fjallað frekar um það í AFL nákvæmlega hvaða fylgigögn skulu fylgja aðfararbeiðni. Þó kemur fram í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að AFL að heimildarskjöl verði að fylgja aðfararbeiðninni og er þar í dæmaskyni nefnt endurrit dóms og árituð áskorunarstefna.⁵⁶ Sú almenna ályktun hefur hins vegar verið dregin að almennar reglur leiði til þeirrar niðurstöðu að gerðarbeiðandi beri sönnunarbyrðina fyrir staðhæfingum sínum sem fram koma í aðfararbeiðninni og að gerðarbeiðanda beri að láta af hendi þau gögn sem styðja staðhæfingur hans.⁵⁷

Þessi almenna ályktun á þó ekki að fullu við í þeim tilvikum þegar aðför grundvallast á úrlausn erlendra gerðardóma sem kveðnir eru upp í samræmi við ákvæði New York sáttmálans enda eru það þá ákvæði sáttmálans sem koma til skoðunar, sbr. 1. mgr. 14. gr. GDL. Samkvæmt 3. gr. New York sáttmálans skal fara um fullnustu gerðardómsúrlausna sem sáttmálinn tekur til eftir þeim reglum sem fram koma

53 Þannig verður gerðarbeiðandi að tilgreina fjárhæð höfuðstóls kröfunnar, fjárhæð áfallinna vaxta, upphafsdag og vaxtafót dráttarvaxta ef því er að skipta, málskostnaðar og annars áfallandi kostnaðar. Ákveðin undanþága er frá þessu skilyrði um að fjárhæð sé nákvæmlega tilgreind í aðfararbeiðni þegar kemur að kostnaði sem hlýst af gerðinni sjálfri, enda er í flestum tilvikum óljóst um umfang slíks kostnaðar þegar aðfararbeiðnin er sett fram. Þannig er heimilt að gera almennan áskilnað um að aðför verði jafnframt gerð fyrir þeim kostnaði sem af gerðinni hlýst og væntanlegum kostnaði af frekari fullnustuaðgerðum, sbr. 2. mgr. 1. gr. AFL. Sjá til hliðsjónar Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir*, (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 303.

54 Hins vegar virðast skráningarkerfi þau sem notuð eru meðal annars hjá sýslumannsembættunum ekki gera ráð fyrir því að fjárhæðir séu skráðar í erlendum gjaldmiðlum og því hefur komið til þess að gerðarbeiðendur eru beðnir um

að umreikna kröfu sína yfir í íslenskar krónur. Þar sem slíkur umreikningur leiðir ekki af ákvæðum AFL verður að ætla að slíkur umreikningur hafi ekki áhrif á endanlega greiðsluskyldu gerðarþola og hafi því takmörkuð áhrif önnur en þau að gefa bæði gerðarþola og þeim framkvæmdavaldshöfum sem umsjón hafa með framkvæmd aðfarar hugmynd um hver sé fjárhæð þeirrar skuldbindingar sem krafist er aðfarar fyrir í íslenskum krónum. Komi til slíks umreiknings kann það þó að vera skynsamlegt af háflu gerðarbeiðanda að gera áskilnað um að umreikningurinn hafi ekki áhrif á endanlega greiðsluskyldu gerðarþola.

55 Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 304.

56 Alþt. 1988, A-deild, þskj. 114 – 111. mál, athugasemdir við 10. gr.

57 Sjá Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 305.

í sáttmálanum. Það kemur fram í 4. gr. sáttmálans hvaða gögn gerðarbeiðandi þarf að leggja fram. Auk þess kemur fram í 5. gr. sáttmálans að sönnunarbyrðin fyrir því að til staðar séu atvik sem leiða eigi til synjunar viðurkenningar og fullnustu hvíli á gerðarþola. Þannig verða ekki gerðar ríkari kröfur til gerðarbeiðanda um framlagningu gagna heldur en koma fram í 4. gr. New York sáttmálans, enda myndi slíkt beinlínis ganga gegn markmiðum sáttmálans.

Ákvæði 4. gr. New York sáttmálans er svohljóðandi:

4. gr.

1. Til að afla viðurkenningar og fullnustu samkvæmt undanfarandi grein skal sá aðili sem, leitar viðurkenningar og fullnustu, leggja fram með beiðni sinni:
 - a) staðfest frumrit eða afrit úrskurðarins;
 - b) frumrit samnings sem getið er um í II. gr. eða staðfest afrit hans.
2. Ef tēður úrskurður eða samningur er ekki á opinberu tungumáli þess lands þar sem byggt er á úrskurðinum skal sá aðili sem leitar viðurkenningar hans og fullnustu leggja fram þýðingu þessara skjala á það tungumál. Þýðingin skal staðfestir af opinberum eða eidfestum þýðanda, af sendierindreka eða af ræðismanni.⁵⁸

Samkvæmt framangreindu skal gerðarbeiðandi því leggja fram með aðfararbeiðni: (i) staðfest frumrit eða afrit niðurstöðu gerðardómsúrlausnarinnar sem krafa um aðför er reist á; (ii) frumrit gerðarsamningsins

eða staðfest afrit hans og (iii) löggilta þýðingu úrlausnar gerðardómsins og gerðarsamningsins á íslensku séu þessi skjöl ekki þegar á íslensku. Þegar fjallað er um gerðarsamninginn í þessu sambandi er mikilvægt að hafa í huga þá meginreglu sem gildir í gerðardómsrétti og lýtur að sjálfstæði gerðarsamningsins og hefur verið kölluð aðskilnaðarkenningin.⁵⁹ Þessi meginregla, sem er almennt viðurkennd í gerðardómsrétti, felur það í sér að ávallt er litið á gerðarsamning sem sjálfstæðan samning, jafnvel þótt að gerðarsamningurinn sé hluti af öðrum undirliggjandi samningi.⁶⁰ Þetta hefur þá þýðingu að þegar ákvæði um úrlausn ágreiningsmála fyrir gerðardómi eru hluti af öðrum undirliggjandi samningi er fullnægjandi að leggja fram frumrit eða staðfest afrit gerðarsamningsins, þ.e. óþarft er að leggja fram hinn undirliggjandi samning í heild sinni.

Samkvæmt orðalagi greinarinnar þá er gerðarbeiðandi skylt að leggja þessi gögn fram og því verður sú ályktun dregin að um sé að ræða lágmarksskilyrði varðandi þau gögn sem fylgja skulu aðfararbeiðni þegar krafist er viðurkenningar og fullnustu á úrlausn erlends gerðardóms. Það þýðir að gerðarbeiðandi ber að leggja öll framangreind gögn fram í samræmi við ákvæði greinarinnar, en það þýðir jafnframt að óheimilt er að krefjast frekari gagnaframlagningar af hálfu gerðarbeiðanda. Almennt er talið að ákvæði 4. gr. New York sáttmálans gangi framar strangari skilyrðum sem kunna að gilda að landsrétti.⁶¹

⁵⁸ Þýðing New York sáttmálans má finna í Stjtið C, 1/2002.

⁵⁹ Sjá Gunnar Örn Petersen, „Málsmeðferðarreglur fyrir gerðardómum á Íslandi. Samanburður á meginreglum einkamálarettarfars, málsmeðferðarreglum laga um samningsbundna gerðardóma, nr. 53/1989, og reglum erlends gerðardómsréttar.“ (ML-ritgerð við lagadeild Háskólans í Reykjavík, 2010) 8. Aðskilnaðarkenningin er þýðing á enska hugtakinu „doctrine of separability“.

⁶⁰ Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby og Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. útg., Sweet & Maxwell 2004) 193, málsgrein 3-60.

⁶¹ Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 704, málsgrein 26-58.

3.2. Málmeðferð fyrir héraðsdómi

3.2.1. *Fyrsta athugun héraðsdómara*
Þegar aðfararbeiðni hefur verið send héraðsdómara þá mælir ákvæði 1. mgr. 12. gr. AFL fyrir um að aðfararbeiðnin skuli tekin til athugunar svo fljótt sem við verður komið.⁶² Talið er að athugun héraðsdómara á fyrstu stigum skuli fyrst og fremst beinast að tvennu:

„Á allra fyrstu stigum verður þessi athugun aðallega að beinast að tveimur atriðum. Annars vegar verður að líta til þess, hvort krafa gerðarbeiðanda er orðin aðfarahæf. [...] Hins vegar verður þessi fyrsta athugun héraðsdómara að beinast að því, hvort afgreiða megi beiðnina eftir ákvæðum 12. – 15. gr. AFL, sem er almenna leiðin samkvæmt lögnum, eða hvort fara verður með hana eftir reglum 13. kafla laganna.“⁶³

Helsti munurinn á þessum tveimur leiðum er sá að verði beiðnin afgreidd samkvæmt 12.-15. gr. AFL þá lýkur meðferð héraðsdómara með áritun á beiðnina um hvort að aðför megi fara fram án þess að aðilarnir séu kvaddir fyrir dóm og þeim er ekki gefið tækifæri til þess að tjá sig um málið.⁶⁴ Meðferð aðfararbeiðni samkvæmt ákvæðum 13. kafla AFL gerir hins vegar ráð fyrir því að aðilarnir séu kvaddir fyrir dóm og þeim veitt færi á því að tjá sig um málið. „Slíkt mál er sótt og varid með líkum hætti og önnur einkamál, en því lýkur í héraði með úrskurði um hvort eða að hvaða leyti gerðin megi fara fram og má kæra slíkan

úrskurð til Hæstaréttar.“⁶⁵

Þegar beiðni um aðför er grundvölluð á úrlausn erlends gerðardóms eru hins vegar nokkur atriði, sem segja má að falli öll undir sjónarmið um allsherjarreglu í einu eða öðru formi, sem héraðsdómara ber að gæta af sjálfsdáðum óháð því hvort mál er rekið eftir ákvæðum 12.-15. gr. eða 13. kafla AFL.⁶⁶

Í fyrsta lagi ber héraðsdómara, hverju sinni sem aðfarar er krafist á grundvelli erlendar gerðardómsúrlausnar, að gæta þess að fullnusta samræmist íslensku réttarskipulagi með hliðsjón af þeirri kröfu sem aðfarar er krafist fyrir, sbr. 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL.

„Viðkomandi krafa þarf að fullnægja þeim áskilnaði, að fullnusta hennar verði ekki talin fara í bága við íslenskt réttarskipulag („ordre public“), eða með öðrum orðum, að hún taki ekki til einhvers þess, sem talið yrði ólöglegt eða ósiðlegt eftir íslenskum lögum, réttarvitund eða siðferðisvitund.“⁶⁷

Eins og kemur fram í tilvitnuðum texta úr frumvarpi því sem varð að AFL er ljóst að verið er að vísa til allsherjarreglu með sambærilegum hætti eins og hugtakið er notað í skilningi New York sáttmálans. Það má því segja að athugun héraðsdómara samkvæmt 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL sem varðar íslenskt réttarskipulag, sé efnislega sambærileg og athugun héraðsdómara samkvæmt (b) lið 2. mgr. 5. gr. New York sáttmálans, en sáttmálinn gerir ráð fyrir því að þau yfirvöld sem hafa fullnustu

62 Í þeim tilvikum þegar aðfararrestur er ekki byrjaður að líða skal héraðsdómari hafna beiðninni þegar af þeirri ástæðu. Sé aðfararrestur á hinn bóginn byrjaður að líða skal aðfararbeiðnin lögð til hliðar og aðeins afgreidd að aðfararrestri liðnum. Sjá Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 310.

63 Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 310.

64 Sama heimild 310.

65 Sama heimild 310.

66 Það er almennt talið að þegar dómstólar fjalli um varnir sem byggja á allsherjarreglu, sbr. 2. mgr. 5. gr. New York sáttmálans að þá beri þeim að gæta af sjálfsdáðum að fullnustan fari ekki

gegn allsherjarreglu í því ríki þar sem fullnustu er krafist. Sjá meðal annars Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 720, málsgrein 26-111.

67 Alþt. 1988, A-deild, þskj. 114 – 111. mál, athugasemdir við 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. Sjá einnig Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995), 208.

68 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 720, málsgrein 26-111; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009) 2731.

með höndum gæti að þessu atriði af sjálfsdáðum.⁶⁸ Þó verður að telja, að þegar um er að ræða úrlausn gerðardóms sem kveðin hefur verið upp í samræmi við ákvæði New York sáttmálans, sbr. 1. mgr. 14. gr. GDL, að héraðsdómara beri að hafa í huga þá meginreglu sem lögð hefur verið til grundvallar við skýringu á ákvæðum sáttmálans um að allar undantekningar frá því að viðurkenning og fullnusta nái fram að ganga skuli skýrðar með þröngum hætti.⁶⁹

Í öðru lagi, og í þeim tilvikum þegar krafa um fullnustu byggir á ákvæðum New York sáttmálans, ber héraðsdómara að kanna það að sjálfsdáðum að sakarefni það sem var til umfjöllunar hins erlenda gerðardóms sé gerðartækt⁷⁰, sbr. (a) lið 2. mgr. 5. gr. New York sáttmálans. Í ákvæðinu kemur fram að heimilt sé að synja um viðurkenningu og fullnustu ef ágreiningsefnið er ekki gerðartækt samkvæmt lögum þess ríkis þar sem fullnustu er krafist.⁷¹ Þegar talað er um gerðartæki þá er átt við hvort að sakarefni það sem til umfjöllunar er sé tækt til gerðarmedferðar samkvæmt reglum landsréttar þess ríkis þar sem fullnustu er krafist.⁷²

Þegar kemur að því að taka ákvörðun um hvor leiðin verður fyrir valinu þarf héraðsdómari að hafa hliðsjón af ákvæðum 1. mgr. 14. gr. AFL og jafnframt af 78. gr. AFL.⁷³ Það er álitíð að ákvæði 14. gr. AFL hafi að geyma tæmandi talningu á því hvenær verði farið með aðfararbeiðni eftir ákvæðum 13. kafla laganna.⁷⁴ Samkvæmt 2. mgr. 78. gr. AFL er héraðsdómara skylt að fara með aðfararbeiðni samkvæmt 13. kafla þegar krafist er beinnar aðfarargerðar.⁷⁵ Ekki verður fjallað frekar um beinar aðfarargerðir á þessum vettvangi, en ætla verður að það sé

fátítt að krafist sé beinnar aðfarargerðar á grundvelli erlendrar gerðardómsúrlausnar.

Samkvæmt orðalagi 14. gr. AFL þá er ekki þörf á tilkynningu til gerðarþola eða nærveru hans yfirleitt, nema gerðarbeiðandi hafi sérstaklega óskað eftir því og héraðsdómara þyki rétt að verða við því, eða gerðarþoli hafi áður tilkynnt héraðsdómara að hann hafi andmæli fram að færa gegn kröfum gerðarbeiðanda.

Í þessu sambandi er annars vegar gert ráð fyrir því að gerðarbeiðandi geti óskað eftir nærveru gerðarþola við meðferð aðfararbeiðninnar. Þó verður að telja ólíklegt að gerðarbeiðendur sem krefjast fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna komi til með að nýta sér þessa heimild 1. mgr. 14. gr. AFL í ríkum mæli. Enda má segja, með hliðsjón af sjónarmiðum sem taka mið af hagsmunum málsaðila, að samningsstaða gerðarbeiðanda sé líklega betri þegar héraðsdómari hefur áritað að aðför megi fara fram samkvæmt aðfararbeiðninni, heldur en að gerðarþola gefist færi á að taka til varna strax frá upphafi. Af þeim ástæðum verður því að telja ólíklegt að um hagsfelldan kost sé að ræða fyrir gerðarbeiðendur, nema í einstaka tilvikum. Þó hefur það verið nefnt í dæmaskyni að gerðarbeiðandi kunni að óska nærveru gerðarþola, sérstaklega ef það er fyrirséð að gerðarþoli muni taka til varna, þar sem ákveðið hagræði kann að vera af því fyrir gerðarbeiðanda að fá leyst úr slíkum álitafnum frá öndverðu, meðla annars til þess að koma í veg fyrir hugsanlega bótaskyldu samkvæmt ákvæðum 16. kafla AFL.⁷⁶ Komi slík beiðni fram frá gerðarbeiðanda hefur héraðsdómari endanlegt ákvörðunarvald um hvor leiðin verður fyrir valinu enda kemur fram í 1. mgr.

69 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 706, málsgrein 26-66.

70 Sama heimild 720, málsgrein 26-111.

71 Enski textinn er svohljóðandi: „*The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country...*“.

72 Nánar er fjallað um hvað felst í hugtakinu gerðartæki í kafla 4.2.6. hér á eftir.

73 Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 310.

74 Sama heimild 312.

75 Sama heimild 311-312.

76 Sama heimild 311.

14. gr. AFL að aðeins beri að fallast á slíka beiðni í þeim tilvikum þegar héraðsdómara þykir rétt að verða við slíkri ósk.⁷⁷

Hins vegar hefur gerðarþoli þann kost að tilkynna héraðsdómara að hann hafi andmæli fram að færa og verður slík tilkynning að hafa borist héraðsdómara áður en aðfararbeiðni er afgreidd.⁷⁸ Ákvæði 14. gr. veitir þannig þeim aðila sem tapað hefur gerðarmáli, og býst við fullnustuáðgerðum af hálfu dómhafa, tækifæri til þess að tilkynna héraðsdómara að hann hyggist taka til varna. Þannig getur gerðarþoli gripið til forvirkra ráðstafana sem veita honum tækifæri til þess að taka til varna strax og aðfararbeiðni kemur fram. Gerðarþoli þarf að beina slíkri tilkynningu til héraðsdómara að eigin frumkvæði, enda verður hann ekki upplýstur um það hvort eða hvenær aðfararbeiðni kemur fram.⁷⁹ Tilkynning gerðarþola þarf að vera þess efnis að gerð sé grein fyrir ákveðinni kröfu gerðarbeiðandans sem búist er við að krafist verði aðfarar fyrir.⁸⁰ Rétt eins og fjallað var um hér að framan kann slík ákvörðun gerðarþola að byggjast á taktískum sjónarmiðum um það hvort það þjóni hagsmunum hans betur að héraðsdómari afgreiði aðfararbeiðni gerðarbeiðanda eftir ákvæðum 12.-15. gr. AFL eða 13. kafla AFL. Í þessu sambandi má atla að gerðarþoli hafi allt að vinna og engu að tapa. Hafi hann andmæli fram að færa fær hann leyst úr þeim strax í stað þess að þurfa að verjast aðfararbeiðni sem þegar hefur verið árituð um að aðför megi fara fram. Það verður því að telja líklegt að dómþolar komi til með að nýta sér þessa heimild í talsverðu mæli og því mikilvægt að aðilar séu meðvitaðir um þennan rétt sem 1. mgr. 14. gr. AFL færir þeim í hendur.

3.2.2. Málsmeðferð samkvæmt 12.-15. gr. AFL

Það er sem fyrr segir meginregla AFL að héraðsdómari afgreiði aðfararbeiðni sem til hans er beint eftir ákvæðum 12.-15. gr. AFL, án þess að gerðarbeiðandi hafi nokkuð um þá afgreiðslu að segja og jafnvel án þess að gerðarbeiðandi sé meðvitaður um að slík beiðni sé komin fram. Þannig er aðfararbeiðnin og þau gögn sem henni fylgja að tekin til skoðunar af héraðsdómara utan réttar og málsmeðferðinni lýkur með áritun héraðsdómara um það hvort aðför megi fara fram samkvæmt henni.⁸¹ Í slíkum tilvikum er afgreiðsla héraðsdómara því með svipuðum hætti og mælt er fyrir um í 1. mgr. 96. gr. EML þegar um útvíst er að ræða af hálfu stefnda í einkamáli.⁸²

Samkvæmt ákvæði 1. mgr. 13. gr. AFL skal héraðsdómari rita á aðfararbeiðni að aðför nái ekki fram að ganga samkvæmt henni telji hann aðfararbeiðnina ófullnægjandi, aðfararheimild ekki vera fyrir hendi eða að henni hafi fylgt ónóg gögn. Sú ályktun hefur verið dregin að samkvæmt 1. mgr. 13. gr. AFL verði athugun dómars, þegar um meðferð aðfararbeiðni fer eftir ákvæðum 12.-15. gr. AFL, einkum að beinast að þrennu:

„Í fyrsta lagi leiðir af 1. mgr. 13. gr. AFL að dómarrinn verður að kanna hvort aðfararbeiðnin er fullnægjandi. Í þessu felst að hann verður fyrst og fremst að meta hvort efni beiðninnar fullnægir þeim kröfum, sem eru gerðar til þess í 1. mgr. 10. gr. AFL [...].

[...]

Í öðru lagi felst í 1. mgr. 13. gr. AFL að dómarrinn verður að meta hvort aðfararheimild er fyrir hendi í viðkomandi tilviki. Þessi athugun verður fyrst í stað að beinast að því, hvort nægileg lagastof er fyrir rétti gerðarbeiðanda til aðfarar, eða með öðrum orðum hvort krafa af þeirri gerð, sem gerðarbeiðandi krefst aðfarar fyrir, eigi undir

77 Sjá sömu heimild 311.

78 Sama heimild 311.

79 Sjá sömu heimild 311.

80 Sjá sömu heimild 311.

81 Sama heimild 310, 312.

82 Sama heimild 314.

einhverja reglu 1. mgr. 1. gr. laganna eða eftir atvikum undir sérлагafyrirmæli, sem standa utan ramma þess ákvæðis. [...] Krefjist gerðarbeiðandi aðfarar eftir erlendri aðfararheimild, þá athugar héraðsdómari ekki aðeins það eitt, hvort fullnægt er áskilnaði 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL um að þjóðréttarsamningur og íslensk lög mæli fyrir um rétt til aðfarar eftir viðkomandi heimild, heldur einnig hvort efni kröfunnar er með þeim hætti, að fullnusta hennar samrýmist íslensku réttarskipulagi.

[...]

Í þriðja lagi má álykta af 1. mgr. 13. gr. AFL að héraðsdómari verði að meta hvort gerðarbeiðandi hafi fært fram nægileg sönnunargögn fyrir rétti sínum til aðfarar.⁸³

Í þeim tilvikum þegar krafist er aðfarar á grundvelli erlendar gerðardómsúrlausnar sem kveðin hefur verið upp í aðildarríki New York sáttmálans þarf sá héraðsdómari sem hefur aðfararbeiðnina til meðferðar jafnframt að hafa ákvæði sáttmálans til hliðsjónar. Í fyrsta lagi þarf aðfararbeiðnin, eðli máls samkvæmt, að uppfylla þau formskilyrði sem ákvæði 10. gr. AFL kveður á um auk þess sem henni þurfa að fylgja þau gögn sem tilgreind eru í 4. gr. New York sáttmálans. Í slíkum tilvikum verður því að skýra ákvæði 1. mgr. 13. gr. AFL til samræmis við 4. gr. New York sáttmálans. Í öðru lagi ber héraðsdómara, til viðbótar við að kanna hvort að efni kröfunnar er með þeim hætti að fullnusta hennar samræmist íslensku réttarskipulagi, að kanna hvort að sakarefnið sé gerðartækt og hvort að fullnusta samræmist allsherjarreglu héraðs, sbr. (a) og (b) liði 2. mgr. 5. gr. New York sáttmálans. Jafnframt er ljóst að þegar gerðarbeiðandi hefur lagt fram öll nauðsynleg gögn, sbr. 5. gr. New York sáttmálans að þá hvílir sönnunarbyrðin fyrir því að synja eigi um viðurkenningu og fullnustu á gerðarþola samkvæmt 5. gr. sáttmálans.

3.2.3. Málsmeðferð samkvæmt

13. kafla AFL

Sem fyrr segir kemur fram í ákvæði 14. gr. AFL í hvaða tilvikum héraðsdómara ber að fara með aðfararbeiðni eftir 13. kafla AFL. Samkvæmt 1. mgr. 84. gr. AFL gilda almennar reglur um meðferð einkamála, eftir því sem við getur átt. Þannig verður að horfa til bæði ákvæða 13. kafla AFL sem og ákvæða EML í tengslum við það hvaða reglur gilda um málsmeðferðina.

Þegar það liggur fyrir að afgreiða þurfi aðfararbeiðni eftir 13. kafla AFL, skal héraðsdómari boða málsaðila til þinghalds þar sem málið verður tekið fyrir. Héraðsdómara ber að koma tilkynningu til gerðarþola í samræmi við skilyrði 1. og 2. mgr. 80. gr. AFL, en ljóst er að gera verður ríkar kröfur til þess að gerðarþola sé sannanlega tilkynnt um fyrirhugað þinghald. Í tilkynningu til gerðarþola skal tilgreina hver krefjist gerðarinnar og við hverja heimild sú krafa styðjist, hvers gerðarbeiðandi krefjist í beiðni sinni og hverju það varði ef gerðarþoli sækir ekki þing. Þá kemur fram í 2. mgr. 80. gr. AFL að almennt skuli gerðarþola veittur frestur samsvarandi stefnufresti ef um birtingu stefnu í hefðbundnu einkamál væri að ræða.

Verði útivist af hálfu annars málsaðila, eða beggja, þegar aðfararbeiðnin er tekin fyrir í fyrsta sinn á dómþingi, eða síðar við meðferð máls, þá er um slík tilvik fjallað í 81. og 82. gr. AFL. Sæki gerðarbeiðandi ekki þing, þegar beiðni hans er tekin fyrir, eða ekki verður af þingsókn hans síðar, skal beiðnin teljast fallin niður samkvæmt 81. gr. AFL. Hafi gerðarþoli sótt þing í slíkum tilvikum getur hann krafist ómaksþóknunar úr hendi gerðarbeiðanda og skal héraðsdómari úrskurða um slíka kröfu. Ef útivist gerðarbeiðanda má rekja til lögættra forfalla, kemur endurupptaka til álita, sbr. 4. mgr. 97. gr. EML.⁸⁴

Komi til þess að útivist verði af hálfu gerðarþola, segir í ákvæði 82. gr. AFL að héraðsdómari skuli kveða upp úrskurð um hvort og að hverju leyti gerðin nái fram að ganga samkvæmt framkomnum gögnum. Þetta er vitanlega háð þeim fyrirvara að gerðarþola hafi sannanlega verið tilkynnt um þinghaldið, sbr. skilyrði 80. gr. AFL.⁸⁵ Við þessar aðstæður fer héraðsdómari með málið með sambærilegum hætti og ef um væri að ræða útivist í almennu einkamáli, sbr. 96. gr. EML.⁸⁶ Samkvæmt 2. mgr. 82. gr. AFL, skal héraðsdómari rita ályktunarorð úrskurðar vegna útivistar gerðarþola á aðfararbeiðnina og afhenda gerðarbeiðanda.

Þrátt fyrir að mál samkvæmt 13. kafla AFL fari að miklu leyti eftir almennum reglum EML, er aðstaða gerðarþola ekki sú sama hvað varðar möguleika til þess að halda uppi vörnum, um veitingu fresta, sönnunarfærslu o.s.frv.⁸⁷ Samkvæmt 83. gr. AFL skal héraðsdómari strax við í fyrsta þinghaldi taka afstöðu til varna gerðarþola og verði þeim ekki þegar vísað á bug skulu málsaðilar fá skamma fresti til greinargerða og öflunar sýnilegra sönnunargagna. Gerðarþoli þarf því strax í upphafi að færa fram haldbær mótmæli gegn kröfu gerðarbeiðanda, en að öðrum kosti gæti gerðarþoli átt von á því að málið verði tekið til úrskurðar án þess að hann hafi frekara tækifæri til þess að kanna málstað sinn eða til frekari mótmæla.⁸⁸

Þegar þess er krafist að úrlausn erlends gerðardóms verði viðurkennd og fullnustuð er kröfugerð málsaðilanna frábrugðin kröfugerð í hefðbundnum einkamálum. Í slíkum tilvikum er kröfugerð gerðarbeiðanda á þá leið að aðfarargerðin megi fara fram og að sama skapi er kröfugerð gerðarþola þannig að kröfum gerðarbeiðanda verði hafnað að öllu eða nokkru leyti.⁸⁹

Jafnframt eru möguleikar málsaðila

hvað varðar sönnunarfærslu takmarkaðri þegar krafist er viðurkenningar og fullnustu erlendra gerðardóma heldur en í hefðbundnum einkamálum. Fram kemur í 1. mgr. 83. gr. AFL að málsaðilar hafi kost á því að afla sýnilegra sönnunargagna, en að vitnaleiðslur og mats- og skoðunargerðir skuli að jafnaði ekki fram fara. Ákvæðið hefur verið skýrt með þeim hætti að það taki ekki til aðilaskýrslna sem væru þá að jafnaði heimilar.⁹⁰ Þá segir jafnframt í ákvæðinu að málið skuli sótt og varið munnlega, en ályktað hefur verið að í þessu ákvæði felist að óheimilt sé að ákveða að mál skuli flutt skriflega og að óheimilt sé að taka mál til úrskurðar án þess að það hafi verið flutt munnlega.⁹¹

Héraðsdómari kveður upp úrskurð um hvort eða að hverju leyti gerðin nái fram að ganga samkvæmt skýrslum og mállutningi aðila og framkomnum skjölum eins og segir í 3. mgr. 83. gr. AFL. Nái aðför fram að ganga fær gerðarbeiðandi í hendur endurrit af úrskurði héraðsdómara til þess að leggja fyrir sýslumann samkvæmt 1. mgr. 16. gr. AFL og er enginn aðfararfrestur í slíkum tilvikum nema það hafi verið sérstaklega tiltekið í úrskurði héraðsdómara, sbr. 2. mgr. 84. gr. AFL.

Úrskurðir héraðsdómara í málum sem rekin eru eftir 13. kafla AFL sæta kæru til Hæstaréttar, en um kærufresti, kærna sjálfa og meðferð hennar í héraði og fyrir Hæstarétti gilda sömu reglur og um kæru í almennu einkamáli, sbr. 4. mgr. 84. gr. AFL.

4. MÖGULEIKAR DÓMÞOLA TIL AÐ VERJAST FULLNUSTU- AÐGERÐUM DÓMHAFNA

Þegar úrlausn erlends gerðardóms liggur fyrir og dómþoli vill ekki una niðurstöðunni

85 Sama heimild 321.

86 Sjá sömu heimild 321.

87 Sama heimild 321.

88 Sjá sömu heimild 322.

89 Sama heimild 323.

90 Sama heimild 324-325.

91 Sama heimild 324.

hefur hann að jafnaði val um tvenns konar möguleika til þess að verjast þeim réttaráhrifum sem úrlausninni fylgja.⁹²

Í fyrsta lagi hefur dómþoli kost á að láta málið til sín taka í því ríki þar sem gerðardómurinn átti sæti og getur krafist þess að úrlausnin verði sett til hliðar, eða ógilt í því ríki með sambærilegum hætti og mælt er fyrir um í 12. gr. GDL. Í öðru lagi getur dómþoli tekið til varna í því ríki, eða eftir atvikum ríkjum, þar sem viðurkenningar og fullnustu er krafist. Slíkar varnir yfirleitt grundvalladar á ákvæðum 5. gr. New York sáttmálans, eða eftir sérákvæðum laga þess ríkis þar sem fullnustu er krafist, að svo miklu leyti sem slík ákvæði samrýmast ákvæðum New York sáttmálans.

Samkvæmt meginreglu alþjóðlegs gerðardómsréttar er að jafnaði aðeins hægt að krefjast þess að úrlausn gerðardóms verði vikið til hliðar eða ógilt í því ríki þar sem gerðardómurinn átti sæti.⁹³ Ástæða þessa er meðal annars sú að gerðarmedferðin er rekin eftir lögum þess ríkis og það eru því dómstólar þess ríkis sem eftirlit eiga að hafa með málsmedferðinni í því augnamíði að ganga úr skugga um að aðilunum hafi verið tryggð réttlát málsmedferð.⁹⁴ Þessu fyrirkomulagi og þessu eftirliti dómstóla þess ríkis þar sem gerðardómurinn á sæti er jafnframt ætlað að stuðla að auknu trausti málsaðila til gerðarmedferðarinnar.⁹⁵ Almennt má segja að ástæður sem leitt geta til þess að úrlausn gerðardóms verði vikið til hliðar eða ógilt séu að jafnaði sambærilegar þeim ástæðum sem tiltekna eru í 5. gr. New York sáttmálans og leitt geta til þess að synjað verði um viðurkenningu og fullnustu.⁹⁶

Af þeim sökum er í gerðardómslögum flestra ríkja sem og lagafyrirmynd viðskiptalaganefndar Sameinuðu þjóðanna er gerður greinarmunur á því þegar gerð er krafa um að fá úrlausn gerðardóms setta til hliðar eða ógilta annars vegar og ástæður sem leitt geta til þess að synjað verði um viðurkenningu og fullnustu hins vegar.⁹⁷ Slíkur greinarmunur er ekki gerður berum orðum í GDL, en það kann að skapa óvissu um það hvort og þá að hvaða marki dómþoli geti borið ákvæði 12. gr. GDL fyrir sig þegar krafist er viðurkenningar og fullnustu erlends gerðardóms hér á landi.

Um þetta álitaefti segir Stefán Már Stefánsson prófessor í grein sinni „Um samningsbundna gerðardóma“ í umfjöllun sinni um úrlausnir gerðardóma sem kveðnir eru upp í samræmi við þjóðaréttarsamninga sem Ísland er aðili að:

„Hugsanlegt er einnig að sá aðili sem tapað hefur gerðarmáli stefni málinu til ógildingar fyrir hinum almennu héraðsdómstólum og á sama hátt og innlendum gerðardómsúrlausnum. Er þá við það miðað að varnarþing sé fyrir hendi hér á landi. Getur hann þá borið fyrir sig til ógildingar öll þau sömu atriði og unnt er að bera fram gegn innlendum gerðardómsúrlausnum.

Hafi þjóðaréttarsamningur verið lögtekinn hér á landi ber einungis að fara eftir ákvæðum hans og það eru þau sem ráða um það hvort ógilding er möguleg og að hvaða marki.“⁹⁸

Af texta ákvæða 13. og 14. gr. GDL og því sem kemur fram í athugasemdum um þessi ákvæði í frumvarpi því sem varð að GDL má draga þá ályktun að ákvæði 13. gr. taki aðeins til innlendra gerðardóma og ákvæði 14. gr. taki til erlendra gerðardóma.⁹⁹ Fram kemur í 2.

92 Lars Heuman, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure* (Juris Publishing 2003) 719.

93 34. gr. lagafyrirmyndar viðskiptalaganefndar Sameinuðu þjóðanna. Sjá einnig Hamid G. Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award* (Kluwer Law International 2002) 12-29.

94 Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008), 193.

95 Sjá Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 665, málgrein 25-7.

96 Sama heimild 664, málgrein 25-4.

97 Lagafyrirmynd viðskiptalaganefndar Sameinuðu þjóðanna gerir meðal annars þennan greinarmun, sbr. kafli VII. og kafli VIII.

98 Stefán Már Stefánsson, „Um samningsbundna gerðardóma“ (1990) 1 Tímarit lögfræðinga 49.

mgr. 13. gr. GDL að í þeim tilvikum þegar aðili byggir rétt fyrir dómi á úrlausn gerðardóms eða sátt sem gerð er fyrir gerðardómi geti gagnaðili véfengt gildi hans þannig getur dómþoli, í þeim tilvikum er dómhafi byggir rétt sinn á úrlausn gerðardóms eða sáttar sem gerð er fyrir gerðardómi véfengt gildi hans vegna þeirra atriða sem greind eru í 12. gr. GDL og sker dómurinn þá úr. Þá hefur jafnframt verið talið að dómþola sé við aðfarargerð almennt heimilt að bera fyrir sig þá ógildingaranmarka sem koma fram í 12. gr. GDL.¹⁰⁰

Aftur á móti þegar réttur dómhafa grundvallast á úrlausn erlends gerðardóms þarf að taka til skoðunar hvort um sé að ræða úrlausn sem eigi undir 1. eða 2. mgr. 14. gr. GDL. Í þeim tilvikum þegar úrlausnin á undir 1. mgr. 14. gr. GDL og um er að ræða úrlausn gerðardóms sem kveðin hefur verið upp í samræmi við ákvæði New York sáttmálans verður að telja að dómþoli geti ekki borið fyrir sig ákvæði 12. gr. GDL og látið reyna á ógildingu úrlausnar gerðardómsins fyrir íslenskum dómstólum. Ástæðan er sú að New York sáttmálinn kveður skýrt á um að aðeins skuli synja um viðurkenningu og fullnustu úrlausnar gerðardóms sem á undir sáttmálann á grundvelli 5. gr. hans. Af þessu leiðir að þegar úrlausn gerðardóms hefur verið kveðin upp í samræmi við New York sáttmálann þá kemur ógilding úrlausnar gerðardómsins ekki til álita heldur getur dómþoli aðeins varist fullnustu á grundvelli 5. gr. sáttmálans og borið fyrir sig ástæður sem leitt geta til þess að synja eigi um viðurkenningu og fullnustu úrlausnar gerðardómsins. Slík niðurstaða er jafnframt

í samræmi við áður nefnda meginreglu alþjóðlegs gerðardómsréttar.¹⁰¹

Hins vegar verður að telja að dómþoli geti við aðför á grundvelli úrlausna annarra alþjóðlegra gerðardóma, sbr. 2. mgr. 14. gr. GDL borið fyrir sig ógildingarástæður 12. gr. GDL. Ástæðan er áskilnaður 2. mgr. 14. gr. GDL um að slíkar úrlausnir skuli aðeins öðlast viðurkenningu og aðfararhæfi að fullnægðum fyrirmælum íslenskra laga um gerðardóma og verður að telja að áskilnaðurinn eigi jöfnum höndum við um 12. gr. GDL sem og önnur ákvæði laganna.

Þótt það verði að telja ólíklegt er engu að síður hugsanlegt að aðilar geti krafist þess að úrlausn erlends gerðardóms sem fellur undir 2. mgr. 14. gr. GDL verði ógilt með málsókn fyrir héraðsdómstólum hér á landi, sbr. 12. gr. GDL. Sem fyrr segir væri slíkt þó ekki í samræmi við meginreglur alþjóðlegs gerðardómsréttar, enda slík málsókn að öllu jöfnu að aðeins heimil í því ríki þar sem gerðardómurinn á sæti.¹⁰² Þá er jafnframt ljóst að jafnvel þótt íslenskir dómstólar kynnu í einhverjum tilvikum að fallast á kröfu um ógildingu erlendar gerðardómsúrlausnar, þá hefði slík niðurstaða aðeins réttaráhrif á Íslandi. Ennfremur verður að telja líklegt að vafamál geti verið uppi um það hvort íslenskir dómstólar hefðu lögsögu yfir erlendum dómhafa kæmi til þess að dómþoli krefðist þess með málsókn í héraði að úrlausn erlends gerðardóms yrði ógilt eða vikið til hliðar.¹⁰³ Það verður því að telja óheppilegt að GDL geri ekki framangreindan greinarmun og er því rík ástæða til þess að hafa hliðsjón af rétti nágrannaríkjanna auk lagafyrirmyndar Sameinuðu þjóðanna þegar

99 Alþt. 1988-1989, A-deild, þskj. 619 – 342. mál, athugasemdir við 13. og 14. gr.

100 Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 189.

101 Sjá neðanmálsgrein 95 að framan.

102 Þó eru þess dæmi að dómstólar sumra ríkja hafi lögsögu til að fjalla um gildi erlendra gerðardóma. Sjá meðal annars Hamid G. Haravi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award* (Kluwer Law International

2002) 17-23.

103 Þess eru þó dæmi í dómafrankvæmd Hæstaréttar að krafist hafi verið ógildingar á úrlausn erlends gerðardóms, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands 4. júlí 1974 í máli nr. 51/1973. Þessi dómur hefur þó takmarkaða þýðingu þar sem hann er kveðinn upp fyrir gildistöku GDL, auk þess sem það var hinn erlendi dómhafi sem var stefnandi málsins og stefndi vita- og hafnamálastjóri, samgönguráðherra og fjármálaráðherra f.h. ríkissjóðs.

og ef til endurskoðunar á ákvæðum GDL kemur.

Aftur á móti hefur það mun víðtækari réttaráhrif þegar úrlausn gerðardóms er vikið til hliðar eða ógilt af dómstólum í því ríki þar sem gerðardómurinn átti sæti, enda er þá hægt að verjast fullnustuaðgerðum í öðrum ríkjum New York sáttmálans, sbr. (e) lið 1. mgr. 5. gr. sáttmálans. Þar segir að heimilt sé að synja um viðurkenningu og fullnustu ef úrlausn gerðardóms sé ekki orðin bindandi fyrir aðilanna, eða að úrlausninni hafi verið vikið til hliðar eða ógilt af þar til bæru yfirvaldi í því ríki þar sem úrlausnin var kveðin upp. Það er því ljóst að áhrif þess eru mun víðtækari og dómþoli kann að hafa mun meiri hagsmuni af því að krefjast ógildingar í því ríki þar sem gerðardómurinn átti sæti í stað þess til að mynda að láta reyna á ógildingu erlends gerðardóms samkvæmt 12. gr. GDL. Nái krafa um að úrlausn gerðardóms verði sett til hliðar eða ógilt fram að ganga hefur það þau áhrif að úrlausnin hefur engin réttaráhrif í því ríki þar sem gerðardómurinn átti sæti og nær ómögulegt verður fyrir dómhafa að fá úrlausnina viðurkennda og fullnustaða í öðrum ríkjum.¹⁰⁴ Hins vegar er það ekki algilt að dómstólar í öðrum ríkjum komi til með að hafna fullnustu gerðardómsúrlausnar sem sett hefur verið til hliðar í því ríki þar sem gerðardómurinn átti sæti, en þess eru dæmi að úrlausnir alþjóðlegra gerðardóma hafi verið fullnustaðar erlendis þrátt fyrir að hafa verið vikið til hliðar eða ógiltar í því ríki þar sem gerðardómurinn átti sæti, enda er ákvæði (e) liðar 1. mgr. 5. gr. New York sáttmálans aðeins heimildarákvæði.¹⁰⁵

Þegar fram kemur krafa um viðurkenningu og fullnustu úrlausnar erlends gerðardóms hérlendis má segja að möguleikar dómþola til þess að verjast fullnustuaðgerðum dómhafa

séu í raun þriðþættir. Í fyrsta lagi er um að ræða varnir sem byggðar eru á sérstökum skilyrðum 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL, í öðru lagi er um að ræða varnir sem byggðar eru á ákvæðum 5. gr. New York sáttmálans og í þriðja lagi er um að ræða mótbáru sem dómþoli (gerðarþoli) getur haft uppi við framkvæmd aðfarargerðarinnar.

4.1. Varnir byggðar á sérstökum skilyrðum

11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL

Þegar kemur að viðurkenningu og fullnustu úrlausna erlendra gerðardóma hérlendis er sem fyrr segir þrenns konar áskilnaður gerður í ákvæði 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL sem taka þarf til skoðunar. Í fyrsta lagi þarf að vera um að ræða þjóðréttarlega skuldbindingu íslenska ríkisins, í öðru lagi þarf þessi þjóðréttarlega skuldbinding að hafa verið innleidd inn í íslensk lög og í þriðja lagi verður fullnusta kröfunnar að samrýmast íslensku réttarskipulagi.¹⁰⁶

Þannig geta andmæli gerðarþola varðað þessi sérstöku skilyrði sem gerður er áskilnaður um í 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL, til að mynda gæti gerðarþoli borið því fyrir sig að sá milliríkjasamningur sem hin þjóðréttarlega skuldbinding um aðför byggir á hafi ekki lagagildi á Íslandi eins og til að mynda var gert í H 703/2009, sem kveðinn var upp 16. desember 2009, eða að fullnusta kröfunnar sé ekki samrýmanleg íslensku réttarskipulagi.¹⁰⁷

Fjallað var um fullgildingu og innleiðingu New York sáttmálans inn í íslenskan rétt í kafla 2.3.1. að framan. Þar var vakin athygli á þeirri staðreynd að New York sáttmálinn var ekki lögtekinn í heild sinni hér á landi heldur voru íslensk lög aðlöguð til þess að tryggja að löggin væru samrýmanleg þeim þjóðréttarlegu skuldbindingum sem fullgilding New York sáttmálans hafði

¹⁰⁴ Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 665-666, málsgrein 25-9.

¹⁰⁵ Sama heimild 680, málsgrein 25-53.

¹⁰⁶ Sjá Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 208.

¹⁰⁷ Sama heimild 208.

í för með sér. Í ljósi meginreglunnar um tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar sem gildir hér á landi¹⁰⁸, er því ekki hægt að útiloka að því yrði borið við þegar að framkvæmd viðurkenningar og fullnustu kæmi hér á landi að New York sáttmálinn hefði ekki öðlast lagagildi hér á landi, sbr. einkum niðurstöðu Hæstaréttar Íslands í framangreindum dómi, H 703/2009. Hins vegar verður að telja líklegt að tilvísun 14. gr. GDL sé fullnægjandi að höfðu tilliti til þeirra lögskýringasjónarmiða að skýra skuli landsrétt til samræmis við alþjóðasamninga sem ríki hefur staðfest eftir því sem kostur er.¹⁰⁹

Hvað varðar þann áskilnað um að fullnustan verði að samrýmast íslensku réttarskipulagi þá kemur fram í athugasemdum í frumvarpi því sem varð að AFL að þetta feli í sér að fullnusta kröfunnar megi ekki taka til einhvers þess, sem talið yrði ólöglegt eða ósiðlegt eftir íslenskum lögum, réttarvitund eða siðferðisvitund.¹¹⁰ Um efnislega sambærilegt ákvæði er að ræða og mælt er fyrir um í (b) lið 2. mgr. 5. gr. New York sáttmálans sem heimilar að synjað verði um viðurkenningu og fullnustu ef slíkt væri andstöðu við allsherjarreglu þess ríkis þar sem fullnustu er krafist. Í þeim tilvikum þar sem um er að ræða úrlausn gerðardóms sem kveðin hefur verið upp í samræmi við ákvæði New York sáttmálans, sbr. 1. mgr. 14. gr. GDL, verður að telja að dómstólar þurfi að hafa í huga þá meginreglu sem lögð hefur verið til grundvallar við túlkun New York sáttmálans um að allar undantekningar frá því að viðurkenning og fullnusta nái fram að

gangna skuli skýrðar með þröngum hætti.¹¹¹ Í þeim tilvikum þegar um aðra alþjóðlega gerðardóma er að ræða, sbr. 2. mgr. 14. gr. GDL er aftur á móti hugsanlegt að dómstólar líti svo á að þeir hafi frjálsari hendur við ákvörðun á því hvað teljist vera í samræmi við íslenskt réttarskipulag í skilningi ákvæðis 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL, heldur en við skýringu (b) liðar 2. mgr. 5. gr. New York sáttmálans.

4.2. Varnir byggðar á 5. gr. New York sáttmálans

Ákvæði 3. gr. New York sáttmálans mælir með skýrum hætti fyrir um það að hvert sammingsríki skuli viðurkenna úrlausnir gerðardóma sem kveðnir eru upp í öðru sammingsríki sem bindandi og fullnusta slíkar úrlausnir í samræmi við eigin réttarsfarsreglur. Samkvæmt orðalagi 5. gr. New York sáttmálans má aðeins synja um viðurkenningu og fullnustu erlendra gerðardómsúrlausnar í þeim tilvikum þegar sá aðili sem fullnustan beinist gegn færir fram sönnun fyrir því að þau skilyrði sem tilgreind eru í ákvæði 5. gr. séu uppfyllt.¹¹² Ennfremur eru fræðimenn á einu máli um að ákvæði 5. gr. New York sáttmálans skuli túlkað með þröngum hætti, þar sem að um undantekningu er að ræða frá meginreglunni sem kemur fram í 3. gr. sáttmálans.¹¹³

Þá ber einnig að athuga að samkvæmt orðalagi ákvæðisins er aðeins um heimildar-ákvæði að ræða og dómstólum ber ekki skylda til þess að synja um viðurkenningu og fullnustu jafnvel þótt sýnt verði fram á að eitt eða fleiri þeirra atriða sem tiltekin

108 Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókautgáfan Codex 2006) 79.

109 Dómur Hæstaréttar Íslands 19. desember 2000 í máli nr. 125/2000, kafli IV.

110 Alþt. 1988, A-deild, þskj. 114 – 111. mál, athugasemdir við 11. tölul. 1. mgr. 1. gr.

111 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 706, málsgrein 26-66.

112 Sjá Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby og Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. útg., Sweet & Maxwell 2004) 528, málsgrein 10-34.

113 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* (Kluwer Law and Tax Publishers 1981) 267-268; Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 706, málsgrein 26-66.

eru í 5. gr. eigi við.¹¹⁴ Landsdómstólar sumra ríkja, til að mynda í Þýskalandi, hafa þó skýrt ákvæðið með þeim hætti að ekki sé um heimildarákvæði að ræða.¹¹⁵ Hins vegar verður ekki synjað um viðurkenningu og fullnustu á öðrum grundvelli en þar kemur fram, þar sem almennt er álitíð að ákvæði 5. gr. New York sáttmálans tiltaki með tæmandi hætti þau atvik sem leitt geta til þess að synjað verði um viðurkenningu og fullnustu erlendar gerðardómsúrlausnar í aðildarríkjum sáttmálans.¹¹⁶ Þegar um er að ræða tilvik sem eiga undir 5. gr. New York sáttmálans er heimilt að synja um viðurkenningu og fullnustu annað hvort að hluta eða öllu leyti.¹¹⁷

Það ber að taka sérstaklega fram að þrátt fyrir að dómþoli hafi ákveðin tækifæri til þess að taka til varna og verjast fullnustu erlendar gerðardómsúrlausnar eftir að niðurstaðan liggur fyrir þá snúa slíkar varnir ekki að hinni efnislegu niðurstöðu gerðardómsins¹¹⁸, enda væri slíkt beinlínis óheimilt samkvæmt New York sáttmálanum.¹¹⁹ Móguleikar dómþola til þess að taka til varna í því ríki þar sem viðurkenningar og fullnustu er krafist snúa aðallega að því annars vegar hvort að málsmeðferðin hafi verið réttlát og hins vegar hvort að sakarefnið hafi verið gerðartækt og hvort fullnusta kröfunnar samrýmist allsherjarreglu í því ríki þar sem fullnustu er krafist.¹²⁰

Ákvæði 5. gr. New York sáttmálans samanstendur af tveimur málsgreinum. Í fyrstu málsgreininni eru tiltekin atriði sem varða gerðarmedferðina sjálfa og eiga að tryggja að framkvæmd gerðarmedferðarinnar hafi verið réttlát gagnvart báðum mál aðilum. Aðeins verður synjað um viðurkenningu og fullnustu samkvæmt 1. mgr. 5. gr. New York sáttmálans eftir kröfu aðilanna.¹²¹ Í annarri málsgreininni eru tilgreind atriði sem varða allsherjarreglu og réttarskipulag hvers ríkis og geta landsdómstólar gætt að þessum atriðum af sjálfsdáðum (*ex officio*).¹²²

Ákvæði 5. gr. New York sáttmálans er svohljóðandi:

5. gr.

1. Aðeins má hafna viðurkenningu og fullnustu gerðardómsúrlausnar að kröfu þess aðila sem hún beinist gegn ef sá aðili veitir lögbæru yfirvaldi þar sem viðurkenningar og fullnustu er leitað sönnun fyrir því að:
 - a) aðilar að samningi þeim sem fjallað er um í 2. gr. [gerðarsamningurinn] hafi samkvæmt þeim lögum sem um þá giltu skort hæfi með einhverjum hætti eða að samningurinn hafi ekki verið gildur samkvæmt þeim lögum sem aðilarnir hafa ákveðið að um hann giltu, eða, ef engar vísbendingar eru um það,

114 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 707, málsgrein 26-67; Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby og Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. útg., Sweet & Maxwell 2004) 528, málsgrein 10-34.

115 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 707, málsgrein 26-69.

116 Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby og Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. útg., Sweet & Maxwell 2004) 528, málsgrein 10-33; Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008). 208; Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 706, málsgreinar

26-65 til 26-66.

117 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009) 2731-2732.

118 Lars Heuman, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure* (Juris Publishing 2003) 718-719.

119 Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby og Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. útg., Sweet & Maxwell 2004) 528, málsgrein 10-33.

120 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009) 2730.

121 Sama heimild 2731.

122 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 720, málsgrein 26-111; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009) 2731.

samkvæmt lögum þess lands þar sem gerðardómurinn var kveðinn upp, eða

- b) aðila þeim sem gerðardómurinn beinist gegn hafi ekki réttilega verið tilkynnt um skipun gerðarmanns eða um gerðarmedferðina, eða að honum hafi að öðrum ástæðum verið ókleift að skýra mál sitt, eða
 - c) gerðardómurinn fjalli um ágreining, sem skilmálar um gerðarmedferð hafi ekki gert ráð fyrir eða ekki fellur undir þá, eða að í gerðardómnum séu ákvarðanir um málefni utan sviðs skilmála um gerðarmedferð, sem lögð hafa verið í gerð, enda verði viðurkenning og fullnusta veitt á þeim ákvörðunum sem fjalla um málefni innan þess sviðs, ef þær verða ekki aðskildar frá þeim sem utan þess falla, eða
 - d) skipun gerðardómsins eða gerðarmedferðin hafi ekki verið í samræmi við það sem aðilar sömdu um, eða ef um slíkt hefur ekki verið samið, hafi ekki verið í samræmi við lög þess lands þar sem gerðarmedferð fór fram, eða
 - e) gerðardómur sé ekki enn orðinn bindandi fyrir aðilana, eða honum hafi verið vikið til hliðar eða ógiltur af til þess bæru yfirvaldi í ríki þar sem dómur er kveðinn upp, eða eftir þeim lögum sem um hann gilda.
2. Viðurkenningu og fullnustu gerðardóms má einnig hafna ef víðeigandi yfirvald í því landi þar sem viðurkenningar og fullnustu er leitað telur að:
- a) sakarefnið sé ekki þannig að úr

því verði leyst með gerð samkvæmt lögum þess lands, eða

- b) viðurkenning og fullnusta gerðardómsins væri í andstöðu við allsherjarreglu þess lands þar sem fullnustu er krafist.¹²³

4.2.1. (a) liður 1. mgr. 5. gr. – aðila hafi skort hæfi við gerð gerðarsamnings eða gerðarsamningurinn var ógildur

Í þessu sambandi eru þær varnir sem gerðarþoli getur gripið til samkvæmt þessari ákvæði 5. gr. New York sáttmálans tvíþættar.

Annars vegar að aðila hafi skort hæfi við gerð gerðarsamnings en það getur til að mynda komið til vegna umbodsskorts. Það er mikilvægt að átta sig á því að þegar hæfi aðila til þess að undirgangast gerðarsamninginn er metið þá þarf að horfa til þeirra laga sem giltu um hvorn aðila um sig þegar samningurinn var gerður.¹²⁴ Í flestum tilvikum leiðir það af lagaskilareglum alþjóðlegs einkamálaréttar að það eru almennar reglur samningaréttar heimaríkis hvors aðila sem ákvarða hvort aðilum hafi verið heimilt að undirgangast gerðarsamninginn.¹²⁵ Það geta þó einnig verið sérákvæði í lögum einstakra ríkja sem áskilja að samþykki eða leyfisveitingu opinberra aðila til þess að undirgangast samninga á einstökum sviðum.¹²⁶

Hins vegar að gerðarsamningurinn hafi verið ógildur samkvæmt þeim lögum um gerðarmedferðina giltu, nema aðilarnir hafi samið sérstaklega um að önnur lög ættu að gilda. Hérna geta komið til skoðunar formskilyrði sem gilda um gerðarsamninga, eins og til að mynda ákvæði 3. gr. GDL og ákvæði 2. gr. New York sáttmálans þar sem kveðið er á um að gerðarsamningur verði að vera skriflegur. Jafnframt gætu

123 Þýðingu New York sáttmálans má finna í Stjtið C, 1/2002. Innskot höfundar.

124 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 117-118, málsgreinar 6-50 til 6-51; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law

International 2009) 2785-2786.

125 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 117-118, málsgreinar 6-50 til 6-51.

126 Sama heimild 708, málsgrein 26-74.

ógildingarreglur samningaréttar komið til skoðunar í þessu sambandi, til að mynda ef aðili héldi því fram að víkja ætti gerðarsamningi til hliðar á grundvelli 36. gr. laga nr. 7/1936, eða á grundvelli sambærilegra ákvæða í rétti annarra ríkja. Í dómi Hæstaréttar í máli H 530/2002 reyndi einmitt á þetta þar sem málsaðili byggði á því að gerðarsamningur væri ógildur á grundvelli 36. gr. samningalaganna. Taldi Hæstiréttur að söknaaðili hefði ekki með haldbærum rökum sýnt fram á heimild sína til þess að víkjast undan samningsbundinni lögsögu gerðardóms í málinu.¹²⁷

4.2.2. (b) liður 1. mgr. 5. gr. – aðilum var ekki réttilega tilkynnt um gerðarmeðferðina eða þeim hafi ekki verið gefinn kostur á að skýra mál sitt

Heimild þessa ákvæðis endurspeglar rétt málsaðilanna til réttlátrar og sanngjarnrar málsmeðferðar.¹²⁸ Hefur ákvæði þessa (b) liðar verið talið mikilvægasta ákvæði 1. mgr. 5. gr. New York sáttmálsins.¹²⁹ Áskilnaður ákvæðisins er tvíþættur, annars vegar þarf að tilkynna aðilum um gerðarmeðferðina og hins vegar þarf að gefa aðilum kost á að tjá sig um sakarefnið og skýra mál sitt. Hlutverk dómstóla í því ríki þar sem fullnustu er krafist er því ekki að endurskoða niðurstöðu gerðardómsins heldur aðeins að hafa eftirlit með því hvort að aðilum hafi í raun verið tryggð réttlát málsmeðferð.¹³⁰

Það gefur augaleið að niðurstaða

gerðardóms þar sem aðila hefur ekki verið tilkynnt um gerðarmeðferðina felur ekki í sér réttláta málsmeðferð og getur ekki bundið þann aðila.¹³¹ Rétt eins og við meðferð mála fyrir almennum dómstólum eru því gerðar ríkar kröfur til þess að aðilum sé tilkynnt með fullnægjandi hætti hvar og hvenær mál þeirra verður tekið fyrir. Það eru þó engar kröfur gerðar til þess með hvaða hætti skjöl séu birt fyrir aðilum,¹³² s.s. að slíkt sé gert með sambærilegum hætti og gert er við rekstur einkamála fyrir landsdómstólum. Þess vegna verður að telja ráðlegt að aðilar boðsendi, eða sendi gögn með ábyrgðarpósti til þess að tryggja fullnægjandi sönnun svo að þetta atriði geti ekki haft áhrif á fullnustu þegar úrlausn gerðardóms liggur fyrir. Jafnframt er almennt ekki kveðið á um neina stefnufresti eða önnur slík tímamörk og almennt er álitid að aðilar geti ekki varist fullnustu á þeim grundvelli einum að tímafrestir hafi verið stuttir, svo fremi sem frestir hafi verið víðeigandi miðað við atvik hvers máls.¹³³

Þá er almennt talið að aðilarnir verða að hafa fengið raunverulegt færi á því að tjá sig um sakarefnið.¹³⁴ Það er til að mynda talið að mikilvægt og hluti réttlátrar málsmeðferðar í skilningi ákvæðisins að aðilunum sé veitt færi á að tjá sig munnlega um sakarefnið.¹³⁵ Það er misjafnt í lögum einstakra ríkja hvort aðilunum sé veitt fullt og ótakmarkað færi á að tjá sig um sakarefnið eða hvort að þeim skuli gefið sanngjarnt tækifæri

127 Dómur Hæstaréttar Íslands 10. desember 2002 í máli nr. 530/2002.

128 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 711, málsgrein 26-81; Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby og Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. útg., Sweet & Maxwell 2004) 532, málsgrein 10-39; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009) 2737.

129 Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby og Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. útg., Sweet & Maxwell 2004) 532, málsgrein 10-39.

130 Sama heimild 533, málsgrein 10-40.

131 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009) 2750.

132 Sjá meðal annars sömu heimild 2750.

133 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 711-712, málsgrein 26-83 til 26-84. Sjá einnig dóm Hæstaréttar Íslands 4. júlí 1974 í máli nr. 51/1973, III. kafli.

134 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 712-713, málsgreinar 26-86 til 26-89.

135 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009) 2746.

til þess.¹³⁶ Til að mynda kveður 7. gr. GDL á um að aðilunum skal ávallt gefið færi á að tjá sig um sakarefnið. Í þessu felst að gerðarmönnum¹³⁷ ber að tryggja aðilunum réttláta málsmeðferð, tilkynna skal um gerðarmedferðina með fullnægjandi hætti, aðilum skal gefið færi á að gera kröfur, færa fram sönnunargögn, kynna sér gögn málsins og tjá sig um sakarefnið svo notað sé orðalag 7. gr. GDL. Þá er það jafnframt hluti þess sem telst til réttlátrar málsmeðferðar í skilningi ákvæðisins að á gerðarmönnum hvílir sú skylda að þeir eiga að tryggja eigið sjálfstæði og hlutleysi enda eiga aðilarnir rétt til þess að fá leyst úr ágreiningi sínum fyrir óvilhóllum og sjálfstæðum gerðardómi.¹³⁸

Í þessu sambandi er vert að geta þess að sú skylda hvílir aðeins á gerðarmönnum að veita málsaðilum færi á að tjá sig um sakarefnið, það að aðilarnir, annar hvor eða báðir, nýti sér ekki það færi sem þeim hefur verið gefið til þess hefur ekki þýðingu í skilningi (b) liðar 1. mgr. 5. gr. New York sáttmálans.¹³⁹

Málsaðilarnir hafa sem fyrr segir forræði á því að bera fyrir sig ákvæði (a)-(e) liðar 1. mgr. 5. gr. New York sáttmálans og ekki verður synjað um viðurkenningu og fullnustu á þeim grundvelli nema eftir kröfu aðila. Hins vegar er hugsanlegt, sérstaklega í tengslum við ákvæði (b) liðar 5. gr. sáttmálans sem varðar réttláta

málsmeðferð, að í þeim tilvikum þar sem augljóst er að aðilum hafi ekki verið tryggð réttlát málsmeðferð, hafi ekki verið tilkynnt um gerðarmedferðina, eða ekki gefinn neinn kostur á að skýra mál sitt með fullnægjandi hætti, að dómari geti af sjálfsdáðum synjað viðurkenningu og fullnustu á grundvelli (b) liðar 2. mgr. 5. gr. New York sáttmálans. Það leiðir af því að ef brotið hefur verið gegn rétti málsaðilanna til réttlátrar málsmeðferðar með alvarlegum hætti getur það talist vera í andstöðu við allsherjarreglu þess ríkis þar sem fullnustu er krafist og dómara getur því verið heimilt að synja um viðurkenningu og fullnustu af sjálfsdáðum, sbr. (b) lið 2. mgr. 5. gr. New York sáttmálans.¹⁴⁰

4.2.3. (c) liður 1. mgr. 5. gr. – gerðardómurinn hefur farið út fyrir valdsvið sitt

Samþykki fyrir því að ágreiningsmál skuli lagt í gerð er grundvallarforsenda gerðarmedferðar og vald gerðardómsins stafar eingöngu frá málsaðilunum sjálfum og samningi þeirra um að leggja mál í gerð.¹⁴¹ Fari gerðarmenn út fyrir valdsvið sitt samkvæmt gerðarsamningnum getur slík niðurstaða augljóslega ekki bundið málsaðilanna, enda hafa þeir þá ekki með bindandi hætti samið sig frá lögsögu almennra dómstóla og hægt er að synja um viðurkenningu og

136 Það athugast þó að við endurskoðun gerðardómsreglna viðskiptalaganefndar Sameinuðu Þjóðanna (UNCITRAL Arbitration Rules) árið 2010 var orðalaginu „full opportunity“ skipt út fyrir „reasonable opportunity“. Sjá nánari umfjöllun, Niels Schiersing, „Om due process og begrebet „fuld lejlighed til at fremføre sin sag“ i Voldgiftslovens § 18“ (2012) 1 Erhvervsjuridisk Tidsskrift 231.

137 Hugtakið gerðarmaður eða gerðarmenn er hér notað um dómendur í gerðardómi. Þetta er í samræmi við íslenska málvenju, sbr. skilgreiningar *Íslenskrar orðabókar*, Reykjavík 2007, á hugtökunum gerðardómur og gerðarmaður: Gerðardómur: „dómstóll gerðarmanna sem skv. lögum eða samningi úrskurðar um ágreiningsmál á sviði einkaréttar [sem] ættu annars að sæta úrlausn almennra dómstóla“. Gerðarmaður: „maður sem úrskurðar um mál“. Í *Mórður Árnason (ritstj.)*, *Íslensk Orðabók* (Edda 2007).

138 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer

Law International 2003) 712-713, málsgreinar 26-86 til 26-89; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009) 2755-2756.

139 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 713, málsgreinar 26-88.

140 Lars Heuman, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure* (Juris Publishing 2003) 731.

141 Emmanuel Gaillard og John Savage (ritstj.), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999) 253, málsgrein 471; Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby og Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. útg., Sweet & Maxwell 2004) 155, málsgrein 3-01, 317-319, málsgreinar 6-05 til 6-09; Andrew Tweeddale, og Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes* (Oxford University Press 2005) 34, málsgrein 2.04.

fullnustu.¹⁴² Ákvæði (c) liðar 1. mgr. 5. gr. New York sáttmálans er því ætlað að tryggja að úrlausn gerðardóms taki aðeins til þeirra atriða sem lögð hafa verið í gerð. Í þeim tilvikum þar sem gerðardómurinn hefur komist að niðurstöðu um atriði sem falla utan þeirra heimilda sem kveðið er á um í gerðarsamningnum geta aðilarnir krafist þess að synjað verði um viðurkenningu og fullnustu á þeim grundvelli að hluta eða öllu leyti.¹⁴³

4.2.4. (d) liður 1. mgr. 5. gr. — skipun gerðardómsins eða gerðarmeðferðin var ekki í samræmi við gerðarsamninginn

Þetta ákvæði varðar framkvæmd gerðarmeðferðarinnar og sérstaklega þau atriði sem málsaðilarnir kunna að hafa komið sér saman um varðandi skipun gerðardómsins annars vegar og framkvæmd gerðarmeðferðarinnar hins vegar. Sjálfræði samningsaðilanna¹⁴⁴ til þess að ráðstafa hagsmunum sínum með bindandi hætti við framkvæmd gerðarmeðferðar er grundvallar meginregla í gerðardómsrétti.¹⁴⁵ Þessi réttur nær einnig til þess að aðilunum er heimilt að ákveða með hvaða hætti gerðarmenn skuli skipaðir og hvort að þeir þurfi að uppfylla ákveðin hæfisskilyrði.¹⁴⁶ Ákvæði (d) liðar 1. mgr. 1. gr. New York sáttmálans er skýrt dæmi um það hversu þýðingarmikið þetta atriði er talið vera.¹⁴⁷ Enda er það þannig að sé ekki farið eftir vilja aðilanna eins og hann kemur fram í gerðarsamningnum

er hugsanlegt að það kunni að leiða til þess að synjað verði um viðurkenningu og fullnustu úrlausnar gerðardómsins. Það skal þó tekið fram að varnir sem byggðar eru á þessu ákvæði ná sjaldan fram að ganga í framkvæmd.¹⁴⁸

Í þessu sambandi gæti aðili til að mynda borið þetta ákvæði fyrir sig ef gert hefði verið ráð fyrir því í gerðarsamningi að úr ágreiningnum skyldi leyst fyrir þriggja manna gerðardómi, en þegar á hólminn var komið var gerðardómurinn aðeins skipaður einum gerðarmanni, eða ef gerðarsamningurinn hefði mælt fyrir um ákveðin hæfisskilyrði sem gerðarmönnum var ætlað að uppfylla en síðar hafi komið í ljós að þeir hafi ekki uppfyllt þessi skilyrði. Í þeim tilvikum þegar atriði sem þessi beinast að gerðarmönnum þá er mælt fyrir um það í gerðardómslögum margra ríkja að hafi aðilar slíkar athugasemdir er varða hæfi eða skipun gerðarmannanna að þá skuli þeir bera slíkar athugasemdir fyrir sig innan ákveðinna tímamarka, eða teljast ella hafa sætt sig við þær.¹⁴⁹

4.2.5. (e) liður 1. mgr. 5. gr. — úrlausn gerðardóms er ekki enn orðin bindandi eða úrlausninni hefur verið vikið til hliðar eða ógilt í því ríki þar sem gerðardómurinn átti sæti

Þetta ákvæði felur í sér tvenns konar atvik sem leitt geta til þess að synjað verði um viðurkenningu og fullnustu.

142 Emmanuel Gaillard og John Savage (ritstj.), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999) 393-394, málsgreinar 647 til 648; Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008) 2-3; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009) 2798.

143 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 280, málsgreinar 12-13; Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008) 2-3.

144 Sjálfræði samningsaðilanna er þýðing á enska hugtakinu „party autonomy“.

145 Lars Heuman, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure* (Juris Publishing 2003) 249-255.

146 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009) 2765-2767.

147 Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby og Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. útg., Sweet & Maxwell 2004) 535, málsgrein 10-43.

148 Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008) 212.

149 Sjá meðal annars ákvæði 4. gr. lagafyrirmyndar viðskiptalaganefndar Sameinuðu þjóðanna og 34. gr. sænsku gerðardómslaganna (SFS 1999:116).

Annars vegar að úrlausn gerðardóms sé ekki orðin bindandi, en til þess að hægt sé að krefjast viðurkenningar og fullnustu gerðardómsúrlausnar verður úrlausnin að vera orðin bindandi fyrir aðilana.¹⁵⁰ Hins vegar felur ákvæðið í sér að heimilt sé að synja um viðurkenningu og fullnustu þegar úrlausn gerðardóms hefur verið ógilt eða hún sett til hliðar í því ríki þar sem gerðardómurinn átti sæti.

Í tilvikum þegar fallist hefur verið á kröfu um að úrlausn gerðardóms verði ógilt eða sett til hliðar í því ríki þar sem gerðardómurinn átti sæti þá hefur slík niðurstaða þau áhrif að úrlausnin hefur ekki réttaráhrif í því ríki þar sem gerðardómurinn átti sæti og hægt er að verjast fullnustunni í öðrum ríkjum New York sáttmálans á þeim grundvelli, sbr. (e) lið 1. mgr. 5. gr. sáttmálans. Auk þess verður nær ómögulegt fyrir dómhafa að fá fullnustu gerðardómsins í öðrum aðildarríkjum New York sáttmálans, sbr. meðal annars ákvæði (e) liðar 1. mgr. 5. gr. New York sáttmálans.¹⁵¹ Hins vegar er aðeins um heimildarákvæði að ræða og það því ekki algilt að dómstólar í öðrum ríkjum komi til með að synja um fullnustu gerðardómsúrlausnar sem sett hefur verið til hliðar í því ríki þar sem gerðar meðferðin fór fram, en þess eru dæmi að slíkar úrlausnir hafi verið fullnustaðar.¹⁵²

Þá er heimilt, samkvæmt 6. gr. New York sáttmálans, að fresta ákvörðun um viðurkenningu og fullnustu úrlausnar gerðardóms ef þess hefur verið krafist að úrlausninni verði vikið til hliðar eða hún ógilt af lögbæru yfirvaldi í því ríki þar sem gerðardómurinn átti sæti. Í slíkum tilvikum

getur sá aðili sem leitar fullnustu krafist þess að dómþoli setji tryggingu fyrir hagsmunum dómhafa og skal hið lögbæra yfirvald taka afstöðu til kröfu dómhafa hvað þetta varðar.

4.2.6. (a) liður 2. mgr. 5. gr. – sakarefnið er ekki gerðartækt í því ríki þar sem fullnustu er krafist

Sú heimild málsaðila að semja um það sín á milli að leggja ágreiningsmál í gerð er byggð á samningsfrelsi aðilanna. Eðli máls samkvæmt eru þessu samningsfrelsi þó ákveðin takmörk sett enda geta aðilar ekki lagt mál í gerð þegar þeir hafa ekki forræði á sakarefninu, sbr. meðal annars orðalag 2. mgr. 1. gr. GDL.¹⁵³

Þegar talað er um hvort sakarefni sé gerðartækt er átt við hvort að sakarefni það sem til umfjöllunar er sé tækt til gerðar meðferðar samkvæmt reglum landsréttar. Annars vegar geta ríki gert þann áskilnað í sinni löggjöf að ákveðnir málaflókkar séu ekki tækir til gerðar meðferðar heldur sé það aðeins á forræði hinna almennu dómstóla þess ríkis að leysa úr slíkum málum. Til að mynda hafa sum ríki í löggjöf sinni kveðið á um að ekki megi leggja ágreining á sviði neytendaréttar í gerð.¹⁵⁴ Hins vegar má leiða það af almennum reglum og sjónarmiðum um forræði aðila á sakarefninu hvort tiltekið sakarefni teljist gerðartækt. Þegar sakarefnið er allsherjarréttarlegs eðlis eða snertir reglur á sviði opinbers réttar, s.s. á sviði refsiréttar, fjölskyldu- og sifjaréttar, skattaréttar, gjaldþrotaréttar o.þ.h. er ljóst að aðilana skortir það nauðsynlega forræði yfir sakarefninu sem er grundvallarforsenda

150 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009), 2815.

151 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 680, málsgrein 25-53. Sjá jafnframt umfjöllun í kafla 4.0. að framan.

152 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer

Law International 2003) 680, málsgrein 25-53.

153 Sjá einnig meðal annars 1. gr. sænsku gerðardómslaanna (SFS 1999:116) en þar segir: „Tvister i frågor som parterna kan träffa förlikning om får genom avtal lämnas till avgörande av en eller flera skiljemän. [...]“.

154 Lars Heuman, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure* (Juris Publishing 2003) 140.

þess að geta lagt ágreiningsmál í gerð.¹⁵⁵ Hérlandis má segja að almenna reglan sé sú að hafi aðilar forræði á sakarefninu sé þeim heimilt að semja sig undan lögsögu almennra dómstóla og leggja málið í gerð, sbr. 1. mgr. 24. gr. EML og 2. mgr. 1. gr. GDL.¹⁵⁶ Jafnframt kemur fram í 2. mgr. 3. gr. GDL að gerðarsamningur skuldbindi ekki aðila ef úrlausnarefni megi ekki leggja í gerð og endurspeglar það ákvæði því í raun ákvæði (a) liðar 2. mgr. 5. gr. New York sáttmálans. Hins vegar er það ekki skýrt af íslenskum lögum hvort og þá hvaða málaflokkar það eru sem ekki eru gerðartækir. Þá virðist álitafnið ekki hafa komið til kasta dómstóla hérlandis.¹⁵⁷ Hafliði K. Lárusson telur líklegt í bók sinni „Alþjóðlegir viðskiptasamningar“, að komi þetta álitafni til kasta íslenskra dómstóla, að dómstólar muni horfa til erlends réttar og taki mið af ríkjandi sjónarmiðum um gerðartæki tiltekinna sakarefna.¹⁵⁸ Þrátt fyrir að dómur Hæstaréttar í máli nr. 433/2006, sem kveðinn var upp þann 29. mars 2007¹⁵⁹, hafi ekki fjallað um þetta álitafni þá bendir niðurstaðan engu að síður til þess að rétturinn muni hafa hliðsjón af erlendum lögskýringargögnum við skýringu á ákvæðum GDL, sem aftur styður framangreinda ályktun Hafliða K. Lárussonar.

Þegar horft er til alþjóðlegrar framkvæmdar þá er sjaldgæft að synjað sé

um viðurkenningu og fullnustu á þeim grundvelli að sakarefni sé ekki gerðartækt í því ríki þar sem fullnustu er krafist.¹⁶⁰ Það kann aðallega að skýrast af tvennu: Annars vegar af þeirri staðreynd að yfirleitt eru mál sem leyst er úr fyrir gerðardómi sprottin af viðskiptasamningum, þar sem enginn vafi leikur á því að aðilarnir hafa fullt forræði yfir sakarefninu.¹⁶¹ Hins vegar af þeirri staðreynd að líklegt er að reynt hafi á álitafnið á fyrri stigum málsmeðferðarinnar, þ.e. fyrst fyrir gerðardóminum sjálfum í tengslum við lögsögu gerðardómsins og svo fyrir dómstólum þess ríkis þar sem gerðardómurinn átti sæti í tengslum við kröfu um að úrlausn gerðardómsins yrði ógilt eða vikið til hliðar.

4.2.7. (b) liður 2. mgr. 5. gr.

– *viðurkenning og fullnusta gerðardóms-úrlausnarinnar samrýmist ekki allsherjarreglu þess ríkis þar sem fullnustu er krafist* Þegar viðurkenning og fullnusta samrýmist ekki allsherjarreglu þá er heimilt að synja um fullnustu. Hugtakið allsherjarregla er hins vegar ekki skilgreint í New York sáttmálanum sem skapar ákveðin vandamál, enda er þetta ákvæði óspart notað þegar aðilar reyna með öllum ráðum tiltækum að verjast viðurkenningu og fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna.¹⁶² Þegar allt annað þrýtur þá er yfirleitt reynt að fella

155 Sjá Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby og Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. útg., Sweet & Maxwell 2004) 23, málsgrein 1-35; Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 187-188, málsgreinar 9-1 til 9-4; Hafliði K. Lárusson, *Alþjóðlegir viðskiptasamningar* (Útanríkisráðuneytið og Útflutningsráð Íslands 2001) 115.

156 Þetta hefur verið skýrt með sambærilegum hætti í Svíþjóð, sjá meðal annars Lars Heuman, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure* (Juris Publishing 2003) 139.

157 Hafliði K. Lárusson, *Alþjóðlegir viðskiptasamningar* (Útanríkisráðuneytið og Útflutningsráð Íslands 2001) 116.

158 Sama heimild 116.

159 Dómur Hæstaréttar Íslands 29. mars 2007 í máli nr. 433/2006, 4. mgr. IV. kafla segir:

„Að því er varðar 6. tölulið er sérstaklega tekið fram að gerðardómur verði ekki ógiltur nema í undantekningartilviki þótt niðurstaða hans sé ekki í samræmi við hefðbundna

túlkun eða beitingu réttarreglna. Það sé í samræmi við nánar tilgreinda fyrirmynd að alþjóðlegum reglum um gerðardóma, svokallaðar UNCITRAL reglur, svo og norsk, dönsk og sænsk gerðardómslög. Þegar ákvæði 6. töluliðar 1. mgr. 12. gr. laga nr. 53/1989 eru skýrd með hliðsjón af þessum lögskýringargögnum verður að taka tillit til þess að í þeim erlendu reglum, sem þar er vísað til, eru miklar skorður settar við því að gerðardómur verði ógiltur vegna efnislegra annmarka á niðurstöðu hans, hvort sem þeir varða villu um staðreyndir máls, sönnun eða beitingu réttarreglna.“

160 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 721, málsgrein 26-112.

161 Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008) 216.

162 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009) 2827.

atvik undir ákvæði (b) lið 2. mgr. 5. gr. New York sáttmálans og því haldið fram að fullnustan væri andstæð allsherjarreglu þess ríkis þar sem fullnustu er krafist.¹⁶³ Talsvert hefur verið fjallað um ákvæðið og framkvæmd þess, en gagnrýnt hefur verið að ákvæðið opni á að hægt sé að verjast viðurkenningu og fullnustu á grundvelli landsréttar fullnusturíkis, sem þykir draga úr þeirri lagasamræmingu sem New York sáttmálanum var ætlað að stuðla að.¹⁶⁴ Í þessu samhengi hefur verið nefnt að við skýringu á þessu ákvæði sáttmálans verði að horfa til markmiða hans og skýra ákvæðið með hliðsjón af alþjóðlegri eða fjölþjóðlegri allsherjarreglu.¹⁶⁵ Af alþjóðlegri framkvæmd má ráða að dómstólar túlki þessa undanþágu almennt þröngt og að mikið þurfi að koma til svo að synjað verði um viðurkenningu og fullnustu.¹⁶⁶ Hins vegar eru þess dæmi að ýmis ríki hafi misbeitt þessari undanþágu til þess eins að koma í veg fyrir fullnustu erlendra gerðardómsúrlausnar.¹⁶⁷

Þessi undanþága New York sáttmálans virðist vera sem fyrr segir efnislega samhljóða áskilnaði II. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL um að fullnusta verði að samræmast íslensku réttarskipulagi. Hins vegar ræðst skýring þess hvað hugtakið allsherjarregla felur í sér að öllu jöfnu á landsrétti þess ríkis þar sem fullnustu er krafist. Samkvæmt því sem kemur fram í frumvarpi því sem varð að AFL, myndi það fara í bága við íslenskt réttarskipulag ef um væri að ræða eitthvað sem væri ólöglegt eða ósiðlegt eftir íslenskum lögum, réttarvitund eða siðferðisvitund.¹⁶⁸

Hægt er að nefna eftirfarandi dæmi erlendis frá um atriði sem leitt hafa til þess að synjað var um viðurkenningu og fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna: (i) hlutdrægir gerðarmenn; (ii) skortur á rökstuðningi í úrlausn gerðardóms; (iii) alvarleg frávik í gerðarmedferðinni; (iv) ásakanir um ólögmati; (v) spilling eða sviksamleg háttsemi.¹⁶⁹

4.3. Varnir gerðarþola við framkvæmd aðfarargerðar hjá sýslumanni

Að framan hefur verið fjallað um varnir sem varða úrlausn gerðardómsins að því er varðar formskilyrði og málsmedferð fyrir gerðardóminum. Hins vegar er ljóst að gerðarþoli getur í einstaka tilvikum jafnframt tekið til varna og andmælt framkvæmd aðfarar hjá sýslumanni. Hugsanleg andmæli samkvæmt framangreindu varða þó ekki með beinum hætti hinn erlenda gerðardóm sem leitað er fullnustu á efnislega, enda kemur beinlínis fram í 2. mgr. 83. gr. AFL að varnir verði ekki hafðar uppi gegn aðfararbeiðni um atriði, sem dómstóll hefur áður tekið afstöðu til. Slík andmæli geta meðal annars verið að almennur eða sérstakur ómöguleiki standi í vegi fyrir fullnustu kröfunnar, að skyldan samkvæmt hinum erlenda gerðardómi sé fallin brott og að gerðarþoli eigi þess kost að koma að kröfu um skuldajöfnuð. Álitamál um hvort að almennur ómöguleiki sé til staðar tengjast að einhverju leyti því álitafni hvort að sakarefnið sé gerðartækt, s.s. ef fullnustan stangast á við réttar- eða siðferðisvitund,

163 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 721, málsgrein 26-114.

164 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009) 2828. Sjá meðal annars til hliðsjónar nýlega gagnrýni Jan Paulssen á beitingu allsherjarreglu í alþjóðlegum gerðardómsrétti.

165 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009) 2830-2839. Á ensku útleggst hugtakið alþjóðleg eða fjölþjóðleg allsherjarregla sem „international public policy“, eða „transnational public policy“.

166 Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008) 218-219.

167 Sama heimild 218-219.

168 Alþt. 1988, A-deild, þskj. 114 – 111. mál, athugasemdir við II. tölul. 1. mgr. 1. gr. Sjá einnig Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 208.

169 Julian Lew, Loukas A. Mistelis og Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 723, málsgrein 26-118.

sbr. umfjöllun að framan.¹⁷⁰ Þá verður að álykta að niðurstöður erlendra gerðardóma mæli í langflestum tilvikum um skyldu dómþola til greiðslu peninga, en það hefur verið talið að gerðarþoli geti ekki borið fyrir sig sérstakan ómöguleika við framkvæmd fjárnáms.¹⁷¹ Samkvæmt þessu væri það því aðeins í algjörum undantekningartilvikum að slík mótbára gerðarþola sem byggð væri á sérstökum ómöguleika myndi koma í veg fyrir framkvæmd aðfarar.¹⁷² Slíkar mótbáurur sem byggðar eru á ómöguleika breyta þó engu um réttaráhrif gerðardómsúrlausnarinnar sem fengist að öllum líkindum viðurkennd og yrði lýst aðfararhæf, vandamálið yrði hins vegar að framkvæmd aðfarar yrði ómöguleg. Hugsanlegt er að atvik hafi þróast með þeim hætti frá því að úrlausn hins erlenda gerðardóms var kveðin upp að dómþoli hafi efnt skyldu sína að hluta eða öllu leyti, eða að dómhafi hafi gefið eftir hluta kröfu sinnar. Þegar atvikum er þannig háttáð verður dómþoli ekki þvingaður til efnda á þeim hluta kröfunnar sem hann hefur þegar efnt eða sem gefin hefur verið eftir. Mótbára gerðarþola sem byggð er á því að skylda sé fallin brott getur þó aðeins varðað atvik sem komu til eftir að úrlausn gerðardómsins lá fyrir.¹⁷³

Það álitamál sem kann að talsverða þýðingu í tengslum við varnir gerðarþola við framkvæmd aðfarar sem byggð er á niðurstöðu erlends gerðardóms er hvort og þá að hvaða marki mótbára gerðarþola um skuldajöfnuð kann að komast að. Lítið hefur farið fyrir umfjöllun um möguleika dómþola til þess að koma að kröfu um skuldajöfnuð þegar dómhafi krefst viðurkenningar

og fullnustu samkvæmt ákvæðum New York sáttmálans. Þó verður að álykta að hafi krafa um skuldajöfnuð verið gerð við meðferð gerðarmálsins og gerðardómurinn hafnað kröfunni að þá sé slík mótbára haldlaus.¹⁷⁴ Hins vegar vakna álitamál þegar gerðardómurinn hefur ekki tekið afstöðu til slíkrar kröfu eða í þeim tilvikum þegar skilyrði skuldajafnaðar hafa ekki verið uppfyllt fyrr en eftir að niðurstaða gerðardómsins lá fyrir.¹⁷⁵ Ekkert er minnst á skuldajöfnuð í New York sáttmálanum og er því um að ræða álitafni sem fellur ekki með beinum hætti undir sáttmálann og verður því ályktað að reglur landsréttar fullnusturíkis komi til með að ráða því hvort og þá að hvaða marki slík krafa nær fram að ganga.¹⁷⁶ Dómþoli sem telur sig eiga rétt til skuldajafnaðar hefur því um tvennt að velja: Annars vegar að lýsa yfir skuldajöfnuði áður en dómhafi krefst aðfarar á grundvelli gerðardómsúrlausnarinnar, en í slíkum tilvikum eru það að öllu leyti almennar reglur kröfuréttar sem koma til með að ráða niðurstöðu um hvort að skuldajöfnuður sé heimill.¹⁷⁷ Hins vegar getur dómþoli lýst yfir skuldajöfnuði við framkvæmd aðfararinnar, þá koma hins vegar viðbótarskilyrði 40. gr. AFL til skoðunar.¹⁷⁸ Samkvæmt 40. gr. AFL er gerðarþola heimilt að neyta réttar til skuldajafnaðar við kröfu gerðarbeiðanda með kröfu, sem annað hvort er orðin aðfararhæf, eða kröfu, sem gerðarbeiðandi viðurkennir rétta, en í báðum tilvikum þarf almennum skilyrðum skuldajafnaðar jafnframt að vera fullnægt.¹⁷⁹

170 Um nánari umfjöllun um almennar hindranir við að framfylgja skyldu visast til Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 145-147.

171 Sama heimild 147-148.

172 Um nánari umfjöllun er varðar sérstakan ómöguleika á að efna skyldu visast til Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 147-149.

173 Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 152.

174 Sjá meðal annars sömu heimild 149.

175 Sjá meðal annars sömu heimild 149.

176 Loukas A. Mistelis, og Domenico di Pietro, "New York Convention Article III [Obligation to recognise and enforce arbitral awards] i Loukas A. Mistelis (ritstj.), *Concise International Arbitration*" (Kluwer Law International 2010) 10-12.

177 Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995) 149.

178 Sjá meðal annars sömu heimild 150.

179 Sjá nánari umfjöllun sama heimild 149 -152.

4.4. Áhrif þess að synjað er um viðurkenningu og fullnustu

Í þeim tilvikum þegar dómþola tekst að verjast tilraunum dómhafa til þess að fá úrlausn erlends gerðardóms viðurkennda og fullnustaða þá getur dómhafi ekki gengið að eignum dómþola til fullnægju krafna sinna í því ríki þar sem fullnustu var krafist. Þrátt fyrir að dómþola takist að verjast fullnustuaðgerðum dómhafa í einu ríki, þá getur dómhafi engu að síður krafist fullnustu í öðrum ríkjum þar sem dómþoli kann að eiga eignir.¹⁸⁰ Möguleikar dómþola til þess að krefjast fullnustu í öðrum ríkjum veltur að miklu leyti á því hvaða forsendur lágu til grundvallar synjun dómstóla þess ríkis þar sem fullnustu var upphaflega krafist. Hafi verið synjað um viðurkenningu og fullnustu á þeim forsendum sem tilgreindar eru í (a)–(e) lið 1. mgr. 5. gr. New York sáttmálans er ólíklegt að tilraunir dómhafa til þess að krefjast fullnustu í öðrum ríkjum muni bera árangur.¹⁸¹ Hafi synjunin hins vegar verið grundvölluð á því að fullnustan samrýmdist ekki allsherjarreglu þess ríkis þar sem fullnustu var krafist, eða að sakarefnið hafi ekki verið gerðartækt í því ríki, þá er vel hugsanlegt að dómhafi geti krafist fullnustu í öðrum ríkjum þar sem hugtökin allsherjarregla og gerðartæki kunna að vera skilgreind með öðrum hætti.¹⁸²

5. SAMANTEKT

Það má almennt segja að aðilar sem taka þátt í alþjóðlegum viðskiptum telja hagsmunum sínum að öllu jöfnu betur borgið þegar samningar þeirra mæla fyrir um að úr ágreiningsmálum skuli leyst fyrir alþjóðlegum gerðardómi, frekar en að þeim verði gert að sækja rétt sinn fyrir dómstólum í heimaríki gagnaðila. Það einfalda og skilvirka kerfi sem tryggja á

viðurkenningu og fullnustu alþjóðlegra gerðardómsúrlausna á grundvelli New York sáttmálans er sá kostur sem þykir vega hvað þyngst þegar kemur að ákvörðun aðila um hvort að úr ágreiningsmálum skuli leyst fyrir alþjóðlegum gerðardómi.

Tilgangur þessarar greinar var tvíþættur, annars vegar að varpa ljósi á þá framkvæmd sem gildir hérlandis þegar þess er krafist að erlendar gerðardómsúrlausnir séu viðurkenndar og fullnustaðar og hins vegar hvort að dómhöfum sé tryggður sá réttur sem mælt er fyrir um í New York sáttmálanum. Markmið New York sáttmálans er meðal annars að tryggja að innlendum og erlendum gerðardómsúrlausnum sé ekki mismunað þegar kemur að viðurkenningu og fullnustu þeirra. Ísland hefur fullgilt New York sáttmálann og var það talin mikil réttarbót á sínum tíma. Það má hins vegar færa rök fyrir því að innleiðing sáttmálans hafi, að einhverju leyti verið ábótavant hérlandis. Hvað sem því líður vísar 14. gr. GDL til ákvæða New York sáttmálans í tengslum við aðfararhæfi erlendra gerðardómsúrlausna sem kveðnar eru upp í samræmi við sáttmálann. Þannig verður að álykta að hugsanlegir anmarkar hafi ekki bein áhrif á hið eiginlega aðfararhæfi slíkra gerðardómsúrlausna hérlandis. Þá er það hugsanlegt að það fyrirkomulag sem gildir hérlandis um framkvæmd viðurkenningar og fullnustu erlendra gerðardómsúrlausna, þ.e. að beina þurfi aðfararbeiðni til héraðsdómara og sú staðreynd að gjaldtöku er hagað með mismunandi hætti heldur en þegar um innlendar gerðardómsúrlausnir er að ræða, verði talið fara í bága við ákvæði New York sáttmálans. Þrátt fyrir það er það kerfi og sú framkvæmd sem gildir hérlandis í þessum efnum bæði einföld og skilvirk. Verður því að álykta að íslensk löggjöf tryggji

180 Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby og Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4. útg., Sweet & Maxwell 2004) 520, málsgrein 10-19.

181 Sama heimild.

182 Sama heimild.

að helstu markmiðum New York sáttmálans sé náð í framkvæmd og að dómhafar erlendra gerðardómsúrlausna njóti þess réttar og þess hagræðis sem mælt er fyrir um í sáttmálanum.

Hins vegar var í grein þessari fjallað um möguleika dómþola til að verjast fullnustuaðgerðum þegar kafa um aðför er grundvölluð á úrlausnum erlendra gerðardóma sem kveðnir eru upp í samræmi við ákvæði New York sáttmálans. Mikilvægt er að hafa í huga meginreglu gerðardómsréttar sem er að úrlausn gerðardóms er bæði bindandi og endanleg fyrir málsaðilanna og úrlausnin hefur *res judicata* áhrif. Það þýðir hins vegar ekki að dómþolar hafi engin úrræði til þess að verjast fullnustuaðgerðum dómhafa og almennt má segja að þær varnir sem standa dómþolum opnar þegar kemur að fullnustu séu þríþættar:

Í fyrsta lagi er um að ræða varnir sem grundvalladar eru á ákvæði 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL og varða annars vegar réttmæti innleiðingar þjóðréttarsamninga eins og New York sáttmálans og hins vegar áskilnaður ákvæðisins um að fullnustan verði að samrýmast íslensku réttarskipulagi. Í þeim tilvikum sem um er að ræða úrlausn erlends gerðardóms sem kveðinn er upp í samræmi við New York sáttmálann verður að telja að dómstólum beri aðeins að líta til (a) liðar 2. mgr. 5. gr. sáttmálans en ekki 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL við ákvörðun á því hvort að allsherjarregla standi fullnustu í vegi. Þá verður ennfremur, með hliðsjón af framangreindri umfjöllun, að telja að ólíklegt að varnir dómþola á grundvelli 11. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL verði árangursríkar í framkvæmd.

Í öðru lagi hefur dómþoli möguleika á að verjast fullnustuaðgerðum á grundvelli þeirra atriða sem tilgreind eru í 5. gr. New York sáttmálans. Almenn er talið að í ákvæði 5. gr. New York sáttmálans séu varnir dómþola til þess að verjast viðurkenningu og fullnustu með tæmandi hætti taldar. Þau

atriði sem tilgreind eru í ákvæðinu beinast ekki að efnislegri niðurstöðu gerðardómsins heldur að framkvæmd gerðarmedferðarinnar og því hvort að málsaðilum hafi verið tryggð réttlát málsmedferð, hvort að sakarefnið sé gerðartækt og hvort að fullnustan sé í samræmi við allsherjarreglu hérlendis. Það verður að telja líklegast að varnir dómþola komi til með að bera árangur á grundvelli þeirra atriða sem tiltekin eru í 5. gr. New York sáttmálans.

Í þriðja lagi þá verður að álykta, þrátt fyrir að ákvæði 5. gr. New York sáttmálans sé talið geyma tæmandi talningu á því sem leitt getur til synjunar viðurkenningar og fullnustu, að varnir sem almennt komast að við framkvæmd aðfarargerðar þegar aðför er byggð á úrlausn íslenskra dómstóla, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 1. gr. AFL, geti komist að við framkvæmd aðfarar. Er þar meðal annars átt við almennan og sérstakan ómöguleika, brottfall skyldu og skuldajöfnuð sem leitt geta til þess að synjað verði um kröfu dómhafa að hluta eða öllu leyti.

Það er því ljóst að þrátt fyrir að endanleg efnisleg niðurstaða liggi fyrir við úrlausn gerðardóms að þá hafa dómþolar ýmis tækifæri til þess að verjast fullnustuaðgerðum dómhafa. Alþjóðleg framkvæmd bendir þó til þess að varnir dómþola beri sjaldnast árangur. Lítið hefur reynt á þessi atriði hérlendis og því getur tíminn einn leitt í ljós hversu árangursríkar slíkar varnir kunna að vera í framkvæmd hérlendis.

HEIMILDASKRÁ

Tímaritsgreinar og fræðirit:

- Born G B, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009).
- Byock J, *Feud in the Icelandic Saga* (University of California Press 1982).
- Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006).
- Gaillard E og Savage J (ritstj.), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999).
- Garðar Viðir Gunnarsson, „Iceland“ í Mistelis L, Shore L og Smit H (ritstj.), *World Arbitration Reporter – 2nd Edition* (Juris Publishing 2010).
- Gharavi H G, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award* (Kluwer Law International 2002).
- Gunnar Örn Petersen, *Málsmeðferðarreglur fyrir gerðardómum á Íslandi. Samanburður á meginreglum einkamálaréttarfars, málsmeðferðarreglum laga um sammingsbundna gerðardóma, nr. 53/1989, og reglum erlends gerðardómsréttar* (ML-ritgerð við lagadeild Háskólans í Reykjavík 2010).
- Hafliði K. Lárusson, *Alþjóðlegir viðskiptasamningar* (Utanríkisráðuneytið og Útflutningsráð Íslands 2001).
- Heuman L, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure* (Juris Publishing 2003).
- Jochens J, „Late and Peaceful: Iceland's conversion through arbitration in 1000“ (1999) 1 *Speculum – A journal of Medieval Studies*.
- Lew J, Mistelis L A og Kröll S M, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003).
- Madsen F, *Commercial Arbitration in Sweden* (3. útg. Oxford University Press 2007).
- Markús Sigurbjörnsson, *Aðfarargerðir* (Námssjóður Lögmannafélags Íslands 1995).
- Miller W I, *Bloodtaking and Peacemaking – Feud, Law and Society in Saga Iceland* (University of Chicago Press 1990).
- Mistelis L A, og di Pietro D, „New York Convention Article III [Obligation to recognise and enforce arbitral awards]“ í Mistelis L A (ritstj.), *Concise International Arbitration* (Kluwer Law International 2010).
- Moses M L, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008).
- Mörður Árnason (ritstj.), *Íslensk orðabók* (Edda 2007).
- Redfern A, Hunter M, Blackaby N og Partasides C, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (Sweet & Maxwell 2004).
- Reed L F, „Experience of Practical Problems of Enforcement“ í A. J. van den Berg (ritstj.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (Kluwer Law International 1999).
- Schiersing N, Om due process og begrebet “fuld lejlighed til at fremføre sin sag” i Voldgiftslovens § 18“ (2012) 1 Erhvervsjuridisk Tidsskrift.
- Stefán Már Stefánsson, „Um sammingsbundna gerðardóma“ (1990) 1 Tímarit lögfræðinga.
- Stefán Már Stefánsson, *Evrópusambandið og evrópska efnahagssvæðið* (Bókaútgáfa Orators 2000).
- Tweeddale A og Tweeddale K, *Arbitration of Commercial Disputes – International and English Law and Practice* (Oxford University Press 2005).
- van den Berg A J, „The New York Convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Salient Problem Areas“ í Blessing M (ritstj.), *The New York Convention of 1958, A Collection of Reports and Materials Delivered at the ASA Conference Held in Zurich on 2 February*

1996, Basel 1996 (Bär & Karrer 1996).
van den Berg A J, *The New York Arbitration Convention of 1958* (Kluwer Law and Taxation Publishers 1981).

Dómar Hæstaréttar Íslands

Dómur Hæstaréttar Íslands 16. desember 2009 í máli nr. 703/2009.
Dómur Hæstaréttar Íslands 10. desember 2002 í máli nr. 530/2002.
Dómur Hæstaréttar Íslands 19. desember 2000 í máli nr. 125/2000.
Dómur Hæstaréttar Íslands 4. júlí 1974 í máli nr. 51/1973.

Aðrar heimildir:

Alþt. 2001-2002, A-deild, þskj. 228 – 203. mál.
Alþt. 1988-1989, A-deild, þskj. 619 342. mál.
Alþt. 1988, A-deild, þskj. 114 – 111. mál.
Baltag, Crina og Mistelis, Loukas A., „2008 *International Arbitration Study - Corporate attitudes and practices: Recognition and Enforcement of Foreign Awards*“. (PricewaterhouseCoopers 2008): Aðgengilegt á: <http://www.arbitrationonline.org/docs/IAstudy_2008.pdf>
Sameinuðu Þjóðirnar, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York, 1958) (United Nations Publications 2008).
Sameinuðu Þjóðirnar, *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention – Experience and Prospects. Samantekt á ræðum sem fluttar voru á ráðstefnunni „New York Convention Day“ sem haldin var 10. júní 1998* (United Nations Publications 1999). Aðgengilegt á: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/NYCDay-e.pdf>>



Tinna Björk Gunnarsdóttir
Héraðsdómslögmaður hjá Fortis
Lögmannsstofu.

SKAÐABÓTAMÁL VEGNA VINNUSLYSA: UM SÖNNUN, HLUTVERK VINNUEFTIRLITS RÍKISINS O.FL.

| | |
|--|----|
| 1. INNGANGUR | 46 |
| 2. ALMENNT UM SÖNNUN OG FERIL SKAÐABÓTAMÁLS VEGNA VINNUSLYSS | 47 |
| 2.1 Ferill skaðabótamáls | 48 |
| 2.1.1 Um úrskurðarnefnd í váttryggingamálum | 50 |
| 3. HLUTVERK VER OG SKYLDUR ATVINNUREKANDA SAMKVÆMT LÖGUM NR. 46/1980 | 52 |
| 3.1 Tilkynningarskylda atvinnurekanda | 54 |
| 3.1.1 Vanræksla atvinnurekanda á tilkynningarskyldu | 55 |
| 3.2 Gildi skýrsla VER fyrir úrskurðarnefnd í váttryggingamálum | 58 |
| 3.2.1 Vanræksla vinnuveitanda á tilkynningarskyldu hefur ekki áhrif | 60 |
| 3.2.2 Tjónþoli byggir mál sitt einkum á framburði vitna | 60 |
| 3.2.3 Misvísandi lýsingar tjónþola á tildrögum slyss | 61 |
| 3.2.4 Tjónþola tekst að sýna fram á sök Þó skýrsla VER liggja ekki fyrir | 62 |
| 4. LOKAORÐ | 62 |
| HEIMILDASKRÁ | 64 |

1. INNGANGUR

Atvinnurekendur á Íslandi er almennt ekki skylt samkvæmt lögum að tryggja starfsmenn sína fyrir líkamstjóni sem þeir verða fyrir við vinnu sína.¹ Það er þó ekki svo að starfsmenn sem lenda í vinnuslysum séu ótryggðir. Þeir eiga í fyrsta lagi kjarasamningsbundinn rétt á að vinnuveitandi þeirra tryggi þá með svokallaðri slysatryggingu launþega. Í öðru lagi eru þeir slysatryggðir samkvæmt lögum nr. 100/2007 um almannatryggingar.²

Þessar tvær tryggingar, slysatrygging launþega og slysatrygging almanna-trygginga, eru þó takmarkaðar að ákveðnu leyti. Þær bæta ekki rauntjón eins og það er metið samkvæmt skaðabótalögum nr. 50/1993 en tilgangur þeirra laga er m.a. að sjá til þess að tjónþolar fái fullar bætur fyrir raunverulegt fjártjón sitt auk hæfilegra miskabóta.³ Þar sem slysatrygging launþega er kjarasamningsbundin er hún mismunandi eftir stéttarfélögum og veltur að hluta til á því hvernig forkölfum félaganna tekst til við að semja um kjör félagsmanna. Tryggingin er svokölluð summutrygging, þ.e. trygging sem felur í sér að tiltekin fjárhæð komi til greiðslu ef vátryggingaratburður verður, óháð raunverulegu fjárhagslegu tjóni.⁴ Í tilviki slysatryggingar launþega taka greiddar bætur mið af vátryggingarfjárhæð, sem ákveðin er í kjarasamningi, og metinni læknisfræðilegri örorku starfsmanns vegna slyssins.⁵ Þá eru í sumum tilfellum greiddir dagpeningar fyrir það tímabil sem tjónþoli

er óvinnufær, að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Upphæð þeirra er einnig ákveðin í kjarasamningi. Slysatrygging almanna-trygginga er svo bundin við fremur lágar bótafjárhæðir laga nr. 100/2007, hvort sem er vegna tímabundins og varanlegs tjóns. Þar að auki eru ekki greiddar bætur úr tryggingunni vegna varanlegs tjóns ef „orkutap“ (þ.e. varanleg læknisfræðileg örorka⁶) vegna slyss er metið minna en 10%, sbr. 6. mgr. 34. gr. laganna.⁷ Mat á örorku/orkutapi samkvæmt báðum þessum tryggingum er því fyrst og fremst læknisfræðilegt, þ.e. mat á miska en ekki á varanlegri fjárhagslegri örorku. Hér verður þó ekki fullyrt að tjónþolar, sem eiga einungis rétt á bótum úr þessum tveim tryggingum, komi alltaf verr út eftir uppgjör en þeir tjónþolar sem hafa sýnt fram á skaðabótaábyrgð annars aðila á slysinu. Þar sem tryggingarnar eru summutryggingar, og lúta þar með ekki lögmálum skaðabótalaga nr. 50/1993, er ekki útilokað að tryggingarnar „ofgreiði“ bætur vegna tjónsins á mælikvarða skaðabótalaga

Atvinnurekendur hér á landi bera ekki hlutlæga ábyrgð á tjóni starfsmanna sinna vegna slysa við vinnu eins og t.d. er lögfest í Danmörku.⁸ Starfsmaður sem lendir í vinnuslysi fær tjón sitt því ekki alltaf að fullu bætt, í skilningi skaðabótalaga nr. 50/1993, nema hann geti sýnt fram á skaðabótaábyrgð annars aðila vegna slyssins. Sá aðili er í flestum tilvikum vinnuveitandi hans eins og gefur að skilja. Markmiðið með þessari grein er ekki að gagnrýna þetta

1 Samkvæmt 172. gr. siglingalaga nr. 34/1985 ber útgerðarmönnum að kaupa sérstaka tryggingu vegna slysa sjómanna.

2 Eftir atvikum getur tjónþoli einnig átt bótarétt hjá lífeyrissjóði sínum eða stéttarfélagi. Ekki er bótaréttur vegna örorku hjá lífeyrissjóði nema örorkan sé tiltölulega hátt metin eða 50%, sbr. 15. gr. laga um skyldutryggingu lífeyrisréttinda og starfsemi lífeyrissjóða nr. 129/1997.

3 Alþt. 1992-1993, A – deild, þskj. 596 – 326 mál, kafli 2.1. í almennum athugasemdum.

4 Alþt. 2003-2004, A-deild, þskj. 215 – 204 mál, athugasemdir um 61. gr.

5 Varðandi það hvernig „örorka“ samkvæmt tryggingunni er metin vísast til Guðmundur Sigurðsson, „Mat á varanlegum

afleiðingum líkamstjóna. Ólík nálgun í bótarétti“ (2006) 2 Lögmannablaðið 101, 114.

6 Guðmundur Sigurðsson og Ragnhildur Helgadóttir, *Almannatryggingar og félagsleg aðstoð* (JPU útgáfa 2007) 232 og 235.

7 Þess skal getið að samkvæmt 2. gr. reglugerðar um eingreiðslu örorkubóta Tryggingastofnunar ríkisins nr. 187/2005 er þó heimilt að greiða bætur hafi hinn slasaði hlotið örorku vegna tveggja eða fleiri slysa sem bótaskyld eru samkvæmt slysatryggingum almanna-trygginga og ef samanlögð örorka vegna slyssanna er 10% eða meiri.

8 Sjá „Lov om arbejds-skadesikring, jf. lovbekendtgørelse nr. 154 af 7. marts 2006“ með síðari breytingum.

fyrirkomulag⁹ heldur að kanna stöðu þeirra starfsmanna sem telja að vinnuveitandi þeirra beri ábyrgð á tjóni þeirra vegna vinnuslyss. Sú staða verður einkum skoðuð í tengslum við sönnun á tildrögum slyss og sök vinnuveitanda áður en mál koma til kasta dómstóla. Hugað verður sérstaklega að hlutverki Vinnueftirlits ríkisins í því sambandi.

2. ALMENNT UM SÖNNUN OG FERIL SKAÐABÓTAMÁLS VEGNA VINNUSLYSS

Meginreglan um sönnun samkvæmt 1. mgr. 44. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 (eml.) er sú að sönnunarmat dómara sé frjálst. Samkvæmt því sker hann úr því hverju sinni eftir mati á gögnum, sem hafa komið fram í máli, hvort staðhæfing um umdeild atvik teljist sönnuð, enda bindi fyrirmæli laga hann ekki í þeim efnunum. Í reglunni felst t.d. að aðili máls þarf einungis að sanna þær staðhæfingar um staðreyndir sem gagnadili hefur mótmælt og teljast því umdeildar.¹⁰

Í skaðabótamálum skiptir miklu máli hvor aðila ber sönnunarbyrði fyrir ákveðnum staðhæfingum. Hugtakið sönnunarbyrði er ekki útskýrt í eml. en það hefur verið skilgreint á eftirfarandi hátt: „[...] dómari [verður] að taka afstöðu til þess hvor málsaðila skuli bera halla af því að staðhæfing um staðreynd þyki ekki sönnuð [...] Sá aðili, sem ber hallann af því að staðhæfingin þyki ekki sönnuð, er sagður hafa sönnunarbyrði um hana.“¹¹ Í eml. er

ekki að finna almennar reglur um það hvor aðila beri sönnunarbyrði um tiltekna staðhæfingar í tilteknum tegundum mála. Af meginreglunni um frjálst sönnunarmat leiðir að dómari sker úr um það á hvorum aðila sönnunarbyrði hvílir.¹² Dómstólar hafa þó í sumum tilvikum mótað reglur um sönnunarbyrði og á það við í skaðabótamálum.

Í íslenskri dómaframkvæmd hefur því verið slegið föstu að tjónþoli þurfi almennt að sanna eftirfarandi atriði: „[...] í fyrsta lagi, að hann hafi orðið fyrir tjóni og hvert tjón hans sé, í öðru lagi sök eða atvik, er leiða til bótaskyldu án sakar og í þriðja lagi orsakatengsl, þ.e. að tjónið verði rakið til sakar eða atvika, sem eru grundvöllur bótaskyldu án sakar.“¹³ Á móti kemur að meintur tjónvaldur ber sönnunarbyrðina fyrir því að hlutrænar ábyrgðarleysisástæður, eða annað sem leysi hann undan ábyrgð eigi við, ef hann telur slíkar ástæður vera fyrir hendi, og fyrir eigin sök tjónþola.¹⁴ Áður en komið verður frekar að meginefni þessarar greinar telur höfundur nauðsynlegt að gera stuttlega grein fyrir hefðbundnum ferli skaðabótamáls vegna vinnuslyss, þ.e. sé ekki kominn upp slíkur ágreiningur að nauðsynlegt sé að leita til dómstóla.

2.1 Ferill skaðabótamáls

Með hliðsjón af þeirri sönnunarbyrði sem tjónþoli í skaðabótamáli ber, sbr. fyrri umfjöllun, er það eitt fyrsta skref þess sem lent hefur í vinnuslysi að hefja gagnaöflun um tildrög slyssins og afleiðingar þess. Mikilvægastu sönnunargögnin um tildrög

⁹ Er að því leyti t.d. hægt að vísa til umfjöllunar í Guðmundur Sigurðsson, „Bótaréttur launþega. Er breytinga þörf?“ (1999) 1 Lögmannablaðið 10.

¹⁰ Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar* (2. útg., lagadeild Háskólans í Reykjavík 2003) 220.

¹¹ Eiríkur Tómasson, „Sönnun og sönnunarbyrði. Síðari hluti“ (1988) 3-4 Úlfjótur 247, 247.

¹² Arnlfjótur Björnsson, *Skaðabótaréttur* (Hið íslenska bókmenntafélag 1988) 122. Sjá þó 2. mgr. 44. gr. eml. en samkvæmt ákvæðinu er því slegið föstu að sá sem ber fyrir sig venju eða erlenda réttarreglu þurfi að leiða tilvist og efn

hennar í ljós. Þá ber sá aðili, sem nýtir sér heimildir til að krefjast skjals sem er í vörslum annars aðila samkvæmt 2. eða 3. mgr. 67. gr. eml., sönnunarbyrði fyrir því að skjalið sé til og í vörslum þess sem hann heldur fram, sbr. 4. mgr. 67. gr. laganna.

¹³ Arnlfjótur Björnsson, *Skaðabótaréttur* (Hið íslenska bókmenntafélag 1988) 120. Sjá einnig Viðar Már Matthíasson, *Skaðabótaréttur* (Bókautgáfan Codex 2005) 208.

¹⁴ Sjá t.d. Arnlfjótur Björnsson, „Sönnun í skaðabótamálum“ (1991) 1 Tímarit lögfræðinga 3, 4 og Viðar Már Matthíasson, *Skaðabótaréttur* (Bókautgáfan Codex 2005) 209.

vinnuslyss eru alla jafna rannsóknargögn lögreglu, hafi lögregla rannsakað tildrög slyss, og skýrsla Vinnueftirlits ríkisins um orsakir slyss, sbr. 81. gr. laga um aðbúnað, hollustuhætti og öryggi á vinnustöðum nr. 46/1980. Vinnueftirlitið rannsakar einungis orsakir þeirra slysa sem því hefur verið tilkynnt um, í samræmi við 79. eða 80. gr. laga nr. 46/1980. Þó að lögreglu beri að rannsaka slys og aðrar ófarir þótt ekki liggi fyrir grunur um refsiverða háttsemi, sbr. 2. mgr. 52. gr. laga um meðferð sakamála nr. 88/2008, er löreglan yfirleitt ekki kölluð til nema slys sé alvarleg eða aðstæður séu sérstakar að öðru leyti.¹⁵ Hægt er að færa rök fyrir því að það sé eðlilegt í ljósi sérhæfðs hlutverks Vinnueftirlitsins annars vegar og anna hjá lögreglu hins vegar. Nánar verður fjallað um hlutverk Vinnueftirlitsins í 3. kafla hér á eftir. Önnur mikilvæg gögn til meta hvort skaðabótaábyrgð vinnuveitanda sé mögulega til staðar eru tjónstilkynningar, sem stafa frá tjónþola sjálfum og/eða vinnuveitanda hans, myndir af slysavettvangi og jafnvel áverkavottorð, þar sem fram kemur lýsing á tildrögum slyssins sem læknir hefur haft eftir tjónþola á slysdagi. Brýnt er að tjónþoli greini frá upphafi skýrt frá málavöxtum og sleppi engu sem þýðingu getur haft.

Til að upplýsa málsatvik getur tjónþoli eftir atvikum einnig nýtt sér úrræði eml. um öflun sönnunargagna áður en mál hefur verið höfðað fyrir dómstólum. Úrræðin eru tvö, annars vegar að dómkveðja matsmann samkvæmt 1. mgr. 77. gr. laganna og hins vegar að leita sönnunar um atvik fyrir dómi

með vitnaleiðslu, öflun skjals eða annars sýnilegs sönnunargagns samkvæmt 2. mgr. 77. gr. þeirra. Til að geta nýtt sér þessar heimildir þarf tjónþoli að hafa lögvarinna hagsmuna að gæta. Ætli tjónþoli að nýta sér síðargreindu heimildina þarf hann einnig að sýna fram á að hætta sé á að kostur til að afla sönnunargagns fari forgörðum, það verði verulega erfiðara síðar eða sönnunin varði atríði sem getur haft úrslitaþýðingu varðandi ákvörðun um málshöfðun. Tjónþoli í þessari stöðu ætti í flestum tilvikum að geta sýnt fram á að eitthvert skilyrðin væri uppfyllt. Má geta þess að heimild 1. mgr. 77. gr. laganna er oft nýtt í framkvæmd en heimild 2. mgr. sjaldnar.¹⁶

Margir atvinnurekendur kaupa frjálsa ábyrgðartryggingu hjá váttryggingafélagi vegna reksturs síns. Sé slík trygging fyrir hendi getur það haft mikla þýðingu fyrir tjónþola og verið honum til hægdarauka. Um ábyrgðartryggingar fer m.a. samkvæmt 44. gr. laga um váttryggingarsamninga nr. 30/2004 (vsl.). Í 1. mgr. ákvæðisins er að finna mikilvægt nýmæli frá eldri lögum.¹⁷ Það felur í sér að tjónþoli getur sótt bætur í ábyrgðartryggingu þriðja aðila beint frá viðkomandi váttryggingafélagi, þ.e. án milligöngu þess sem váttrygginguna kaupir. Áður þurftu tjónþolar í þessum sporum að beina kröfum sínum fyrst að hinum bótaskylda. Það gat verið vandkvæðum bundið, t.d. ef hann varð gjaldþrota eftir að slysið varð. Tilgangur þessa nýmælis er einkum að auka vernd tjónþola.¹⁸ Samkvæmt sama ákvæði er bæði váttryggingafélaginu

15 Er þó einnig bent á að samkvæmt 1. mgr. 28. gr. laga um almannatryggingar nr. 100/2007 skal lögregla rannsaka slys ef málsatvik er ljós, málið er ekki nægilega upplýst eða ástæða er til að ætla að slysið hafi orðið vegna hirðuleysis eða lélegs útbúnaðar, svo og ef Sjúkratryggingar Íslands, tjónþoli eða vinnuveitandi hans krefst þess.

16 Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar* (2. útg., lagadeild Háskólans í Reykjavík 2003) 157. Má benda á að ætli tjónþoli að nýta sér þessa heimild þarf hann að senda dómara skriflega og rökstudda beiðni þar um, sbr. 78. gr. eml. Dómari metur hvort skilyrði séu til að verða við beiðninni. Kostnaður vegna beiðna er 15.000 kr., sbr. gjaldskrá dómstólaráðs (3. janúar 2011) <<http://domstolar.is/domstolarad/gjaldskra/>>

skoðað 11. október 2011. Að öllum líkindum þyrfti tjónþoli einnig að bera kostnað vegna vinnu lögmanns o.fl. og þegar um dómkvaðningu matsmanna er að ræða ber tjónþola að greiða þóknun þeirra, sbr. 2. mgr. 63. gr. eml. Gagnaðili tjónþola getur þó þurft að endurgreiða honum þennan kostnað.

17 Alþt. 2003-2004, A-deild, þsjk. 215 – 204 mál, athugasemdir um 44. gr.

18 Alþt. 2003-2004, A-deild, þsjk. 215 – 204 mál, athugasemdir um 44. gr. og kafla VII. kafla almennt. Í athugasemddunum er sérstaklega vísað til Hrd. frá 14. desember 2000 í máli nr. 289/2000 til dæmis um ósanngjarna niðurstöðu sem eldra ákvæði um þetta efni leiddi af sér.

og váttryggðum skylt að upplýsa tjónþola um ábyrgðartryggingu sé hún fyrir hendi. Þrátt fyrir að í ákvæðinu felist ákveðin tilkynningarskylda¹⁹ er æskilegt að tjónþoli leiti sér sjálfur upplýsinga um hvert sé váttryggingafélag vinnuveitanda síns og tilkynni slysið til þess sem fyrst. Er þó bent á að ákvæði 1. mgr. 51. gr. vsl., um ársfrest til að tilkynna kröfu, gildir ekki um þann sem gerir kröfu í ábyrgðartryggingu þar sem það tekur aðeins til „váttryggðs“ samkvæmt orðalagi þess. Hugtakið „váttryggður“ er skilgreint í c. lið 1. mgr. 2. gr. vsl. sem sá sem á rétt á að krefja um bætur samkvæmt váttryggingarsamningi. Þó að ætla megi að það sé tjónþoli þegar um er að ræða ábyrgðartryggingu er sérstaklega tekið fram í ákvæðinu að svo sé ekki. Í ábyrgðartryggingum er hinn váttryggði sá sem nýtur váttryggingarverndar á skaðabótaskyldri háttsemi sinni, þ.e. vinnuveitandi í málum sem þessum en ekki tjónþoli.

Sé ábyrgðartrygging ekki fyrir hendi verður tjónþoli að beina kröfu sinni að vinnuveitanda sínum beint, telji hann skaðabótaábyrgð vera fyrir hendi. Eftirfarandi umfjöllun mun taka mið af því að ábyrgðartrygging sé fyrir hendi en framhald máls er þó í mörgum tilvikum svipað þótt svo væri ekki. Flest váttryggingafélög gera kröfu um að tjónþoli leggi fram rökstuðning um skaðabótaábyrgð áður en þau taka afstöðu til bótaskyldu úr ábyrgðartryggingu. Einföld tilkynning frá tjónþola dugir sjaldnast. Þegar gagnaöflun er lokið er því næsta skref tjónþola að setja fram slíkan rökstuðning, með vísan til gagna málsins og gildandi laga og reglna. Vegna þessarar kröfu váttryggingafélaganna er nánast óhjákvæmilegt fyrir tjónþola að leita

sér lögmannsaðstoðar strax í upphafi máls.

Samkvæmt 4. mgr. 44. gr. vsl. geta félögin haft uppi sömu mótbáru gegn skaðabótakröfu tjónþola og hinn váttryggði, þ.e. vinnuveitandi, í þessu sambandi. Þau geta einnig samkvæmt ákvæðinu haft uppi aðrar mótbáru gegn tjónþola, svo fremi sem þær eigi ekki rót sína að rekja til háttsemi váttryggðs eftir slysið. Með þessu er tryggt að félagið geti byggt á mótbárum á sviði váttryggingaréttar líkt og skaðabótaréttar en einnig að váttryggður geti ekki haft áhrif á gildi ábyrgðartryggingar eftir á.²⁰

Algennt er, að fram komnum rökstuðningi um skaðabótaábyrgð, að váttryggingafélag hafi samband við vinnuveitanda og óski eftir afstöðu hans, frekari upplýsingum og/eða gögnum en þegar liggja fyrir um slysið. Augljósir möguleikar váttryggingafélagsins að þeim upplýsingum fengnum eru þrjár: að fallast bótaskyldu, að fallast á bótaskyldu að hluta eða að hafna bótaskyldu. Verði þeir tveir síðarnefndu fyrir valinu á tjónþoli þrjá kosti: að una afstöðu félagsins, að leggja málið fyrir úrskurðarnefnd í váttryggingamálu eða að höfða mál fyrir dómstólum. Þess skal getið að 2. mgr. 51. gr. vsl., um að bótaréttur glattist ef ekki hefur verið höfðað mál fyrir dómstólum eða krafist meðferðar málsins fyrir úrskurðarnefnd innan árs frá því skriflega var tilkynnt um synjun kröfu, gildir ekki um þá sem gera kröfu í ábyrgðartryggingu. Ákvæðið tekur aðeins til hins „váttryggða“, sbr. fyrri umfjöllun.²¹ Um fyrningu gildir hefðbundin regla 52. gr. vsl. Nánar verður fjallað um úrskurðarnefnd í váttryggingamálu í kafla 2.1.1.

Fallist váttryggingafélagið á að bótaskylda sé fyrir hendi, í heild eða að hluta, er unnið að frekari gagnaöflun í samráði við það.

19 Alþt. 2003-2004, A-deild, þskj. 215 – 204 mál, athugasemdir um 44. gr.

20 Alþt. 2003-2004, A-deild, þskj. 215 – 204 mál, athugasemdir um 44. gr.

21 Þó er bent á að í 5. gr. samþykktu nefndarinnar er tekið fram að málskot til hennar verði að hafa borist innan árs frá því

að málskotsaðili fékk skriflega tilkynningu váttryggingafélags um að kröfu hans væri hafnað. Samþykktirnar voru birtar með auglýsingu nr. 1090 í B-deild stjórnartíðanda þann 12. desember 2005.

Til dæmis þarf að afla gagna til sönnunar á umfangi tjónsins. Helstu gögn því til sönnunar eru vottorð frá þeim læknum sem tjónþoli hefur verið í meðferð hjá vegna slyssins og matsgerð síðar meir. Yfirleitt þarf tjónþoli einnig að afla gagna um heilsufar sitt fyrir slysið áður en mat fer fram. Tjónþoli á svo rétt á því að afleiðingar slyssins verði metnar þegar heilsufar hans er orðið stöðugt.²² Það er reynsla höfundar að mat á afleiðingum slyss fari að jafnaði fram þegar ár er liðið frá slysi en það er þó ekki einhlítt. Hafi tjónþoli t.d. þurft að gangast undir aðgerð vegna slyss getur það haft áhrif og mögulega lengt bataferli tjónþola. Þegar matsgerð um afleiðingar slyssins liggur fyrir er athugað hvort forsendur séu fyrir samkomulagi um bótauppgjör milli váttryggingafélags og tjónþola. Ef þær eru ekki til staðar er enginn annar kostur en að leita til dómstóla. Þó er unnt að skjóta ágreiningi um bótafjárhæðir til úrskurðarnefndar í váttryggingamálum ef málsaðilar samþykkja það sérstaklega, sbr. 3. gr. samþykktu nefndarinnar.

2.1.1 Um úrskurðarnefnd í váttryggingamálum

Hægt er að skjóta málum til til úrskurðarnefndar í váttryggingamálum (ÚÍV) ef váttryggingafélag hafnar bótaskyldu úr ábyrgðartryggingu í heild eða að hluta, eins og áður var minnst á. Í 141. gr. vsl. er fjallað um ÚÍV. Samkvæmt ákvæðinu skal starfa sérstök úrskurðarnefnd í váttryggingamálum samkvæmt samningi milli efnahags- og viðskiptaráðherra, Neytendasamtakanna og Sambands íslenskra tryggingafélaga, svo og samþykktum fyrir hana, sem vistuð er hjá Fjármálaeftirlitinu. Nefndin er ekki stjórnsýslunefnd²³ og gilda ákvæði stjórnsýslulaga nr. 37/1993 þ.a.l. ekki um

málsmeðferð fyrir henni, sbr. 1. gr. þeirra laga.

Í vsl. segir ekki margt um starfshætti nefndarinnar eða málsmeðferð fyrir henni. Í 1. mgr. 141. gr. er tiltekið að formaður ÚÍV skuli fullnægja skilyrðum til þess að vera dómari samkvæmt 2. mgr. 12. gr. laga um dómstóla nr. 15/1998. Í 2. mgr. 141. gr. vsl. segir að ÚÍV skuli kveða upp rökstudda úrskurði. Þeim verði ekki skotið til stjórnvalda en að aðilum máls sé þó heimilt að leggja ágreining sinn fyrir dómstóla með venjulegum hætti. Síðan er ítrekað vísað til nefndarinnar í lögnum þar sem gert er ráð fyrir því að váttryggingartakar eða váttryggðir geti vísað ágreiningi við váttryggingafélög til hennar. Í samþykktum ÚÍV er að finna frekari reglur um starfshætti hennar og málsmeðferð.

Samkvæmt 3. gr. samþykktu ÚÍV úrskurðar nefndin fyrst og fremst um ágreining um bótaskyldu, þ.m.t. sök og sakarskiptingu, milli málskotsaðila og váttryggingafélags, sbr. þó áður nefnd undanþága varðandi ágreining um bótafjárhæðir. Málskotsaðili getur verið váttryggingartaki, váttryggður, þar á meðal meðváttryggður, rétthafi bóta, tjónþoli eða hver sá annar er telur sig eiga rétt til bóta úr váttryggingu eða á annarra hagsmuna að gæta vegna váttryggingasamnings. Þá er í samþykktunum fjallað frekar um starfssvið nefndarinnar (3. og 4. gr.), um málskot til nefndarinnar (5. gr.), gagnasöfnun nefndarinnar (6. gr.), fundi og úrskurði (7. gr.), vanhæfi (9. gr.) og endurupptöku (10. gr.). Ekki eru teknar skýrslur af vitnum fyrir nefndinni.²⁴

Það getur verið fýsilegur kostur fyrir tjónþola að skjóta máli til ÚÍV vegna fjölmargra aðstæðna. Fyrir það fyrsta er ekki mikill kostnaður því samfara að skjóta máli til ÚÍV. Málskotsgjald er 6.000 kr.²⁵ og fæst

²² Sjá bæði orðalag 2. – 5. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993 sem og umfjöllun í Viðar Már Matthíasson, *Skaðabótaréttur* (Bókaútgáfan Codex 2005) 654 og 670.

²³ Alþt. 2003-2004, A-deild, þskj. 215 – 204 mál, athugasemdir um 141. gr.

²⁴ Ekki er fjallað um þetta sérstaklega í samþykktum nefndarinnar en í 6. gr. þeirra, sem fjallar um gagnasöfnun, er eingöngu gert ráð fyrir framlagningu skjala og gagna sem málið varða.

endurgreitt ef nefndin fellst á málalíbúnað málskostaðila í heild eða að hluta, sbr. 5. gr. samþykktta nefndarinnar. Tjónþoli þarf svo ekki að leggja vinnu í annað en málskotid sjálft og gagnaöflun. Í annan stað er málsmeðferð fyrir ÚÍV fremur skjót. Þegar málskot berst nefndinni gefur hún váttryggingafélagi kost á að koma gögnum og sjónarmiðum á framfæri við nefndina innan ákveðins frests, sbr. 6. gr. samþykktta nefndarinnar. Nefndin skal svo úrskurða innan fjögurra vikna frá því að mál telst úrskurðarhæft, sbr. 7. gr. samþykktanna. Að jafnaði tekur málsmeðferð fyrir nefndinni fimm til sex vikur.²⁶ Í þriðja lagi, ef fjárhagsstaða tjónþola er bág og hann telur sig ekki getað höfðað mál fyrir dómstólum án gjafsóknar, getur það haft þýðingu hvort hann hafi skotið máli sínu til ÚÍV eður ei. Samkvæmt b. lið 2. mgr. 5. gr. reglugerðar um skilyrði gjafsóknar og starfshætti gjafsóknarnefndar nr. 45/2008, með síðari breytingum, skal gjafsóknarnefnd m.a. horfa til þess hvort leitast hafi verið við að leysa málið utan réttar, þar á meðal fyrir úrskurðarnefndum, þegar hún metur hvort nægilegt tilefni sé til veitingu gjafsóknar. Í fjórða lagi má velja fyrir sér hvort málskot til ÚÍV sé fýsilegt fyrir tjónþola í ljósi þess að úrskurður nefndarinnar gæti gefið vísbendingu um hvernig málinu yrði tekið fyrir dómstólum. Ekki verður tekin afstaða til þess hér. Það liggur a.m.k. fyrir að mikil aukning hefur orðið á málskotum til nefndarinnar síðastliðin þrjú ár.²⁷

3. HLUTVERK VER OG SKYLDUR ATVINNUREKANDA SAMKVÆMT LÖGUM NR. 46/1980

Áður var minnst á mikilvægi skýrslu Vinnueftirlits ríkisins (VER) við sönnun á tildrögum slyss og sök vinnuveitanda. VER starfar samkvæmt lögum nr. 46/1980 um aðbúnað, hollustuhætti og öryggi á vinnustöðum, einkum XII. kafla þeirra. Tilgangur laganna er að tryggja öruggt og heilsusamlegt starfsumhverfi og skilyrði fyrir því að hægt sé að leysa öryggis- og heilbrigðisvandamál innan vinnustaða, sbr. nánar 1. gr. þeirra. Lögin gilda samkvæmt 2. gr. um alla starfsemi þar sem einn eða fleiri menn vinna, hvort sem um er að ræða eigendur fyrirtækja eða starfsmenn. Lögin gilda um allfesta vinnustaði á landinu, með þeim undanþágum sem greinir í 2. mgr. 2. gr. þeirra um vinnustaði á sjó eða í lofti. VER annast samkvæmt 74. gr. laga nr. 46/1980 stjórnslu og eftirlit á öllu því sviði sem lögin ná til og eru verkefni þess því mjög fjölbreytt. VER er m.a. ætlað að hafa eftirlit með framkvæmd laganna, gefa ráð og leiðbeiningar á þessu sviði, afla og viðhalda þekkingu á tæknilegri og félagslegri þróun í þeim tilgangi að efla öryggi og bæta hollustuhætti í starfsumhverfi, stuðla að forvörnum og heilsuvernd á vinnustöðum og sjá um að haldin sé skrá yfir tíðni vinnuslysa eftir starfsgreinum, sbr. 75. gr. laganna.

Það hlutverk VER sem hér kemur helst til skoðunar er rannsókn þess á orsökum slysa, óhappa og mengunar sem því er tilkynnt um samkvæmt 79. og 80. gr. laga nr. 46/1980, sbr. 81. gr. þeirra. Tilgangur

25 Sbr. upplýsingar á heimasíðu úrskurðarnefndarinnar sem hýst er hjá Fjármálaeftirlitinu, „Úrskurðarnefnd í váttryggingamálum“ <<http://www.fme.is/eftirlitsstarfssemi/urskurdarnefndir/urskurdanefnd-i-vattryggingamalum>> skoðað 20. mars 2012.

26 Tölvupóstur Sigrúnar Ögmundsdóttur, starfsmanns ÚÍV, til höfundar (19. september 2011).

27 Sjá upplýsingar á heimasíðu úrskurðarnefndarinnar þar að lútandi, „Úrskurðarnefnd í váttryggingamálum“ <<http://www.fme.is/eftirlitsstarfssemi/urskurdarnefndir/urskurdanefnd-i-vattryggingamalum>> skoðað 20. mars 2012.

fme.is/eftirlitsstarfssemi/urskurdarnefndir/urskurdanefnd-i-vattryggingamalum> skoðað 20. mars 2012. Þar kemur m.a. fram að fjöldi málskóta til nefndarinnar hafi almennt verið á bilinu 200 til 300 árin 1995 til 2007 en árið 2008 var fjöldi þeirra 305, 443 árið 2009 og 407 árið 2010.

Þessa rannsóknarhlutverks VER er að koma í veg fyrir að slys endurtaki sig, sbr. 1. mgr. 81. gr. laganna. Í því felst m.a. að eftir að VER hefur borist tilkynning um slys skulu starfsmenn þess án ástæðulausrar tafar fara á staðinn og hefja vettvangskönnun, sbr. 2. mgr. 81. gr. laganna, nema það telji það ekki nauðsynlegt. Atvinnurekanda er óheimilt samkvæmt ákvæðinu að breyta aðstæðum á slysstað, umfram það sem nauðsynlegt er vegna björgunaraðgerða, þar til vettvangskönnun hefur farið fram.²⁸ VER útbýr yfirlitt skýrslu um rannsókn sína á tildrögum slyss. Eftirfarandi dómur er dæmi um mál þar sem skýrsla VER var eitt höfuðsönnunargagna.

Hrd. frá 16. desember 2010 í máli nr. 292/2010: *P slasaðist við vinnu sína hjá S á byggingarsvæði á Selfossi. Slysíð var þegar P var að reyna losa hölk, sem ryðgáður var fastur, af vél sem notuð var til að beygja steypustyrktarjárn. Þessi tilraun P varð til þess að járnflís hrökk í auga hans. Slysíð var tilkynnt VER samdægurs, en nokkru eftir að það átti sér stað, og komu fulltrúar þess á vettvang og rannsókuðu aðstæður hálf tíma síðar. P krafði S um skaðabætur vegna þess líkamstjóns sem hann hlaut við slysíð. Reisti hann kröfu sína á því að hann hafi fengið ófullnægjandi tæki til verksins og að verkstjórn hefði verið áfátt þar sem hann hafi ekki fengið leiðbeiningar um hvernig það skyldi vinna. Í skýrslu VER kom fram að P hefði ekki notað öryggisgleraugu umrætt sinn, en þau hefðu þó fundist á vinnustaðnum þegar rannsókn fór fram. Þeirri fullyrðingu að öryggisgleraugu hefðu verið á staðnum varð ekki hnekkð með öðrum sönnunargögnum. Var það því mat Hæstaréttar, að virtri skýrslu VER, að öryggisgleraugu hefðu verið tiltæk. Ekki var heldur fallist á þær fullyrðingar P að verkstjóri S hefði falið honum að vinna verkið líkt og hann gerði, heldur hafi hann og vinnufélagar hans sjálfir tekið ákvörðun þar um. Var því talið að*

óhapp hefði valdið slysi P og að það yrði ekki rakið til saknæmrar háttsemi S. Var S því sýknað af kröfum P.

VER gegnir einnig almennu eftirlitshlutverki og skulu starfsmenn þess fara í heimsóknir á vinnustaði til að sinna því, sbr. 82. gr. laga nr. 46/1980. Í því felst að starfsmenn VER skulu hafa aðgang að skjölum eða öðrum gögnum sem eiga að vera fyrir hendi innan fyrirtækja og þá er þeim heimilt að leita aðstoðar lögreglu við eftirlitið þegar slíkt gerist nauðsynlegt, sbr. 3. og 4. mgr. 82. gr. laganna. Höfundur telur eðlilegt að VER geti einnig nýtt sér þessar heimildir þegar það er kallað á vettvang vegna slysa en ekki eingöngu þegar það er í almennu eftirliti. Rannsókn VER og skýrsla þess sem hlutlægt sönnunargagn getur haft svipaða þýðingu og rannsókn lögreglu og skýrsla hennar. Skýrsla VER nær að ákveðnu leyti lengra. VER hefur enda sértækara eftirlitshlutverk en lögreglan þar sem hlutverk hennar er mjög víðtækt, sbr. t.d. 2. mgr. 51. gr. laga nr. 88/2008 sem áður var vikið að. VER hefur jafnframt sérstakar heimildir til að krefjast þess að atvinnurekandi lagfæri vanbúnað eða annað ástand sem brýtur gegn lögnum innan hæfilegs frests, sbr. 84. gr. laganna, eða sé veruleg hættu á ferðum, krefjast þess að strax verði bætt úr skorti á öryggi, sbr. 85. gr. þeirra. Þessi heimild VER, að krefjast úrbóta, er oft mikilvægur liður í skýrslum þess um vinnuslys, varðandi ágreining um mögulega sök vinnuveitanda. Er aðfinnsla þess oft getið fyrir dómi.

Hrd. frá 30. september 2004 í máli nr. 81/2004: *G slasaðist við vinnu sína hjá H þegar hann var að aðstoða vinnufélaga sinn sem var að saga stórar plastplötur á verkstæði H. G féll um rör sem lá frá söginni, þvert yfir gangveginn, þegar*

²⁸ Ákvæði um rannsóknarskyldu VER verður að skoða í samhengi við ákvæði laga nr. 46/1980 um tilkynningarskyldu atvinnurekanda og verður vikið að þeim í kafla 3.1 hér á eftir.

hann var að bera þunga plötu. Rörið var samlitt gölfínu. Slysíð var tilkynnt VER og rannsakaði það vettvang þónokkru eftir að slysíð átti sér stað. Niðurstaða VER var sú að umbúnaður við sögina hefði ekki verið fullnægjandi og gerði þá kröfu um úrbætur að plaströrið yrði málað í skærgulum lit til að vara við hindrun. G gerði kröfu um skaðabætur úr hendi H vegna tjóns síns. Hæstiréttur féllst á að slysíð mætti rekja til saknæmrar háttsemi af hálfu H, m.a. þar sem að lega umrædds rörs í gangvegi væri til þess fallin að skapa slysahettu. G var þó látinn bera tjón sitt sjálfur að 1/2 hluta, m.a. þar sem ljóst var að hann hafði áður unnið við sambærilegt verk.

Hrd. frá 15. júní 2006 í máli nr. 61/2006: B lenti í slysi við vinnu sína hjá K við framleiðslu kotasælu. B gerði kröfu um að bótaskylda K vegna slyssins yrði viðurkennd fyrir dómi. Í málinu var lagt til grundvallar að slysíð hefði atvikast þannig að B hefði verið að koma 18,2 kg hræriverki upp í lás á drifbúnaði yfir kotasælukari, hallað sér fram og jafnframt teygt sig áfram, með handleggina beint út frá líkamanum. Þá hefði hann runnið til í bleytu og fengið hnykk á bakið. Slysíð var ekki tilkynnt VER en rúmu ári eftir að það átti sér stað rannsakandi VER vettvang að beiðni B. Í skýrslu VER gerði það margþættar athugasemdir og krafðist úrbóta, m.a. þyrfti að bæta vinnuádstöðu þannig að reglur nr. 499/1994 um öryggi og hollustu þegar byrðar væru handleiknar væru virtar. Í héraðsdómi, sem staðfestur var af Hæstarétti, var vísað til niðurstaðna VER og fallist á bótaskyldu á sömu röksemdum og VER gerði kröfur um úrbætur að miklu leyti.

Það að VER geri kröfur um úrbætur eða finni að aðstæðum á vinnustað leiðir þó ekki sjálfkrafa til þess að dómstólar telji skaðabótaskyldu vinnuveitanda vera til staðar.

Hrd. frá 29. mars 1999 í máli nr. 409/1998: B lenti í slysi við vinnu sína hjá BM er hann féll við að fara yfir steypumót. Engin vitni voru að slysinu. VER kom á vettvang og rannsakandi aðstæður á

slysdegi. VER gerði í framhaldinu tvíþætta kröfu um úrbætur við steypumótið, annars vegar um að fallvarnir þyrfti að vera til staðar væri unnið við ákveðnar aðstæður og hins vegar um að greiður aðgangur þyrfti að vera allt um kring við mótið og samsetningarteinar hafðir nægilega langir. B gerði m.a. kröfu um að skaðabótaskylda BM vegna slyssins yrði viðurkennd. Í héraðsdómi var komist að þeirri niðurstöðu að skaðabótaskylda væri fyrir hendi, m.a. með vísan til niðurstaðna VER. Hæstiréttur komst að gagnstæðri niðurstöðu með vísan til þess að mótið hafi ekki verið hátt og það hefði verið einfalt fyrir B að komast yfir það. Auk þess hefði hann reynt af þeim störfum sem hann vann við umrætt sinn. Rétturinn vísaði sérstaklega til þess að það væri ekki virt BM til sakar að hafa ekki komið upp fallvörnum við mótið með vísan til hæðar þess, þrátt fyrir athugasemdir VER. Að öðru leyti væri slysíð ekki rakið til þeirra atriða sem athugasemdir VER beindust að.

Hrd. frá 24. nóvember 2005 í máli nr. 241/2005: E slasaðist við vinnu sína hjá O. E var fyrir utan vinnustað sinn þegar hún féll um stein sem þar var staðsettur. Hún krafðist skaðabóta úr hendi O vegna þess tjóns sem hlaut af slysinu en hún taldi staðsetningu steinsins skapa hættu fyrir fótgangendur. Eftir slysíð gerði VER athugasemdir við að umbúnaður við húsið væri hættulegur og til þess fallinn að valda slysum. Í dómi héraðsdóms, sem staðfestur var af Hæstarétti, var tekið fram að ekkert lægi fyrir um að VER eða aðrir opinberir aðilar hafi áður en slysíð varð gert athugasemdir við staðsetningu umrædds steins. Þá var staðsetning hans í samræmi við samþykktu teikningu af húsnæðinu. Var einnig vísað til þess að E tók þá ákvörðun að fara út í slæmu skyggni, rigningu og roki, þrátt fyrir að þekkja aðstæður á svæðinu. Slysíð var talið óhappatilvik og var O sýknað af kröfum E.

Þrátt fyrir niðurstöður þessara dóma verður ekki gert lítið úr aðfinnslum VER og kröfum þess til úrbóta. Í fyrrnefnda dómnum vísaði Hæstiréttur m.a. til þess að slysíð væri ekki rakið til þeirra atriða sem athugasemdir VER

beindust að. Hlýtur það að teljast einkar eðlileg krafa að orsakatengsl séu á milli aðfinnsluverðra atriða og tildraga slyssins til þess að kröfur VER um úrbætur hafi áhrif á sakarmat. Í tengslum við siðarnefnda dóminn má velta fyrir sér hvort það hafi þýðingu að aðfinnslurnar hafi ekki varðað framkvæmd vinnu eða aðbúnað á vinnustað í þrengri skilningi. Af niðurstöðum dómsins má þó ætla að það hafi skipt mestu máli að enginn hafi gert sér grein fyrir þessari slyshættu við vinnustaðinn, hvorki vinnuveitandinn né opinberir aðilar, fyrr en eftir að slysið átti sér stað, auk þess sem tjónþollinn þekkti aðstæður.

3.1 Tilkynningarskylda atvinnurekanda
Atvinnurekendur ber samkvæmt lögum nr. 46/1980 að tilkynna ákveðin vinnuslys til VER. Sú skylda er mis rík eftir því hversu alvarlegar afleiðingar slysið hefur haft. Samkvæmt 1. mgr. 79. gr. laga nr. 46/1980 ber atvinnurekanda að tilkynna VER án ástæðulausrar tafar öll slys þar sem starfsmaður lætur lífið eða verður óvinnufær í einn eða fleiri daga, auk þess dags sem slysið varð. Slys þar sem líkur eru á að starfsmaður hafi orðið fyrir langvinnu eða varanlegu heilsutjóni skal tilkynna VER innan sólarhrings frá því að það átti sér stað. Í ákvæðinu er atvinnurekanda þannig falið að það þurfi að tilkynna innan sólarhrings. Atvinnurekandi þarf ekki að tilkynna slys skriflega til VER strax en það skal gera innan viku frá því að það átti sér stað, sbr. 2. mgr. 79. gr. laganna.

Tilkynningarskylda atvinnurekanda er samkvæmt ofangreindu ríkari þegar um er að ræða alvarleg slys. Ekki er hægt að telja upp með tæmandi hætti öll þau slys sem hin ríkari tilkynningarskylda nær til. Aðstæður verður að meta hverju sinni. Má þó ætla að hún nái t.d. alltaf til slysa þar

sem starfsmaður hefur þolað hátt fall, hlotið opið beinbrot, misst útlím, fingur eða tær, fengið óvenju þungt höfuðhögg og/eða hlotið margþætta áverka. Þess skal getið að hin ríkari tilkynningarskylda atvinnurekanda nær einnig til allra slysa eða óhappa þar sem vera kann að hættuleg efni geti valdið mengun. Þau skal atvinnurekandi tilkynna án ástæðulausrar tafar og eigi síðar en innan sólarhrings, sbr. 1. mgr. 80. gr. laga nr. 46/1980, og svo skriflega innan viku, sbr. 2. mgr. sama ákvæðis.

3.1.1 Vanræksla atvinnurekanda á tilkynningarskyldu

Ekki er að finna sérstakt ákvæði í lögum nr. 46/1980 um afleiðingar þess að atvinnurekandi vanræki tilkynningarskyldu sína samkvæmt 79. og 80. gr. laganna. Aðeins er til staðar almennt ákvæði um refsíabyrgð sé brotið gegn lögum eða reglugerðum settum samkvæmt þeim. Brot varða sektum nema þyngri refsing liggji við samkvæmt öðrum lögum, sbr. 99. gr. þeirra. Sem dæmi um mál þar sem reynt hefur á refsíabyrgð vegna vanrækslu á tilkynningarskyldu má nefna dóm Héraðsdóms Reykjaness frá 3. mars 2011 í máli nr. S-1088/2010, þar sem refsíabyrgð vegna þessa var lögð á framkvæmdastjóra fyrirtækis.

Refsíabyrgð er þó ekki það eina sem vanræksla á tilkynningarskyldu getur haft í för með sér. Í ljósi þess mikilvægis sem rannsókn VER á orsökum slyss hefur fyrir sönnunarstöðu starfsmanns, sem lent hefur í vinnuslysi, hefur vanræksla atvinnurekanda á tilkynningarskyldu einnig haft þau áhrif í dómaframkvæmd að hann sé látinn bera halla af skorti á upplýsingum um tildrög og orsakir slyss. Sú afstaða byggist á því sjónarmiði að „[...]leggja beri sönnunarbyrði á þann aðila, sem stóð nær að tryggja sér sönnun um staðreynd“.²⁹ Sú regla sem gildir almennt og vísað var til áður, um að tjónþoli

29 Arnljótur Björnsson, „Sönnun í skaðabótamálum“ (1991) 1 Tímarit lögfræðinga 3, 10. Upplýsingar um þetta má einnig

finna í Viðar Már Matthíasson, *Skaðabótaréttur* (Bókutgáfan Codex 2005) 212-214.

beri sönnunarbyrðina fyrir því að tjón hans megi rekja til háttsemi sem gagnaðili hans ber ábyrgð á, snýst því við og þarf atvinnurekandi að sýna fram á að slysið verði ekki rakið til saknæmrar háttsemi hans. Fjölmarginir dómur hafa gengið um þetta efni frá því að lög nr. 46/1980 voru sett. Til dæmis má vísa til eftirfarandi dóma:

Hrd. frá 25. febrúar 1999 í máli nr. 240/1998: J slasaðist við vinnu sína hjá H þegar hann vann að rafsúðu við hafnargerð. J stóð á fleka í Sundahöfn í Reykjavík, skjólmegin við stálþil sem rekið hafði verið niður utan fjöruborðs en hvasst var í vedri og nokkur hreyfing á flekanum. J skrikaði fótur á flekanum, féll aftur fyrir sig og meiddist illa í baki. J varð þó ekki ljóst fyrst í stað hvort hann væri alvarlega meiddur. Hann fór af vinnustað nokkru eftir slysið og var fjarverandi daginn eftir, föstudag, og einnig mánudaginn eftir en þá fór hann fyrst til skoðunar hjá lækni. Rúmum mánuði eftir slysið leitaði J aftur til læknis og gekk eftir því við vinnuveitanda sinn að slysið yrði tilkynnt VER. J krafðist síðan bóta úr ábyrgðartryggingu H hjá S vegna tjóns síns. Nokkur ágreiningur var með aðilum um atvik að slysinu en J var einn til frásagnar um það sem kom fyrir á flekanum umrætt sinn. Hæstiréttur taldi að H hafi borið að tilkynna VER um slysið án ástæðulausrar tafar og ekki síðar en innan tveggja vikna frá slysi (sbr. þágildandi reglur um tilkynningu vinnuslysa). Slysið var þó ekki tilkynnt fyrr en rúmum mánuði síðar og sú tilkynning leiddi ekki til rannsóknar vegna slyssins þrátt fyrir að hægt hefði verið að skoda ástand flekans og tilhögun vinnu á honum. Hæstiréttur taldi að H yrði að bera hallann af því að rannsókn fyrst fyrir. Frásögn J og yfirlýsing verkstjóra voru lagðar til grundvallar um orsök slyssins. Var J talinn bera ábyrgð á slysinu að 1/3 hluta en H að 2/3 hlutum.

Hrd. frá 4. febrúar 2010 í máli nr. 286/2009: B lenti í slysi við vinnu sína hjá F og krafði hann um skaðabætur vegna þess. Slysið varð þegar B féll af palli við íbúðarskála á vinnusvæði við Sultartangavirkjun. B leitaði

samdækurs til læknis og var talinn óvinnufær. Ágreiningur var með aðilum um atvik að slysinu. Slysið var tilkynnt VER tæpum mánuði eftir að það gerðist. VER sinni ekki skyldu sinni samkvæmt 8l. gr. laga nr. 46/1980 um að fara á staðinn og kanna vettvang. F fjarlægði síðan öll mannvirki sín á svæðinu þrátt fyrir að hafa mátt vera ljóst að slík könnun hefði ekki farið fram. Var hann því látinn bera áhættuna af því að hafa ekki tryggt sér sönnun um gerð pallsins og hæð að því leyti sem ágreiningur var með aðilum um. Var lýsing B lögð til grundvallar og talið að F bæri skaðabótaábyrgð á slysinu. B var látinn bera 1/3 hluta tjóns síns sjálfur.

Af ofangreindum dómum verður ráðið að vanræksla á tilkynningarskyldu af hálfu atvinnurekanda skipti fyrst og fremst máli þegar ágreiningur er með aðilum um tildrög slyss og/eða aðstæður á slysavettvangi. Ennfremur má ráða af þeim að í tilkynningarskyldunni felist ekki einungis að atvinnurekanda beri að tilkynna slys heldur einnig að hlutast til um að VER komi á staðinn og kanni vettvang slyss. Halli vegna skorts á sönnun hefur verið lagður á atvinnurekanda jafnvel þó að hann hafi tilkynnt slysið en VER hefur síðan vanrækt rannsóknarskyldu sína samkvæmt 8l. gr. laga nr. 46/1980. Tilkynningarskyldan er því jafnvel rikari en ætla hefði mátt í fyrstu. Þó skal áreittað að það er ekki sjálfgefið að vanræksla á tilkynningarskyldu leiði til þess að skaðabótaábyrgð, í heild eða að hluta, verði felld á atvinnurekanda.

Hrd. frá 19. júní 2002 í máli nr. 53/2002: A lenti í slysi við vinnu sína hjá O. Hún harkaði af sér eftir slysið og vann til loka vinnudagsins. Hún mætti til vinnu daginn eftir en fékk þá léttara starf en endranær. Hún greindi verkstjóra síðan frá slysinu þar sem hún varð að hverfa frá vinnu vegna verkja. Verkstjóri benti henni á að leita til trúnaðarlæknis vegna verkjanna. Hún fékk hins vegar ekki tíma hjá honum og leitaði þess vegna til heimilislæknis síns þar sem hún fékk

tíma nokkrum dögum síðar. Hjá honum fékk hún vottorð um óvinnufærni vegna slyssins sem hún skilaði til O. Henni var síðar sagt upp störfum. A gerði kröfu í ábyrgðartryggingu O þar sem hún taldi félagið bera skaðabótaábyrgð á slysinu. Hæstiréttur taldi sýnt að O hafi verið kunnugt um þá fullyrðingu A um að hún hefði orðið fyrir slysi. Þátt fyrir það lét O undir höfuð leggjast að hlutast til um rannsókn á atvikum að meislum hennar og var ekkert aðhafast í þeim efnum fyrr en fjórum árum eftir slysið þegar tryggingafélag O hlutaðist til um rannsókn. Af þeim sökum taldi rétturinn að leggja yrði frásögn A um aðbúnað og verklag á vinnustaðnum og tildrög slyssins til grundvallar. Hæstiréttur mat það hins vegar svo að verkið sem A vann umrætt sinn hefði verið einfalt og gæfi ekki tilefni til sérstakra leiðbeininga af hálfu O. Hún átti ennfremur á grundvelli starfsreynslu sinnar að átta sig á því hvernig best væri að vinna það. Var O því ekki talið bera skaðabótaábyrgð á slysinu.

Sem sagt, þó að lýsing tjónþola á tildrögum slyss og/eða aðstæðum á vettvangi sé lögð til grundvallar vegna vanrækslu á tilkynningarskyldu, þarf sú lýsing eðli málsins samkvæmt að fela í sér að atvinnurekandi hafi með einhverju móti sýnt af sér saknæma háttsemi til þess að skaðabótaábyrgð sé lögð á hann.

Fleira skiptir máli við mat á því hvort vanræksla á tilkynningarskyldu leiði til þess að halli af skorti á sönnun um tildrög slyss og/eða aðstæður á vettvangi verði lagður á atvinnurekanda.

Hrd. frá 2. apríl 2009 í máli nr. 529/2008: V slasaðist við vinnu sína hjá O. V krafði O um skaðabætur vegna slyssins. Slysið var ekki tilkynnt VER. Tókst þó sönnun um það fyrir dómi að slysið hefði orðið og að O hafði vitneskju um það. Slysið varð á fimmtudegi. Það lá fyrir að V hélt áfram störfum eftir slysið og vann bæði föstudag og mánudag. Hann var hins vegar fjarverandi þriðjudag og miðvikudag vegna veikinda en engar staðfestar upplýsingar lágu fyrir um ástæðu

þeirra. V tókst því ekki að sanna að slyss hans hafi verið tilkynningarskylt samkvæmt 79. gr. laga nr. 46/1980. V tókst heldur ekki að sanna að slysið hafi orðið vegna saknæmrar háttsemi af hálfu O og var O því sýknað af kröfum hans.

Hrd. frá 10. febrúar 2011 í máli nr. 433/2010: B lenti í slysi við vinnu sína hjá M. Hann var þó á vinnustað sínum til loka vinnudagsins. Hann leitaði til læknis daginn eftir og var óvinnufær samkvæmt vottorði hans í u.þ.b. þrjár vikur. B krafðist skaðabóta úr hendi M vegna tjóns síns. Lá fyrir að tilkynning var send VER þann dag er B kom aftur til starfa. Fyrir dómi bar verkstjóri M að hann hafi vitað um slysið daginn sem það átti sér stað en þá hafi ekki verið vitað hversu alvarlegt það var. Hann hafi svo ekki getað tilkynnt það fyrr en B kom aftur til starfa þar sem hann hafi ekki þekkt atvik að slysinu. Hæstiréttur taldi að M hefði ekki sinnt tilkynningarskyldu sinni samkvæmt 79. gr. laga nr. 46/1980. Hins vegar voru aðstæður á vettvangi óbreyttar þegar tilkynning var send og ekkert lá fyrir um að ekki hefði verið hægt að rannsaka atvik að slysinu með fullnægjandi hætti. Brot M á tilkynningarskyldu hefði því ekki áhrif við mat á sönnun í málinu þar sem atvik að slysinu voru upplýst við meðferð málsins að því marki sem unnt var. Var skaðabótaábyrgð vegna slyssins þó lögð á M.

Í fyrsta lagi þarf tjónþoli að sýna fram á að slysið hafi verið tilkynningarskylt samkvæmt 79. gr. eða 80. gr. laga nr. 46/1980. Annars er ekki um að ræða eiginlega vanrækslu af hálfu vinnuveitanda. Í öðru lagi þarf vanrækslan að hafa þýðingu, þ.e. leiða til þess mál sé óupplýst.

Einnig hafa komið upp álitaefni um það á hverjum tilkynningarskyldan hvílir, t.d. ef tjónþoli hefur slasast á öðrum vinnustað en vinnuveitanda síns. Því hefur verið leyst úr og vísast til eftirfarandi dóma þar að lútandi:

Hrd. frá 16. nóvember 2006 í máli nr.

198/2006: F vann við ræstingar í húsi I. Hún var þó ekki starfsmaður I heldur sjálfstæðs verkataka sem annaðist m.a. þrif í húsakynnum I. F lenti í slysi í húsakynnum I þegar hún rann í hálfu og skall með hnakkann á frosið malbik við ruslagám sem hún átti að fleygja rusli í. F var strax eftir slysið flutt á slysadeild. F taldi I bera skaðabótaábyrgð á slysinu. Ýmis atvik að slysi F og aðstæður á vettvangi voru óljós. Slysið var ekki tilkynnt til VER. I hélt því fram að skylda til að tilkynna slysið hvíldi ekki á því þar sem F var starfsmaður sjálfstæðs verkataka sem bæri tilkynningarskylduna í hennar tilfalli. Hæstiréttur vísaði til l. mgr. 17. gr. laga nr. 46/1980 en þar segir að þar sem fleiri atvinnurekendur eigi aðild að starfsemi á sama vinnustað, skulu þeir og aðrir, sem þar starfa, sameiginlega stuðla að því að tryggja góðan aðbúnað, heilsusamleg og örugg starfskilyrði á vinnustaðnum. Túlkaði rétturinn ákvæðið á þann veg að það leiddi til þess að skyldan til að tilkynna slys samkvæmt 79. gr. laganna hvíldi sjálfstætt á hverjum atvinnarekanda fyrir sig þegar svona stæði á. Þar sem I sinnti ekki þessari skyldu sinni, og engin rannsókn fór fram á aðstæðum á vettvangi, var það látið bera hallann af skorti á sönnun í málinu um þau atriði sem áhrif gátu haft á sakarmat og voru talin óljós. Var fallist á það með F að I bæri skaðabótaábyrgð á slysi hennar en að hún bæri sjálf ábyrgð á slysinu að 1/2 hluta.

Hrd. frá 22. október 2009 í máli nr. 101/2009: B slasast við vinnu sína hjá E þegar hann féll af röraverkþalli í eigu S. Afleiðingar slyssins voru þær að B hælbrotnaði. B taldi að S bæri skaðabótaábyrgð á slysinu en deilt var um atvik að því. Fulltrúi VER skoðaði röraverkþallinn þremur mánuðum eftir slysið en gat ekki kveðið upp úr hverjar væru orsakir slyssins með hliðsjón af misvisandi lýsingu aðila. Slysið hafði þó verið tilkynnt VER símeiðis af hálfu E strax eftir slysið. VER upplýsti að m.v. fyrstu lýsingu hafi ekki þótt ástæða til vettvangsrannsóknar þar sem að í fyrstu var talið að meiddsl B væru minniháttar. Hæstiréttur vísaði til 17. og 79. gr. laga nr. 46/1980 og taldi að tilkynningarskylda

hafi hvílt á S. Daginn eftir slysið hafi verið ljóst að meiddsl B væru það alvarleg að tilkynningarskylda var vafalaus. Með hliðsjón af því taldi Hæstiréttur að S bæri áhættuna af þessu í lögskiptum aðila og þar með sönnunarbyrðina um að það bæri ekki sök á slysinu. Voru lýsingar B því lagðar til grundvallar dómi og talið að S bæri skaðabótaábyrgð á slysinu. B var látinn bera 1/3 hluta tjóns síns sjálfur.

Af öllu þessu má sjá að tilkynningarskylda atvinnurekanda sé fremur rík, jafnvel ríkari en ætla mætti við fyrstu skoðun á 79. og 80. gr. laga nr. 46/1980. Atvinnurekanda ber enda ekki einungis að tilkynna slys, samkvæmt dómaframkvæmd, heldur þarf hann jafnframt að stuðla að því að VER rannsaki orsakir slyssins áður en aðstæðum á vettvangi er breytt. Þá varða þessar skyldur atvinnurekanda ekki aðeins þá sem þiggja laun frá honum, samkvæmt niðurstöðum Hæstaréttar, heldur alla þá sem á vinnustað hans starfa. Vanræksla á tilkynningarskyldu hefur þó ekki sjálfkrafa þau áhrif að sönnunarbyrði sé snúid við.

3.2 Gildi skýrslna VER fyrir úrskurðarnefnd í váttryggingamálum

Eins og áður var minnst á hefur orðið mikil aukning á málskotum til ÚÍV á síðast liðnum þremur árum. Þá var vísað til nokkurra ástæðna af hverju málskot til nefndarinnar getur verið fýsilegur kostur fyrir tjónþola. Að því sögðu hefur það þýðingu að skoða hver staða tjónþola er fyrir nefndinni, t.d. varðandi sönnun. Nefndin birtir alla úrskurði sína, sbr. 7. gr. samþykktu hennar, og má nálgast þá á heimasíðu hennar sem hýst er á vef Fjármálaeftirlitsins. Framkvæmd hjá nefndinni gefur nokkuð skýra mynd af því hversu mikla þýðingu skýrsla VER um rannsókn á orsökum slyss hefur í ljósi aðgengis og fjölda mála. Þó verður að hafa þann fyrirvara að ekki er alltaf greint ítarlega frá málavöxtum, málsástæðum og/eða framlögðum gögnum í úrskurðum

ÚÍV. Í ljósi alls þessa skoðaði höfundur þá úrskurði nefndarinnar árin 2008 til 2010 er varða ágreining um bótaskyldu vegna vinnuslyss þegar sótt er í ábyrgðartryggingu atvinnureksturs.³⁰

Höfundur skoðaði 27 mál frá árinu 2008 en þau mál sem varða ábyrgðartryggingu atvinnureksturs vegna vinnuslyss eru nokkuð færri það ár en hin árin tvö:

| 2008 ³¹ | Fjöldi | % |
|-----------------------------------|--------|---------------------|
| Skoðuð mál | 27 | |
| Bótaskylda (í heild eða að hluta) | 9 | 33,3% |
| Bótaskyldu hafnað | 18 | 66,7% ³² |
| Skýrsla VER lá fyrir | 15 | 55,6% |
| þar af bótaskylda | 7 | 46,7% |
| þar af bótaskyldu hafnað | 8 | 53,3% |
| Skýrsla VER lá ekki fyrir | 12 | 44,4% |
| þar af bótaskylda | 2 | 16,7% |
| þar af bótaskyldu hafnað | 10 | 83,3% |

Af þessu má sjá að í þeim málum þar sem skýrsla VER lá fyrir skiptist það nokkurn veginn til helminga hvort tjónþola tókst að sanna sök eða ekki. Áberandi er í hversu fáum málum tjónþola tókst að sýna fram á sök þegar skýrsla VER lá ekki fyrir. Þess skal getið að í fjórum málum af þeim þar sem tjónþola tókst að sýna fram á sök hafði viðkomandi váttryggingafélag áður fallist á sök að hluta til.

Skoðuð voru 42 mál frá árinu 2009 en þar af voru þrjú mál sem ekki voru tekin til efnislegrar skoðunar af hálfu ÚÍV:

| 2009 ³³ | Fjöldi | % |
|-----------------------------------|--------|-------|
| Skoðuð mál | 42 | |
| Tekin efnisleg afstaða | 39 | |
| Bótaskylda (í heild eða að hluta) | 14 | 35,9% |
| Bótaskyldu hafnað | 25 | 64,1% |
| Skýrsla VER lá fyrir | 17 | 43,6% |
| þar af bótaskylda | 9 | 52,9% |
| þar af bótaskyldu hafnað | 8 | 47,1% |
| Skýrsla VER lá ekki fyrir | 22 | 56,4% |
| þar af bótaskylda | 5 | 22,7% |
| þar af bótaskyldu hafnað | 17 | 77,3% |

Aftur er áberandi í hversu fáum málum tjónþola tókst að sýna fram á sök af þeim þar sem skýrsla VER lá ekki fyrir. Þegar skýrslan lá fyrir skiptist það hins vegar nokkurn veginn til helminga hvort sönnun tókst eða ekki. Viðkomandi váttryggingafélag hafði áður fallist á sök að hluta til í þremur málum af þeim þar sem tjónþola tókst að sýna fram á sök.

Skoðuð mál frá árinu 2010 voru 38 talsins, þar af eitt sem ekki var tekið til efnislegrar skoðunar:

| 2010 ³⁴ | Fjöldi | % |
|-----------------------------------|--------|-------|
| Skoðuð mál | 38 | |
| Tekin efnisleg afstaða | 37 | |
| Bótaskylda (í heild eða að hluta) | 14 | 37,8% |
| Bótaskyldu hafnað | 23 | 62,2% |

30 Alla úrskurði sem skoðaðir voru má finna í úrskurðaskrá 1. Þá skal tekið fram að ekki voru eingöngu skoðuð mál þar sem tjónþoli var starfsmaður meints tjónvalds heldur einnig þau mál þar sem tjónþoli var verktaki, eða starfsmaður verktaka, hjá meintum tjónvaldi eða starfsmaður starfsmannaleigu, sjá úrskurðaskrá 2.

31 Sjá úrskurðaskrá 3.

32 Þess skal getið tveir úrskurðanna sem fjallað er um varða

sama slys, þ.e. úrskurður ÚÍV í frá 8. júlí 2008 í máli nr. 99/2008 og frá 9. des. 2008 í máli nr. 240/2008. Skýrsla VER lá fyrir í málinu en sök var ekki talin sönnuð. Engin ný gögn voru lögð fram í seinna málinu sem breyttu álitni nefndarinnar.

33 Sjá úrskurðaskrá 4. Það athugið að einn úrskurðanna, þ.e. frá 18. ágúst 2009 í máli nr. 251/2009, varðar tvö slys.

34 Sjá úrskurðaskrá 5.

| | | |
|---------------------------|----|-------|
| Skýrsla VER lá fyrir | 18 | 48,6% |
| þar af bótaskylda | 10 | 55,6% |
| þar af bótaskyldu hafnað | 8 | 44,4% |
| | | |
| Skýrsla VER lá ekki fyrir | 19 | 51,4% |
| þar af bótaskylda | 4 | 21,1% |
| þar af bótaskyldu hafnað | 15 | 78,9% |

Enn er áberandi í hversu fáum málum tjónþola tókst að sýna fram á sök af þeim þar sem skýrsla VER lá ekki fyrir. Í fjórum málum af þeim þar sem tjónþola tókst að sýna fram á sök hafði viðkomandi váttryggingafélag fallist á sök að hluta til áður.

Niðurstöður þessarar skoðunar eru nokkuð afgerandi. Öll árin þrjú sýna sömu myndina. Samkvæmt niðurstöðunum er nokkur brestur á því að vinnuslys séu tilkynnt til VER. Ef skýrsla VER liggur ekki fyrir virðist erfiðara fyrir tjónþola að sýna fram á sök vinnuveitanda vegna vinnuslyss. Ef skýrslan liggur fyrir hins vegar virðast mál í langflestum tilvikum betur upplýst og um helmings möguleikar á því að tjónþola takist sönnun um sök. Hér fyrir ofan var settur fyrirvari við þessa skoðun í ljósi þess að ekki er almennur aðgangur að öllum upplýsingum um málin. Höfundur telur að það verði einnig að setja fyrirvara við þessar niðurstöður með hliðsjón af því að mál sem þessi eru ekki alltaf samanburðarhæf. Hér á eftir verður því fjallað aðeins um einstök mál fyrir ÚÍV þar sem skýrsla VER lá ekki fyrir. Í málum þar sem tjónþola tókst ekki að sýna fram á sök fyrir ÚÍV, þá eru það einkum þrenns konar aðstæður sem verða skoðaðar og er þá átt við aðstæður sem virðast hafa áhrif á sönnunarmat. Verður aðeins vikið stuttlega að nokkrum aðstæðum sem leiddu til þess að tjónþola tókst að sýna fram á sök þrátt fyrir að skýrslan lægi ekki fyrir.

3.2.1 Vanræksla vinnuveitanda á tilkynningarskyldu hefur ekki áhrif

Í þónokkrum tilfellum hafði vanræksla vinnuveitanda á tilkynningarskyldu engin áhrif á mál fyrir ÚÍV. Mismunandi ástæður eru fyrir því. Fyrst má nefna þegar tjónþola tókst ekki að sýna fram á að slysið væri tilkynningarskylt samkvæmt 1. mgr. 79. gr. laga nr. 46/1980 (úrskurðir ÚÍV frá 10. nóv. 2009 í máli nr. 357/2009, frá 17. nóv. 2009 í máli nr. 359/2009, frá 30. mars 2010 í máli nr. 55/2010, frá 8. júní 2010 í máli nr. 131/2010 og frá 7. des. 2010 í máli nr. 341/2010). Önnur ástæðan er sú að ekki var ágreiningur með aðilum um málsatvik (úrskurðir ÚÍV frá 15. apríl 2008 í máli nr. 53/2008, frá 3. júní 2009 í máli nr. 148/2009, frá 10. ágúst 2010 í máli nr. 172/2010 og frá 2. nóv. 2010 í máli nr. 305/2010). Í máli nr. 53/2008, segir þó að „[m]álsatvik [séu] í öllum meginatriðum óumdeild“ [leturbreyting höfundar] og í máli nr. 148/2009 segir að „[...]málsaðilar [virðist] nokkuð sammála um atvik“ [leturbreyting höfundar]. Síðara málið er athyglisverðara að því leyti að nefndin tók sérstaklega fram í úrskurði sínum að það vantaði upplýsingar um ákveðin atriði sem snertu sakarmat. Engu að síður, tekur nefndin fram, að skortur á sönnun í málinu leiði ekki til skaðabótaskyldu vinnuveitanda. Þannig virðist ekki hafa verið nægilegur vafi til staðar. Þriðja ástæðan er sú að þó að lýsing tjónþola hafi verið lögð til grundvallar feli hún ekki í sér að vinnuveitandi eða starfsmenn hans hafi sýnt af sér saknæma háttsemi (úrskurður ÚÍV frá 7. júlí 2009 í máli nr. 189/2009). Það verður að teljast eðlilegt að þessar þrjár ástæður hafi það í för með sér að það að slys hafi ekki verið tilkynnt hafi engin áhrif á sönnun, sbr. fyrri umfjöllun um dómaframkvæmd Hæstaréttar Íslands.

Eftir standa þó þrjú mál þar sem tilkynningarskylda var vanrækt en höfundur getur ekki flokkað með ofangreindum

ástæðum (úrskurðir ÚÍV frá 17. feb. 2009 í máli nr. 307/2008, frá 7. apríl 2010 í máli nr. 68/2010 og frá 7. apríl 2010 í máli nr. 76/2010). Í fyrsta málinu, nr. 307/2008, taldi nefndin málsatvik vera óupplýst og að ljóst væri að vinnuveitandi hefði vanrækt tilkynningarskyldu sína. Hins vegar hefði, að hennar mati, mátt upplýsa um málsatvik með síðari gagnaöflun. Nefndin virðist þar m.a. eiga við að afla hefði þurft framburðar samstarfsmanns tjónþola sem er athyglisvert í ljósi komandi umfjöllunar. Um annað málið, nr. 68/2010, verður fjallað í kaflanum hér á eftir. Varðandi sönnunarmat í síðasta úrskurðinum, í máli nr. 76/2010, þá segir aðeins: „Vöntun á tilkynningu veldur því ekki sjálfkrafa að lýsing tjónþola verði lögð til grundvallar. Það er metið hverju sinni með hliðsjón af atvikum öllum hvaða áhrif slík vanræksla hefur.“ Með vísan til þessa telur höfundur sér ekki fært að meta hvort niðurstaðan í málinu sé á skjön við ádurraкта dómaframkvæmd.³⁵

3.2.2 Tjónþoli byggir mál sitt einkum á framburði vitna

Þau mál þar sem tjónþoli byggði málalíbúnað sinn að stóru leyti á framburði og/eða yfirlýsingum vitna voru ekki mörg (úrskurðir ÚÍV frá 18. nóv. 2008 í máli nr. 209/2008, frá 13. okt. 2009 í máli nr. 324/2009 og frá 7. apríl 2010 í máli nr. 68/2010 sem áður var getið). Í fyrsta málinu, nr. 209/2008, lagði tjónþoli fram yfirlýsingar fimm manna, sem þekktu til á vinnustað hans, máli sínu til stuðnings. Yfirlýsingarnar fjölluðu um aðstæður á vinnustaðnum almennt en ekki á slysdeginum. Nefndin taldi yfirlýsingarnar ekki geta falið í sér sönnun um að slysið hefði borið að með þeim hætti að vinnuveitandi bæri ábyrgð á tjóninu. Ekki er fjallað sérstaklega um hlutverk VER og hvort tilkynningarskylda

hafi mögulega verið vanrækt í úrskurðinum. Áhrif yfirlýsinganna hefðu mögulega verið önnur ef þær hefðu fjallað um aðstæður á slysdegi. Er því erfitt að draga ályktanir af málinu. Fremur óljóst er með hvaða hætti var byggt á framburði vitna í máli nr. 324/2009 og hver afstaða nefndarinnar var til þeirra. Það kemur einungis fram í úrskurðinum að viðkomandi váttryggingafélag hafi vísað til þess að tjónþoli og samstarfsmaður hans og frændi hefðu gefið skýrslu hjá lögreglu um tildrög slyssins fyrst sjö árum eftir slysið. Nefndin féllst ekki á að bótaskylda væri fyrir hendi.

Í þriðja málinu, nr. 68/2010, sem er jafnframt það athyglisverðasta að mati höfundar, var m.a. deilt um það hvort blaðhlíf hefði verið á slípirokk sem tjónþoli slasaðist við. Tjónþoli lagði fram tvær yfirlýsingar frá samstarfsmönnum sínum, ódagsettar reyndar, um að hlíf hefði vantað á slípirokkinn. Það lá fyrir að vinnuveitandinn hefði vanrækt tilkynningarskyldu sína. Í áliti nefndarinnar kemur fram að hún telji ekki sýnt fram á sök vinnuveitanda og að slysið virðist fyrst og fremst rakið til aðgæsluleysis tjónþola sjálfs. Jafnframt kemur fram að hvorki yfirlýsingar samstarfsmanna hans né vanræksla vinnuveitanda á tilkynningarskyldu breyti nokkru þar um. Það að tilkynningarskylda hafi verið vanrækt valdi því ekki sjálfkrafa að sönnunarbyrði færist á váttryggingartaka þar sem það verði að meta hverju sinni með hliðsjón af atvikum öllum hvaða áhrif slík vanræksla hefur. Engar frekari skýringar koma fram í úrskurðinum. Þetta mál virðist við fyrstu sýn ekki vera í samræmi við framkvæmd á réttarsviðinu. Þó að hægt væri að velta upp ýmsum mögulegum ástæðum þessa verður það ekki gert hér. Með hliðsjón af þessum þremur málum virðast vitnayfirlýsingar þurfa að uppfylla

35 Þess skal getið að í þeim úrskurðum sem taldir eru fram í úrskurðaskrá 6, þar sem tjónþola tókst ekki að sýna fram á sök, er hvorki minnst á skýrslu VER né tilkynningarskylda

vinnuveitanda. Höfundi tókst ekki að fá frekari upplýsingar frá ÚÍV um fyrirliggjandi gögn í ofantöldum málum.

ákveðin skilyrði til að hafa þýðingu fyrir ÚÍV. Æskilegt er að þær komi fram stuttu eftir slys (og séu dagsettar) og ekki er nóg að þær varði aðstæður á slysavettvangi almennt.³⁶ Verður því að meta í hverju máli hvort tjónþoli geti sýnt fram á að vanræksla vinnuveitanda á tilkynningarskyldu hafi þýðingu með framlagningu þeirra.

3.2.3 Misvísandi lýsingar tjónþola á tildrögum slyss

Í úrskurðum ÚÍV frá 3. júní 2008 í máli nr. 75/2008 og frá 7. júlí 2009 í máli nr. 189/2009, sem minnst var á áður, voru lýsingar tjónþola á tildrögum slyss ekki þær sömu í upphafi máls og á síðari stigum þess. Með hliðsjón af þeim verður að teljast einkar brýnt að tjónþoli greini strax frá öllu sem hann telur máli skipta um tildrög slyss. Frekari skýringar hans sem koma ekki fram fyrr en á síðari stigum máls, svo sem þegar bótaskyldu hefur verið hafnað í heild eða að hluta, teljast ekki trúverðugar.

3.2.4 Tjónþola tekst að sýna fram á sök þó skýrsla VER liggji ekki fyrir

Varðandi mál þar sem tjónþola tókst að sýna fram á sök, í heild eða að hluta, þrátt fyrir að skýrsla VER lægi ekki fyrir, er einkum vert að benda á tvenns konar aðstæður sem virðast hafa áhrif á framgang máls. Í fyrsta lagi þær þegar viðkomandi váttryggingafélag fellst á bótaskyldu, í heild eða að hluta, áður en málinu er skotið til ÚÍV (úrskurðir ÚÍV frá 25. sept. 2008 í máli nr. 158/2008, frá 17. mars 2009 í máli nr. 44/2009 og frá 16. mars 2010 í máli nr. 28/2010). Í öðru lagi

þegar vinnuveitandi mótmælir ekki lýsingu tjónþola á tildrögum slyss (úrskurður ÚÍV frá 1. júní 2010 í máli nr. 123/2010). Ástæða þess að bent er á þessi mál sérstaklega er að leggja áherslu á að í fjórum af þeim ellefu málum frá 2008 til 2010 þar sem tjónþola tókst að sýna fram á sök vinnuveitanda þrátt fyrir að skýrsla VER lægi ekki fyrir, féllst gagnaðili á málalíbúnað tjónþola, a.m.k. að hluta til.

Höfundur telur óþarft að fjalla um þær aðstæður þegar önnur hlutlæg gögn en skýrsla VER, t.d. skýrsla lögreglu, leiða til þess að málsatvik eru vel upplýst. Það er hins vegar rétt að benda á að það getur verið tjónþola að kenna að slys hafi ekki verið tilkynnt VER, þ.e. ef hann tilkynnir vinnuveitanda sínum ekki um það fyrr en þónokkru eftir að það á sér stað (úrskurðir ÚÍV frá 24. feb. 2009 í máli nr. 11/2009 og frá 23. feb. 2010 í máli nr. 18/2010). Að lokum er rétt að taka fram að eðli málsins samkvæmt er ekki alltaf gagnaskorti um að kenna að tjónþola tekst ekki að sýna fram á sök, stundum er ljóst að vinnuveitandi hefur ekki sýnt af sér saknæma háttsemi. Er t.d. bent á úrskurð ÚÍV frá 3. feb. 2008 í máli nr. 285/2008 í því sambandi, þar sem slys varð ekki í neinum tengslum við starf tjónþola.

4. LOKAORÐ

Eins og þessi umfjöllun öll ber með sér er oft á brattann að sækja fyrir tjónþola sem lent hefur í vinnuslysi. Ekki er öruggt að hann eigi rétt á að fá tjón sitt að fullu bætt í samræmi við skaðabótalög nr. 50/1993. Þá þarf hann að huga að mörgum atriðum telji hann að vinnuveitandi sinn eða annar aðili beri skaðaábyrgð á tjóni hans vegna slyssins.

36 Þess skal getið að tjónþola tókst sönnun um saknæma háttsemi vinnuveitanda með þessum hætti í úrskurði ÚÍV frá 8. nóv. 2009 í máli nr. 384/2009, þrátt fyrir að framlagðar yfirlýsingar vitna hafi verið gerðar löngu eftir að slysið átti sér stað samkvæmt málalíbúnaði viðkomandi váttryggingafélags. Tjónþoli bar þó hluta tjóns síns sjálfur vegna eigin sakar. Þá má einnig benda á úrskurð ÚÍV frá 20. nóv. 2009 í máli nr.

329/2009. Tjónþoli byggði á því að tjón hans mætti rekja til bleytu á gólfi á vinnustað sínum og að vinnuveitandi bæri ábyrgð á fyrirkomulagi þar. Váttryggingafélagið byggði m.a. á framburði samstarfskonu tjónþola en hún kvaðst ekki hafa séð poll eða bleytu á gólfinu umrætt sinn. Nefndin féllst ekki á að slysið væri bótaskyld.

Tjónþoli þarf m.a. að sanna að tjón hans hafi orðið vegna atvika sem vinnuveitandi hans ber ábyrgð á samkvæmt lögum og/eða reglum og hvert tjón hans sé. Það er hans hlutverk að sjá til þess að mál sé vel upplýst, með ákveðnum undantekningum þó.

Vinnuveitanda ber í ákveðnum tilvikum að tilkynna vinnuslys til VER sem starfar samkvæmt lögum nr. 46/1980. Tilkynningarskyldan er matskennd samkvæmt ákvæðum laganna og fer eftir því hversu alvarlegar afleiðingar slys hefur haft í för með sér. Í tilkynningarskyldunni felst að vinnuveitanda ber að stuðla að því að Vinnueftirlitið rannsaki vettvang slyss. Vinnuveitandi þarf ekki eingöngu að huga að þessu varðandi eigin starfsmenn þar sem skyldan varðar alla þá sem á vinnustað hans starfa. Vanræki vinnuveitandi tilkynningarskylduna, og sé mál óupplýst, hefur því verið slegið föstu í dómaframkvæmd að hann beri þá halla af skorti á sönnun um óljós atriði.

Margir atvinnurekendur eru nú með ábyrgðartryggingu hjá váttryggingafélagi. Ef sú staða er uppi, en viðkomandi váttryggingafélag hafnar bótaskyldu vegna vinnuslyss, í heild eða að hluta, getur það verið góður kostur fyrir tjónþola, og jafnvel nauðsynlegt, að skjóta máli til ÚÍV áður en hann leitar til dómstóla. Framkvæmd hjá nefndinni bendir til þess að það hafi mikil áhrif á framgang máls hvort slysið hafi verið tilkynnt VER og rannsakað af því. Eðli málsins samkvæmt er erfitt að sýna fram á sök ef mál er ekki vel upplýst og þá virðist ekki hlaupið að því að sýna fram á að vanræksla vinnuveitanda á tilkynningarskyldu hafi þýðingu. Yfirlýsingar vitna virðast t.d. þurfa að uppfylla ákveðin skilyrði til þess að hægt sé að leggja þær grundvallar. Byggi tjónþoli mál sitt einkum á framburði vitna gæti hann þó fyrst látið reyna á heimildir eml. um vitnaleiðslur fyrir málshöfðun, enda eru ekki teknar skýrslur af vitnum fyrir nefndinni. Tjónþoli þarf þá að geta sýnt fram

á að skilyrði 77. gr. eml. séu uppfyllt og geta staðið undir kostnaði sem því fylgir.

Framkvæmd hjá ÚÍV bendir sem sagt til þess að nokkur brestur sé á að vinnuveitandi sinni tilkynningarskyldu sinni og að sönnunarstaða tjónþola sé sérstaklega erfið þegar skýrsla VER liggur ekki fyrir. Þó verður að setja fyrirvara við þessa ályktun, m.a. vegna þess að ÚÍV tekur ekki alltaf fram í úrskurðum sínum hvaða gögn liggja fyrir, og er þ.a.l. erfitt að draga ályktanir um það hvort framkvæmd hjá nefndinni er í samræmi við dómaframkvæmd. Í ljósi þeirrar þýðingar sem skýrsla VER um orsakir slyss hefur má velta fyrir sér hvort skýra þurfi ákvæði laga nr. 46/1980 um tilkynningarskyldu vinnuveitanda og/eða gera þau afdráttarlausari. Til dæmis má velta fyrir sér hvort ákvæðin séu of matskennd fyrir vinnuveitendur eins og þau eru í dag og/eða hvort heppilegra væri að fela Vinnueftirlitinu matið í stað atvinnurekenda. Ekki er víst að svo sé. Mat höfundar er að ákveðinnar vakningar sé þörf þannig að báðir aðilar, þ.e. vinnuveitendur og starfsmenn, átti sig á hversu mikilvægt sé að slys séu tilkynnt til Vinnueftirlitsins. Það er enda hagar beggja aðila að tildrög slyss séu vel upplýst og eins hverjar séu orsakir þess. Fer tjónþoli þá ekki á mis við mögulegan bótarétt vegna formreglna og eins er vinnuveitanda ekki gert að greiða skaðabætur að ósekju.

HEIMILDASKRÁ

Bækur, greinar, skýrslur o.fl.:

Alþingistiðindi, vefútgáfa.

Arnlfjótur Björnsson, *Skadabótaréttur* (Hið íslenska bókmenntafélag 1988).

Arnlfjótur Björnsson, „Sönnun í skaðabótamálum“ (1991) 1 *Tímarit lögfræðinga* 3.

Eiríkur Tómasson, „Sönnun og sönnunarbyrði. Síðari hluti“ (1988) 3-4 *Úlfjótur* 247.

Gjaldskrá dómstólaráðs (3. janúar 2011) <<http://domstolar.is/domstolarad/gjaldskra/>> skoðað 11. október 2011.

Guðmundur Sigurðsson og Ragnhildur Helgadóttir, *Almannatryggingar og félagsleg aðstoð* (JPV útgáfa 2007).

Guðmundur Sigurðsson, „Bótaréttur launþega. Er breytinga þörf?“ (1999) 1 *Lögmannablaðið* 10.

Guðmundur Sigurðsson, „Mat á varanlegum afleiðingum líkamstjóna. Ólík nálgun í bótarétti“ (2006) 2 *Lögmannablaðið* 101.

Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar* (2. útg., lagadeild Háskólans í Reykjavík 2003).

Viðar Már Matthíasson, *Skadabótaréttur* (Bókaútgáfan Codex 2005).

Tölvupóstur Sigrúnar Ögmundsdóttur, starfsmanns ÚÍV, til höfundar (19. september 2011).

„Úrskurðarnefnd í váttryggingamálum“ <<http://www.fme.is/?PageID=315>> skoðað 11. október 2011.

Lagaskrá

Lög um almannatryggingar nr. 100/2007.

Lög um aðbúnað, hollustuhætti og öryggi á vinnustöðum nr. 46/1980.

Lög um dómstóla nr. 15/1998.

Lög um meðferð einkamála nr. 91/1991.

Lög um meðferð sakamála nr. 88/2008.

Siglingalög nr. 34/1985.

Skadabotalög nr. 50/1993.

Lög um skyldutryggingu lífeyrisséttinda og starfsemi lífeyrissjóða nr. 129/1997.

Stjórnsýslulög nr. 37/1993.

Lög um váttryggingarsamninga nr. 30/2004.

Reglugerð um eingreiðslu örorkubóta Tryggingastofnunar ríkisins nr. 187/2005.

Reglugerð um skilyrði gjafsóknar og starfshætti gjafsóknarnefndar nr. 45/2008.

Samþykktir fyrir úrskurðarnefnd í váttryggingamálum, birtar með auglýsingu nr. 1090 í B-deild stjórnartíðinda þann 12. desember 2005.

Dómaskrá

Hrd. frá 29. mars 1999 í máli nr. 409/1998.

Hrd. frá 25. febrúar 1999 í máli nr. 240/1998.

Hrd. frá 19. júní 2002 í máli nr. 53/2002.

Hrd. frá 30. september 2004 í máli nr. 81/2004.

Hrd. frá 24. nóvember 2005 í máli nr. 241/2005.

Hrd. frá 15. júní 2006 í máli nr. 61/2006.

Hrd. frá 16. nóvember 2006 í máli nr. 198/2006.
Hrd. frá 2. apríl 2009 í máli nr. 529/2008.
Hrd. frá 22. október 2009 í máli nr. 101/2009.
Hrd. frá 4. febrúar 2010 í máli nr. 286/2009.
Hrd. frá 16. desember 2010 í máli nr. 292/2010.
Hrd. frá 10. febrúar 2011 í máli nr. 433/2010.

Hérd. Reykjaness frá 3. mars 2011 í máli nr. S-1088/2010.

Úrskurðaskrár

Úrskurðaskrá 1

Úrskurður ÚÍV frá 11. mars 2008 í máli nr. 26/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 15. apríl 2008 í máli nr. 53/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 20. maí 2008 í máli nr. 68/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 27. maí 2008 í máli nr. 69/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 3. júní 2008 í máli nr. 75/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 9. júní 2008 í máli nr. 88/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 9. júní 2008 í máli nr. 94/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 1. júlí 2008 í máli nr. 95/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 8. júlí 2008 í máli nr. 99/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 8. júlí 2008 í máli nr. 116/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 11. júlí 2008 í máli nr. 100/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 11. júlí 2008 í máli nr. 115/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 9. sept. 2008 í máli nr. 148/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 25. sept. 2008 í máli nr. 157/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 25. sept. 2008 í máli nr. 158/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 11. nóv. 2008 í máli nr. 204/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 18. nóv. 2008 í máli nr. 207/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 18. nóv. 2008 í máli nr. 209/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 25. nóv. 2008 í máli nr. 220/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 25. nóv. 2008 í máli nr. 223/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 9. des. 2008 í máli nr. 239/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 9. des. 2008 í máli nr. 240/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 2. jan. 2009 í máli nr. 246/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 27. jan. 2009 í máli nr. 270/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 27. jan. 2009 í máli nr. 286/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 3. feb. 2009 í máli nr. 285/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 17. feb. 2009 í máli nr. 307/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 24. feb. 2009 í máli nr. 11/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 24. feb. 2009 í máli nr. 22/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 24. feb. 2009 í máli nr. 39/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 4. mars 2009 í máli nr. 24/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 10. mars 2009 í máli nr. 58/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 17. mars 2009 í máli nr. 44/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 31. mars 2009 í máli nr. 62/2009.

Úrskurður ÚÍV frá 7. apríl 2009 í máli nr. 71/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 20. apríl 2009 í máli nr. 83/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 20. apríl 2009 í máli nr. 85/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 19. maí 2009 í máli nr. 132/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 3. júní 2009 í máli nr. 148/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 7. júlí 2009 í máli nr. 189/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 21. júlí 2009 í máli nr. 209/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 21. júlí 2009 í máli nr. 213/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 21. júlí 2009 í máli nr. 221/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 21. júlí 2009 í máli nr. 224/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 5. ágúst 2009 í máli nr. 194/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 5. ágúst 2009 í máli nr. 216/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 5. ágúst 2009 í máli nr. 234/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 18. ágúst 2009 í máli nr. 251/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 18. ágúst 2009 í máli nr. 257/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 18. ágúst 2009 í máli nr. 242/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 24. ágúst 2009 í máli nr. 260/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 25. ágúst 2009 í máli nr. 261/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 25. ágúst 2009 í máli nr. 264/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 1. sept. 2009 í máli nr. 249/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 1. sept. 2009 í máli nr. 271/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 6. okt. 2009 í máli nr. 297/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 13. okt. 2009 í máli nr. 305/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 13. okt. 2009 í máli nr. 324/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 20. okt. 2009 í máli nr. 329/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 20. okt. 2009 í máli nr. 332/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 27. okt. 2009 í máli nr. 343/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 8. nóv. 2009 í máli nr. 384/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 10. nóv. 2009 í máli nr. 357/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 17. nóv. 2009 í máli nr. 359/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 24. nóv. 2009 í máli nr. 367/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 8. des. 2009 í máli nr. 385/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 22. des. 2009 í máli nr. 407/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 12. jan. 2010 í máli nr. 426/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 23. feb. 2010 í máli nr. 9/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 23. feb. 2010 í máli nr. 17/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 23. feb. 2010 í máli nr. 18/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 2. mars 2010 í máli nr. 15/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 16. mars 2010 í máli nr. 28/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 16. mars 2010 í máli nr. 43/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 30. mars 2010 í máli nr. 55/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 7. apríl 2010 í máli nr. 68/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 7. apríl 2010 í máli nr. 76/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 18. maí 2010 í máli nr. 110/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 1. júní 2010 í máli nr. 118/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 1. júní 2010 í máli nr. 123/2010.

Úrskurður ÚÍV frá 8. júní 2010 í máli nr. 131/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 15. júní 2010 í máli nr. 127/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 22. júní 2010 í máli nr. 161/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 29. júní 2010 í máli nr. 168/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 13. júlí 2010 í máli nr. 167/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 13. júlí 2010 í máli nr. 184/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 10. ágúst 2010 í máli nr. 172/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 17. ágúst 2010 í máli nr. 214/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 17. ágúst 2010 í máli nr. 217/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 24. ágúst 2010 í máli nr. 218/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 29. sept. 2010 í máli nr. 244/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 29. sept. 2010 í máli nr. 253/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 12. okt. 2010 í máli nr. 262/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 26. okt. 2010 í máli nr. 295/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 26. okt. 2010 í máli nr. 303/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 2. nóv. 2010 í máli nr. 293/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 2. nóv. 2010 í máli nr. 302/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 2. nóv. 2010 í máli nr. 305/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 23. nóv. 2010 í máli nr. 316/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 30. nóv. 2010 í máli nr. 325/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 30. nóv. 2010 í máli nr. 344/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 7. des. 2010 í máli nr. 341/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 21. des. 2010 í máli nr. 365/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 18. jan. 2010 í máli nr. 398/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 25. jan. 2010 í máli nr. 404/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 25. jan. 2010 í máli nr. 409/2010.

Úrskurðaskrá 2

Úrskurður ÚÍV frá 24. feb. 2009 í máli nr. 11/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 21. júlí 2009 í máli nr. 213/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 25. ágúst 2009 í máli nr. 264/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 6. okt. 2009 í máli nr. 297/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 25. jan. 2010 í máli nr. 409/2010.

Úrskurðaskrá 3

Úrskurður ÚÍV frá 11. mars 2008 í máli nr. 26/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 15. apríl 2008 í máli nr. 53/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 20. maí 2008 í máli nr. 68/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 27. maí 2008 í máli nr. 69/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 3. júní 2008 í máli nr. 75/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 9. júní 2008 í máli nr. 88/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 9. júní 2008 í máli nr. 94/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 1. júlí 2008 í máli nr. 95/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 8. júlí 2008 í máli nr. 99/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 11. júlí 2008 í máli nr. 100/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 11. júlí 2008 í máli nr. 115/2008.

Úrskurður ÚÍV frá 8. júlí 2008 í máli nr. 116/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 9. sept. 2008 í máli nr. 148/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 25. sept. 2008 í máli nr. 157/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 25. sept. 2008 í máli nr. 158/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 11. nóv. 2008 í máli nr. 204/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 18. nóv. 2008 í máli nr. 207/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 18. nóv. 2008 í máli nr. 209/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 25. nóv. 2008 í máli nr. 220/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 25. nóv. 2008 í máli nr. 223/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 9. des. 2008 í máli nr. 239/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 9. des. 2008 í máli nr. 240/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 2. jan. 2009 í máli nr. 246/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 27. jan. 2009 í máli nr. 270/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 3. feb. 2009 í máli nr. 285/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 27. jan. 2009 í máli nr. 286/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 17. feb. 2009 í máli nr. 307/2008.

Úrskurðaskrá 4

Úrskurður ÚÍV frá 24. feb. 2009 í máli nr. 11/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 24. feb. 2009 í máli nr. 22/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 4. mars 2009 í máli nr. 24/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 24. feb. 2009 í máli nr. 39/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 17. mars 2009 í máli nr. 44/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 10. mars 2009 í máli nr. 58/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 31. mars 2009 í máli nr. 62/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 7. apríl 2009 í máli nr. 71/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 20. apríl 2009 í máli nr. 83/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 20. apríl 2009 í máli nr. 85/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 19. maí 2009 í máli nr. 132/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 3. júní 2009 í máli nr. 148/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 7. júlí 2009 í máli nr. 189/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 5. ágúst 2009 í máli nr. 194/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 21. júlí 2009 í máli nr. 209/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 21. júlí 2009 í máli nr. 213/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 5. ágúst 2009 í máli nr. 216/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 21. júlí 2009 í máli nr. 221/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 21. júlí 2009 í máli nr. 224/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 5. ágúst 2009 í máli nr. 234/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 18. ágúst 2009 í máli nr. 242/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 1. sept. 2009 í máli nr. 249/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 18. ágúst 2009 í máli nr. 251/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 18. ágúst 2009 í máli nr. 257/2009,
Úrskurður ÚÍV frá 24. ágúst 2009 í máli nr. 260/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 25. ágúst 2009 í máli nr. 261/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 25. ágúst 2009 í máli nr. 264/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 1. sept. 2009 í máli nr. 271/2009.

Úrskurður ÚÍV frá 6. okt. 2009 í máli nr. 297/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 13. okt. 2009 í máli nr. 305/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 13. okt. 2009 í máli nr. 324/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 20. okt. 2009 í máli nr. 329/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 20. okt. 2009 í máli nr. 332/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 27. okt. 2009 í máli nr. 343/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 10. nóv. 2009 í máli nr. 357/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 17. nóv. 2009 í máli nr. 359/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 24. nóv. 2009 í máli nr. 367/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 8. nóv. 2009 í máli nr. 384/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 8. des. 2009 í máli nr. 385/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 22. des. 2009 í máli nr. 407/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 12. jan. 2010 í máli nr. 426/2009.

Úrskurðaskrá 5

Úrskurður ÚÍV frá 23. feb. 2010 í máli nr. 9/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 2. mars 2010 í máli nr. 15/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 23. feb. 2010 í máli nr. 17/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 23. feb. 2010 í máli nr. 18/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 16. mars 2010 í máli nr. 28/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 16. mars 2010 í máli nr. 43/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 30. mars 2010 í máli nr. 55/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 7. apríl 2010 í máli nr. 68/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 7. apríl 2010 í máli nr. 76/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 18. maí 2010 í máli nr. 110/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 1. júní 2010 í máli nr. 118/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 1. júní 2010 í máli nr. 123/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 15. júní 2010 í máli nr. 127/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 8. júní 2010 í máli nr. 131/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 22. júní 2010 í máli nr. 161/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 13. júlí 2010 í máli nr. 167/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 29. júní 2010 í máli nr. 168/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 10. ágúst 2010 í máli nr. 172/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 13. júlí 2010 í máli nr. 184/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 17. ágúst 2010 í máli nr. 214/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 17. ágúst 2010 í máli nr. 217/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 24. ágúst 2010 í máli nr. 218/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 29. sept. 2010 í máli nr. 244/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 29. sept. 2010 í máli nr. 253/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 12. okt. 2010 í máli nr. 262/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 2. nóv. 2010 í máli nr. 293/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 26. okt. 2010 í máli nr. 295/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 2. nóv. 2010 í máli nr. 302/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 26. okt. 2010 í máli nr. 303/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 2. nóv. 2010 í máli nr. 305/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 23. nóv. 2010 í máli nr. 316/2010.

Úrskurður ÚÍV frá 30. nóv. 2010 í máli nr. 325/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 7. des. 2010 í máli nr. 341/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 30. nóv. 2010 í máli nr. 344/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 21. des. 2010 í máli nr. 365/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 18. jan. 2010 í máli nr. 398/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 25. jan. 2010 í máli nr. 404/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 25. jan. 2010 í máli nr. 409/2010.

Úrskurðaskrá 6

Úrskurður ÚÍV frá 3. júní 2008 í máli nr. 75/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 9. júní 2008 í máli nr. 94/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 8. júlí 2008 í máli nr. 116/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 9. sept. 2008 í máli nr. 148/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 18. nóv. 2008 í máli nr. 209/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 2. jan. 2009 í máli nr. 246/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 3. feb. 2009 í máli nr. 285/2008.
Úrskurður ÚÍV frá 24. feb. 2009 í máli nr. 11/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 31. mars 2009 í máli nr. 62/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 7. apríl 2009 í máli nr. 71/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 20. apríl 2009 í máli nr. 83/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 20. apríl 2009 í máli nr. 85/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 5. ágúst 2009 í máli nr. 216/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 21. júlí 2009 í máli nr. 221/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 18. ágúst 2009 í máli nr. 251/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 24. ágúst 2009 í máli nr. 260/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 1. sept. 2009 í máli nr. 271/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 13. okt. 2009 í máli nr. 324/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 20. okt. 2009 í máli nr. 329/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 20. okt. 2009 í máli nr. 332/2009.
Úrskurður ÚÍV frá 23. feb. 2010 í máli nr. 18/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 17. ágúst 2010 í máli nr. 214/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 24. ágúst 2010 í máli nr. 218/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 29. sept. 2010 í máli nr. 253/2010.
Úrskurður ÚÍV 2. nóv. 2010 í máli nr. 293/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 26. okt. 2010 í máli nr. 295/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 2. nóv. 2010 í máli nr. 302/2010.
Úrskurður ÚÍV frá 26. okt. 2010 í máli nr. 303/2010.



Karólína Finnbjörnsdóttir

Lögfræðingur frá Háskólanum í Reykjavík og saksóknarfulltrúi hjá embætti sérstaks saksóknara.

TÁLBEITUR

Greiningaraðferð við mat á lögmæti¹

¹ Grein þessi inniheldur valda kafla úr meistararitgerð minni, sem skrifuð var til embættisprófs í lögfræði við lagadeild Háskólans í Reykjavík í júní 2010. Leiðbeinandi minn við skrifin var Björn L. Bergsson, hæstaréttarlögmaður og stundakennari við lagadeildina. Þegar ritgerðin var skrifuð voru í gildi fyrirmæli Ríkissaksóknara um notkun tálbeitu, sbr. fylgiskjal II með reglum ríkissaksóknara nr. 3/1999, um sérstakar

rannsóknaraðferðir lögreglu. Þann 24. maí 2011 tóku gildi reglur um sérstakar aðferðir og aðgerðir lögreglu við rannsókn sakamála, á grundvelli 89. gr. laga nr. 88/2008. Tilvisanir hafa verið uppfærðar m.t.t. þessa, en rannsókn á dómum nær eingöngu fram til 17. maí 2010, þegar ritgerðinni var skilað.

| | |
|--|-----|
| 1 INNGANGUR | 75 |
| 2 UM GILDANDI REGLUR, HUGTAKIÐ OG SKYLD HUGTÖK | 76 |
| 2.1 Lögmætisreglan | 76 |
| 2.2 Meðalhófsreglan | 77 |
| 2.2.1 Tímamörk aðgerðarinnar | 77 |
| 2.3 Gildandi reglur | 78 |
| 2.4 Hugtakið tálbeita | 79 |
| 2.4.1 Óvirk tálbeita | 81 |
| 2.4.2 Virk tálbeita | 82 |
| 2.4.3 Tálbeita einkaaðila | 83 |
| 3 MAT Á LÖGMÆTI NOTKUNAR TÁLBEITU | 86 |
| 3.1 Inngangur | 86 |
| 3.2 Greiningaraðferðir | 87 |
| 3.2.1 Tveir mælikvarðar | 87 |
| 3.2.1.1 Hlutlægur mælikvarði | 87 |
| 3.2.1.2 Huglægur mælikvarði | 88 |
| 3.2.1.3 Val á mælikvarða | 88 |
| 3.2.2 Orsakatengsl | 89 |
| 3.2.3 Greiningaraðferð Mannréttindadómstóls Evrópu | 90 |
| 3.2.4 Hvaða mælikvarða á að nota í íslenskum rétti? | 94 |
| 4 AFLEIÐINGAR ÓLÖGMÆTRAR NOTKUNAR TÁLBEITU | 94 |
| 4.1 Réttarfarslegar afleiðingar | 94 |
| 4.1.1 Réttlát málsmeðferð fyrir dómi | 94 |
| 4.1.1.1 Réttur aðila til að leiða og spyrja vitni | 95 |
| 4.1.1.2 Sönnunargildi gagna sem aflað er með ólögmætum hætti | 96 |
| 4.1.1.3 Réttur aðila til að fella ekki á sig sök | 97 |
| 4.1.2 Friðhelgi einkalífs | 98 |
| 4.2 Refsiréttarlegar afleiðingar | 99 |
| 4.2.1 Viðurlög þess sem ber ábyrgð á aðgerðinni | 99 |
| 4.2.2 Viðurlög þess sem fer með hlutverk tálbeitu | 99 |
| 4.2.3 Ákvörðun refsingar ákærða | 100 |
| 4.2.3.1 Sjúkna | 100 |
| 4.2.3.2 Refsilækkun | 101 |
| 4.3 Einkaréttarlegar afleiðingar | 101 |
| 4.3.1 Skaðabætur til handa sakborningi | 101 |
| 5 NIÐURSTÖÐUR | 102 |
| HEIMILDASKRÁ | 104 |

1. INNGANGUR

Í Paradís át Eva ávöxt af skilningstré góðs og ills og gaf manni sínum, þrátt fyrir að Drottinn Guð hafi sagt þeim að þau mættu hvorki eta þá né snerta, ella myndu þau deyja.

Drottinn Guð kallaði á manninn og sagði við hann: „Hvar ertu?“. Hann svaraði: „Ég heyrði til þín í aldingarðinum og varð hræddur, af því að ég er nakinn, og ég faldi mig.“ En hann mælti: „Hver hefir sagt þér, að þú værir nakinn? Hefir þú etid af trénu, sem ég bannaði þér að eta af?“ Þá svaraði maðurinn: „Konan, sem þú gafst mér til sambúðar, hún gaf mér af trénu, og ég át.“ Þá sagði Drottinn Guð við konuna: „Hvað hefir þú gjört?“ Og konan svaraði: „Höggormurinn tældi mig, svo að ég át.“²

Tældi höggormurinn Evu til verka sem hún hefði ella ekki framið? Ef höggormurinn hefði ekki verið í aldingarðinum má ætla að sköpunarsagan hefði farið á annan veg. Guð hefði þá ekki úthýst Evu og Adam úr Paradís.

Notkun tálbeitu sem rannsóknaraðferð lögreglu við rannsókn sakamála hefur færst í vöxt í flestum Evrópuríkjum á undanförunum árum.³ Við beitingu rannsóknaraðferðarinnar lýstur saman annars vegar þeirri brýnu þjóðfélagsþörf að afbrot verði upplýst og hins vegar tilliti til réttaröryggis þess sem rannsóknaraðferðin beinist að.

Ef fyrrnefnda sjónarmiðinu er gert of hátt undir höfði á kostnað réttaröryggisins er vegið að stoðum réttarríkisins.⁴ Ljóst er þó að baráttan gegn skipulagðri glæpastarfsemi er erfiðleikum háð og má því ekki binda hendur lögreglunnar um of svo hún geti tæpast rannsakað mál. Það megin sjónarmið hefur verið mótað að: „ekki [megi] nota tálbeitu til að kalla fram refsiverða háttsemi sem ella hefði ekki verið framin.“⁵ Þegar tálbeita er notuð með þeim hætti er komið út fyrir mörk lögmætra aðgerða.

Efni greinarinnar er það lögfraðilega álitefni hvaða aðferðafræði skuli beita við mat á því hvort notkun tálbeitu sé lögmæt og þess freistað að setja fram greiningaraðferð við mat á því hvort notkun tálbeitu er lögmæt eða ólögmæt í hverju tilviki. Rannsakaðir voru allir dómur Hæstaréttar þar sem rannsóknaraðferðinni hefur verið beitt fram til maí 2010. Einnig var litið til nokkurra héraðsdóma og dóms sakadóms í ávana- og fíkniefnamálum. Til þess að fá skýrari sýn á þau sjónarmið sem notuð hafa verið við matið voru einnig rannsakaðir valdir dómur Hæstaréttar Danmerkur og Noregs og allir dómur Mannréttindadómstóls Evrópu⁶ um efnið sem gengið hafa fram til maí 2010.⁷

2 Biblían. Heilög ritning. Gamla testamentið og nýja testamentið. Reykjavík 1981, fyrsta Mósebók 3:9–3:12.

3 Skýrsla um sérstakar rannsóknaraðferðir lögreglu. Dóms- og kirkjumálaráðuneytið. Reykjavík 1999, kafli 5.4.1. Aðgengileg á slóðinni: http://www.domsmalaraduneyti.is/utgefid-efni/skyrslur_til_radherra/nr/691. [Sótt 13. janúar 2010.]

4 Eiríkur Tómasson, *Pvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls*, 2. útgáfa. Reykjavík 2009, bls. 6.

5 Sjá 2. mgr. 3. gr. reglna um sérstakar aðferðir og aðgerðir lögreglu við rannsókn sakamála, sem settar voru á grundvelli 89. gr. laga nr. 88/2008. Í dönskum rétti: „Agenten ikke må provokere hovedmanden til at begå et strafbart forhold, som han ellers ikke ville have begået.“ Sjá: Betænkning 1984 nr. 1023. *Politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter*. Justitsministeriets strafferetsplejeudvalg, Kaupmannahöfn 1984, bls. 137. Í norsku rétti: „[D]et kan ikke aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.“ Sjá: Rundskriv nr.

2/2000. *Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode*, Avsnitt III, liður 2.2. Aðgengileg á vef embættis norska ríkissaksóknarans á slóðinni: <http://www.riksadvokaten.no/ra/ra.php?artikkelid=132>. [Sótt 3. apríl 2010]. Í dómaframkvæmd hefur Mannréttindadómstóll Evrópu notast við hugtakið „entrapment defense“ þegar kærandi byggir málsástæður sínar á því að: „the offence would not have been committed had it not been for the „provocation“ by the police.“ Sjá: Dóm MDE í málinu *Khudobin* gegn *Rússlandi* frá 26. október 2006, mgr. 133.

6 Hér eftir skammstafaður „MDE“.

7 Plássins vegna þurfti í þessari grein bæði að sleppa mörgum köflum ritgerðarinnar, sem og stytta þá sem hér eru birtir. Er það von að þrátt fyrir það gefi greinin heildstæða mynd af notkun tálbeitu við rannsókn sakamála og greiningaraðferð við mat á lögmæti.

2. UM GILDANDI REGLUR, HUGTAKIÐ OG SKYLD HUGTÖK

Notkun tálbeitu hefur færst í vöxt síðustu áratugi í flestum Evrópuríkjum. Ríkisstjórnir hafa sannfærst um að til að berjast gegn skipulegri glæpastarfsemi verði meðal annars að notast við sérstakar rannsóknaraðferðir eins og notkun tálbeitu. Baráttan gegn skipulögðum glæpum er erfiðleikum bundin, sérstaklega að því er varðar öflun sönnunargagna, enda leggja brotamenn allt í sölurnar til að hylja slóð sína.⁸ Rannsóknaraðferðin er þó háð ströngum skilyrðum. Öllum má því vera ljóst að notkun tálbeitu er vandmeðfarin.

Í lögfræðilegri umfjöllun um notkun tálbeitu er nauðsynlegt að víkja að skilgreiningum hugtaka sem lúta að beitingu rannsóknaraðferðarinnar. Samkvæmt almennum málskilningi er hugtakið „tálbeita“ gildishlaðið á neikvæðan hátt. Í íslenskrí orðabók er hugtakið skýrt svo: „tálbeita KVK agn, e-ð til að tæla, blekkja e-n með“.⁹ Lögfræðileg skilgreining hugtaksins er mun nákvæmari og þjónar því markmiði að vera nothæft verkfæri við lýsingu og greiningu á reglunum sem um rannsóknaraðferðina gilda.

Hér á eftir verður gerð grein fyrir gildandi reglum um notkun tálbeitu á Íslandi.¹⁰ Þá verður hugtakið skilgreint og gerð grein fyrir mismunandi tegundum tálbeita. Ályktanir verða dregnar jafnóðum og tilefni gefst til. Fyrst verður hins vegar vikið stuttlega að grundvallarreglum að baki beitingu rannsóknaraðferða eins og notkunar tálbeitu við rannsókn sakamála.

2.1. Lögætisreglan

Hugtakið réttarríki byggist á því grunnsjónarmiði að allt ríkisvald sé bundið af lögum og öll afskipti af réttindum borgaranna verði að hvíla á skýrum lagaheimildum.¹¹ Á þessum grunni hvílir lögætisreglan sem talin er undirstöðuregla íslenskrar stjórnskipunar. Í reglunni felst annars vegar að ákvarðanir stjórnvalda verða að eiga sér stoð í lögum og hins vegar að þær mega ekki vera í andstöðu við lög.¹² Með vísan til lögætisreglunnar hefur almennt verið talið að lögregla geti aðeins gripið til aðgerða að til þess sé skýr og ótvíræð lagaheimild.¹³ Talið er að lögregla eða önnur stjórnvöld geti ekki gripið til þvingunarráðstafana nema heimild sé til þess í lögum þar sem þær eru knúnar fram með valdi og skerða mikilvæg réttindi manna.¹⁴ Notkun tálbeitu hefur hins vegar ekki verið talin brjóta gegn mannréttindum með jafn afgerandi hætti, auk þess sem valdi er ekki beitt við framkvæmdina. Af dómi Hæstaréttar frá árinu 1993, bls. 1081 (*Steinn Ármann*) verður ekki annað ráðið en að heimilt sé, við sérstakar aðstæður, að grípa til notkunar tálbeitu við rannsókn máls án beinnar lagastoðar, jafnvel þótt háttsemi tálbeittunnar verði talin ólögæt og jafnvel refsiverð.¹⁵ Hæstiréttur Noregs sló því jafnframt föstu í *Rt 1984, bls. 1076 (Politiheroindommen I)* að notkun tálbeitu sé ekki slíkt inngrip í réttindi borgara að lagaheimild þurfi að koma til.¹⁶ Niðurstöður þessa dóma má gagnrýna með tilliti til réttaröryggis þeirra sem rannsókn lögreglu beindist að. Hins vegar er rétt að ítreka að rannsóknaraðferð á borð við notkun tálbeitu verður ekki fyllilega jafnað til

8 Dómur MDE í málinu *Ramauskas* gegn *Litháen* frá 5. febrúar 2008. Aðgengilegur á slóðinni: www.echr.coe.int, mgr. 49.

9 Mórður Árnason ritstj., *Íslensk orðabók*. Reykjavík 2002, bls. 1571.

10 Í ritgerðinni er jafnframt að finna umfjöllun um gildandi reglur í Danmörku og Noregi, sjá bls. 31-36.

11 Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi*. Reykjavík 2008, bls. 24.

12 Róbert R. Spanó, „Stjórnsýsluréttur“. Í Róbert R. Spanó ritstj., *Um lög og rétt: Helstu greinar íslenskrar lögfræði*. 2. útgáfa, bls. 102.

13 Eiríkur Tómasson, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls*, 2. útgáfa, bls. 5.

14 Sama heimild.

15 Eiríkur Tómasson, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls*, 2. útgáfa, bls. 5.

16 Hopsnes, Roald, „Provokasjon som politimetode“, bls. 75.

þvingunarráðstafana.

Nauðsynlegt var þó að setja lagagrundvöll fyrir reglum um meðal annars notkun tálbeitu í lög um meðferð sakamála, enda óeðlilegt að um efni sem þetta gildi stjórnsýslureglur án lagastöðar.

2.2. Meðalhófsreglan

Mælt er fyrir um meðalhófsregluna í 3. mgr. 53. gr. sml. þar sem segir meðal annars: „Þeir sem rannsaka sakamál skulu gæta þess að mönnum verði ekki gert meira tjón, óhagræði eða miski en óhjákvæmilegt er eftir því sem á stendur.“ Ákvæðið kom nýtt inn í lög um meðferð sakamála, nr. 88/2008. Meginregluna er einnig að finna í 2. mgr. 13. gr. og 14. gr. lögreglugaga, nr. 90/1996. Meðalhófsreglan var lögfest á sviði stjórnsýslunnar með 12. gr. laga nr. 37/1993. Fyrir lagasetninguna miðuðu fræðimenn við að meðalhófsreglan ætti sér stöð í „réttarvitund manna og venjuhelgðri framkvæmd lögreglustarfa“.¹⁷ Meðalhófsreglan hefur því alla tíð verið talin mjög þýðingarmikil við framkvæmd lögreglustarfa.¹⁸

Við rannsókn sakamála er inntak meðalhófsreglunnar í meginatriðum þriðja. Í fyrsta lagi verður rannsóknaraðferðin að vera til þess fallin að ná því markmiði sem að er stefnt. Þegar val stendur um fleiri úrræði en eitt til þess að þjóna settu markmiði skal í öðru lagi velja þá aðferð sem vægust er. Í þriðja lagi skal gæta hófs í beitingu þess úrræðis sem valið hefur verið. Rannsóknaraðferðinni er því óheimilt að beita á harkalegri hátt en nauðsyn ber til miðað við þá almannahagsmunir sem í húfi eru. Þannig verður að vera eðlilegt samræmi á milli þess óhagræðis sem stafar af úrræðinu sem beitt

er og þýðingar þess.¹⁹

Í 3. tölul. 1. mgr. 3. gr. reglna um sérstakar aðferðir og aðgerðir lögreglu við rannsókn sakamála,²⁰ segir að nota skuli tálbeitu þegar ætla verður að venjuleg rannsóknarúrræði dugi ekki til. Hæstiréttur Noregs sló þessu sjónarmiði föstu í *Rt 1984, bls. 1076 (Politiheroindommen I)*, þar sem fram kom að eingöngu mætti notast við tálbeitar við rannsókn á alvarlegum brotum sem ekki er hægt að upplýsa með venjulegum rannsóknaraðferðum. Lögregla verður því að ganga úr skugga um að ekki sé hægt að ná fram því markmiði sem að er stefnt með öðru og vægara móti. Oft eru aðstæður þannig að ekki er fyrir séð hvaða rannsóknaraðferð muni helst koma að notum við að upplýsa brot sem til rannsóknar er. Fyrst í stað skal þá grípa til vægari úrræða sem almennt verða talin geta komið að gagni áður en gripið er til notkunar tálbeitu.

2.2.1. Tímamörk aðgerðarinnar

Líkt og um beitingu þvingunarráðstafana og annarra rannsóknaraðferða lögreglu gildir sú meginregla um notkun tálbeitu að hún skal ekki vara lengur en þörf krefur. Eðli rannsóknaraðferðarinnar leiðir til þess að eftir því sem aðgerðin varir lengur þeim mun meiri hætta er á að farið sé út fyrir mörk lögmætra aðgerða. Þá er áleitinn sú síðferðislega spurning hversu langt lögregla á að ganga í viðleitni sinni við að upplýsa brot og hversu lengi hún má draga það að grípa inn í atburðarás. Í dómi *Salten Herredsrett frá 30. júní 1997 í máli nr. 97-0072 M* voru málavextir þeir að norska lögreglan hafði tvo Svía grunada um að ætla að ræna peningaflutningabil í Noregi. Í samstarfi

17 Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“, í Páll Skúlason ritstj., *Afmælisrit: Gizur Bergsteinsson níraður 18. apríl 1992*. Reykjavík 1992, bls. 218.

18 Frumvarp til lögreglugaga. Alpt., 1995–1996, A-deild, þskj. 783, bls. 3792. Jafnframt aðgengilegt á slóðinni: <http://www.althingi.is/altext/120/s/0783.html>. [Sótt 14. maí 2010.]

19 Stuðst við: Páll Hreinsson, *Stjórnsýslulögin: Skýringarrit*. Reykjavík 1994, bls. 36 og 147 og frumvarp til lögreglugaga. Alpt.,

1995–1996, A-deild, þskj. 783, bls. 3792. Jafnframt aðgengilegt á slóðinni: <http://www.althingi.is/altext/120/s/0783.html>. [Sótt 14. maí 2010.]

20 Aðgengilegar á slóðinni: <http://www.innanrikisraduneyti.is/media/frettir-2011/regur-um-serstakar-adferdir-vid-rannsokn-sakamala.pdf> [Sótt 8. janúar 2012.] Var áður að finna í 6. lið fyrir mæla ríkissaksóknara um notkun tálbeitu, nr. 3/1999.

við lögregluna í Svíþjóð var skyggingu beitt í rúmt ár. Þegar tvímenningarnir komu til Noregs stálu þeir tveimur bifreiðum og gerðu eina tilraun til þess. Norska lögreglan hafði stöðugt eftirlit með mönnum en aðhafðist ekkert. Samkvæmt ákvörðun lögreglustjóra fóru peningaflutningarnir fram eins og ráðgert var, en án raunverulegra verðmæta. Þegar mennirnir tveir gerðu atlögu að peningaflutningabilnum keyrði lögreglan í veg fyrir bíl þeirra. Annar þeirra lagði á flotta og til að stöðva för hans skaut lögreglan aðvörunaraskoti sem hæfði manninn í lærið. Af hlutust alvarleg meiðsl og við uppkvaðningu dómsins var ekki fyrirséð hvort hann myndi ná bata. Rétturinn taldi vafasamt að draga íhlutun lögreglunnar í svo langan tíma. Ef lögreglan hefði gripið inn í atburðarásina fyrr hefði mátt sakfella tvímenningana fyrir ólöglega vopnaeign, nytjastuld og tilraun til ráns í félagi. Á sama tíma hafði aðgerðin í för með sér mikla hættu fyrir lögreglu, sakborningana og almenning sem var á staðnum. Þá lagði dómurinn áherslu á að þrír bílar í eigu almennra borgara voru skemmdir, tveir þeirra notaðir í heimildarleysi. Rétturinn taldi ljóst að koma hefði mátt í veg fyrir það tjón sem af aðgerðinni hlaut með því að grípa inn í atburðarásina mun fyrr.²¹

Með sama hætti má varpa fram þeirri spurningu hvort ekki hefði mátt grípa fyrir inn í þá atburðarás sem leiddi til handtöku ákærða í máli *Hrd. 1993, bls. 1081 (Steinn Ármann)*. Ákærði var meðal annars fundinn sekur um að hafa flutt til landsins kókaín sem hann hafði haft í vörslum sínum og hafði í hyggju að selja. Við rannsókn málsins kom tálbeita fram gagnvart ákærða sem kaupandi að

fíkniefnunum til að ljóstra upp um vörslur hans. Ekki tókst að handtaka ákærða þegar til stóð og ók hann af vettvangi. Ákærða var þá veitt eftirför út úr borginni og áleiðis upp í Mosfellsbæ, þar sem harður árekstur varð á Vesturlandsvegi, en við áreksturinn slösudust tveir lögreglumenn og annar mjög alvarlega. Á vettvangi á Vesturlandsvegi veittist ákærði svo að öðrum lögreglumanni með skærum og lagði til hans í tvígang, áður en hann var færður í handjárn.

Þegar lögregla heldur að sér höndum og leyfir refsiverðri háttsemi að viðgangast í því skyni að upplýsa um brot er mögulegt að háttsemin vindi upp á sig þannig að alvarleiki brotsins og umfang þess aukist. Því er spurning hvort lögreglu sé heimilt að biða eftir að brot verði fullframið í stað þess að grípa inn í atburðarásina og í kjölfarið ákæra þá sem eiga í hlut fyrir tilraunarbrot. Þessari áleitnu spurningu hefur ekki verið svarað, hvorki í íslenskum, dönskum né norskum rétti, að því er höfundur best veit.²²

2.3. Gildandi reglur

Lengst af var ekki að finna verklagsreglur eða sérstök fyrirmæli um notkun tálbeita. Ríkissaksóknari gaf á árinu 1999 út fyrirmæli um notkun tálbeitu, sbr. fylgiskjal II með reglum ríkissaksóknara nr. 3/1999, um sérstakar rannsóknaraðferðir lögreglu. Fram að setningu laga nr. 88/2008, um meðferð sakamála, var að auki enginn sérstakur lagagrundvöllur í réttarfarslögum fyrir rannsóknaraðferðinni. Settar hafa verið reglur um sérstakar aðferðir og aðgerðir lögreglu við rannsókn sakamála á grundvelli 89. gr. sml. Reglurnar tóku gildi 24. maí 2011, en fram að því var farið eftir

21 Í dómi *Hæstaréttar frá 11. júní 2009 í máli nr. 472/2008*, svokölluðu *DC++-máli* höfðu kærendur gert út tálbeitu til að afla upplýsinga um brotastarfsemi ákærðu. Í viðtali í fjölmiðlum var haft eftir einum dómfelldu að kærendur hefðu notað tálbeitu og „leyf[t] glæpnum að viðgangast í heilt ár.“ Sjá: „Klófestir með hjálp tálbeitu“. 24 *stundir*, 4. mars 2008, bls. 46.

22 Sams konar álitaefni var uppi í dómi *Hæstaréttar Bandaríkjanna í máli Jacobson gegn Bandaríkjunum frá 6. apríl 1992*. Rétturinn sagði notkun tálbeitu ekki mega taka yfir langt tímabil. Dómstóllinn tók ekki afstöðu til þess hvað teldist langt tímabil í þessum efnum. Álitaefnið er enn óleyst í bandarískum rétti. Sjá: Moore, Robert og fleiri, „Entrapped on the Web? Applying the Entrapment Defense to Cases Involving Online Sting Operations“. *American Journal of Criminal Justice* 2007, bls. 94.

fyrirmælum ríkissaksóknara. Ekki voru gerðar athugasemdir við það réttarástand í dómi Héraðsdóms Suðurlands í máli nr. S-429/2009 (sundlaugarmál).

Í reglum um sérstakar aðferðir og aðgerðir lögreglu við rannsókn sakamála er kveðið skýrt á um bæði almenn og sérstök skilyrði fyrir notkun. Í 3. gr. reglnanna segir að heimilt sé að nota sérstakar aðferðir og aðgerðir lögreglu ef rökstuddur grunur er um að verið sé að fremja alvarlegt brot, eða reynt verði að fremja alvarlegt brot, sem varðað getur að lágmarki átta ára fangelsi eða brot gegn 108. gr., 175. gr. a., 2. og 3. mgr. 202. gr., 206. gr., 244. gr., 245. gr., 247. gr., 248. gr., 249. gr., 249. gr. a., 250. gr., 251. gr., 254. gr., 262. gr. eða 264. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, 117. gr., 123. gr., og 124. gr. sbr. 146. gr. laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti, 41. gr. a., samkeppnislaga nr. 44/2005 eða 4. mgr. 2. gr., sbr. 4. gr. eða 4. gr. a. og 5. gr. laga um ávana- og fíkniefni nr. 65/1974. Þá verður að vera ástæða til að ætla að upplýsingar, sem geta skipt miklu fyrir rannsókn málsins, fáist með notkun sérstakra aðferða og aðgerða lögreglu. Ætla verður að önnur rannsóknarúrræði dugi ekki til að fá slíkar upplýsingar. Loks er það grundvallarskilyrði að rannsóknarúrræðum samkvæmt reglum um verði ekki beitt ef það kallar fram refsiverða háttsemi sem ella hefði ekki verið framin. Vert er að áreitta að síðasttalda skilyrðið er alger grundvallarregla um notkun tálbeitu og ræður úrslitum um það hvort rannsóknaradferðin telst lögmæt eða ekki. Í 4. gr. reglnanna er kveðið á um hvaða yfirmenn innan lögreglunnar hafa heimild til að taka ákvörðun um notkun tálbeitu. Reglurnar eru í samræmi við meginreglur

sem Hæstiréttur hafði þegar lagt í *Hrd.* 1993, bls. 1081 (Steinn Ármann), þar sem reyndi á lögmæti aðgerða lögreglunnar.

2.4. Hugtakið tálbeita

Í viðtækustu merkingu hugtaksins er tálbeita sá sem með hvatningu kemur grunuðum manni til að fremja afbrot í því skyni að koma upp um hann og afhenda hann lögreglunni.²³ Í 7. gr. reglna um sérstakar aðferðir og aðgerðir lögreglu við rannsókn sakamála er hugtakið skilgreint sem: „lögreglumaður eða annar starfsmaður lögreglu sem fer með lögregluvald og hefur samskipti við sakborning sem grunaður er um að ætla að fremja refsivert brot og samskiptin leiða til þess að brotið er fullframið og/eða upplýsingar fást um deili á þeim sem fullframið hefur refsivert brot.“ Með setningu reglnanna hefur því verið tekið fyrir að aðrir en þeir sem fara með lögregluvald gegni hlutverki tálbeitu.²⁴

Ef tálbeita kallar fram brot, sem ætla má að hefði ekki verið framið nema fyrir tilstilli hennar, er komið út fyrir mörk lögmætra aðgerða. Tálbeitan verður að haga aðgerðum sínum þannig að brot sem hún stuðlar að hefði verið framið hvort eð er, sama brot eða annað hliðstætt.²⁵ Það veltur á þessum atriðum hvort notkun tálbeitu telst lögmæt²⁶ og hvort tálbeitan bakar sér refsíabýrgð fyrir hlutdeild í afbroti.²⁷

Þá telst maður ekki tálbeita ef hann fær hinn grunaða til að fremja brot sem er algjörlega óskýlt því broti sem hann er grunaður um. Enn síður telst maður tálbeita ef hann kemur sök á saklausan mann með því að sviðsetja brot, samanber *Hrd.* 1981, bls. 430 (*Batti rauði*). Í málinu var

23 Jónatan Þórmundsson, *Opinbert réttarfar.* 2. hefti, bls. 139. Skilgreining Jónatans byggist á umfjöllun Stephan Hurwitz um „Agent Provocateur“ í bókinni, *Den danske kriminalret. Almindelig del.* Kaupmannahöfn 1971, bls. 357.

24 Þess má geta að fram kom í *Hrd.* 1993, bls. 1081 (Steinn Ármann) að rannsóknarlögreglumaðurinn sem stýrði aðgerðinni taldi að vegna smæðar samfélagsins hefði verið útilokað að nota lögreglumann í hlutverk tálbeittunnar.

25 Jónatan Þórmundsson, *Opinbert réttarfar.* 2. hefti, bls.

140. Sjá jafnframt: *Skýrsla um sérstakar rannsóknaraðferðir lögreglu*, kafla 5.4.1.

26 Nánar verður fjallað um þetta atriði í 3. kafla, en eins og þar kemur fram er beitt ákveðinni greiningaraðferð við mat á því hvort notkun tálbeitu er lögmæt.

27 Í 4. kafla er fjallað um afleiðingar þess að notkun tálbeitu er ólögmæt. Ein refsiréttarleg afleiðing er möguleg refsíabýrgð þess sem fer með hlutverk tálbeitu, sjá kafla 4.2.2.

rannsóknarlögreglumáður sakfelldur fyrir brot gegn 131. gr. og 1. mgr. 148. gr., sbr. 138. gr. hgl., fyrir að hafa undirbúið og stjórnað ólöglegri handtöku á tveimur mönnum. Rannsóknarlögreglumáðurinn lét tösku með ótolluðu áfengi í farangursgeymslu bifreiðar mannanna og naut við þann verknað aðstoðar meðákærðu í málinu. Meðákærðu lokkuðu mennina tvo undir fölsku yfirskeyni til að keyra þá á ákveðinn stað þar sem þær yfirgáfu bifreiðina samkvæmt fyrirfram gerðri áætlun ákærða. Samtímis sendi ákærði lögreglumenn á vettvang sem handtöku mennina tvo fyrir grun um áfengis- og tollalagabrot. Ákærði krafðist sýknu á þeim grundvelli að hann hefði raunverulega gerst offari sem „agent provocateur“²⁸ og því bæri að dæma hann skv. 131., sbr. 132. og 138. gr. hgl. Dómurinn féllst ekki á þá málsvörn, enda hefði ákærði alls ekki komið fram sem „agent provocateur“ heldur gerst sekur um refsiverða háttsemi.

Með dómi sakadóms í ávana- og fikniefnamálum frá 17. janúar 1986 í sakadómsmáli nr. 314–319/1985, svokölluðu Eyrarfossmáli, var í fyrsta sinn fyrir íslenskum dómstólum skorið úr um lögmæti notkunar tálbeitu við rannsókn sakamáls.²⁹ Málið vakti mikla athygli á sínum tíma, enda hafði lögregla aldrei fyrr upplýst um svo mikinn innflutning jafn sterkra fikniefna. Við flutning málsins var að því vikið af verjendum að beitt hefði verið ólöglegum rannsóknaraðferðum. Í því sambandi vísuðu þeir einkum til dóm skjals þar sem því var lýst er lögregla fékk ónafngreindan upplýsingaaðila til liðs við sig til að kanna undirtektir eins ákærðu varðandi sölu á tíu grörmum af amfetamíni. Töldu verjurnir að lögregla hefði með nefndum upplýsingaaðila notast við „svokallaða tálbeitu (agent provocateur)“. Upplýsingaaðilinn kvað ákærða hafa

afhent sér sýnishorn af amfetamíni með þeim orðum að sá fyrrnefndi skyldi prófa efnið og hafa síðan samband til að ganga frá söluinni. Dómurinn leit svo á að eins og þá stóð á hafi lögreglu verið heimilt að nota upplýsingaaðila við rannsókn málsins. Til staðar hafi verið rökstuddur grunur um meinta dreifingu fikniefna hjá ákærða. Upplýsingaaðilinn hafi ekki verið úr hópi brotamanna og hafi ekki fengið neina greiðslu fyrir að veita liðsinni. Þá hafi hann verið undir stöðugu eftirliti lögreglu. Dóminum þótti því ljóst „að margnefndur upplýsingaaðili hafi ekki eins og þá stóð á, verið til þess fallinn að koma ákærða til að fremja nýtt brot eða brot sem hann hefði ekki framið ella“. Með vísan til þess taldi dómurinn upplýsingaaðilann fremur vera uppljóstrara en tálbeitu.

Þótt ekki tjái að deila við dómarrann verður því samt haldið fram að upplýsingaaðilinn hafi raunar verið tálbeita fremur en upplýsingaaðili/uppljóstrari. Grunur var um að ákærði dreifði fikniefnum. „Upplýsingaaðilinn“ kom honum til að fremja brot, að minnsta kosti tilraun til brots, í því skyni að koma upp um hann og þá efnistegund og efnismagn sem hann hefði undir höndum. Með notkun tálbeitunnar var kallað eftir ásetningi ákærða til þeirrar refsiverðu háttsemi að selja fikniefni.

Í íslenskum rétti hefur verið gerður greinarmunur á óvirkum og virkum tálbeitu,³⁰ en þessar aðferðir eru talsvert ólíkar þótt báðar miði að því að leiða menn í gildru.³¹ Verða nú hvorri aðferð fyrir sig gerð skil með dæmum úr íslenskri framkvæmd og dómsúrlausnum. Þá verður gerð grein fyrir tálbeitu einkaaðila en með tilkomu netsins hefur aukist verulega að þeir sem ekki teljast til lögreglu egni gildru fyrir almenna borgara.

28 Hugtakið „agent provocateur“ kemur úr dönskum rétti og merkir þann sem með hvatningu kemur manni til að fremja afbrot í þeim tilgangi að afhjúpa hann og framselja hann lögreglu.

29 „Dómur í Eyrarfossmálinu: Smyglararnir hlutu tveggja til

fjögurra ára fangelsi“. *Morgunblaðið*, 23. janúar 1986, baksíða.

30 Jónatan Þórmundsson, *Opinbert réttarfar.* 2. hefti, bls. 139.

31 Davíð Þór Björgvinsson, „Þýðing sönnunargagna sem aflað hefur verið með ólögætum hætti“, bls. 310.

2.4.1. Óvirk tálbeita

Óvirk tálbeita³² kemur sér í aðstæður þar sem hún skapar hættu á að verða fórnarlamb. Hún er til dæmis á ferli á stöðum þar sem líkur eru á að henni verði boðin ólögleg þjónusta eða varningur til kaups, til dæmis vandi eða fikniefni, án þess að hafa frumkvæði að viðskiptunum.³³ Óvirka tálbeitan getur einnig komið fram sem eins konar agn í gildru, svo sem ef dulbúin lögreglukona er á ferli á stað þar sem árástir á konur hafa verið tíðar. Í öllum tilvikum er liðsauki lögreglu í nærliggjandi umhverfi, reiðubúinn að grípa inn í ef árárarmaðurinn lætur til skarar skrifa.³⁴

Óvirka tálbeitan má þó ekki eigna mann til brots sem ósannað er að hann hefði annars framið. Þá má hún ekki freista hans með gylliboði.³⁵ Almennt er talið heimilt að nota óvirka tálbeitu án þess að tiltekinn einstaklingur liggja undir grun.³⁶ Í þessu sambandi má nefna sem dæmi að við rannsókn á nettælingu³⁷ getur verið tæknilega ómögulegt að rekja IP-tölur vegna netsamskipta og finna út hverjir eru á bak við netföng. Við slíkar aðstæður hefur lögregla oft engin önnur úrræði til að finna út hver er að verki en að beita þeirri aðferð að tæla gerandann á tiltekinn stað, samanber *dóm Héraðsdóms Suðurlands í máli nr. S-429/2009 (sundlaugarmál)*. Upphaf málsins má rekja til þess að X tilkynnti lögreglu um klámfengin samskipti dóttur hennar, K, við eldri mann í gegnum spjallrásarforritið MSN. Hafði K afráðið að hitta manninn. IP-tölur vegna samskiptanna voru órekjanlegar og var tölvurannsóknardeild lögreglu ekki unnt að

greina hver var á bak við netfangmannsins. Af þeim sökum hélt rannsóknarlögreglumáður áfram samskiptum við manninn í nafni K til að freista þess að finna út hver væri að verki. Mæltu þau sér síðan mót við sundlaug í bæjarfélagi K þar sem maðurinn, ákærði í málinu, var samstundis handtekinn. Taldi dómurinn að samskipti ákærða við tálbeitunga, í nafni K, sýndu fram á eindreginn ásetning hans til að áreita K kynferðislega og hafa við hana kynferðismök önnur en samræði. Dómurinn taldi að af gögnum málsins væri ljóst að lögregla hafði engin úrræði til að hafa uppi á ákærða önnur en að nota tálbeitu. Aðgerðir lögreglu hefðu verið í samræmi við fyrirmæli ríkissaksóknara nr. 3/1999, um notkun tálbeitu. Maðurinn var sakfelldur fyrir tilraunarbot.

Telja verður vafasamt að leggja samskipti einstaklings í netheimum ein og sér til grundvallar við mat á ásetningi hans til framningar brots í lifanda lífi. Sá möguleiki er alltaf fyrir hendi að einstaklingurinn hafi engan ásetning til holdlegs samræðis við barn. Í netheimum koma menn oftast en ekki fram undir dulnefni³⁸ sem er þeirra annað sjálf og partur af hlutverkaleik sem þeir stunda í sýndarheimi netsins. Kynferðislegt tal á netinu, hvort sem er á opnum spjallsíðum eða lokuðum spjallrásum, getur verið fullt hégóma og úr tengslum við raunveruleikann. Á meðan nettæling í kynferðislegum tilgangi er ekki refsiverð í sjálfu sér erum við háð mati íslenskra dómstóla á tilraunaákvæði hegningarlaganna. Samskipti á netinu, þar sem ýmislegt er sagt sem ekki á neitt skylt við raunveruleikann getur ekki orðið grundvöllur sakfellingar í opinberu

32 E. decoy, d. lokkedue, n. lokkeduetilfelle.

33 Davíð Þór Björgvinsson, „Pýðing sönnunargagna sem aflað hefur verið með ólögættum hætti“, bls. 310.

34 Jónatan Þórmundsson, *Opinbert réttarfar. 2. hefti*, bls. 139.

35 Sama heimild, bls. 140.

36 Sama heimild. Sjá einnig: *Skýrsla um sérstakar rannsóknaraðferðir lögreglu*, kafli 5.4.1.

37 Það kallast nettæling þegar fullorðinn einstaklingur stofnar til sambands við barn á netinu og rættar það í því skyni að hitta

barnið síðar í kynferðislegum tilgangi. Sjá: Björn Bjarnason, „Vernd barna gegn nettælingu“. *Morgunblaðið*, 5. júlí 2007. Björn notaði í fyrsta sinn orðið nettæling um það hugtak sem heitir „grooming“ á ensku og er að finna í breski löggjöf og einnig í lögum sem Norðmenn hafa sett.

38 E. nickname.

máli, samanber svonefnd *Kompásmál*.³⁹ Þar var ákært fyrir þá háttsemi sem kölluð er nettæling og eitt álítaefnanna var notkun tálbeita. Þar voru hins vegar ekki lögreglumenn tálbeitar heldur þáttagerðarmenn sjónvarpsstöðvar. Verður því fjallað um *Kompásmálin* hér á eftir í kafla 2.4.3 um tálbeitar einkaaðila.

Notkun óvirkrar tálbeitu vekur ekki upp jafn mörg álítaefni líkt og á við um notkun virkrar tálbeitu enda er virka tálbeitan þátttakandi í broti en óvirka tálbeitan kemur sér í aðstæður fórnarlamb.

2.4.2. Virk tálbeita

Virk tálbeita kemur ekki fram sem fórnarlamb heldur beinn þátttakandi í broti þess manns sem rannsókn beinist að.⁴⁰ Rökstuddur grunur verður að liggja fyrir gagnvart þeim sem tálbeituadgerðin beinist gegn. Þannig er lögreglu óheimilt með öllu að fá virkri tálbeitu það hlutverk að leita uppi meinta brotamenn, án þess að nokkur sérstakur liggir undir grun fyrir refsiverða háttsemi.⁴¹ Í *Hrd. 1993, bls. 1081 (Steinn Ármann)*, reyndi á álítaefni um heimildir lögreglunnar til notkunar virkrar tálbeitu. Ekki voru uppi sérstakar grunsemdir hjá lögreglu í garð ákærða, Steins Ármanns, um fikniefnabrot en grunur féll á hann fyrir milligöngu samfanga hans sem síðar varð tálbeita lögreglunnar. Tálbeitan kom fram gagnvart Steini Ármanni sem væntanlegur kaupandi fikniefna sem Steinn hafði undir höndum og tók þannig beinan þátt í brotinu. Var viðskiptunum komið í kring fyrir atbeina tálbeitunnar til að kalla fikniefnin fram og gera lögreglu kleift að leggja hald á þau. Rannsóknarlögreglumáðurinn sem styrði adgerðinni miðaði við reglur á Norðurlöndunum um notkun tálbeitu.

Taldi hann að vegna smæðar samfélagsins hefði verið útilokað að nota lögreglumann í hlutverk tálbeitunnar. Niðurstaða Hæstaréttar var sú að notkun virku tálbeitunnar hefði verið innan þeirra marka sem rannsóknaradferðir lögreglu við svo sérstakar aðstæður verða að vera og mat það út frá almennum réttaröryggissjónarmiðum. Hæstiréttur setti ekkert út á að tálbeitan var brotamaður en ekki lögreglumáður. Hæstiréttur gat þess þó að ekki hefði verið nægt samráð milli yfirmanna lögreglunnar um rannsóknina. Þörf hefði verið á öruggu eftirliti með rannsóknaradferðinni, sérstaklega þar sem tálbeitan var brotamaður. Rétturinn taldi mikilvægt í málinu að ákærði hefði ekki verið lokkaður af tálbeitunni til að fremja brot sem hann hafði ekki ásetning til að fremja eða með adgerðum sínum breytt eðli brotsins.⁴²

Í *Hrd. 1991, bls. 290 (Hótel Loftleiðir)*, var fikniefnasmyglara, X, snúið til samstarfs til að koma upp um upphafsmenn og kaupendur fikniefnanna á Íslandi. Féllst X á að afhenda kaupandanum efnid og þannig látið lita svo út að honum hefði tekist að smygla efnunum inn til landsins. Kaupandinn tók við fikniefnunum og var hann þá handtekinn ásamt X.

Þá hafði dómfelldi í *dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 31. mars 1999 í máli nr. S-1351/1998 (burðardýrsmál)* sinnt hlutverki virkrar tálbeitu. Í málinu, sem varðaði fikniefna-innflutning, féllst fikniefnasmyglari á að aðstoða lögreglu með því að vera tálbeita til að sanna sök upphafsmanna málsins. Ákveðið var að tálbeitan myndi afhenda pakka sem innihéldi gerviefni í stað fikniefnanna og þannig látið lita svo út að honum hefði tekist að smygla efnunum inn til landsins. Kalla átti fram brot aðalmananna

39 *Dómar Hæstaréttar frá 23. október 2008 í málum nr. 584/2007, 585/2007 og 609/2007.*

40 Jónatan Þórmundsson, *Opinbert réttarfar. 2. hefti*, bls. 139. Sjá jafnframt: Davíð Þór Björgvinsson, „Þýðing sönnunargagna sem aflað hefur verið með ólögmatum hætti“, bls. 310.

41 *Skýrsla um sérstakar rannsóknaradferðir lögreglu*, kafla 5.4.1.

42 Augljós samhljómur er milli þessara sjónarmiða og þeirra sem Mannréttindadómstóll Evrópu hefur lagt til grundvallar, sjá kafla 3.2.3. Þessi meginregla sem Hæstiréttur mótaði rataði inn í 8. lið fyrirráðla ríkissaksóknara nr. 3/1999, um notkun tálbeitu og síðar í 2. mgr. 3. gr. reglna um sérstakar adferðir og adgerðir lögreglu við rannsókn sakamála.

þannig að þeir tækju við efnunum, sem þeir hefðu annars ekki gert enda efnin haldlögð við tollleit. Var ósýnilegt litarefni sett á pakkann og honum komið fyrir bak við vörugám við verslun í Reykjavík. Fylgst var með þegar aðalmennirnir gengu beina leið inn í hornið þar sem pakkannum hafði verið komið fyrir, en ekki sást til þeirra þar sem pakkinn var staðsettur. Treysti lögregla á að tvímeningarnir myndu handleika pakkann og fá litarefnið á sig. Á þessu augnabliki handtók lögregla þá án þess að hafa séð hvort þeir tóku pakkann upp. Svo fór að þeir handléku aldrei pakkann. Var talið ósannað að mennirnir hefðu verið upphafsmenn að fíkniefnainnflutningnum og þeir því sýknaðir af öllum kröfum ákærvaldsins. Smyglarinn var hins vegar dæmdur til refsingar fyrir fíkniefnainnflutninginn.

Í 2. mgr. 3. gr. reglna um sérstakar aðferðir og aðgerðir lögreglu við rannsókn sakamála⁴³ kemur fram það grundvallarskilyrði að ekki megi nota tálbeitu til þess að kalla fram háttsemi sem ella hefði ekki átt sér stað.⁴⁴ Árið 1994 lá ungur maður undir grun um að hafa ólögleg vopn undir höndum. Hafði lögreglan í Reykjavík, með aðstoð virkrar tálbeitu, forgöngu um „vopnasölu“ í miðborginni til að afhjúpa manninn svo koma mætti yfir hann lögum. Falaðist tálbeita lögreglunnar, sem þóttist vera selveiðimaður, eftir að kaupa skotvopn af manninum. Tálbeitan hafði ítrekað símasamband og óskaði eftir að kaupa stóra handbyssu. Eftir um vikutíma lét ungi maðurinn til leiðast og bauð tálbeitunni gamla og óvirka tárugasbyssu til kaups. Mæltu þeir sér mót í Tryggvagötu þar sem óeinkennisklæddir lögreglumenn handtóku „vopnasalann“.⁴⁵ Ungi maðurinn kvað það aldrei hafa hvarflað að sér að selja einum eða neinum skotvopn. Salan hefði aldrei farið

fram nema fyrir hvatningu tálbeitunnar.⁴⁶ Ákæra var aldrei gefin út í málinu og því ekki skorið úr um lögmæti notkunar tálbeitunnar fyrir dómstólum. Efast verður stórlega um lögmæti aðgerðarinnar. Telja verður ljóst að til notkunar tálbeitu hefðu rökstuddar grunsemdir þurft að liggja fyrir um að maðurinn hefði áður selt vopn eða ætlað að selja vopn. Þar sem maðurinn var grunaður um ólöglega vopnaeign hefði borið að beita öðrum rannsóknaraðferðum, til dæmis húsleit, í stað þess að kalla fram vopnasölu – háttsemi sem hefði ekki átt sér stað nema fyrir tilstilli tálbeitunnar.

Notkun tálbeitu með þessum hætti við rannsóknir sakamála er varhugaverð. Gera verður þá kröfu að lögregla beiti virkri tálbeitu eingöngu í þeim tilfellum þegar engin önnur úrræði eru fyrir hendi til að koma upp um alvarlegt brot sem verið er að fremja eða reynt verður að fremja.

2.4.3. Tálbeita einkaaðila

Augljóst er að þágildandi fyriræli ríkissaksóknara nr. 3/1999, um notkun tálbeitu áttu ekki við um aðra en lögreglu. Með setningu reglna um sérstakar aðferðir og aðgerðir lögreglu við rannsókn sakamála var skýrt kveðið á um að eingöngu lögreglumaður eða starfsmaður lögreglu sem fer með lögregluvald getur talist tálbeita. Mörg dæmi eru til hér á landi um að einkaaðilar hafi gripið til notkunar tálbeitu. Tilgangurinn hefur verið allt frá því að svala forvitni og búa til sjónvarpsefni, til öflunar sönnunargagna í sakamáli. Fórarkostnaðurinn er hins vegar alltaf sá sami. Verið er að freista grunlausra borgara með gylliboðum til að fá þá til að fremja refsiverða háttsemi sem líkindi eru til að þeir hefðu ekki framið.

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 3. mars

⁴³ Var áður að finna í 8. lið fyriræla ríkissaksóknara nr. 3/1999.

⁴⁴ Skilyrðið sker úr um hvort komið er út fyrir mörk lögmætra aðgerða notkunar tálbeitu. Sjá nánari umfjöllun um skilyrðið

og mat á hvenær því er fullnægt í 3. kafla hér á eftir.

⁴⁵ Páll H. Hannesson, „Lögreglan hafði ónýta tárugasbyssu upp úr krafsinu“. *Pressan*, 3. mars 1994, bls. 4.

⁴⁶ Sama heimild.

2008 í máli nr. S-1743/2007 í svokölluðu DC++ máli voru níu aðilar ákærðir fyrir brot gegn höfundalögum, nr. 73/1972. Lutu varnir eins ákærða að því að notuð hefði verið tálbeita sem miðlaði gríðarlega miklu efni fyrir aðra til að hláða niður. Undir rekstri málsins kom fram að kærendur höfðu gert samkomulag við mann nokkurn um að hann myndi komast í samband við einstaklinga á jafningjanetinu Direct Connect á Íslandi til að afla upplýsinga um brotastarfsemi þeirra. Maðurinn fékk greitt fyrir starfann, en ekki var upplýst hversu mikið. Þá hafði hann leyfi rétthafa til að hafa höfundaréttarvarið efni á tölvu sinni og deila því. Maðurinn tengdist nettengipunktinum „Ásgarði“ en krafa var um að þeir sem þar væru þyrftu að hafa 50 GB af efni til að deila með öðrum. Maðurinn deildi mest 100 GB⁴⁷ af efni og var töluvert af efni sótt til hans. Málsvörn ákærða byggðist á því að maðurinn hefði verið með svo öflugan nettengingu að það hafi tekið mun skemmri tíma að hala niður efni frá honum en öðrum. Þannig hafi hann hvatt aðra til að ná í efni frá sér. Héraðsdómur taldi að maðurinn hefði ekki sérstaklega stuðlað að því að ákærðu fremdu brot gegn höfundalögum þar sem þeim var heimilt að sækja efni til mannsins en ekki gefa öðrum færi á að sækja sér efni til þeirra. Héraðsdómur sakfelldi alla ákærðu án frekari umfjöllunar um aðferð kærenda. Í *dómi Hæstaréttar frá 11. júní 2009 í máli nr. 472/2008* sagði rétturinn þá aðferð sem kærendur beittu til þess að afla sönnunargagna um brot þau sem ákært var fyrir ekki undanskilja þá ábyrgð. Var sakfelling allra ákærðu staðfest.

Notendur nettengipunktsins voru hugsanlega gínttir af tálbeitunni að einhverju leyti, en þeir höfðu þá þegar

framið höfundaréttarbrot og voru að fremja önnur sams konar brot á sama tengipunkti. Ekki var því gerð sérstök skil í ákæru hversu mikið magn af efni ákærðu sóttu til mannsins og lá því ekki fyrir hvert hlutfall þess var af heildarbroti ákærðu. Í dómi Hæstaréttar skortir verulega á umfjöllun réttarins um notkun einkaáðila á tálbeitu, í þessu tilviki hóps hagsmunasamtaka, til að afla sönnunargagna. Jafnframt hefði nánari umfjöllun Hæstaréttar getað varpað skýrara ljósi á heimildir lögreglu til að nota gögn sem þannig hefur verið aflað sem grundvöll rannsóknar sakamáls.

Fréttaskýringaþátturinn Kompás var vikulega á dagskrá Stöðvar 2 á árunum 2005–2009. Á líftíma þáttarins gerðu fréttamenn út tálbeitar í þeim tilgangi að varpa ljósi á skuggahlíðar samfélagsins og draga fram í dagsljósið meinta dópsala og kynferðisbrotamenn.⁴⁸ Meðal fyrstu viðfangsefna Kompás var umfjöllun um svokallað læknaðóp. Til að sannreyna hversu auðvelt væri að nálgast slík efni gerði Kompás út tálbeitu, konu og mann með falda myndavél. Í þætti Kompás, *Dauðadöpið I*, sem sýndur var 27. nóvember 2005 sást hvar tálbeitan keypti lyfseðilsskyld lyf af meintum læknaðópsala.⁴⁹ Myndskeiðið sýndi andlit hins meinta dópsala og þannig afhjúpaði hann. Í framhaldinu afhenti fréttastjóri þáttarins lögreglu lyfin sem í kjölfarið gerði húsleit á heimili og dvalarstað mannsins þar sem talsvert magn af lyfseðilsskyldum lyfjum fundust. Lögregla gaf út ákæru á hendur manningu fyrir brot gegn lyfjalögum, nr. 93/1994. Með *dómi Héraðsdóms Reykjaness frá 3. október 2006 í máli nr. S-620/2006* var hinn meinti læknaðópsali sýknaður. Fyrir dómi skýrði ákærði svo frá að hann hafi þekkt

⁴⁷ Þess má geta að geisladiskur er um 0,7 GB að stærð.

⁴⁸ Fjölmiðlar í Noregi hafa einnig gripið til notkunar tálbeitu við framleiðslu á sjónvarpsefni. Þekkt er þar í landi þegar norská sjónvarpsstöðin TV2 fékk hælisleitanda til liðs við sig til að ganga á lögmenn og kalla eftir forskrift að því hvernig hann ætti að skýra frá fyrir yfirvöldum til að öðlast hæli í Noregi. Einn lögmanna leiðbeindi tálbeitunni með hvað

hann ætti að segja og var samtalið tekið upp á leynilega hljóð- og myndduptöku sem var svo sýnd í sjónvarpinu. Lögregla hóf rannsókn í kjölfarið sem var síðar lögð niður án þess að leiða til ákæru. Sjá nánari umfjöllun í: Hopsnes, Roald, „Provokasjon som politimetode“, bls. 91–92.

⁴⁹ Þátturinn er aðgengilegur á slóðinni: <http://vefmidlar.visir.is>. [Sótt 3. apríl 2010.]

tálbeituna til margra ára og hafi þau hist í þeim tilgangi að taka upp heimildarmynd. Þegar flutningur málsins var í þann mund að hefjast óskuðu vitnin, M og K, eftir því að draga fyrri vitnisburð sinn til baka. Sögðu þau frásögn ákærða af atburðarásinni rétta. Var því ekki fram komin óbyggjandi sönnun um sekt ákærða og hann því sýknaður af kröfum ákærvaldsins. Ekkert var vikið að notkun tálbeitu í málsvörn ákærða en telja verður fyrir víst að lögregla hefði ekki getað notað virka tálbeitu með sama hætti og Kompás gerði.⁵⁰

Upphaf hinna margnefndu *Kompásmála* má rekja til þess að fréttamenn þáttarins gerðu út tálbeitu á netinu,⁵¹ 13 ára stúlku í leit að eldri strákum. Fréttamennirnir settu svohljóðandi auglýsingu inn á vefsíðuna www.einkamal.is: „Hæ ég er sæt og vel vaxin stelpa, langar að kinnast [sic] eldri strák. Ég er samt mjög fullorðinsleg, en ég er eigilega [sic] bara 13. Sendu mail á addapink93@hotmail.com ekkert rugl samt.“ Alls 109 karlmenn á aldrinum 16 til 57 ára settu sig í samband við tálbeitu Kompás. Nokkrir þeirra vörðu hana við en 93 vildu nánari kynni.⁵² Fimm freistuðu þess að koma á fund tálbeitunnar í íbúð við Öldugötu í Reykjavík. Þegar inn var komið tók á móti þeim fréttamaður Kompás með myndavélar. Stúlkan var uppspunni og var tálbeitan í raun kona á þrítugsaldri. Þátturinn, *Barnaveiðar II*, var sýndur 28. janúar 2007.⁵³ Í framhaldinu fór af stað mikil umræða í þjóðfélaginu, meðal annars á Alþingi, um hvort lögreglu ætti að vera heimilt að nota tálbeitu á þennan hátt og hvort tilraunaákvæði hegningarlaganna myndi ná yfir brot af þessu tagi. Gögn sem

aflað var við gerð þáttarins voru afhent lögreglu sem notaði þau sem grundvöll rannsóknar sakamáls og var gefin út ákæra á hendur þremur mönnum fyrir tilraun til kynferðisbrots. Einn þeirra var einnig ákærður fyrir vörslur barnakláms. Við flutning málsins var vikið að lögmæti hluta framlagðra gagna, einkum þeirra sem til urðu við gerð sjónvarpsþáttarins með aðstoð virkrar tálbeitu. Niðurstaða Héraðsdóms í málunum þremur var samhljóða. Mennirnir voru allir sýknaðir þar sem ósannað þótti, gegn eindreginni neitun ákærðu, að þeir hefðu haft ásetning til að fremja brotið. Dómurinn taldi að lögreglu hefði ekki verið heimilt að beita þeim aðferðum sem þáttagerðarmennirnir notuðu í samskiptum við ákærðu. Þá léki verulegur vafi á því hvort heimilt var að nota gögn sem aflað var með þessum hætti sem grundvöll sakamáls. Með *dómum Hæstaréttar frá 23. október 2008 í málum nr. 584/2007, 585/2007 og 609/2007* voru niðurstöður Héraðsdóms um sýknu ákærðu, að því er varðar þetta ákæruefni, staðfestar.

Notkun einkaáðila á tálbeitu er nýtilkomin hér á landi. Með tilkomu netsins óðluðust almennir borgarar og fjölmiðlar tæki til að eigna gildru fyrir aðra. Í kjölfar Kompásþáttanna varð vakning í þjóðfélaginu um tilvist barnaníðinga á netinu. Hættuleg afleiðing þess var sú að tveir unglingspiltar bjuggu til auglýsingu á vefsvæðinu www.einkamal.is þar sem þeir þóttust vera 13 ára stúlka í leit að eldri manni. Svör við auglýsingunni stóðu ekki á sér. Drengirnir mæltu sér mót við mann á fertugsaldri við Kaplakrika í Hafnarfirði. Samsett myndskleið þar sem sjá má andlitsmynd af

50 Í þætti Kompás, *Gengið í gildru*, sem sýndur var 19. febrúar 2006 á Stöð 2, var sýnt hvar Kompás gerði út tálbeitu á netinu. Tálbeita þáttarins þóttist vera 13 ára stúlka í leit að eldri strákum. Þeir skiptu tugum sem bitu á agnið. Tálbeitan hafði samskipti við mennina á netinu, með smáskilaboðum, talaði við þá í síma og samþykkti loks stefnumót. Fréttamenn Kompás mættu svo á staðinn með myndatökuvélar. Andlit mannanna voru máð en bifreiðar tveggja þeirra sáust í mynd. Atvikið leiddi ekki til ákæru. Þátturinn er aðgengilegur á slóðinni: <http://vefmidlur.visir.is>. [Sótt 3. apríl 2010.]

51 Sjónvarpsþættir að nafni *To Catch a Predator* sem sýndir hafa verið á bandarísku sjónvarpsstöðinni NBC byggt á sömu hugmyndafræði. Þátturinn er helgaður því markmiði að ljósra upp um og handtaka meinta kynferðisbrotamenn í Bandaríkjunum sem tæla börn á netinu. Þættirnir eru aðgengilegir á slóðinni: <http://www.msncb.msn.com/id/10912603>. [Sótt 9. maí 2010.]

52 „Inn fyrir þröskuldinn“. *Visir.is*, 28. janúar 2007.

53 Þátturinn er aðgengilegur á slóðinni: <http://vefmidlur.visir.is>. [Sótt 3. apríl 2010.]

manninum og skráningarnúmer á bifreið hans, er til birtingar á vefsvæðinu www.youtube.com.⁵⁴

Þá hugðist fréttastofa Stöðvar 2 sýna landsmönnum fram á eftirspurn eftir vændi á Íslandi í fréttatíma sínum 8. nóvember 2009, en ólöglegt er að kaupa vændi, sbr. 206. gr. hgl. Um 100 manns svöruðu auglýsingu fréttastofu á vefsvæðinu www.einkamal.is. Notast var við nafnið „draumadisl9“ með vísan í aldur stúlkunnar. Tálbeitan sagðist bjóða upp á erótískt heilnudd gegn gjaldi, hægt væri þó að semja um verð og ýmislegt fleira. Alls 95 karlmenn og tvær konur vildu kaupa vændi og mæltu tveir menn sér mót við tálbeitu fréttastofu.

Reglur um notkun tálbeitu við lögreglurannsóknir eiga vitaskuld ekki við um fjölmíðla. Þegar gildru er egnt fyrir einstaklinga af öðrum en lögreglu eru allar líkur á að þeim grundvallarsjónarmiðum sem hafa þarf í huga við notkun tálbeitu sé ekki fylgt. Málsmeðferð og sakfelling sem reist er á gögnum sem aflað er með þessum hætti kunna þar af leiðandi að fara í bága við 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994.⁵⁵ Þá fylgir oft í kjölfarið myndbirting og/eða nafngreining á prenti og myndskleið á netinu – eins konar nútíma gapastokkur.

3. MAT Á LÖGMÆTI NOTKUNAR TÁLBEITU

3.1. Inngangur

Hvort sem reglur um notkun tálbeitu eru lögfestar eða í formi stjórnsýslureglna gilda ákveðin mörk um beitingu úrræðisins. Sú áleitna spurning hvar þessi mörk notkunar tálbeitu liggja hefur verið meginumfjöllunarefnið í skrifum um rannsóknaraðferðina.⁵⁶ Sammælst hefur verið um það skilyrði að „ekki [megi] nota tálbeitu til að kalla fram refsiverða háttsemi sem ella hefði ekki verið framin“.⁵⁷ Í bókinni *Agent Provocateur: Et etisk og juridisk problem* kemst John Peter Andersen svo að orði:

„Þegar maður hefur komist sársaukalaust frá því að sammælast um þetta skilyrði, er raunin auðvitað sú að það er ákaflega óljóst. Skilyrðið er í raun aðeins síðferðileg meginregla sem setur tálbeitunni víðan ramma, þvert á það sem gildir um almennar bannreglur og skilyrði refsiahyrgðar.“⁵⁸

Við nánari skoðun á skilyrðinu er ljóst að notkun tálbeitu telst ólögmat ef hún kallar fram refsiverða háttsemi sem annars hefði ekki verið framin. Á sama hátt telst notkun tálbeitu lögmæt ef hún leiðir til þess að sá sem aðgerðin beinist gegn (sakborningur) fremur refsiverða háttsemi sem hann hefði hvort eð er framið.

54 Myndskeiðið er aðgengilegt á slóðinni: <http://www.youtube.com/watch?v=8ZSxlhm7h8c>. [Sótt 3. apríl 2010.]

55 Hér eftir skammstafaður „MSE“.

56 Ritdeilur um efnið stóðu yfir á þriggja ára tímabili milli Holger Kallehaug, Volmer Nissen og Arnold Rothenborg og voru birtar í *Ugeskrift for Retsvæsen 1976–1979*.

57 Sjá 2. mgr. 3. gr. reglna um sérstakar aðferðir og aðgerðir lögreglu við rannsókn sakamála. Í dönskum rétti: „Agenten ikke må provokere hovedmanden til at begå et strafbart forhold, som han ellers ikke ville have begået.“ Sjá: Betænkning 1984 nr. 1023. *Politiets indgreb i meddelelshemmeligheden og anvendelse af agenter*, bls. 137. Í norskum rétti: „[D]et kan ikke aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.“ Sjá: Rundskriv nr.

2/2000. *Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode. Avsnitt III*, liður 2.2. Í dómaframkvæmd hefur MDE notast við hugtakið „entrapment defense“ þegar kærandi byggir málsástæður sínar á því að: „the offence would not have been committed had it not been for the „provocation“ by the police.“ Sjá: Dóm MDE í málinu *Khudobin* gegn *Rússlandi* frá 26. október 2006, mgr. 133.

58 Andersen, John Peter, *Agent Provocateur: Et etisk og juridisk problem*, bls. 112–113: „Når man så smertefritt har kunnet blive enige om denne formulering, er grunden naturligvis, at sætningen er uhyre vag. Det er i virkeligheden blot en moralsk generalklausul, som lægger en vid og selvfølgelig ramme om de agentforeteelser, som kommer på tværs af gængse etiske skyldeforestillinger og ansvarsbegreber.“

Þegar hér er komið sögu hefur brot verið framið og málið upplýst með notkun tálbeitu. Næsta skref er því að framkvæma mat á því hvort notkun tálbeitunnar í viðkomandi máli hafi verið lögmæt.

3.2. Greiningaraðferðir

Í bók sinni *Agent Provocateur: Et etisk og juridisk problem* sótti John Peter Andersen í smiðju Bandaríkjamanna og setti fram þá kenningu að við mat á því hvort notkun tálbeitunnar hafi verið lögmæt standi valið á milli tveggja mælikvarða. Annars vegar þess að líta á rannsóknaraðferðina, það er háttsemi tálbeitunnar, og skoða hvort hún hafi verið til þess fallin að kalla fram brot sem annars hefði ekki verið framið og hins vegar þess að skoða hvort sakborningur hafi haft, hvað sem öðru líður, ásetning til að fremja brotið. Fyrirnefnda mælikvarðann nefndi hann *hlutlægum mælikvarða* og þann síðarnefnda *huglægum*, að bandarískri fyrirmynd. Verða þessum greiningaraðferðum gerð skil í næstu köflum.

Þá setti Roald Hopsnes fram í grein sinni „Provokasjon som politimetode“ þá staðhæfingu að í norskum rétti fari mat á lögmæti tálbeitu fram á grundvelli skoðunar á því hvort orsakatengsl hafi verið á milli aðferða lögreglunnar annars vegar og framningar brotsins hins vegar.

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur í úrlausnum sínum mótað sérstaka greiningaraðferð við mat á lögmæti notkunar tálbeitu sem byggist að stórum hluta á huglæga mælikvarðanum. Fjallað verður um nálgun dómstólsins í sérkafla.

3.2.1. Tveir mælikvarðar

Huglæga og hlutlægum mælikvarðann má rekja til bandarískis sakamálaréttarfars

í upphafi 20. aldar. Í dómi *Hæstaréttar Bandaríkjanna í máli Sorrells gegn Bandaríkjunum*⁵⁹ komu fram tvenns konar mælikvarðar við mat á lögmæti notkunar tálbeitu. Þegar atvik málsins áttu sér stað ríkti áfengissölbann í Bandaríkjunum. Lögreglumáður, í hlutverki tálbeitu, þóttist vera ferðamaður og biðlaði ítrekað til Sorrells um að selja sér áfengi. Sorrells lét að lokum undan og aflaði áfengis frá þriðja manni. Hann var svo handtekinn við afhendingu þess til tálbeitunnar. Hæstiréttur Bandaríkjanna komst að þeirri niðurstöðu að tálbeitan hefði kallað fram brot sem Sorrells hafði ekki haft ásetning til að fremja, en klofnaði í afstöðu sinni til þess hvernig meta ætti lögmæti notkunar tálbeitunnar. Meirihluti réttarins taldi að við aðstæður eins og þessar, þegar tálbeitan hefur innrætt ásetning hjá saklausum manni til framningar brots, sé þörf á að meta sérstaklega hvort viðkomandi hefði framið brotið ef ekki hefði verið fyrir tilstilli tálbeitunnar („subjective test“).⁶⁰ Minnihluti réttarins taldi hins vegar að við matið bæri að horfa á háttsemi tálbeitunnar fremur en hugarástand sakborningsins („objective test“). Þessi nálgun réttarins hefur verið einu nafni nefnd „entrapment defense“ í bandarískum rétti. Meirihluti ríkja Bandaríkjanna hafa tekið upp huglæga mælikvarðann við mat á lögmæti tálbeitu.⁶¹ Verður nú vikið að hvorum mælikvarðanum fyrir sig.

3.2.1.1. Hlutlægur mælikvarði

Við beitingu hlutlæga mælikvarðans er kastljósinu beint að háttsemi tálbeitunnar gagnvart þeim sem rannsóknaraðferðin beinist gegn. Skoðað er hvort tálbeitan hafi beitt slíkum fortölum, þrýstingi eða hvatningu sem er til þess fallin að lokka

⁵⁹ Dómur Hæstaréttar Bandaríkjanna í málinu *Sorells* gegn *Bandaríkjunum* frá 19. desember 1932, bls. 435.

⁶⁰ Dómur Hæstaréttar Bandaríkjanna í málinu *Sorells* gegn *Bandaríkjunum* frá 19. desember 1932, bls. 442.

⁶¹ Valentine, Paul W., „To Catch an Entrapper: The Inadequacy of the Entrapment Defense Globally and the Need to

Reevaluate Our Current Legal Rubric“. *Pace Law Review* 2009, bls. 25–26. Við mat á ásetningi sakbornings hafa dómstólar í þeim ríkjum litið til sakaferils, eftirfarandi háttsemi, orðstírs og brotavilja. Sjá samsvörum í greiningaraðferð MDE sem fjallað er um í kafla 3.2.3.

þann sem annars hefur ekki ásetning til þess til að fremja brot.⁶² Ef tálbeita freistar með ómótstæðilegum gylliboðum, til dæmis himinháum fjárhæðum, telst rannsóknaraðferðin ölogmæt.⁶³ Breyskleiki mannsins, tímabundin afneitun hans á hinu rökrétta og skynsama, leiðir til þess að slík gylliboð geta ótvírætt kallað fram brot sem annars hefði ekki verið framið.

Ef tálbeitan hefur beitt miklum og langvarandi þrýstingi á þann sem aðgerðin beinist gegn, hvatt hann ítrekað til framningar brotsins eða einhvern veginn höfðað til vináttu hans og/eða samkenndar, er háttsemi tálbeitunnar til þess fallin að kalla fram refsiverða háttsemi sem annars hefði ekki verið framin. Sama gildir ef tálbeitan hefur með beinum hætti stuðlað að framningu brotsins. Er þá átt við þegar tálbeitan leggur til nauðsynleg tæki til framningar brotsins, sér um skipulagningu þess eða annast fjármögnun.⁶⁴ Í *dómi Hæstaréttar Danmörku í máli U 2008, bls. 1587 (Vollsmosesagen)*, reyndi á þetta tiltekna atriði. Í málinu voru ákærðu dæmdir fyrir tilraun til hryðjuverka í Kaupmannahöfn. Verjandi ákærðu taldi notkun tálbeitu leyniþjónustunnar við rannsókn málsins hafa verið ölogmæta. Tálbeitan hafi komið að skipulagningu hryðjuverkanna og jafnframt útvegað áburð sem talinn var nauðsynlegur til sprengjugarinnar. Ákvæði dönsku réttarfarlaganna um notkun tálbeitu gilda meðal annars ekki um rannsókn á hryðjuverkum, sbr. ákvæði 754. gr. e. Hæstiréttur sagði þar af leiðandi almenn réttaröryggissjónarmið gilda um beitingu rannsóknaraðferðarinnar. Eftir að hafa metið fyrirbyggjandi gögn um háttsemi tálbeitunnar taldi rétturinn beitingu rannsóknaraðferðarinnar lögmæta.

3.2.1.2. Huglægur mælikvarði

Andstætt við hlutlæga mælikvarðann beinir huglægi mælikvarðinn athyglinni að þeim sem aðgerðin beinist gegn, sakborningnum. Meginatriðið varðandi huglæga mælikvarðann er því að leggja mat á hvort sakborningur hafi haft ásetning til að fremja brotið. Haft getur afgerandi áhrif í þessum efnun ef sá sem aðgerðin beinist gegn er einstaklingur sem vegna fyrri brota telst líklegri til að hafa hvort eð er framið brotið. Ef sakborningur hefur gripið til einhverra þeirra ráðstafana sem þarf til framningar brotsins verður að telja út frá huglæga mælikvarðanum að brotið hefði hvort eð er verið framið, hvort sem notkun tálbeitunnar hefði komið til eða ekki.⁶⁵ Í slíku tilfelli hefur tálbeitan aðeins verið hvatning, en ekki valdur að framningu brotsins.

Telja verður að eftir því sem tálbeitan þarf að leggja harðar að sakborningi, beita hann meiri fortölum og hvatningu til að fremja brotið, því meiri líkur eru á að sakborningurinn hafi ekki haft fyrirfram mótaðan ásetning til brotsins. Notkun tálbeitunnar hefur þá kallað fram refsiverða háttsemi sem annars hefði ekki verið framin. Með sama hætti verður talið að eftir því sem tálbeitan þarf að hafa minna fyrir því að hreyfa við sakborningnum til að fremja brotið, þeim mun meiri líkur eru á að hann hefði framið það hvort eð er.⁶⁶

3.2.1.3. Val á mælikvarða

Beiting annars mælikvarðans útilokar í raun ekki beitingu hins. Þannig má beita mælikvörðunum samhliða við mat á lögmæti notkunar tálbeitu, en niðurstaðan er hins vegar ekki alltaf samræmd. Taka má sem dæmi tilvik þar sem tálbeitan fer offari og enginn vafi er um ásetning sakborningsins til að fremja brotið. Sé

62 Andersen, John Peter, *Agent Provocateur: Et etisk og juridisk problem*, bls. 113.

63 Sama heimild.

64 Andersen, John Peter, *Agent Provocateur: Et etisk og*

juridisk problem, bls. 113.

65 Sama heimild.

66 Sama heimild, bls. 114.

hlutlæga mælikvarðanum beitt við matið telst rannsóknaraðferðin ölogmæt, en sé huglæga mælikvarðanum beitt telst hún lögmæt. Þegar svo stendur á verður því að velja milli mælikvarðanna við mat á lögmæti notkunar tálbeitu.⁶⁷

Snúa má dæminu við. Tálbeitan beitir almennt viðurkenndum aðferðum sem kalla fram refsiverða háttsemi þess sem aðgerðin beinist að. Sá síðarnefndi hafði hins vegar ekki ásetning til að fremja brotið. Samkvæmt hlutlæga mælikvarðanum er notkun tálbeittunnar lögmæt, en huglægi mælikvarðinn leiðir til öndverðrar niðurstöðu.⁶⁸ Aftur verður að velja milli mælikvarðanna til að meta lögmæti notkunar tálbeittunnar.

Sú grundvallarregla við beitingu rannsóknaraðferðarinnar, að notkun tálbeitu sé ölogmæt ef hún leiðir til þess að sakborningur fremur refsiverða háttsemi sem hann ella hefði ekki framið, og öfugt, að notkun tálbeitu sé lögmæt ef hún kallar fram refsiverða háttsemi hjá sakborningi sem hann hefði hvort eð er framið, er greinilega að fyrirmynd huglæga mælikvarðans. Aðaláherslan er lögð á hugarástand sakborningsins, það er ásetning hans til framningar brotsins.⁶⁹ Líklegt er að þegar mælikvörðunum er beitt við mat á lögmæti notkunar tálbeitu í tilteknu dómsmáli, þar sem fyrirbyggjandi sönnunargögn eru tekin inn í matið, muni ósamræmið við beitingu mælikvarðanna minnka.

Ástæða er hér til að minnast í örfáum orðum á notkun tálbeita í baráttunni gegn kynferðisbrotum gagnvart börnum á netinu. Gjalda ber varhug við því að nota huglæga

mælikvarðann til grundvallar mati á lögmæti notkunar tálbeittunnar við rannsókn á málum sem þessum. Enda verður að teljast vafasamt að leggja samskipti einstaklings í netheimum ein og sér til grundvallar við mat á ásetningi hans til framningar brots í lifanda lífi.

Við val á mælikvarða verður að líkindum að fara fram einhvers konar hagsmunamat á andstæðum sjónarmiðum sem lýstur saman við beitingu rannsóknaraðferðarinnar. Annars vegar brýnni þjóðfélagsþörf til að upplýsa afbrot og koma lögum yfir brotamenn og hins vegar tillitinu til réttaröryggis þeirra manna sem aðgerðin beinist gegn, samanber til dæmis dóm MDE í máli *Milininé* gegn *Litháen*.⁷⁰

3.2.2. Orsakatengsl

Í norskri réttarframkvæmd grundvallast mat á lögmæti notkunar tálbeitu á því hvort orsakatengsl eru á milli aðferðar lögreglunnar annars vegar og brotsins hins vegar.⁷¹ Finna má því stað í norskri dómaframkvæmd að grundvöllurinn fyrir mati á orsakasambandi sé svonefnd skilyrðiskenning,⁷² sem miðar að því að fram fari samanburður á tveimur atburðarásum. Annars vegar þeirri sem varð í raun og hins vegar þeirri sem orðið hefði ef háttsemin hefði ekki verið viðhöfð.⁷³ Í kenningunni felst að gera verður kröfu til þess að orsök sé nauðsynlegt skilyrði þess að atburðarásin verður öðruvísi en ella hefði orðið.⁷⁴ Dómur Hæstaréttar Noregs í Rt 1998, bls. 407 (*Skrikdommen*) er sérstaklega lýsandi í þessu samhengi. Málið er hluti af stærra sakamáli sem varðaði þjófnad á málverkinu *Ópið* eftir

67 Andersen, John Peter, *Agent Provocateur: Et etisk og juridisk problem*, bls. 113.

68 Sama heimild, bls. 114.

69 Sama heimild.

70 Dómur MDE í málinu *Milininé* gegn *Litháen* frá 24. júní 2007. Aðgengilegur á slóðinni: www.echr.coe.int. Sjá umfjöllun um málið í kafla 3.2.3 hér á eftir.

71 Sjá til dæmis: Rt 1984, bls. 1076 (1083) (*Politheroindommen I*) en þar notast Hæstiréttur Noregs við hugtakið „årsaksforholdet“ og í Rt 1992, bls. 1088 (1090) staðfesti

Hæstiréttur dóm undirréttar þar sem orðnotkunin „eneste årsak“ var viðhöfð.

72 N. *Betingelselæren*. Sjá: Hopsnes, Roald, „Provokasjon som politimetode“, bls. 98. Skilyrðiskenningin hefur verið kjarninn í reglum sem gilt hafa um orsakatengsl í íslenskum skaðabótarétti.

73 Viðar Már Matthíasson, *Skaðabótaréttur*. Reykjavík 2005, bls. 350.

74 Sama heimild.

Edvard Munch úr Nasjonalgalleriet. Þessi angi málsins fjallar um ákæru á hendur A fyrir tilraun til að selja málverkið. Lögregla hafði upplýsingar um að málverkaþjófarnir myndu afhenda Ópið gegn lausnarfé að fjárhæð 3.000.000 norskra króna. Lögregla ákvað að setja af stað tálbeituadgerð og bað upplýsingagjafann um að koma því áleiðis til A, sem var tengiliður þjófanna, að bandarísk stofnun, Paul Getty Foundation, myndi fjármagna kaupin fyrir Nasjonalgalleriet. Lögreglan gerði út tálbeitur sem komu fram sem forsvarsmenn nefndrar stofnunar og fóru á fund A. Þegar kaupin gengu í gegn var A handtekinn. Í niðurstöðu Hæstaréttar Noregs sagði eftirfarandi:

„Það er ekki fullnægjandi að vísa til þess, líkt og undirréttur gerir, að ásetningur A hafi allan tímann verið að tryggja sér lausnarfé fyrir afhendingu málverksins. Þegar aðgerð lögreglunnar er tekin út úr atburðarásinni er með öllu óljóst hvenær og hvernig afhending málverksins gegn lausnarfé hefði verið hrint í framkvæmd.“⁷⁵ (Letturbreyting höfundar)

Hæstiréttur Noregs sýknaði A af kröfum ákæruvaldsins þar sem rétturinn taldi ljóst að brotið hefði ekki verið framíð ef notkun tálbeitu hefði ekki komið til. Ljóst er að Hæstiréttur byggði á skilyrðiskenningunni. Ef aðgerð lögreglunnar hefði ekki komið til er óljóst hvort refsiverð háttsemi hefði átt sér stað.⁷⁶ Grundvallaðist niðurstaða dómsins á því að ekki voru aðrir kaupendur að málverkinu á þessum tíma.

Skilyrðiskenningunni hefur þó ekki verið beitt fyrirvaralaust í norskum rétti. Settar

hafa verið takmarkanir vegna mjög fjarlæggra orsaka. Í Rt 1984, bls. 1076 (Politiheroindommen I), kom tálbeita lögreglu fram sem kaupandi að fikniefnum af B. Sá síðarnefndi hafði upphaflega óskað eftir því að afhenda eiturlyfin í Danmörku, en eftir þrýsting frá tálbeitu lögreglunnar fór afhendingin fram í Noregi. A sá um flutning á efnunum frá Hollandi til Noregs en hvenær og hvernig A kom inn í málið var óljóst. Verjandi A byggði á því að A hefði verið dreginn inn í málið fyrir tilstilli tálbeittunnar. Í niðurstöðu dómsins segir meðal annars:

„Í öllu falli tel ég, líkt og undirréttur, að möguleg áhrif lögreglunnar á það að A var dreginn inn í málið, séu of fjarlæg og óbein svo telja megí að lögreglan hafi kallað fram það brot sem hann framdi.“⁷⁷ (Letturbreyting höfundar)

Dómstóllinn taldi að það hefði ekki verið fyrir tilstilli og áhrif lögreglunnar hvernig efnið barst til Noregs og með hverjum. Að mati Hopsnes er engin ein algild greiningaraðferð í norskum rétti við mat á því hvort notkun tálbeitu hefur verið ólögmæt. Ljóst sé þó að Hæstiréttur Noregs hafi stuðst við sams konar mat og við orsakatengsl í skaðabótarétti.⁷⁸

3.2.2. Greiningaraðferð Mannréttindadómstóls Evrópu⁷⁹

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur í úrlausnum sínum mótað ákveðin sjónarmið við mat á því hvort notkun tálbeitu er lögmæt. Byggjast þau á sama grunni og hinn huglægi mælikvarði sem gerð hefur verið

⁷⁵ Rt 1998, bls. 407 (410) (Skrik-dommen): „Det er ikke tilstrekkelig å vise til, slik lagmannsretten gjør, at As hensikt hele tiden var å bidra til at maleriet ble utlevert mot løsesummen. Om politiets aksjon tenkes borte, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vart gjennomført.“

⁷⁶ Hopsnes, Roald, „Provokasjon som politimetode“, bls. 99.

⁷⁷ Rt 1984, bls. 1076 (1083) (Politiheroindommen I): „Men under enhver omstendighet finner jeg, i likhet med lagmannsretten, at politiets mulige bidrag til at A ble trukket inn i saken, er for

fjernt og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forhold fra hans side.“

⁷⁸ Hopsnes, Roald, „Provokasjon som politimetode“, bls. 101.

⁷⁹ Þegar þetta er skrifað hafa öll 47 aðildarríki Evrópuráðsins fullgilt mannréttindasáttmála Evrópu. Um sáttmálan almennt, aðdraganda hans, undirritun og fullgildingu af hálfu Íslands vísað til frumvarps til laga um mannréttindasáttmála Evrópu. Alþt., 1992–1993, A-deild, þskj. 1160, bls. 5869–5872. Jafnframt aðgengilegt á slóðinni: <http://www.althingi.is/altext/116/s/1160.html>. [Sótt 13. apríl 2010.]

grein fyrir.⁸⁰ Lögfræðilega álitamálið í þessu sambandi er hvort málsmeðferð geti talist réttlát í skilningi l. mgr. 6. gr. MSE., þegar sönnunargögn sem aflað hefur verið með notkun ólögsmætrar tálbeitu eru notuð til sakfellingar. Þetta lögfræðilega úrlausnarefni er viðfangsefni kafla 4.1. Í þessum kafla verða dregin saman ákveðin megin sjónarmið, eins og þau birtast í dómaframkvæmd,⁸¹ sem dómstóllinn hefur byggt á við mat á því hvort notkun tálbeitunnar hafi kallað fram brot sem annars hefði ekki verið framið.

Mannréttindadómstóllinn hefur tekið þá afstöðu að þegar sakborningur byggir vörn sína á því að hann hafi verið hvattur til þess að fremja brot sem hann annars hefði ekki framið verði dómstólar aðildarríkjanna að framkvæma nákvæma skoðun á gögnum málsins.⁸³ Dómur MDE í málinu *Lúdi* gegn Sviss⁸⁴ var sá fyrsti þar sem reyndi á notkun tálbeitu. Röksemdir í dómnum benda til þess að dómstóllinn leggi áherslu á að máli skipti hvort kærandi hafi þegar stundað brotastarfsemi þegar tálbeitan átti samskipti við hann. Þetta hefur síðan verið mikilvægt viðmið í dómum dómstólsins við mat á lögmati notkunar tálbeitu.⁸⁵

Næst á eftir kom mikilvægt fordæmi í þessu efni, dómur í máli *Teixeira de Castro* gegn *Portúgal*.⁸⁶ Í málinu notaði lögreglan tvo lögreglumenn sem tálbeitar til að leita uppí heróínsala, án þess þó að tiltekinn einstaklingur lægi undir grun. Lögreglumennirnir komust á slóð X sem lá undir

grun um fíkniefnaviðskipti í mjög smáum stíl, en ekki þátttöku í stærri eða alvarlegri fíkniefnabrotum. Lögreglumennirnir báðu X um að útvega sér nokkur kíló af kannabisefnum. Þegar X reyndist ófær um það báðu þeir hann að útvega sér heróín. X nefndi þá nafn kæranda sem aðila sem gæti mögulega útvegað þeim heróín. Lögreglumennirnir fóru þá á fund kæranda og tjáðu honum að þeir vildu kaupa af honum 20 grömm af heróíni. Sýndu þeir kæranda peninga sem þeir höfðu meðferðis. Kærandi fór þá heim til annars manns, Y, sem lét hann hafa heróínefnið. Kærandi fór þá aftur á fund lögreglumanna og afhenti þeim efnið en var handtekinn samstundis. Hann var síðan ákærður og sakfelldur fyrir brotið.

Kærandi byggði á því að hann hefði hreinan sakaferil og ef ekki hefði verið fyrir tilkomu tálbeitanna hefði hann aldrei framið brotið. Við mat á því hvort kærandi hefði verið lokkaður til framningar brots sem hann ella hefði ekki framið benti dómstóllinn á að rannsóknaraðferðin hefði ekki verið undir eftirliti dómara.⁸⁷ Taldi dómstóllinn að yfirvöld hefðu ekki haft ástæðu til að gruna kæranda um fíkniefnabrot og byggði niðurstöðu sína á fjórum meginatriðum.⁸⁸ Í fyrsta lagi var kærandi ekki á sakaskrá. Í öðru lagi hafði upphafleg rannsókn lögreglu ekki beinst að honum. Í þriðja lagi var kærandi ekki þekktur af lögreglumönnum heldur voru þeir í fyrsta skipti leiddir saman á fund fyrir tilstilli X. Í fjórða lagi hafði kærandi

80 Sjá umfjöllun í kafla 3.2.1.2.

81 Þótt hér sé notað orðið „dómaframkvæmd“ er jöfnum höndum getið um ákvarðanir um meðferðarhæfi. Almenn er ekki talin ástæða til að gera greinarmun á fordæmisgildi dóma annars vegar og rökstuddra ákvarðana um meðferðarhæfi hins vegar. Skilyrði sem lúta að því að kæra verði talin tæk til efnismeðferðar eru talin í 35. gr. MSE. Ef þau eru ekki uppfyllt verður kæra lýst ótæk til efnismeðferðar með ákvörðun og vísad frá dómi. Ef kæra hefur verið tekin til efnismeðferðar mælir 38. gr. sáttmálsins fyrir um næstu skref í málsmeðferðinni.

82 E. *entrapment defense*.

83 Dómur MDE í málinu *Khudobin* gegn *Rússlandi* frá 26. október 2006. Aðgengilegur á slóðinni: www.echr.coe.int, mgr. 133–135. Sjá einnig: Dóm MDE í málinu *Ramanauskas* gegn *Litháen* frá 5. febrúar 2008. Aðgengilegur á slóðinni: www.echr.coe.int, mgr. 60.

84 Dómur MDE í málinu *Lúdi* gegn *Sviss* frá 15. júní 1992. Series A. 238.

85 Davíð Þór Björgvinsson, „Þýðing sönnunargagna í sakamálum sem aflað hefur verið með ólögsmætum hætti“, bls. 310, nmgr. 25.

86 Dómur MDE í málinu *Teixeira de Castro* gegn *Portúgal* frá 9. júní 1998. Reports of Judgments and Decisions, 1998-IV.

87 Því má halda fram að þetta atriði sé óviðkomandi matinu sem slíku. Þegar sá sem rannsóknaraðferðin beinst að er lokkaður til framningar brots sem annars hefði ekki verið framið skiptir engu hvort aðgerðin hafi verið undir eftirliti eða ekki. Þetta atriði hefur hins vegar vægi við heildarmat á því hvort málsmeðferðin hafi verið réttlát. Sjá: Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, New York 2005, bls. 112.

88 Sjá mgr. 38 í dómnum.

ekki fíkniefnin undir höndum heldur þurfti hann að nálgast þau hjá þriðja manni sem svo aflaði þeirra hjá öðrum. Á grundvelli þessara atriði taldi dómstóllinn ljóst að ekki væru fyrir hendi gögn sem gæfu réttmætt tilefni til að ætla að kærandi hygðist fremja fíkniefnabrot fyrr en lögreglumennirnir komu á hans fund. Því yrði ekki um það deilt að lögreglumennirnir hefðu hvatt kæranda til að fremja brot sem hann annars hefði ekki framið.⁸⁹

Í *Eurofinacom* gegn *Frakklandi*⁹⁰ voru framangreind megin sjónarmið áréttuð, en niðurstaðan varð önnur. Frumkvæði lögreglumanna að því að þeim var boðin vændisþjónusta af hálfu fyrirtækis sem grunað var um að stunda slíka starfsemi var ekki talið hafa falið í sér hvatningu til að fremja brot sem annars hefði ekki verið framið. Var það aðallega byggt á því að lögreglan hafði haft undir höndum upplýsingar sem gáfu vísbendingu um að fyrirtækið stundaði slíka starfsemi.⁹¹

Annað mikilvægt fordæmi frá Mannréttindadómstólnum er dómur í máli *Khudobin* gegn *Rússlandi*.⁹² Atvik málsins voru þau að X, sem var tálbeita fyrir lögregluna, óskaði eftir því við kæranda að hann útvegaði sér fíkniefni. Féllst kærandi á það og keypti 0,05 grömm af heróíni sem hann greiddi fyrir með peningum frá X. Þegar kærandi kom á fund hans til að afhenda fíkniefnin var hann handtekinn. Kærandi taldi að hann hefði verið lokkaður til framningar brotsins. Dómstóllinn tók saman gildandi meginreglur, eins og þær birtast í dómaframkvæmd, við mat á

lögmæti rannsóknaraðferðarinnar.⁹³ Síðan heimfærði dómstóllinn atvik málsins undir meginreglurnar. Dómurinn sagði kæranda ekki hafa verið á sakaskrá. Vísbendingar sem gáfu til kynna að kærandi stundaði fíkniefnaviðskipti komu frá tálbeitunni sjálfri. Tálbeitan bar fyrir dómi að hafa haft samband við kæranda því hún vissi ekki hvar annars staðar hún gæti aflað heróíns. Þá hafði kærandi ekki haft neinn fjárhagslegan ávinning af viðskiptunum. Dómstóllinn taldi þessi atriði öll benda til þess að kærandi hafi ekki verið grunaður um fíkniefnasölu. Þvert á móti hafi rannsókn lögreglu miðað að því að koma lögum yfir hvern þann sem myndi fallast á að útvega tálbeitunni heróín.⁹⁴ Niðurstaða dómstólsins var því sú að notkun tálbeitunnar hefði leitt til framningar brots sem ella hefði ekki verið framið.⁹⁵

Framangreind sjónarmið voru enn og aftur ítrekuð í dómi MDE í máli *V.* gegn *Frakklandi*.⁹⁶ Til viðbótar þeim megin sjónarmiðum sem dómstóllinn byggði mat sitt á lagði dómurinn áherslu á að kærandi hafði ekki meira af fíkniefnum í fórum sínum en það magn sem tálbeitan hafði óskað eftir.

Dómur MDE í máli *Ramanauskas* gegn *Litháen*⁹⁷ er mikilvægt fordæmi í þessu efni. Kærandi starfaði sem saksóknari í Litháen þegar til hans kom maður nokkur, AZ. Heimsóknin var fyrir tilstuðlan VS, sem, eins og síðar kom í ljós, starfaði fyrir sérstaka deild lögreglunnar sem hafði með höndum rannsókn mála varðandi opinbera spillingu. Bauð AZ kæranda 3.000 Bandaríkjadali gegn því að hann sæi til þess að nánar

89 Sómu viðmið voru einnig notuð í máli *Vanyan* gegn *Rússlandi* frá 15. mars 2006. Aðgengilegur á slóðinni: www.echr.coe.int.

90 Ákvörðun MDE í máli *Eurofinacom* gegn *Frakklandi* frá 7. september 2004. Reports of Judgments and Decisions 2004-VII.

91 Áþekkt niðurstaða varð í ákvörðun MDE í málinu *Sequeira* gegn *Portúgal* frá 6. maí 2003. Reports of Judgments and Decisions 2003-VI.

92 Dómur MDE í málinu *Khudobin* gegn *Rússlandi* frá 26. október 2006. Aðgengilegur á slóðinni: www.echr.coe.int.

93 Sjá mgr. 128–131 í dóminum.

94 Sjá mgr. 134 í dóminum.

95 Sams konar niðurstaða varð í dómi MDE í málinu *Malininas* gegn *Litháen* frá 1. júlí 2008. Aðgengilegur á slóðinni: www.echr.coe.int. Einnig má benda á dóm MDE í málinu *Constantin* og *Stoian* gegn *Rúmeníu* frá 29. september 2009. Aðgengilegur á slóðinni: www.echr.coe.int.

96 Dómur MDE í málinu *V.* gegn *Finlandi* frá 24. apríl 2007. Aðgengilegur á slóðinni: www.echr.coe.int.

97 Dómur MDE í málinu *Ramanauskas* gegn *Litháen* frá 5. febrúar 2008. Aðgengilegur á slóðinni: www.echr.coe.int.

tilgreindur þriðji maður yrði ekki ákærður í tilteknu máli sem þá var til rannsóknar. Kærandi hélt því fram að í upphafi hefði hann hafnað boðinu, en að lokum látið til leiðast eftir að AZ hafði margítrekað tilboð sitt. Síðar upplýsti AZ fyrrnefnda deild innan lögreglunnar um að kærandi hefði samþykkt að þiggja mútur. Var kærandi síðar dæmdur fyrir brotið. Við mat á lögmæti notkunar tálbeitunnar lagði dómstóllinn til grundvallar sömu meginsjónarmið og rakin hafa verið. Engin gögn lágu fyrir um fyrri brot kæranda. Þá voru fundir AZ og kæranda alltaf að frumkvæði hins fyrrnefnda. Taldi dómstóllinn þessi atriði nægja til þess að telja að kærandi hefði verið hvattur til framningar brots sem hann hefði annars ekki framið. Niðurstaða dómstólsins var því sú að notkun tálbeitunnar hefði verið ólögmæt.

Í máli *Milinié* gegn *Litháen*,⁹⁸ hvarf dómstóllinn frá fyrri framkvæmd með því að beita hlutlægum mælikvarða samhliða greiningaraðferð sinni við mat á lögmæti notkunar tálbeitu. Málsatvik voru þau að SS mútaði kæranda, sem starfaði sem dómari í Litháen, til að dæma sér í hag í einkamáli. Þegar kærandi samþykkti að taka við mútugreiðslu kærði SS hana til lögreglu. Lögregla kom þá fyrir hlerunarbúnaði á SS og afhenti honum peninga til að bera á kæranda svo afla mætti frekari sönnunargagna. Kærandi var svo handtekin við móttöku greiðslunnar og síðar sakfelld. Kærandi byggði á því að hún hefði verið lokkuð til framningar brots sem hún hefði annars aldrei framið. Dómstóllinn beitti greiningaraðferðinni og sagði engin sönnunargögn fyrir hendi um að kærandi hefði nokkurn tímann brotið af sér í starfi, hvað þá þegið mútur. Dómstóllinn taldi lögregluna hafa haft áhrif á framvindu

brotsins. Þá beitti dómstóllinn hlutlæga mælikvarðanum og taldi að lögreglan hefði ekki farið offari miðað við lögskyldu hennar að fylgja eftir kærnum og í ljósi mikilvægis þess að uppræta spillingu í dómskerfi lýðræðisríkis. Niðurstaða dómstólsins var sú að lögreglan hefði verið „þátttakandi“ í brotinu fremur en að hafa stuðlað að framkvæmd þess. Aðgerð lögreglunnar var því talin innan lögmæts ramma notkunar tálbeitu.⁹⁹

Segja má að í framangreindri dómaframkvæmd felist að Mannréttinda-dómstóllinn hafi tekið eindregna afstöðu til þeirra atriða sem máli skipta við mat á því hvort notkun tálbeitu við rannsókn máls hafi verið lögmæt. Þessi atriði skera úr um hvort notkun tálbeitunnar hafi leitt til þess að framið hafi verið brot sem annars hefði ekki verið framið. Þá er ljóst að dómstóllinn beitir huglæga og hlutlæga mælikvarðanum eftir ákveðnu hagsmunamati á þeirri brýnu þjóðfélagsþörf að afbrot verði upplýst og hins vegar tillitinu til réttaröryggis þeirra manna sem aðgerðin beinist að. Til að draga saman þessi atriði í stuttu máli verða þau sett fram í eftirfarandi mynd:

Greiningaraðferð MDE við mat á lögmæti notkunar tálbeitu

Atriði sem gefa til kynna að kærandi hafi ekki haft ásetning til refsiverðrar háttsemi, heldur hafi notkun tálbeitu leitt til framningar brots sem annars hefði ekki verið framið. Að því er varðar mat á lögmæti notkunar tálbeitu við rannsókn á öðrum málum en fíkniefnamálum eiga sömu atriði við að breyttu breytanda:

— Kærandi lá ekki undir grun lögreglu og upphafleg rannsókn lögreglu hafði ekki beinst að kæranda.

⁹⁸ Dómur MDE í málinu *Milinié* gegn *Litháen* frá 24. júní 2007. Aðgengilegur á slóðinni: www.echr.coe.int.

⁹⁹ Sams konar niðurstaða varð í dómi MDE í málinu *Gorgievski* gegn *Makedóníu* frá 16. júlí 2009. Aðgengilegur á slóðinni: www.echr.coe.int.

- Kærandi var ekki á sakaskrá og engum gögnum til að dreifa um að hann hafi áður framið sams konar brot.
- Kærandi var ekki með fíkniefni í sínum vörslum, heldur þurfti hann að sækja þau til þriðja manns.
- Kærandi hafði ekki meira magn fíkniefna í vörslum sínum, önnur en þau sem tálbeitan pantaði.
- Kærandi hafði ekki ávinning af brotinu.

Evrópu séu ekki bindandi að íslenskum landsrétti, sbr. 2. gr. laga nr. 62/1994, fara íslenskir dómstólar að jafnaði eftir túlkuninni sem kemur fram á ákvæðum sáttmáans.¹⁰³ Verður því að telja að í íslenski réttarframkvæmd beri að líta til meginsjónarmiða sem Mannréttindadómstóllinn hefur lagt til grundvallar í úrlausnum sínum og þar með afstöðu dómstólsins við val á mælikvarða við mat á lögmati notkunar tálbeitu.

4. AFLEIÐINGAR ÓLÖGMÆTRAR NOTKUNAR TÁLBEITU

3.2.4. Hvaða mælikvarða á að nota í íslenskum rétti?

Oftast er notast við tálbeitur við rannsókn á brotum þar sem tilverknad að minnsta kosti tveggja þarf til af rökbundinni nauðsyn, til dæmis í fíkniefnabrotum hvers konar. Hvorki er talað um orsök né afleiðingu í því samhengi heldur á sá sem fer með hlutverk tálbeitu á hættu að gerast sekur um hlutdeild eða aðra refsiverða þátttöku í broti skv. 22. gr. hgl.,¹⁰⁰ ef gripið hefur verið til ólögmetrar notkunar tálbeitu. Órökrétt og beinlínis villandi væri því að meta lögmati notkunar tálbeitu út frá orsakasamhengi líkt og gert er í norskum rétti. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur þó ekki hafnað greiningaraðferðinni sem slíkri, samanber dóm MDE í máli V. gegn Finnlandi,¹⁰¹ en að mati dómstólsins var ekki hægt að vikja til hliðar rökum finnska ríkisins um að ekki væru orsakatengsl á milli háttsemi tálbeittunnar og brots kæranda í málinu.¹⁰²

Þótt dómur Mannréttindadómstóls

Ef mat á notkun tálbeitu leiðir í ljós að hagnýting hennar var ólögmet er næsta skref að taka til skoðunar hvaða mögulegu afleiðingar slíkt hefur í för með sér. Það er verkefni dómstóla að skera úr um hvort og þá hvaða afleiðingar að lögum notkun ólögmetrar tálbeitu hefur í einstökum málum og þá hvaða hagræði þolandi aðgerðarinnar á eftir atvikum rétt á. Verður hér farið yfir helstu réttafars- og refsiréttarlegu grundvallarþætti sem mögulega reynt getur á, en ekki er um tæmandi úttekt að ræða. Þá verður fjallað um möguleg einkaréttarleg áhrif.

4.1. Réttarfarslegar afleiðingar

4.1.1. Réttlát málsmeðferð fyrir dómi

Í 6. gr. MSE er mönnum tryggður réttur til réttlátrar málsmeðferðar fyrir dómi.¹⁰⁴ Þegar mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar var breytt með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 voru tekin upp í 70. gr. hennar

100 Samhljóða ákvæði er í 23. gr. dönsku hegningarlagna og á þeim grunni hefur mati á grundvelli orsakatengsla verið hafnað í dönskum rétti. Sjá: Andersen, John Peter, *Agent Provocateur: Et etisk og juridisk problem*, bls. 60.

101 Dómur MDE í máli V. gegn Finnlandi frá 24. apríl 2007. Aðgengilegur á slóðinni: www.echr.coe.int.

102 Sjá mgr. 72 í dóminum.

103 Sjá: *Hrdl. 2005, bls. 3214 (mál nr. 248/2005)*. Málið varðaði innheimtu sakarkostnaðar og var fjallað um áhrif c-liðar 4. mgr. 6. gr. MSE.

104 Í 14. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmálaaleg réttindi, sbr. lög nr. 10/1979 (SBSR), er að finna ákvæði sem svarar að verulegu leyti til ákvæða 6. gr. MSE. Tengslin milli 6. gr. MSE og 14. gr. SBSR eru ótvíræð og hafa eftirlitsstofnanir skýrt 6. gr. til samræmis við 14. gr. í nokkrum tilvikum. Sjá: All, Jørgen, *Rettergang og menneskerettigheter. Ósló 1995*, bls. 30–34.

ákvæði sem tóku mið af 1. og 2. mgr. 6. gr. MSE.¹⁰⁵ Eins og fyrirsögn 6. gr. MSE ber með sér er greininni ætlað að ná til meðferðar máls fyrir dómi. Í máli *Deweer gegn Belgíu*¹⁰⁶ komst MDE að þeirri niðurstöðu, við mat á því hvenær fyrst bæri að gæta ákvæða 6. gr. MSE við meðferð sakamáls, að miða skyldi við það tímamark þegar rannsókn er farin að hafa umtalsverð áhrif á stöðu manns sem grunaður er um refsiverða háttsemi.¹⁰⁷

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur í allmörgum málum fjallað um markalínuna milli réttinda sakadra manna og þarfarinnar á sérstökum rannsóknaraðferðum í baráttunni gegn alvarlegum glæpum. Verður í næstu köflum fjallað um valda þætti í mikilsverðasta rétti sakbornings í sakamáli, rétt hans til réttlátrar málsmeðferðar.

4.1.1.1. Réttur aðila til að leiða og spyrja vitni

Ákvæði d-liðar 3. mgr. 6. gr. MSE tryggir sakborningi meðal annars rétt til að spyrja eða láta spyrja vitni sem leidd eru gegn honum. Í baráttunni gegn skipulögðum glæpum hefur verið talið nauðsynlegt að veita þeim sem fara með hlutverk tálbeitu nafnleynd.¹⁰⁸ Oft er um að ræða lögglumenn sem eru sérþjálfaðir til starfsins og því nauðsynlegt að veita þeim nafnleynd svo þeir geti sinnt áfram starfi sínu. Nafnleyndin skapar hins vegar vandamál þegar sá sem fer með hlutverk tálbeittunnar þarf að bera vitni, annaðhvort til að tryggja sakfellingu samkvæmt ákæru eða þá að kröfu sakbornings.¹⁰⁹

Á þetta álitamál reyndi í dómi Hæstaréttar Danmerkur í máli *U 1978, bls. 367H (Bilka-sagen)*, sem snerist um fíkniefnainnflutning.

Brot ákærðu var upplýst með notkun á þremur tálbeittum. Verjendur beggja ákærðu kröfðust þess að tálbeittarnar kæmu fyrir dóminn sem vitni. Töldu þeir það nauðsynlegt við mat á því hvort umfang brotsins hefði aukist fyrir tilstilli notkunar rannsóknaraðferðarinnar. Ákærvaldið mótmælti því að vitnaleiðslurnar færu fram og vildi ekki upplýsa um hverjir hefðu verið í hlutverki tálbeitu. Vísaði ákærvaldið til þess að samtöl málsaðila meðan á fíkniefnaveiðskiptunum stóð hefðu verið tekin upp með leynilegri hljóðupptöku sem kæmi í stað vitnaleiðslna. Féllst Landsréttur á kröfur verjenda með þeim rökum að framburður þeirra sem fóru með hlutverk tálbeittanna hefði úrslitaþýðingu við úrlausn málsins og hljóðupptakan kæmi þar aldrei í staðinn. Hæstiréttur staðfesti dóminn.

Í dómi MDE í máli *Lüdi* gegn Sviss hafði sakfelling kæranda aðallega byggst á samtölum sem lögglummaður í hlutverki tálbeitu hafði hljóðritað. Með vísan til þess að persónuupplýsingum tálbeittunnar og aðferðum lögreglu við rannsóknir yrði að halda leyndum var því hafnað bæði í undir- og áfrýjunarrétti að leiða lögglummanninn sem vitni.¹¹⁰ Kærandi hafði farið á fund tálbeittunnar í fimm skipti og þekkti því lögglummanninn í útliti. Taldi Mannréttindadómstóllinn að mögulegt hefði verið að framkvæma vitnaleiðsluna þannig að persónuupplýsingum um lögglummanninn yrði haldið leyndum.¹¹¹ Mannréttindadómstóllinn taldi brotið gegn 6. gr. MSE þar sem kæranda eða verjanda hans hafði ekki verið gefinn kostur á að spyrja lögglummanninn fyrir dómi.

Sú meginregla hefur verið leidd af fyrirætlum 1. mgr. 70. gr. stjkskr. um réttláta

105 Frumvarp til stjórnskipunarlagu um breyting á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, með síðari breytingum. Alþt., 1994–1995, A-deild, þskj. 389, bls. 2096. Jafnframt aðgengilegt á slóðinni: <http://www.althingi.is/altext/118/s/0389.html>. [Sótt 10. maí 2010.]

106 Dómur MDE í málinu *Deweer gegn Belgíu* frá 27. febrúar 1980. Series A. 35.

107 Sjá mgr. 46 í dómnum.

108 Dómur MDE í máli *Lüdi* gegn Sviss frá 15. júní 1992. Series A. 238, mgr. 45. Sjá einnig: Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, bls. 112.

109 Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, bls. 315.

110 Sjá mgr. 48 í dómnum.

111 Sjá mgr. 49. í dómnum og jafnframt: Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, bls. 316.

málsmeðferð, sbr. og 1. og 3. mgr. 6. gr. MSE, að jafnræði sé með aðilum sakamáls þrátt fyrir mismunandi stöðu þeirra í réttarfarslegu tilliti. Telja verður að gæta verði brýnna hagsmuna allra aðila og grípa til viðeigandi ráðstafana sem tryggja rétt sakbornings til að spyrja eða láta spyrja vitni en um leið að vernda nafnleynd þess sem fer með hlutverk tálbeittunnar. Mannréttindadómstóllinn tók þá afstöðu í máli *Van Mechelen* gegn *Hollandi*¹¹² að svo lengi sem mikilvæg réttindi sakbornings skv. 6. gr. MSE séu virt sé lögreglu heimilt að óska eftir nafnleynd tálbeitu til verndar henni gegn hefndaraðgerðum og svo nota megi hana áfram við rannsókn á sakamálu.¹¹³

4.1.1.2. Sönnunargildi gagna sem aflað er með ólögmatum hætti

Þegar sönnunargagna er aflað með notkun tálbeitu og framkvæmdin er lögmat vekur framlagning þeirra og notkun fyrir dómi sjaldnast álitamál. Ef tálbeitan hins vegar kallar fram brot sem hefði annars ekki verið framið og gögn sem þannig er aflað eru lögð fram og notuð til sakfellingar er athugunarefni hvort slíkt kunni að fara í bága við 6. gr. MSE.¹¹⁴

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur í úrlausnum sínum litið svo á að notkun ólögmatra sönnunargagna ein og sér brjóti ekki í bága við 1. mgr. 6. gr. MSE heldur litur dómstóllinn alltaf á hvort málsmeðferðin í heild sinni hafi verið réttlát eða ekki.¹¹⁵ Í máli *Schenk* gegn *Swiss*¹¹⁶ taldi dómurinn

ekki unnt að lita á það sem ófrávikjanlega meginreglu að sönnunargögn sem aflað hefur verið á ólögmatan hátt verði ekki lögð fyrir dóm í aðildarríkjum sáttmálans. Sagði dómurinn hlutverk sitt vera að leggja mat á hvort meðferð á umræddu máli hafi verið réttlát í heild sinni og að teknu tilliti til allra málsatvika varð niðurstaða hans sú að svo hefði verið. Niðurstaðan var hins vegar önnur í dómi MDE í máli *Teixeira de Castro* gegn *Portúgal*.¹¹⁷ Tekið er fram í dóminum að þótt baráttan gegn skipulagðri glæpastarfsemi á borð við fíkniefnasölu kalli á að gripíð sé til viðeigandi ráðstafana réttlæti það ekki að sakfelling sé byggð á sönnunargögnum sem beinlínis hafi orðið til að tilstuðlan lögreglu.¹¹⁸ Þessi afstaða dómstólsins bendir eindregið til þess að líkur aukist á því að meðferð máls verði ekki lengur álitin réttlát skv. 1. mgr. 6. gr. MSE eftir því sem aðferðirnar til að afla sönnunargagna teljast ámælisverðari.¹¹⁹

Meginreglan um ófluga sannleiksleit í sakamálu gildir víðast í evrópskum rétti og leiðir til þess að sönnunargögn eru notuð í ríkum mæli jafnvel þótt þeirra hafi verið aflað á ólögmatan hátt.¹²⁰ Í íslenskum rétti er talið að stemma eigi stígu við brotum lögreglunnar og annarra með öðrum hætti, til dæmis með því að dæma þann sem ábyrgð ber á notkun ólögmatrar tálbeitu til refsingar eða beita hann stjórnsýsluviðurlögum.¹²¹ Enginn vafi leikur á því að íslenskir dómstólar legðu mat á sönnunargögn jafnvel þótt upplýst væri að þeirra hefði verið aflað með ólögmatum

112 Dómur MDE í málinu *Van Mechelen* gegn *Hollandi* frá 23. apríl 1997. Reports of Judgments and Decisions, 1997-III.

113 Sjá mgr. 57 í dóminum.

114 Davíð Þór Björgvinsson, „Þýðing sönnunargagna sem aflað hefur verið með ólögmatum hætti“, bls. 309.

115 Eiríkur Tómasson, *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi: íslensk lög og lagaframkvæmd í ljósi 1. og 3. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu*. Reykjavík 1999, bls. 90–91.

116 Dómur MDE í málinu *Schenk* gegn *Swiss* frá 12. júlí 1988. Series A. 140.

117 Dómur MDE í málinu *Teixeira de Castro* gegn *Portúgal* frá 9. júní 1998. Reports of Judgments and Decisions, 1998-IV.

118 Sjá mgr. 36 í dóminum. Sams konar niðurstöður er að finna í dómuum í málum: *Vanyan* gegn *Rússlandi* frá 15. mars 2006, *Khudobin* gegn *Rússlandi* frá 26. janúar 2007, *Ramanauskas* gegn *Litháen* frá 5. febrúar 2008, *Malininas* gegn *Litháen* frá 1. júlí 2008 og *Constantin* og *Stoian* gegn *Rúmeníu* frá 29. desember 2009. Aðgengilegir á slóðinni: www.echr.coe.int.

119 Ovary, Clare og White, Robin C.A., *The European Convention on Human Rights*. New York 2006, bls. 194.

120 Stefán Már Stefánsson, *Um sönnun í sakamálu*. Reykjavík 2007, bls. 13.

121 Sjá umfjöllun um viðurlög þess sem ábyrgð ber á notkun ólögmatrar tálbeitu í kafla 4.2.2 hér á eftir.

hætti, samanber *Hrd.* 1993, bls. 1081 (*Steinn Ármann*) og *Kompásmál I–III*.¹²² Þessu er öfugt farið í engilsaxneskum rétti þar sem dómstólar vísa almennt frá þeim sönnunargögnum sem þannig er aflað án þess að sönnunargildi þeirra sé metið áður.¹²³

Dómari metur það í hverju tilviki fyrir sig, á grundvelli meginreglunnar um frjálst sönnunarmat í 109. gr. sml., hvort og þá hvert gildi slík sönnunargögn hafa. Eftir því sem aðgerðin eða framkvæmd hennar er ámalisverðari, þeim mun meiri líkur er á að dómari liti algjörlega framhjá sönnunargagni.¹²⁴ Í *Hrd.* 1991, bls. 290 (*Hótel Loftleiðir*), var ákærði leyndur upphaflegri handtöku tálbeitunnar. Báru rannsóknargögn málsins það með sér að þessu atriði hafi átt að halda leyndu til frambúðar. Afleiðingin var sú að Héraðsdómur taldi ekki fært að byggja á framburði ákærðu fyrir lögreglu við niðurstöðu málsins. Þá var það mat Héraðsdoms í *Kompásmálunum* að verulegur vafi léki á því hvort lögreglu hafi verið heimilt að nota gögn sem aflað var með ólögmati notkun tálbeitu, sem grundvöll rannsóknar sakamáls. Taldi dómurinn að slíkt myndi af augljósum ástæðum skerða mjög réttaröryggi og kynni þar með málsmeðferð og sakfelling sem reist væri á slíkum gögnum að fara í bága við 6. gr. MSE. Dómaframkvæmd MDE og áhrif frá engilsaxneskum rétti kunna að hafa breytt afstöðunni í þessum efnum í Noregi og Danmörku.¹²⁵ Í *Rt* 2000, bls. 1223 (*Lokkeduedommen*), vísaði Hæstiréttur Noregs á bug óáreiðanlegum framburði brotamanns sem fór með hlutverk tálbeitu. Rétturinn sagði brotamenn sem gegna hlutverki tálbeitu svo háða lögreglu í hlutverki sínu að ekki væri hægt að byggja á framburði þeirra við

mat á því hvort notkun tálbeitunnar hafi verið framkvæmd með lögmætum hætti. Sló rétturinn því föstu að þegar brotamaður fer með hlutverk tálbeitu skuli annaðhvort neita honum að gefa skýrslu fyrir dómi eða horfa framhjá framburði hans við sönnunarmatið. Ákærðu voru sýknaðir.¹²⁶ Réttarframkvæmd í Danmörku hefur ekki verið á sömu leið. Þó er hugsanlegt að danskir dómstólar, undir áhrifum norskrar dómaframkvæmdar og vegna aukinnar tilhneigingar til að útiloka óáreiðanleg sönnunargögn sem aflað er með ólögmati hætti, muni komast að sömu niðurstöðu og Hæstiréttur Noregs.¹²⁷

4.1.1.3. Réttur aðila til að fella ekki á sig sök

Í g-lið 3. mgr. 14. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi, sbr. lög nr. 10/1979 (SBSR) er tekið fram berum orðum að sakborningi verði ekki þröngvað til þess að bera gegn sjálfum sér eða að játa sök. Sambærilegt ákvæði er ekki að finna í 6. gr. MSE en fyrirmæli 1. mgr. ákvæðisins hafa þó verið skýrð á þá leið að þau feli í sér bann við því að sakborningi sé gert skylt að svara spurningum um þá háttsemi sem honum er gefin að sök, þar á meðal að játa á sig sök.¹²⁸ Ákvæði 2. mgr. 64. gr. sml. er sama efnis sem og fyrirmæli 1. mgr. 70. gr. stjkskr. Sakborningi er þannig óskilt að tjá sig um sakargiftir við skýrslutöku hjá lögreglu eða fyrir dómi og ber að benda sakborningi á þennan óumdeilda rétt.

Þegar tálbeituáðgerð hefur verið framkvæmd með ólögmati hætti, þannig að hún kalli fram refsiverða háttsemi sem annars hefði ekki verið framin, stappar mjög nærri að brotið sé gegn rétti ákærða til að fella ekki á sig sök. Svo ákærði geti haldið

¹²² Dómar Hæstaréttar frá 23. október 2008 í málum nr. 584/2007, 585/2007 og 609/2007.

¹²³ Bogi Nilsson, „Um sönnunargögn og sönnunarfærslu í sakamálum“. *Úlfjótur* 1991, bls. 346–348.

¹²⁴ Eiríkur Tómasson, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls*, 2. útgáfa, bls. 10–11.

¹²⁵ Stefán Már Stefánsson, *Um sönnun í sakamálum*, bls.

13–14.

¹²⁶ Sjá nánari umfjöllun um dóminn í: Brøbech, Birgitte, *Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen*, bls. 224.

¹²⁷ Sama heimild, bls. 226.

¹²⁸ Eiríkur Tómasson, *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi: íslensk lög og lagaframkvæmd í ljósi 1. og 3. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu*, bls. 96.

uppi vörnum verður hann að byggja á því að ef tálbeitunnar hefði ekki notið við hefði hann ekki framið brotið. Ákærði er þar með nauðbeygður til að jata á sig sakargiftirnar svo hann geti með réttu varist málatilbúnaði ákærvaldsins.

Í Noregi hafa jafnframt skapast sérvandamál tengd notkun á „bevisprovokasjon“, sem notið er til að afla sönnunargagna um brot sem þegar hafa verið framin. Engin hætta er því á að aðferðir lögreglu leiði til þess að kalla fram brot sem ella hefði ekki verið framið. Hins vegar er rannsóknaraðferðin vandmeðfarin í tengslum við rétt sakbornings til að fella ekki á sig sök. Hæstiréttur Noregs tók afstöðu til þessa álitafnis í Rt 1999, bls. 1269 (*Fengselsbetjentdommen*). Atvik málsins voru þau að A, sem var fangavörður, var grunaður um að hafa aðstoðað fangann B við flotta úr fangelsinu. Við rannsókn málsins tók lögregla upp samstarf við einn af föngunum, C, sem tók að sér hlutverk „bevisprovokasjon“. Útbúinn hljóðupptökubúnaði gaf C sig á tal við A og bað hann um að aðstoða sig við að flýja úr fangelsinu. A samþykkti að veita honum aðstoð og teikningar af fangelsinu gegn greiðslu. Áður en C afhenti greiðsluna spurði hann A út í þátttöku hans í flotta B. Lýsti A því öllu saman fyrir C, sem búinn var hljóðupptökutækini. Var A dæmdur í þriggja ára fangelsi í undirrætti. Hæstiréttur Noregs sagði rannsóknaraðferð lögreglu hafa miðað að því að þvinga fram játningu ákærða varðandi brot sem hann hafði framið. Taldi dómurinn að brotið hefði verið gegn g-lið 3. mgr. 14. gr. SBSR og 1. mgr. 6. gr. MSE, sbr. ákvæði 232. gr. norsku sakamálaganna. Var ákærði sakfelldur og dæmdur til greiðslu sektar.

4.1.2. Friðhelgi einkalífs

Í 1. mgr. 8. gr. MSE er verndaður rétturinn til friðhelgi einkalífs, fjölskyldu, heimilis og brefaskipta. Í 2. mgr. er svo fjallað um þriðjætt skilyrði takmarkana á þeim réttindum: Í fyrsta lagi að mælt sé fyrir um þær í lögum, í öðru lagi að þær stefni að einhverju því markmiði sem málsgreinin kveður á um og í þriðja lagi að nauðsyn beri til þeirra í lýðræðislegu þjóðfélagi.¹²⁹ Ákvæði 17. gr. SBSR er ætlað að vernda sambærileg réttindi. Þá verndar 71. gr. stjkskr. sams konar réttindi og þau sem talin eru upp í 8. gr. MSE.

Mannréttindadómstól Evrópu hefur aldrei tekið til efnislegrar athugunar hvort notkun tálbeitu brjóti gegn rétti einstaklings til friðhelgi sem varinn er af 8. gr. MSE. Í máli *Teixeira de Castro* gegn *Portúgal* byggði kærandi meðal annars á því að réttur hans skv. 8. gr. MSE hefði verið brotinn. Dómstóllinn taldi að málsmeðferðin í heild sinni bryti í bága við 1. mgr. 6. gr. MSE. Í ljósi þeirrar niðurstöðu taldi dómstóllinn ekki ástæðu til að skoða sérstaklega hvort brotið hefði verið gegn 8. gr. sáttmáls.¹³⁰

Fyrsta þrepið í prófun dómstólsins er að takmörkun á rétti skv. 8. gr. MSE verður að vera byggð á lögum. Þetta skilyrði hefur verið skýrt mjög rúmt í dómaframkvæmd og hefur því ekki sömu þýðingu og í íslenskum rétti. Heimildin, hvort sem hún er í formi laga, stjórnslureglna eða fyrirmæla, þarf að vera fyrirsjáanleg og aðgengileg almenningi. Það er því álitamál hvort reglur ríkissaksóknara um sérstakar rannsóknaraðferðir lögreglu, nr. 3/1999, sem voru stjórnslureglur, hafi staðist lagaáskilnað mannréttindasáttmálsins að því er varðar aðgengi, en reglurnar voru aldrei birtar opinberri birtingu. Ekki er svigrúm til að velta frekari vöngum um þetta álitafni hér en eins og áður hefur komið

129 Björg Thorarensen, „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“. Í Björg Thorarensen o.fl., *Mannréttindasáttmáli Evrópu: Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Reykjavík 2005, bls. 286.

130 Sams konar niðurstaða var í dómi MDE í málinu *Vanyan* gegn *Rússlandi* frá 15. desember 2005. Aðgengilegur á slóðinni: www.echr.coe.int.

fram hafa reglur um sérstakar aðferðir og aðgerðir lögreglu við rannsókn sakamála verið settar á grundvelli 89. gr. sml. og birtar opinberlega.

4.2. Refsiréttarlegar afleiðingar

Ef gripið hefur verið til notkunar tálbeitu, án þess að lögmælt skilyrði hafi verið fyrir hendi eða hún framkvæmd með ölögmætum hætti, liggur í augum uppi að slíkt kann að varða þá viðurlögum sem ábyrgð bera á aðgerðinni. Það er hins vegar ekki dómara í viðkomandi sakamáli, þar sem reynir á notkun tálbeitunnar, að kveða á um eða taka frumkvæði um slík viðurlög.¹³¹

Sá sem gegnir hlutverki tálbeitunnar getur átt í hættu á að sæta refsíabyrgð fyrir þátttöku sína í broti því sem kallað var fram. Loks er það sérstakt athugunarefni hvort refsa eigi þeim sem aðgerðin beinist gegn fyrir brot sem tálbeitan kallaði fram.

4.2.1. Viðurlög þess sem ber ábyrgð á aðgerðinni

Í umfjöllun um þetta atriði skiptir máli hvort tálbeitan er liður í rannsókn lögreglu á sakamáli eða á vegum einkaaðila. Viðurlög þess sem ábyrgð ber á rannsóknaraðferð lögreglu eru ýmist stjórnábyrgð viðurlög, svo sem áminning eða brottvikning úr starfi, eða refsiviðurlög, til dæmis fyrir brot á 131. eða 132. gr. hgl.¹³² Þá getur ríkið borið skaðabótaábyrgð skv. XXXVII. kafla sml.¹³³ Viðurlögin ráðast af alvarleika lögbrotsins, þar á meðal hvort ásetningur hafi verið til brotsins, samanber *Hrd. 1981, bls. 430 (Batti rauði)*. Í málinu var rannsóknarlögreglumaður fundinn sekur um að hafa undirbúið og

stjórnað ölögmætri handtöku á þeim K og G sem hann grunaði um margvísleg brot. Var hann talinn hafa gerst brotlegur við meðal annars 131. gr. hgl. og var honum dæmd fangelsisrefsing.¹³⁴

Eins og fram kemur í kafla 2.4.3 hafa einkaaðilar í auknum mæli notað tálbeitu í misjöfnum tilgangi. Einstaklingar sem stunda slíkt eiga í hættu á að sæta refsíabyrgð fyrir þátttöku sína í brotinu, sbr. 22. gr. hgl. Þar er kveðið svo á að hver sá maður sem með liðsinni í orði eða verki, fortöllum, hvatningum eða á annan hátt á þátt í því að brot samkvæmt hegningarlögum er framið skuli sæta þeirri refsingu sem við brotinu eru lögð. Ekki hefur reynt á refsíabyrgð þessara aðila fyrir dómi, hvorki hér á landi né fyrir dómstólum í Danmörku og Noregi.¹³⁵

4.2.2. Viðurlög þess sem fer með hlutverk tálbeitu

Fjallað hefur verið um muninn á óvirkri og virkri tálbeitu.¹³⁶ Slík aðgreining er nauðsynleg við umfjöllun um refsíabyrgð tálbeitu vegna hlutdeildar eða samverknaðar í broti þess sem aðgerðin beinist gegn. Eins og rakið hefur verið kemur óvirk tálbeita fram sem fórnarlamb í broti sakbornings. Sá sem fer með hlutverk óvirkar tálbeitu getur því ekki gerst sekur um hlutdeild eða aðra refsiverða þátttöku í broti sakbornings.¹³⁷ Á hinn bóginn setur virk tálbeita sig í samband við sakborning undir því yfirsýni að hún hafi áhuga á þátttöku í fyrirhuguðu broti.¹³⁸ Íðulega er notast við tálbeitu við rannsókn á brotum þar sem tilverknáð að minnsta kosti tveggja þarf til af rökbundinni nauðsyn.

131 Stefán Már Stefánsson, *Um sönnun í sakamálum*, bls. 13.
132 Eiríkur Tómasson, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls. 2. útgáfa*, bls. 9.
133 Fjallað verður um einkaréttarlegar afleiðingar í kafla 4.3 hér á eftir.
134 Málið er reifað í heild sinni í kafla 2.4. Ekki hefur reynt á sams konar ákvæði fyrir Hæstarétti í Danmörku og Noregi í seinni tíð. Finna má einn dóm sem fallið hefur á grundvelli ákvæða 147. gr. og 148. gr. dönsku hegningarlaganna. *U 1883, bls. 1036H*. Í málinu var bæjarfógeti dæmdur í fjögurra mánaða

fangelsi fyrir að nota spennitreyju til að þvinga fram játningu hjá sakborningi. Sjá: Betænkning 1984 nr. 1023. *Politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter*, bls. 194, en þar segir að refsíabyrgð lögreglu komi eingöngu til skoðunar í mjög sérstökum tilfellum.
135 Sjá: Hopsnes, Roald, „Provokasjon som politimetode“, bls. 92.
136 Sjá kafla 2.4.1 og 2.4.2 hér að framan.
137 Jónatan Þórmundsson, *Opinbert réttarfar. 2. hefti*, bls. 141.
138 Sama heimild.

Þáttur beggja aðila er þá refsíæmur. Virk tálbeita getur því alltaf átt það á hættu að sæta refsíabyrgð fyrir þátttöku sína í broti, sbr. 22. gr. hgl.¹³⁹ Þegar sakborningur tekur upp samstarf við lögreglu til að sanna sök á samverkamenn, samanber til dæmis *Hrd*. 1991, bls. 290 (*Hótel Loftleiðir*), og *dómur Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. S-1351/1998 (burðardýrsmál)*, nægir sú hvöt ekki til refsileysis í íslenskum rétti, en getur þó haft áhrif til málsbóta við refsíákvörðun.¹⁴⁰

4.2.3. Ákvörðun refsingar ákærða
Við meðferð sakamála er lögd á það rík áhersla að dómur sé byggður á réttum forsendum svo saklaus maður verði ekki dæmdur sekur fyrir brot sem hann hefur ekki framið. Þegar gripíð hefur verið til ólögmatrar notkunar tálbeitu er áleitinn spurning hvaða áhrif slíkt hefur þegar skoríð er úr um sekt eða sakleysi ákærða og hugsanlega refsíákvörðun.

Endurskoðunarvaldi Mannréttinda-dómstóls Evrópu eru sett ákveðin mörk í ljósi „fjórða stigs reglunnar“.¹⁴¹ Dómstóllinn hefur ekki lögsögu skv. 6. gr. MSE til að endurskoða efnislega niðurstöðu dómstóla aðildarríkjanna heldur er hlutverk hans að leggja mat á það hvort meðferð málsins í heild sinni hafi verið réttlát og í samræmi við ákvæði sáttmálans. Mannréttindadómstóllinn hefur því ekki afskipti af því hvort sakfelling hafi verið byggð á nægjanlega traustum grunni, refsing hæfilega ákveðin eða fjárhæð skadabóta í samræmi við landslög.¹⁴² Til að leita svara við spurningunni sem hér hefur verið varpað

fram verður horft til réttarfrankvæmdar hér á landi, í Danmörku og Noregi.

4.2.3.1. Sýkna

Í hinum svokölluðu *Kompasmálum*¹⁴³ staðfesti Hæstiréttur þá niðurstöðu héraðsdómara að sönnunargögn sem aflað var með ólögmatrí notkun tálbeitu hefðu litið sönnunargildi í málinu og gætu ekki orðið grundvöllur sakfellingar í opinberu máli. Voru ákærðu því sýknaðir af kröfum ákærvaldsins. Sönnunarmat Héraðsdóms var reist á því að gagnanna hafði verið aflað með aðferðum sem lögreglu hefði ekki við rannsókn sakamáls verið heimilt að beita. Staðfesti Hæstiréttur niðurstöðu Héraðsdóms um sýknu í málunum þremur.

Hæstiréttur Danmerkur sló því föstu í *U* 2002, bls. 340H (*udenlandsk agent*), að þegar lögregla grípur til notkunar tálbeitu án þess að lögmæt skilyrði séu fyrir hendi leiði það ekki til sýknu.¹⁴⁴ Á möti kemur að ekki er útilokað að í þeim tilfellum þar sem notkun tálbeitunnar hefur verið framkvæmd á ólögmatran hátt leiði slíkt til sýknu ákærða.¹⁴⁵

Hæstiréttur Noregs hefur lagt til grundvallar að þegar notkun tálbeitu er framkvæmd með ólögmatum hætti geti sönnunargögn sem þannig er aflað ekki skapað grundvöll fyrir sakfellingu. Við slíkar aðstæður liggja þar af leiðandi fyrir ólögfestur sýknugrundvöllur,¹⁴⁶ samanber *Rt* 1998, bls. 407 (*Skrík-dommen*). Í málinu notaði lögregla tálbeitur til að endurheimta málverkið Ópið sem stolið hafði verið úr Nasjonalgalleriet.

139 Sams konar ákvæði er í ákvæði 23. gr. dönsku hegningarlögganna. Í Betænkning 1984 nr. 1023. *Politiets indgreb i meddeleleshemmeligheden og anvendelse af agenter*, bls. 194 segir að það sé eingöngu í óvenjulegum tilfellum sem refsíabyrgð tálbeitu komi til tals.

140 Jónatan Þórmundsson, *Opinbert réttarfar. 2. hefti*, bls. 142.

141 E. *The 'Fourth Instance' Doctrine*. Björg Thorarensen setti fram íslenska heitið í grein sinni: „Um mörk endurskoðunarvalds Mannréttindadómstóls Evrópu í ljósi „fjórða stigs reglunnar“. Í Eyvindur G. Gunnarsson ritstj., *Rannsóknir í félagsvísindum VII. Lagadeild*. Reykjavík 2006, bls. 61–83.

142 Ovay, Clare og White, Robin C.A., *The European Convention on Human Rights*, bls. 194.

143 *Dómar Hæstaréttar frá 23. október 2008 í málum nr. 584/2007, 585/2007 og 609/2007*

144 Sjá: Betænkning 1984 nr. 1023. *Politiets indgreb i meddeleleshemmeligheden og anvendelse af agenter*, bls. 193, og jafnframt: Brøbech, Birgitte, *Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen*, bls. 226.

145 Betænkning 1984 nr. 1023. *Politiets indgreb i meddeleleshemmeligheden og anvendelse af agenter*, bls. 194.

146 *NOU* 2004: 6. *Mellom effektivitet og personvern: Politimetoder i forebyggende øyemed*, bls. 33. Sjá einnig: Brøbech, Birgitte, *Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen*, bls. 231.

Tálbeiturnar komu fram sem forsvarsmenn bandarískrar stofnunar, Paul Getty Foundation og buðu fram fé gegn afhendingu málverksins. Þegar skiptin gengu í gegn var ákærði handsamaður og ákærður fyrir tilraun til sölu á málverkinu. Ekki voru fyrir hendi aðrir kaupendur að hinu heimsfræga málverki og taldi Hæstiréttur Noregs því ljóst að tálbeiturnar hefðu leitt til þess að refsiverð háttsemi var framin sem ella hefði ekki verið framin. Ákærði var þar af leiðandi sýknaður. Áþekk niðurstaða varð í *Rt* 2000, bls. 1223 (*Lokkedue-dommen*). Í málinu taldi Hæstiréttur skort á gögnum um framkvæmd tálbeituadgerðarinnar og þá staðreynd að brotamaður fór með hlutverk tálbeitunnar leiða til þess að rannsóknaraðferðin væri svo mörgum göllum háð að ekki yrði byggt á henni til sakfellingar. Sýknaði rétturinn ákærðu og vísaði í rökstuðningi sínum til forðemis réttarins í *Skrík-dommen*.

4.2.3.2. Refsilækkun

Erfitt er að gera nákvæma grein fyrir því hvaða afleiðingar það hefur almennt á refsíákvörðun að notkun tálbeitu er ólögmat. Við ákvörðun refsingar koma til skoðunar ýmis álitæfni sem horfa bæði til málsbóta og mildunar refsingar og refsilyngingar. Refsiákvörðunarástæður eru að mestu leyti bundnar í VIII. kafla hgl. en í reynd er dómurum játað verulegt svigrúm til ákvörðunar refsingar innan ramma viðkomandi refsíákvæðis og almennra refsímarka laga.¹⁴⁷ Sönnunarvafi á ekki að hafa nein áhrif á refsíákvörðun. Annaðhvort telst brotið sannað eða ekki samkvæmt sönnunarreglum sakamálaréttarfars, sbr. einkum 108. og 109. gr. sml. Hins vegar hvílir á ákærða sönnunarbyrðin um hvort skilyrðum refsilækkunar sé fullnægt samkvæmt 70. gr. hgl.

Atvik máls hafa verið virt til refsímildunar í dómum Hæstaréttar og virðast fela í sér málsbætur fyrir sakborning.¹⁴⁸ Í *Hrd*. 1991, bls. 290 (*Hótel Loftleiðir*), var refsing dómfellða mjög væg og skilorðsbundin að hluta. Þó er ekki tekið fram berum orðum í Hæstarétti hvað veldur því. Í dómi Héraðsdóms kom fram að refsing væri ákvörðuð með tilliti þess hvernig staðið var að rannsókn málsins af lögreglu.

Í dómi *U* 2002, bls. 340H (*udenlandsk agent*), tók Hæstiréttur Danmerkur þá afstöðu að þegar notkun tálbeitu er beitt án þess að lögmat skilyrði séu uppfyllt geti slíkt haft áhrif á refsíákvörðun. Taldi rétturinn að í málinu væri ekki hægt að útiloka að notkun tálbeitunnar hefði aukið á umfang brots ákærðu og var tekið tillit til þess við ákvörðun refsingar.

4.3. Einkaréttarlegar afleiðingar

4.3.1. Skaðabætur til handa sakborningi

Ef lögregla hefur gripið til notkunar tálbeitu án þess að lögmat skilyrði hafi verið til staðar eða hún framkvæmd með ólögmatum hætti á sakborningur rétt á skaðabótum úr hendi rikissjóðs, eftir því sem nánar er fyrir mælt í XXXVII. kafla sml.

Samkvæmt 1. mgr., sbr. 2. mgr. 228. gr. sml., á maður sem borinn hefur verið sökum í sakamáli rétt til bóta vegna allra þvingunarráðstafana og sérstakra rannsóknaraðferða, sem mælt er fyrir um í IX.–XIV. kafla sml., ef mál hans hefur verið fellt niður samkvæmt 145. gr. sml. eða hann verið sýknaður með endanlegum dómi. Með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 9. mars 2009 í máli nr. E-5194/2008 var íslenska ríkið dæmt til greiðslu miskabóta vegna ólögmatrar uppsetningar eftirfararbúnaðar. Rannsókn lögreglu hafði ekki leitt til útgáfu ákæru.

¹⁴⁷ Helgi I. Jónsson, „Heimildir dómstóla til að beita ólögmatum meginreglum við ákvörðun refsingar“. Í Ragnheiður Bragadóttir ritstj., *Afmælisrit: Jónatan Pórmundsson sjötugur*. Reykjavík 2007, bls. 253.

¹⁴⁸ Sama heimild, bls. 271.

Samkvæmt 230. gr. sml. á sá sem sækir bótakröfur í slíku máli fortakslausan rétt á gjafsókn fyrir dómstólunum í bótamáli gegn ríkinu og ber ríkið hlutlæga bótaábyrgð á tjóni sem rekja má til aðgerðanna. Í 2. mgr. 230. gr. sml. kemur fram að ríkissjóður eigi endurkröfu á hendur þeim sem ábyrgð hafa borið á bótaskyldri aðgerð, ef um hefur verið að ræða ásetning eða stórkostlegt gáleysi af þeirra hálfu. Þá er kveðið um það í 3. mgr. þeirrar greinar að komi í ljós, við endurupptöku máls, að manni hafi ranglega verið greiddar bætur beri honum að endurgreiða þær.¹⁴⁹

5. NIÐURSTÖÐUR

Í grein þessari hefur verið fjallað um notkun tálbeitu við rannsókn sakamála og því svarað hvaða aðferðafræði skuli beita við mat á því hvort notkun tálbeitu sé lögmæt. Til að leita svara við áleitnum spurningum sem vöknudú var auk íslensks réttar litið til dansks og norsks réttar annars vegar og úrlausna Mannréttindadómstóls Evrópu hins vegar. Verða nú raktar niðurstöður greinarinnar í þeirri röð sem þær birtast í meginefni hennar.

Rannsóknaraðferð á borð við notkun tálbeitu brýtur ekki gegn mannréttindum með jafn afgerandi hætti og þvingunarráðstafanir. Reglur um notkun tálbeitu á Íslandi, Danmörku og Noregi innihalda sömu lágmarkskröfur og draga mörk lögmætra aðgerða við það að tálbeitan kalli ekki fram brot sem ella hefði ekki verið framið.

Í umfjöllun um meðalhófsregluna var á það bent að óleyst er sú spurning hver séu tímamörk notkunar tálbeitu. Að því er höfundur best veit er ekki að finna svör í dómafrákvæmd í Danmörku og Noregi. Þá hefur sama álitafni verið uppi í bandarískum rétti og er enn óleyst. Verður

dómstólum eftirlátið það verðuga verkefni. Hugtakið tálbeita er margþætt og ekki til nein ein viðtekin skilgreining á því. Í íslenskum rétti hefur hugtakið verið greitt í þrjár tegundir, annars vegar óvirka tálbeitu og hins vegar virka tálbeitu. Þá hefur í seinni tíð bæst við sú tegund sem kölluð hefur verið tálbeita einkaaðila. Bent var á að réttaróvissa ríkir um hvort lögregla hafi heimildir til að nota gögn sem aflað hefur verið með notkun tálbeitu einkaaðila sem grundvöll rannsóknar sakamáls.

Hægt er að slá því föstu að notkun tálbeitu teljist ólögmæt ef hún kallar fram refsiverða háttsemi sem annars hefði ekki verið framin. Á sama hátt telst notkun tálbeitu lögmæt ef hún leiðir til þess að sá sem aðgerðin beinist gegn fremur refsiverða háttsemi sem hann hefði hvort eð er framið. Styðjast má við fjórar mismunandi tegundir greiningaraðferða við mat á lögmæti notkunar tálbeitu, það er: 1) hlutlægan mælikvarða, 2) huglægan mælikvarða, 3) orsakatengsl, 4) greiningaraðferð Mannréttindadómstóls Evrópu.

- 1) Við beitingu hlutlæga mælikvarðans er kastljósinu beint að háttsemi tálbeitunnar gagnvart þeim sem rannsóknaraðferðin beinist gegn.
- 2) Við beitingu huglæga mælikvarðans er athyglinni beint að þeim sem aðgerðin beinist gegn, sakborningnum. Huglægi mælikvarðinn hefur verið lagður til grundvallar í danskri réttarfrákvæmd.
- 3) Við mat á lögmæti notkunar tálbeitu út frá orsakasamhengi fer fram samanburður á tveimur atburðarásum, annars vegar þeirri sem varð í raun og hins vegar þeirri sem orðið hefði ef notkun tálbeitunnar hefði ekki komið til. Má finna því stað í norskri dómafrákvæmd að fram fari mat

¹⁴⁹ Eiríkur Tómasson, *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls*, 2. útgáfa, bls. 10.

á því hvort orsakatengsl séu á milli aðferðar lögreglunnar annars vegar og brotsins hins vegar.

- 4) Mannréttindadómstóll Evrópu hefur tekið eindregna afstöðu til þeirra atriða sem máli skipta við mat á því hvort notkun tálbeitu við rannsókn máls hafi verið lögmæt. Í kaflanum voru atriði sem dómstóllinn hefur byggt á í úrlausnum sínum tekin saman. Niðurstaðan var sú að dómstóllinn beitir huglæga og hlutlæga mælikvarðanum eftir ákveðnu hagsmunamati á þeirri brýnu þjóðfélagsþörf að afbrot verði upplýst og hins vegar tillitinu til réttaröryggis þeirra sem aðgerðin beinist að.

Komist var að þeirri niðurstöðu að í íslenskri réttarframkvæmd beri að líta til meginsjónarmiða sem MDE hefur lagt til grundvallar í úrlausnum sínum og þar með afstöðu dómstólsins við val á mælikvarða við mat á lögmæti notkunar tálbeitu.

Fjallað var um hver telst bær til að fara með hlutverk tálbeitunnar. Með setningu reglna um sérstakar aðferðir og aðgerðir lögreglu við rannsókn sakamála var skýrt kveðið á um að eingöngu lögreglumenn eða aðrir starfsmenn lögreglunnar sem fara með lögregluvald geti farið með hlutverk tálbeitu. Í öðrum Evrópuríkjum gilda samskonar reglur um efnið. Af íslenskri dómaframkvæmd er ljóst að brotamenn hafa helst farið með þetta vandmeðfarna hlutverk. Áréttuð var hættan sem því fylgir. Jafnframt var bent á að þegar tálbeita er ekki á vegum lögreglunnar eiga reglur um notkun tálbeitu við lögreglurannsóknir ekki við. Fram kom að vandinn sem stöðjar að í slíkum málum hefur ekki verið leystur í íslenskum rétti.

Eftir að staðreynt hefur verið að notkun tálbeitu hafi verið ólögmæt er næsta skref að taka til skoðunar hvaða mögulegu afleiðingar slíkt hefur í för með sér. Var því

fjallað um helstu réttarfars- og refsiréttarlega grundvallarþætti sem mögulega getur reynt á. Ekki var um að ræða tæmandi úttekt enda er það verkefni dómstóla að skera úr um hvort og þá hvaða afleiðingar að lögum notkun ólögmætrar tálbeitu hefur í einstökum málum og þá hvaða hagræði þolandi aðgerðarinnar á eftir atvikum rétt á. Loks var fjallað um einkaréttarlega afleiðingu þess að notkun tálbeitu er ólögmæt.

Ljóst er að notkun tálbeitu við rannsókn sakamála er og mun verða í stöðugri þróun og tekur mið af afbrotaaðferðum sem notaðar eru í brotastarfsemi hverju sinni. Í takt við öra þróun tækninnar er til komin brotastarfsemi sem felst í nettælingu og birtingu og útbreiðslu efnis á netinu. Lögreglu er oft verulega erfitt um vik að takast á við slíka brotastarfsemi. Kallar hún meðal annars á notkun tálbeitu og jafnvel nána samvinnu milli ríkja. Notkun tálbeitu á netinu við rannsókn sakamála vekur upp ógrynni af áleitnum spurningum sem lúta að réttaröryggi sakbornings og rétt hans til réttlátrar málsmeðferðar. Litla réttarframkvæmd er að finna hér á landi sem og í Danmörku og Noregi, enn sem komið er. Þá hefur ekkert mál sem varðar efnið ratað fyrir Mannréttindadómstól Evrópu.

HEIMILDASKRÁ

All, Jørgen

Rettergang og menneskerettigheter. Ósló 1995.

Alþingistiðindi

1992–1993, A-deild, þskj. 1160, bls. 5869–5872.

1994–1995, A-deild, þskj. 389, bls. 2096.

1995–1996, A-deild, þskj. 783, bls. 3792.

1997–1998, B-deild, bls. 3663–3669.

2007–2008, A-deild, þskj. 252, bls. 1312–1519.

2008–2009, A-deild, þskj. 156, bls. 827–836.

2008–2009, A-deild, þskj. 292, bls. 1384–1388.

Andenæs, Johs.

Norsk Straffeprosess. 4. utgave. Ósló 2009.

Andersen, John Peter

Agent Provocateur: Et etisk og juridisk problem. Árósum 1986.

Biblían

Biblían. Heilög ritning Gamla testamentið og nýja testamentið. Reykjavík 1981, fyrsta Mósebók 3:9–3:12.

Björg Thorarensen

Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi. Reykjavík 2008.

„Um mörk endurskoðunarvalds Mannréttindadómstóls Evrópu í ljósi „fjórða stigs reglunnar“. Í Eyvindur G. Gunnarsson ritstj., *Rannsóknir í félagsvísindum VII. Lagadeild.* Reykjavík 2006, bls. 61–83.

„Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“. Í Björg Thorarensen o.fl., *Mannréttindasáttmáli Evrópu: Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt.* Reykjavík 2005, bls. 286–338.

Björn Bjarnason

„Embætti sérstaks saksóknara“, 21. nóvember 2008. Aðgengileg á slóðinni:

<http://www.althingi.is/altext/raeda/136/rad2008112IT134925.html>

„Vernd barna gegn nettælingu“. *Morgunblaðið*, 5. júlí 2007.

Bogi Nilsson

„Um sönnunargögn og sönnunarfærslu í sakamálum“. *Úlfjótur* 1991, bls. 341–356.

Brøbech, Birgitte

Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen. Kaupmannahöfn 2003.

Davíð Þór Björgvinsson

„Þýðing sönnunargagna sem aflað hefur verið með ólögumætum hætti“. *Tímarit Lögrettu* 2008, bls. 301–323.

Dómsmála- og mannréttindaráðuneytið

Tölvupóstur dags. 3. maí 2010, í vörslu höfundar.

Símtal við starfsmann laga- og mannréttindaskrifstofu dags. 12. mars 2010.

Skýrsla um sérstakar rannsóknaraðferðir lögreglu. Reykjavík 1999. Aðgengileg á slóðinni: http://www.domsmalaraduneyti.is/utgefing-efni/skyrslur_til_radherra/nr/691. *Skýrsla dómsmálaráðherra um rannsókn á störfum fíkniefnaceildar lögreglunnar, samkvæmt beiðni.* Reykjavík 1997. Aðgengileg á slóðinni: <http://www.althingi.is/altext/122/s/0685.html>.

Eiríkur Tómasson

Pvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls. 2. útgáfa. Reykjavík 2009.

Meginreglur opinbers réttarfars. Reykjavík 2002.

Réttlát málsmeðferð fyrir dómi: íslensk lög og lagaframkvæmd í ljósi 1. og 3. mgr. 6. gr.

Mannréttindasáttmála Evrópu. Reykjavík 1999.

Gammeltoft-Hansen, Hans

Strafferetspleje: bind 2. Kaupmannahöfn 1989.

„Agent Controlleur“. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1984, bls. 89–131.

„Om afgrænsning af straffeprocessuelle tvangsindgreb“. *U.1979B.1, bls. 1–17.*

Gaukur Jörundsson

„Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnisýslurétti“. Í Páll Skúlason ritstj.,

Afmælisrit: Gizur Bergsteinsson níræður 18. apríl 1992. Reykjavík 1992, bls. 207–225.

Helgi I. Jónsson

„Heimildir dómstóla til að beita ólögæltum meginreglum við ákvörðun refsingar“.

Í Ragnheiður Bragadóttir ritstj., *Afmælisrit: Jónatan Þórmundsson sjötugur.*

Reykjavík 2007, bls. 253–273.

Hopsnes, Roald

„Provokasjon som politimetode“. *Jussens Venner* 2003, bls. 62–92.

Hunt, Robert

„Entrapped on the Web? Applying the Entrapment Defense to Cases Involving Online Sting Operations“. *American Journal of Criminal Justice* 2007, bls. 87–98. Sjá einnig: Lee, Tina og Moore, Robert.

Hurwitz, Stephan

Den danske kriminalret. Almindelig del. Kaupmannahöfn 1971.

Jónatan Þórmundsson

Afbrot og refsíabyrgð I. Reykjavík 1999.

Opinbert réttarfar. 2. hefti. Reykjavík 1980.

Justis- og politidepartementet

NOU 2004:6. *Mellom effektivitet og personvern: Politimetoder i forebyggende øyemed.* Ósló 2004.

NOU 1997:15. *Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet. Delinnstilling II.* Ósló 1997.

Justitiedepartementet

SOU 1982: 63. *Polislag, betänkande av 1981 års polisberedning.* Stokkhölmur 1984.

Justitsministeriets strafferetsplejeudvalg

Betänkning 1984 nr. 1023. *Politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter.* Kaupmannahöfn 1984.

Kallehauge, Holger

„Agent Provocateur: En efterforskningsmetode“. U.1976B.1, bls. 1–7.

Lee, Tina

„Entrapped on the Web? Applying the Entrapment Defense to Cases Involving Online Sting Operations“. *American Journal of Criminal Justice* 2007, bls. 87–98. Sjá einnig: Hunt, Robert og Moore, Robert.

Moore, Robert

„Entrapped on the Web? Applying the Entrapment Defense to Cases Involving Online Sting Operations“. *American Journal of Criminal Justice* 2007, bls. 87–98. Sjá einnig: Hunt, Robert og Lee, Tina.

Morgunblaðið

„Unglingar notaðir í eftirlit með tóbakssölu“, 27. desember 2001.

„Dómur í Eyrarfossmálinu: Smyglararnir hlutu tveggja til fjögurra ára fangelsi“, 23. janúar 1986.

Mörður Árnason

Íslensk orðabók. Reykjavík 2002.

Ovay, Clare

The European Convention on Human Rights. New York 2006. Sjá einnig: White, Robin C.A.

Páll H. Hannesson

„Lögreglan hafði ónýta tárugasbyssu upp úr krafsinu“. *Pressan*, 3. mars 1994.

Páll Hreinsson

Stjórnsýslulögin: Skýringarrit. Reykjavík 1994.

Ríkissaksóknari

Tölvupóstur dags. 10. maí 2010, í vörslu höfundar.

Tölvupóstur dags. 18. febrúar 2010, í vörslu höfundar.

Róbert R. Spanó

„Refsiréttur“. Í Róbert R. Spanó ritstj., *Um lög og rétt. Helstu greinar íslenskrar lögfræði. 2. útgáfa*. Reykjavík 2009, bls. 343–370.

„Stjórnsýsluréttur“. Í Róbert R. Spanó ritstj., *Um lög og rétt: Helstu greinar íslenskrar lögfræði. 2. útgáfa*. Reykjavík 2009, bls. 99–147.

Smith, Eva

Straffeprocess. Grundlæggende regler og principper. Kaupmannahöfn 1994.

Stefán Már Stefánsson

Um sönnun í sakamálum. Reykjavík 2007.

Trechsel, Stefan

Human Rights in Criminal Proceedings. New York 2005.

Valentine, Paul W.

„To Catch an Entrapper: The Inadequacy of the Entrapment Defense Globally and the Need to Reevaluate Our Current Legal Rubric“. *Pace Law Review* 2009, bls. 21–35.

Viðar Már Matthíasson

Skadabótaréttur. Reykjavík 2005

White, Robin C.A.

The European Convention on Human Rights. New York 2006. Sjá einnig: O'vay, Clare.

Ýmislegt

„Klöfestir með hjálp tálbeitu“. 24 stundir, 4. mars 2008.

„Inn fyrir þröskuldinn“. *Visir.is*, 28. janúar 2007.

Mannlíf, 2. tbl. 14. árg. mars 1997.

Dómaskrá

Hæstaréttardómar

Hrd. 1981, bls. 430 (nr. 209/1979)
Hrd. 1991, bls. 290 (nr. 382/1990)
Hrd. 1993, bls. 1081 (nr. 67/1993)
Hrd. 1993, bls. 1809 (nr. 203/1993)
Hrd. 1999, bls. 2271 (nr. 115/1999)
Hrd. 2002, bls. 196 (nr. 282/2001)
Hrd. 2005, bls. 3214 (nr. 248/2005)
Hrd. 8. febrúar 2008, nr. 38/2008
Hrd. 29. maí 2008, nr. 435/2007
Hrd. 5. júní 2008, nr. 385/2007
Hrd. 23. október 2008, nr. 584/2007
Hrd. 23. október 2008, nr. 585/2007
Hrd. 23. október 2008 nr. 609/2007
Hrd. 11. júní 2009, nr. 472/2008

Héraðsdómar og -úrskurðir

Dómur sakadóms í ávana- og fikniefnamálum frá
17. janúar 1986 í sakadómsmáli nr. 314-319/1985
Héraðsdómur Reykjavíkur frá
3. nóvember 1997, mál nr. S-506/1997
Héraðsdómur Reykjavíkur frá
31. mars 1999, mál nr. S-1351/1998
Héraðsdómur Reykjavíkur frá
24. febrúar 2000, mál nr. S-7/2000
Héraðsdómur Reykjavíkur frá
3. október 2006, mál nr. S-620/2006
Úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur frá
24. janúar 2008, mál nr. R-645/2007
Héraðsdómur Reykjavíkur frá
3. mars 2008, mál nr. S-1743/2007
Héraðsdómur Reykjavíkur frá
9. mars 2009, mál nr. E-5194/2008
Héraðsdómur Suðurlands frá
29. janúar 2010, mál nr. S-429/2009

Danskir dómar

U 1883, bls. 1036
U 1978, bls. 367
U 2002, bls. 340
U 2008, bls. 1587
Dómur Salten Herredsrett frá
30. júní 1997 í máli nr. 97-0072 M

Norskir dómur

Rt 1984, bls. 1076
Rt 1992, bls. 1088
Rt 1993, bls. 473
Rt 1998, bls. 407
Rt 1999, bls. 1269
Rt 2000, bls. 1223

Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu

Dómur MDE í máli *Deweer* gegn Belgíu
frá 27. febrúar 1980

Dómur MDE í máli *Schenk* gegn Sviss
frá 12. júlí 1988

Dómur MDE í máli *Lüdi* gegn Sviss
frá 15. júní 1992

Dómur MDE í máli *Van Mechelen* gegn Hollandi
frá 23. apríl 1997

Dómur MDE í máli *Teixeira de Castro* gegn Portúgal
frá 9. júní 1998

Ákvörðun MDE í máli *Sequeira* gegn Portúgal
frá 6. maí 2003

Ákvörðun MDE í máli *Eurofinacom* gegn Frakklandi
frá 7. september 2004

Dómur MDE í máli *Vanyan* gegn Rússlandi
frá 15. mars 2006

Dómur MDE í máli *Khudobin* gegn Rússlandi
frá 26. október 2006

Dómur MDE í máli *V.* gegn Finnlandi
frá 24. apríl 2007

Dómur MDE í máli *Miliniéné* gegn Litháen
frá 24. júní 2007

Dómur MDE í máli *Ramanauskas* gegn Litháen
frá 5. febrúar 2008

Dómur MDE í máli *Malininas* gegn Litháen
frá 1. júlí 2008

Dómur MDE í máli *Gorgievski* gegn Makedóníu
frá 16. júlí 2009

Dómur MDE í máli *Constantin og Stoian* gegn Rúmeníu
frá 29. september 2009

Bandarískir dómur

Dómur Hæstaréttar Bandaríkjanna í máli
Sorells gegn *Bandaríkjunum* frá 19. desember 1932

Dómur Hæstaréttar Bandaríkjanna í máli
Jacobson gegn *Bandaríkjunum* frá 6. apríl 1992

MÁLFLUTNINGSKEPPNIN WILLEM C. VIS INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION MOOT.

Ferðasaga þátttakenda í liði Háskólans í Reykjavík 2011–2012.

Á haustdögum 2011 auglýsti lagadeildin eftir áhugasömum aðilum til að taka þátt í hinni árlegu „Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot“ málflutningskeppni fyrir hönd Háskólans í Reykjavík, undir forystu og þjálfun Garðars Víðis Gunnarssonar hdl. hjá LEX lögmannsstofu og fyrrum nemanda í HR.

Úr varð að 7 nemendur í meistaranáminu sóttust eftir sæti í liðinu, en það voru Anna Þóra Þrastardóttir, Haukur Gunnarsson, Kristín Eva Geirsdóttir, Lára Herborg Ólafsdóttir, Sif Steingrimsdóttir, Sigríður Marta Harðardóttir og Snjólaug Árnadóttir. Þjálfari liðsins var eins og áður sagði, Garðar Víðir. Þá átti áttundi liðsmaðurinn enn eftir að tilkynna þátttöku sína.

Eftir að liðið hafði verið stofnað var haldinn kynningarfundur með þjálfara og fulltrúum lagadeildar. Keppnin var kynnt sem einstakt tækifæri til að bæta við lögfræðipækkingu nemenda, víkka sjóndeildarhringinn og auka tengslanet

allra viðkomandi og eignast góða vini. Á fundinum tjáði fulltrúi lagadeildar að nemendur yrðu að gera ráð fyrir að veruleg vinna og tími færu í námskeiðið, ekki sist á vorönn. Í máli þjálfarans var hins vegar tekið fram að gera þyrfti ráð fyrir mun meiri en „verulegum“ tíma í námskeiðið og í kjölfarið afhenti hann hópnum 12 blaðsíðna dagskrá og margra blaðsíðna upptalningu af „gagnlegum“ bókum og greinum. Gæfuleg byrjun.

Líkt og hið enska heiti keppinnar gefur til kynna, þá er um að ræða alþjóðlega málflutningskeppni á sviði gerðardóms- og kauparéttar. Keppnin er haldin árlega í Vinarborg. Í keppninni leysa öll lið sama vandamálið en það varðar að jafnaði deilur tveggja eða fleira lögáðila af mismunandi þjóðerni vegna lausafjárkaupa á milli landa, en þá er hinn alþjóðlegi samningur um lausafjárkaup (CISG) lagður til grundvallar. Þá hafa aðilarnir komið sér saman um að leggja ágreining sinn fyrir



Sjómenninn ásamt þjálfara á góðri stundu í Búdapest.

samningsbundinn gerðardóm, starfandi gerðardóm, en málsmeðferðarreglur þeirra eru jafn fjölbreyttar og þeir eru margir. Í þetta sinn var málið flutt fyrir kínverskum gerðardómi sem ber hið mjög svo þjála heiti China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC). Rétt er að taka fram að keppnin fer öll fram á ensku, þ.e. skjalagerð og málflytningur.

Deiluféni þessa árs var lagt fyrir í byrjun október en þá fengu liðin sent 45 blaðsíðna skjal með lýsingu á málsatvikum, sönnunargögnum o.fl. sem varðaði málið. Liðinu var þó nokkuð brugðið enda flestir vanir því að raunhæf skólaverkefni séu mun styttri. Deila keppinnar þetta ár snerist um kaup viðburðafyrirtækis á háþrúðum tölvubúnaði fyrir lúxussnekkju. Seljandi tölvubúnaðarins gat ekki afhent búnaðinn sökum eldsvoða sem varð í verksmiðju eins af undirverktökum hans og eyðilagði nær alla örgjörva sem hann framleiddi fyrir búnaðinn. Af þeim sökum taldi kaupandinn sig verða fyrir miklu tjóni og krafðist skaðabóta. Eftir að málið var lagt fyrir gerðardóminn vöknudu ýmis álitaefni um lögsögu dómsins og hæfi gerðarmanna,

en þá kom í ljós að einn af lögmönnum söknaðila var guðmóðir barns formanns gerðardómsins. Þá höfðu mütugreiðslur átt sér stað en sú staðreynd gat haft áhrif á möguleikann til að fullnusta dóminn. Þegar teymið hafði lesið vandamálið hófst vinna við gerð söknarskjals, eins konar stefnu, en henni átti að skila um miðjan desember. Óhætt er að segja að síðustu dagar og nætur fyrir skil hafi verið ansi langir, en afraksturinn var 50 blaðsíðna söknarskjal. Eftir skil var nokkurra daga pása en á milli jóla og nýárs hófst vinnan á ný, í þetta sinn við varnarskjalið í málinu. Rúmum einum og hálfum mánuði síðar lá fyrir 50 blaðsíðna varnarskjal og hópurinn orðinn býsna steiktur.

Í byrjun febrúar var ákveðið að leggja upp í 16 daga keppnisreiðu og taka þátt í tveimur æfingamótum, í Dusseldorf og Búdapest, áður en haldið var í hina eiginlegu keppni í Vínarborg. Því var mikið ferðalag framundan. Samhliða ferðaundirbúningi hóf liðið að undirbúa málflytninginn, bæði til söknar og varnar. Til að hafa málflytninginn sem raunverulegastan voru haldin fjölmörg gervipínghöld (e. mock trials)

viðs vegar. Þannig voru haldnar æfingar hjá LOGOS lögmannsþjónustu, Nordik lögfræðiþjónustu, BBA, Viðskiptaráði Íslands o.fl. Á þeim æfingum voru starfandi lögmenntil í hlutverki gerðarmanna og fengu að spyrja keppendur spjörunum úr. Innbyrðis voru haldnir tugir æfinga, hópnum til misjafnrar gleði.

Þann 20. mars, daginn fyrir brottför var liðinu tilkynnt að áttundi liðsmaðurinn hefði bæst í hópinn, en þá uppljóstraði Anna Þóra að hún væri barnshafandi, hópnum til mikillar gleði. Þann 21. mars var komið að brottför og fór helmingur hópsins til Kaupmannahafnar og gisti í eina nótt. Kaupmannahafnarferðin reyndist afar gjöful og sumum tókst að kaupa fót fyrir hundruði þúsunda, en fengu þó ekkert tax free! Næsta dag, eða þann 22. mars var flogið til Dusseldorf til að taka þátt í fyrsta æfingamótinu. Á flugvellinum í Dusseldorf gekk ansi brösuglega að finna leigubíl, en allir leigubílastjórnir, nema einn, öskruðu hástöfum þegar við nálgumst bílana þeirra.

Fyrsta kvöldið var öllum þátttakendum boðið í glæsilega móttöku á þýsku lögmannsstofunni Heuking Kühn Lüer Wojtek, en lögmannsstofan var einn af helstu bakhjörllum keppinnar. Næsta dag hófst mótið með málflutningi gegn Háskólanum í Giessen. Óhætt er að segja að þá hafi alvaran byrjað, en mótaðilarnir voru þrautþjálfaðir og höfðu gert lítið annað allan veturinn en að undirbúa sig fyrir keppnina. Samt sem áður gekk viðureignin mjög vel og keppandi HR skoraði flest stig af öllum fyrir málflutninginn. Eftir mótið var okkur boðið í sýnisferð um borgina af hinum mjög svo viðkunnanlega Dr. Stefan Sundemann. Síðar um kvöldið var fyrsta formlega partíið, hið svokallaða „brewery night“ Nánast allir keppendur og gerðarmenn mæta þangað til að kynna, blanda geði og skemmta sér. Óhætt að segja að sumir hafi skemmt sér of vel, með tilheyrandi vandkvæðum næsta

dag.

Þrátt fyrir ágætar skorpur í Þýskalandi lét árangur liðsins standa nokkuð á sér. Því hétu menn sér að gera gott mót í Búdapest.

Sunnudaginn 25. mars flaug hópurinn til Búdapest. Við lendingu var hópurinn bjartsýnn, enda ekki búinn að gera sér grein fyrir því að hann var að koma til fyrrum kommúnistaríkis. Á flugvellinum voru stór skilti þar sem ferðamenn voru varaðir við leigubílaþjónustu (e. taxi cowboys), en það eru óprúttir aðilar sem bjóða ódýra leigubílaþjónustu, með óvæntu ráni í enda ferðar. Strax á þeim tímapunkti langaði nokkrum ónefndum aðilum að fara heim! Á meðan skelfingin gekk yfir biðu hinir eftir ferðatöskunum. Skemmst er frá því að segja að 3 af 9 töskum komu brotnar á töskubeltið. Þegar gengið var út um hliðið á flugvellinum mættum við þessum ansi vingjarnlega kúreka, sem bauðst til að skutla okkur hvert sem er, nánast gjaldfrítt. Sennilega of gott til að vera satt. Á sama andartaki kom hin vingjarnlega Ivette og tók á móti hópnum og tjáði okkur að við þyrftum að fara í stutta strætóferð til að komast á hótelið. Við tók þriggja tíma strætó-, lestar- og gönguferð inn í eitt mesta fátækrahverfi Búdapest, allt til þess að komast í stúdentagarða á vegum hins ungverska háskóla Karóli Gaspar. Þar var stelpunum úthlutað glæsilegum hibýlum með finum erótískum veggskreytingum og þar sem almennt hreinlæti var augljóslega í hávegum haft. Gestgjafarnir gerðu óumdeilanlega allt til að gera dvölina sem eftirminnilegasta.

Liðið var ferskt eftir Þýskaland og hafði heitið sjálfu sér að standa sig vel í Ungverjalandi og óhætt að segja að menn hafi staðið við þau fyrirheit og valtað yfir keppinautana. Ferðin til Búdapest einkenndist af góðri skemmtun og gleði í bland við heilbrigðan ótta við nokkra heimamenn.

Þann 29. mars var komið að ferðalaginu til Vínarborgar, en liðið ferðaðist með lest frá

Búdapest til áfangastaðarins. Á sama tíma voru 280 önnur lið frá jafnmörgum háskólum víðs vegar að á leiðinni til borgarinnar, allir með það eina markmið að sigra keppnina.

Í Vínarborg var gíst á afar huggulegu fjölskylduhótel, sem lið síðustu ára hafa gíst á. Hin alvöru Willem C. Vis keppni hófst föstudaginn 30. apríl þegar HR mætti liði bandaríska háskólans Cornell, en það er almennt talinn einn besti lagaskólinn í Bandaríkjunum, svokallaður „Ivy league“ skóli. Þá er skólinn einnig svokallaður „Vis Moot Ivy League“, en það er tilvísun til velgengni skólans í keppninni. Skemmst er frá því að segja að lið HR skaraði fram úr Cornell á öllum sviðum keppinnar og skoraði mun fleiri stig fyrir flutninginn. Næsta dag mætti lið HR hinum indverska skóla Bhopal. Sökum tungumálaörðugleika villtist indverska liðið í Vínarborg og kom of seint í málflutninginn. Það kom þó ekki að sök því liðið var mjög vel þjálfað og undirbúið og var keppnin ansi hörð. Loks skildu liðin nokkuð jöfn, HR-ingum til mikillra vonbrigða. Þriðja daginn var keppt við hinn kanadíska Háskóla Western Ontario, en lið þeirra samanstóð af tveimur þriðja árs nemum. Þrátt fyrir hetjulega baráttu þeirra stóð lið HR uppi sem sigurvegari eftir málflutninginn. Fjórða daginn mætti lið HR liði hins bandaríska Benjamin N. Cardozo háskóla. Skemmst er frá því að segja að Kanarnir áttu sér aldrei viðreisnar von.

Í upphafi sögunnar láðist að lýsa uppbyggingu keppinnar. Þetta árið voru 281 lið skráð til leiks. Keppt er í riðlum og 5 lið eru í hverjum riðli. Liðin keppa og safna sem flestum stigum fyrir málflutninginn. Þrír gerðarmenn dæma í hverjum málflutningi og við stigagjöf lita þeir m.a. til uppbyggingu ræðunnar, framsögn og málflutning, lögfræðilega röksemdafærslu, tilvísanir til fræðiritra og dómafordæma, almennrar þekkingar á málinu og hvernig málflytjendur svara spurningum dómara. Hver keppandi getur hæst skorað 50 stig fyrir

málflutninginn. Þrátt fyrir hina eiginlegu riðlakeppni, ræður heildarstigafjöldi hvers liðs því, hvaða lið kemst í úrslit, ekki sigurhlutfall innan riðilsins.

Næst síðasta dag keppinnar komu allir keppendur saman í Óperuhúsinu í Vínarborg þar sem tilkynnt var hvaða lið kæmst í 64 liða úrslit í keppninni. Bjartsýnt og jákvætt, fór lið HR á athöfnina og beið afar spennt eftir að heyra nafn Háskólans í Reykjavík lesið upp. Leið og beið en nafn HR var aldrei lesið upp – með tilheyrandi vonbrigðum liðsmanna.

Þrátt fyrir hin augljósu vonbrigði að hafa ekki náð í 64 liða úrslit keppinnar standa keppendur eftir stoltir og reynslunni ríkari. Líkt og tekið var fram í upphafi var keppnin kynnt undir þeim formerkjum að nemendur fengu einstakt tækifæri til bæta þekkingu sína, víkka sjónvildarhringinn, skemmta sér konunglega, eignast lífstíðarvini og öðlast færni og reynslu við málflutning. Hér skal fullyrt að keppnin stóð undir öllum þeim fullyrðingum og meira til. Keppendur hafa kynnst lögmönnum, professorum, dómurum og námsmönnum frá ótrúlegustu stöðum, s.s. Suður-Kóreu, Kína, Indónesíu, Kanada, Indlandi, Bandaríkjunum, Rússlandi, Tyrklandi og Frakklandi og margir þessara aðila eru góðir vinir liðsmanna HR í dag. Á meðan keppni stendur stríða allir keppendur við sömu vandamál og meðal keppenda myndast einhvers konar samkennd, skilningur og stemning sem verður ekki útskýrð með orðum, en hefur þau áhrif að sameina keppendur í blíðu og stríðu.

Það er óhætt að fullyrða að reynslan við þátttöku í keppninni er ómetanleg og í raun einstakt tækifæri fyrir þátttakendur. Er það mat liðsmanna að lagadeild HR ætti að hlúa vel að námskeiðinu og byggja upp metnaðarfullt starf í kringum keppnina. Að lokum eru allir áhugasamir laganemar hvattir til að taka þátt í keppninni. Enginn verður svikinn af þessari reynslu.

ÞÖKKUM EFTIRTÖLDUM AÐILUM VEITTAN STUÐNING

Andri Árnason hrl.
Halldór Jónsson hrl.
Lárus L. Blöndal hrl.
Páll Ásgrímsson hdl., LL.M.
Sigurbjörn Magnússon hrl.
Stefán A. Svensson hrl., LL.M.
Vífill Harðarson hdl., LL.M.

juris

Borgartúni 26
IS 105 Reykjavík
+354 580 4400
www.juris.is



BÓKAÚTGÁFAN CODEX



Litla prent

Stórt verk lítið mál



Litlaprent ehf. | Skemmuvegi 4 | 200 Kópavogi
Sími 540 1800 | Fax 540 1801 | litla@prent.is

prent.is

CATO

L Ö G M E N N



Höfðatún 2, 105 Reykjavík | Höfðatorg - 15. hæð
Sími: 595 4545 | Fax: 595 4550 | www.cato.is

Borgartúni 26
105 Reykjavík
590 2600
Hafnarstræti 94
600 Akureyri
590 2600
www.lex.is
lex@lex.is

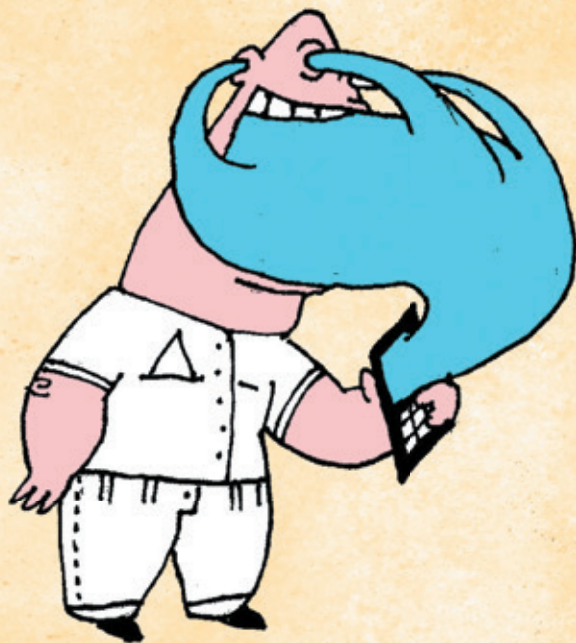
Sá sem kýs ekki réttlæti, hann er ekki maður.

Halldór Laxness, Heimsljós



LÖGMANNSSTOFA





"Kypplýsingar"

Eftir Hugleik Dagsson

Stærsti
skemmtistaður
í heimi!

NOVA

4 + 1 = 5

MEÐ STÚDENTADÆLULYKLI ATLANTSOLÍU FÆRÐU
4 KRÓNA AFSLÁTT Á ÖLLUM STÖÐVUM
OG **5 KRÓNA AFSLÁTT** Á ÞINNI STÖÐ Á MEÐAN
ÞÚ ERT Í NÁMI. VELDU ÞÍNA Á STUDENTAFELAG.IS
OG **LÆKKADU ELDSNEYTISKOSTNAÐINN.**
ATLANTSOLÍA Í NÆSTA NÁGRENNI: SKÚLAGATA – KEILUHÖLLIN
ÞEIR SEM ÞEGAR EIGA DÆLULYKIL GETA UPPFÆRT HANN Á STUDENTAFELAG.IS

AUKA-AFSLÁTTUR
STÚDENTA-DÆLULYKILL
= LÆKKAD ELDSNEYTISVERÐ

LENGI LIFI
SAMKEPPNI



SÆKTU UM DÆLULYKIL Á WWW.STUDENTAFELAG.IS

Atlantsolía var stofnuð til að veita stóru olíufélögunum samkeppni.
Við rufum einokun olíurisanna þriggja árið 2003 og höfum haldið
keppinautunum við efnið síðan.

Dælyukill gefur afslátt hjá þessum frábæru fyrirtækjum:

