

A	NOKKRIR FARVEGIR FYRIR HAFRÉTTARDEILUR ÍSLANDS VIÐ ERLEND RÍKI OG ALÞJÓÐASTOFNANIR EFTIR <i>Bjarna Mía Magnússon</i> _____	9
B	STAÐA DÓMA MANNRÉTTINDADÓMSTÓLS EVRÓPU Í ÍSLENSKUM LANDSRÉTTI EFTIR <i>Davíð Þór Björgvinsson</i> _____	23
C	ÁHRIF LISSABON-SÁTTMÁLANS Á RÉTT EINSTAKLINGA OG LÖGPERSÓNA TIL AÐ HÖFÐA MÁL FYRIR EFTA-DÓMSTÓLNUM EFTIR <i>Kristínu Haraldsdóttur</i> _____	51
D	FORGANGSÁHRIF EES-RÉTTAR Í ÍSLENSKUM RÉTT EFTIR <i>Margréti Einarsdóttur</i> _____	75
E	ÁHRIF SÉRFRÆÐIGAGNA Á FJÁRHÆÐ MISKABÓTA TIL PÓLENDNA KYNFERÐISBROTA Í ÆSKU EFTIR <i>Snædísí Ósk Sigurjónsdóttur og Svölu Ísfeld Ólafsdóttur</i> _____	89
F	LÖGSAGA ALÞJÓÐADÓMSTÓLSINS Í HAAG: TILSKIPUN BRESKRA STJÓRNVALDA NR. 2668/2008 VARÐANDI KYRRSETNINGU EIGNA LANDSBANKA ÍSLANDS HF. OG TENGÐRA ATHAFNA EFTIR <i>Þórdísí Ingadóttur</i> _____	103

ÚTGEFANDI

Lögrétta, félag laganema við Háskólann í Reykjavík

RITSTJÓRI OG ÁBYRGÐARMAÐUR

Hafliði Halldórsson

RITNEFND

Bergþóra Friðriksdóttir

Eva Oliversdóttir

Sólveig Erla Oddsdóttir

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

ISSN 1670-5300



FRÁ RITSTJÓRA

Hafliði Halldórsson

Nú lítur dagsins ljós fyrsta tölublað 10. árgangs Tímarits Lögréttsu og þeim merka áfanga ber að fagna. Þrátt fyrir að tíu ár sé ef til vill ekki hárdur aldur fyrir fræðirit af þessum toga, hefur mikið vatn runnið til sjávar frá útgáfu fyrsta tölublaðsins og hefur Tímarit Lögréttsu sett svip sinn á útgáfu fræðirita á sviði lögfræðinnar. Í þessu samhengi má geta, að síðastliðið haust undirritaði stjórn Lögréttsu, félag laganema við Háskólann í Reykjavík, samning við Fons Juris en með honum er tryggt að þær greinar sem birst hafa í Tímariti Lögréttsu verði gerðar aðgengilegrar áður á veraldarvefnum. Með þessum tímamótasamningi stillir Tímarit Lögréttsu sér upp við hlið Úllfjots og Tímarits Lögfræðinga, sem eiga sér þó töluvert lengri sögu. Síðan Lögrétta hóf útgáfu á Tímariti Lögréttsu hafa fleiri lagadeildir á landinu ýtt úr vör ritum af svipuðum toga. Því ber einnig að fagna, enda stuðla útgáfu fræðirita sem þessa að sterkari fræðilegri umræðu um lögfræðileg málefni. Það er okkur, sem á bak við þetta rit stöndum, sönn ánægja og heiður að taka þátt í þessari þróun Tímarits Lögréttsu. Þetta tölublað er tileinkað alþjóðadómstólum. Tengsl lagadeilda Háskólans í Reykjavík við alþjóðadómstóla eru mikil og hafa þau stöðugt aukist. Frá stofnun lagadeilda Háskólans í Reykjavík hefur verið kenndur áfangi sem ber heitið „Alþjóðadómstolar og friðsamlegar úrlausnir í deilumálum“. Nýverið hófst kennsla á áfanga sem fjallar sérstaklega um gerðadóma auk þess sem alþjóðadómstólum eru gerð góð skil í þjóðarétti sem kenndur er í grunnámi við deildina.

Þetta fyrsta tölublað 10. árgangs er veglegt og inniheldur sex greinar. Þar af eru fimm ritrýndar greinar sem allar eiga það sameiginlegt að taka á lögfræðilegum mállefnum sem snerta alþjóðadómstóla. Auk þess er í tölublaðinu að finna ótrýnda grein eftir Svölu Ísfeld Ólafsdóttur, dósent við Háskólann í Reykjavík og Snæðisi Ósk Sigurjónsdóttur sem ber heitið „Áhrif sérfræðigagna á fjárhæð miskabóta til þolenda kynferðisbrota í æsku“. Grein Dr. Bjarna Mús Magnússonar ber yfirskriftina: „Nokkrir farvegir fyrir hafréttardeilur Íslands við erlend ríki og alþjóðastofnanir“, í henni eru kynntir helstu grunnþættir er varða úrlausn ágreiningsefna samkvæmt hafréttarsamningi Sameinuðu þjóðanna, hvernig óútkljáð deilumál, sem Ísland á aðild að, gætu komið inn á borð alþjóðlegs dómstóls eða gerðardóms og frumvörp um frílyngu Íslands fyrir kjarnorkuvopnum. Dr. Bjarni hefur tekið þátt í stórum verkefnum á sviði þjóðaréttar á alþjóðavettvangi. Hann var í lagateymi Banglades gegn Myanmar í fyrsta deilumáli sem leyst var fyrir alþjóðadómstólum um landgrunni fyrir utan 200 sjómilur. Einnig var Bjarni í lagateymi Japans í máli gegn Ástralíu um hvalveiðar fyrir Alþjóðadómstólum í Haag svo fátt eitt sé nefnt.

Önnur í röðinni er grein eftir Dr. Davíð Þór Björgvinsson, fyrrverandi dómara við

Mannréttindardómstól Evrópu, og ber hún yfirskriftina: „Staða dóma Mannréttindadómstóls Evrópu í íslenskum landsrétti“. Þar fer Dr. Davíð Þór yfir lögfestingu Mannréttindasáttmála Evrópu, ákvæði 2. gr. laga nr. 62/1994 og það gildi sem dómur Mannréttindadómstóls Evrópu hafa að þjóðarétti og réttaráhrif þeirra að landsrétti og fordæmisgildi þeirra.

Kristín Haraldsdóttir, sérfræðingur hjá lagadeild Háskólans í Reykjavík og forstöðumaður Auðlindaréttarstofnunar, hefur komið að málum hjá alþjóðadómstólum og er höfundur þriðju greinar tölublaðsins. Greinin ber heitið: „Áhrif Lissabon-sáttmálans á rétt einstaklinga til að höfða má fyrir EFTA – dómstólum“. Í þessari grein fjallar hún af yfirgripsmikilli þekkingu um Plaumann-regluna, rýmkun málshöfðunarréttar með Lissabon-sáttmálanum og áhrif hans á rétt til málshöfðunar fyrir EFTA – dómstólum.

Margrét Einardóttir, lektor við lagadeild Háskólans í Reykjavík, er höfundur greinar sem ber heitið „Forgangsréttir EES-réttar í íslenskum rétti“ og er sú fjórða í röðinni. en Margrét fjallar þar ítarlega um hvort ákvæði 3. gr. laga nr. 2/1993 sé fullnægjandi innleiðing á þeirri skuldbindingu sem felst í bókun 35 við EES-samninginn.

Grein þeirra Snæðisar Óskar Sigurjónsdóttur og Svölu Ísfeld Ólafsdóttur ber heitið: „Áhrif sérfræðigagna á fjárhæð miskabóta til þolenda kynferðisbrota í æsku“. Í greininni fjalla höfundar um samhengið milli rökstuðnings fyrir bótakröfu, einkum öflunar sérfræðigagna, og dæmdra bóta. Snæðis Ósk stundar meistaranám við lagadeild Háskólans í Reykjavík. Svöla Ísfeld er dósent við skólann og hefur hún verið sérfræðingur við lagadeild Háskólans í Reykjavík frá árinu 2003 og er formaður refsiréttarnefndar.

Að lokum má finna grein Þórdísar Ingvadóttur, dósentis í lagadeild Háskólans í Reykjavík og framkvæmdarstjóra Project on International Courts and Tribunals. Greinin ber yfirskriftina: „Lögsaga Alþjóðadómstólsins í Haag: tilskipun breskra stjórnvalda nr. 2668/2008 varðandi kyrrsetningu eigna Landsbanka Íslands hf. og tengdra athafna“. Þar dregur hún saman framangreinda tilskipun, sem byggð var á heimildum í breskum lögum um varnir gegn hryðjuverkum, glæpum og um öryggi frá 2001, mögulegri málsökun á hendur breska ríkinu fyrir alþjóðadómstólum og lögsögu Alþjóðadómstólsins í Haag vegna kyrrsetningar eigna af hálfu breskra stjórnvalda.

Að lokum vil ég nota tækifærið til þess að þakka öllu því góða fólki sem hefur komið að útgáfu Tímarits Lögréttsu, með einum eða öðrum hætti síðastliðin tíu ár, kærlega fyrir þeirra framtak. Það kom mér á óvart hversu margir það eru sem koma að útgáfu tímarits sem þessa og er mikil og óeigingjörn vinna að baki hvers árgangs sem komið hefur út. Háskólinn í Reykjavík má vera stoltur af þessu fólki sem og Tímariti Lögréttsu og því mikilvæga framlagi sem það gegnir í íslensku lagaumhverfi.



Bjarni Már Magnússon, Dr.
Lektor við lagadeild Háskólans í Reykjavík

NOKKRIR FARVEGIR FYRIR HAFRÉTTARDEILUR ÍSLANDS VIÐ ERLEND RÍKI OG ALÞJÓÐASTOFNANIR

INNGANGUR	10
LAUSN DEILUMÁLA	10
VALKVÆÐ MÁLSMEÐFERÐ	11
SKYLDUBUNDIN MÁLSMEÐFERÐ	12
VAL UM MÁLSMEÐFERÐ	12
VALFRJÁLSAR UNDANTEKNINGAR FRÁ GILDISSVIÐI 2. KAFLA XV. HLUTA	13
DEILUR ÍSLANDS VIÐ ERLEND RÍKI	13
MAKRÍLDEILAN	13
VIÐSKIPTAÞVINGANIR	15
HATTON ROCKALL MÁLIÐ	16
SVALBARÐADEILAN	17
FRÍDLÝSING ÍSLANDS FYRIR KJARNORKUVOPNUM OG BANN VIÐ UMFERÐ	
KJARNORKUKNÚINNA FARARTÆKJA	19
NIÐURSTAÐA	19

INNGANGUR

Markmið þessarar stuttu greinar er tvíþætt. Annars vegar að kynna með örstuttum hætti helstu grunnþætti er varða úrlausnir ágreiningsefna samkvæmt hafréttarsamningi Sameinuðu þjóðanna frá árinu 1982.¹ Auk þess verður athugað hvernig þrjú óútkljáð deilumál sem Ísland á aðild að gætu komið inn á borð alþjóðlegs dómstóls eða gerðardóms. Þær deilur sem skoðaðar verða eru Makrildéilan, Hatton-Rockall málið og Svalbarðadeilan. Jafnframt verður fjallað stuttlega um þau frumvörp sem lögð hafa verið fram á Alþingi í gegnum tíðina um friðlýsingu Íslands fyrir kjarnorkuvopnum og bann við umferð kjarnorkuknúinna farartækja og sýnt fram á hversu auðvelt er að stefna Íslandi fyrir alþjóðlegum dómstól vegna þeirra. Hvorki er ætlunin að fara ítarlega í þau málsatvik er búa að baki deilunum né er ætlunin að kafa í hugsanlega kröfugerð eða mögulegar málsástæður Íslands í þessum málum. Hér er fyrst og fremst verið að kynna hvernig ríki geta leyst deilumál sín á sviði hafréttar, skv. hafréttarsamningnum, einkum og sér í lagi Ísland.

LAUSN DEILUMÁLA

Hafréttarsamningur Sameinuðu þjóðanna frá 10. desember 1982 er einn merkilegasti þjóðréttarsamningur sem gerður hefur verið.² Hann er fyrsti og eini heildstæði samningurinn um málefni hafsins.

Samningurinn, sem samanstendur af 17 hlutum og níu viðaukum, inniheldur margar helstu meginreglurnar sem gilda um réttarstöðu hafsins, skv. þjóðarétti. Ákvæði samningsins eru bæði réttarskipandi og skapandi. Samningurinn óðlaðist gildi þann 16. nóvember 1994 og eru aðilar að samningnum þegar þessi orð eru skrifuð 165, þ.m.t. Evrópusambandið (ESB).³

Kafla samningsins um lausn deilumála er eitt framsæknasta skrefið sem stigið hefur verið í þjóðarétti síðustu áratugi. Haldið hefur verið fram að gildistaka hans sé að öllum líkindum mikilvægasti atburður fyrir úrlausn alþjóðlegra deilna síðan sáttmáli hinna sameinuðu þjóða og samþykktir milliríkjadómsins⁴ litu dagsins ljós.⁵ XV. hluti hafréttarsamningsins er tileinkaður lausn deilumála. Sá hluti inniheldur flókið kerfi sem samanstendur af hefðbundinni málsmeðferð, þar sem samþykki málsaðila fyrir henni er áskilið, sem og skyldubundinni málsmeðferð sem leiðir til bindandi niðurstöðu.⁶ Sveigjanleiki kerfisins, hversu heilstætt það er og hið bindandi eðli þess hefur verið lýst sem meginkostum þess.⁷ Kerfið þjónar því mikilvæga hlutverki að leysa deilur á alþjóðavettvangi á sviði hafréttar, þróa regluverk samningsins og halda einingu í túlkun og framkvæmd ríkja á samningnum.

Ein af grundvallarreglum þjóðaréttar birtist í 3. t.l. 2. gr. sáttmála hinna sameinuðu þjóða. Samkvæmt ákvæðinu skulu allir meðlimir „leysa milliríkjadeilur sínar á friðsamlegan hátt, þannig að

1 United Nations Convention on the Law of the Sea (opnaður til undirritunar 10 desember 1982, tók gildi 16 nóvember 1994) 1833 UNTS 396. Ísland gerðist aðili að samningnum 21. maí 1985, sbr. auglýsing í C-deild Stjórnartíðinda nr. 7/1985.

2 Sjá t.d. lokaræðu Tommy Koh, forseta þriðju hafréttarráðstefnunar. Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records Vol XVII, 193rd Meeting (United Nations 1984) 132.

3 „Chronological lists of ratifications of, accessions and successions to the Convention and the related Agreements as at 23 January 2013“

<http://www.un.org/depts/los/reference_files/

[chronological_lists_of_ratifications.htm#The United Nations Convention on the Law of the Sea](#) skoðað 10. febrúar 2013 (fullgildingarlisti).

4 Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice (staðfestur 26 júní 1945; óðlaðist gildi 24 október 1945) 1 UNTS xvi.

5 Alan Boyle, „Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction“ (1997) 46 ICLQ 37, 37.

6 Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (Cambridge University Press 2005) 29.

7 Sama heimild 25.

heimsfriði, öryggi og réttvísi sé ekki í hættu stofnað.“ Minnst er á ákvæðið í 279. gr. hafréttarsamningsins sem kveður á um eftirfarandi:

Aðildarríki skulu leysa deilumál sín á milli um túlkun eða beitingu samnings þessa á friðsamlegan hátt samkvæmt 2. gr., 3. tl., sáttmála Sameinuðu þjóðanna og skulu í þessu skyni leita lausnar með aðferðunum sem tilgreindar eru í 33. gr., 1. tl., sáttmálans.

Þær aðferðir sem tilgreindar eru í 1. tl. 33. gr. eru samningaumleitan, rannsókn, miðlun, sættargerð, gerðardómsmeðferð, dómsúrskurðir, afnot svæðisstofnana eða samninga, eða aðrar friðsamlegar aðferðir skv. eigin vali. Það kerfi sem komið var á fót með hafréttarsamningnum til að leysa úr deilum endurspeglar fjölbreytileika aðferða sem hægt er að beita til að binda enda deilur. XV. hluti samningsins samanstendur af þremur köflum. Sá fyrsti fjallar um frjálst val aðila til að leysa úr deilum sínum. Næsti fjallar um skyldubundna málsmeðferð sem leiðir til bindandi niðurstöðu. Sá þriðji fjallar um takmarkanir og undantekningar frá hlutanum um skyldubundna málmeðferð. Aðrir hlutar hafréttarsamningsins skipta einnig máli í þessu samhengi. Fimmti kafla XI. hluta samningsins fjallar um hafsbotnsdeild alþjóðlega hafréttardómsins; Fimmti viðauki við samninginn fjallar um sáttameðferð; Samþykkt alþjóðlega hafréttardómsins er að finna í sjötta viðauka; og sjöundi og áttundi viðauki við samninginn innhalda reglur um gerðardóma.

VALKVÆÐ MÁLSMEÐFERÐ

Áður en hægt er að notast við skyldubundna málsmeðferð sem leiðir til bindandi niðurstöðu, til að reyna leysa deilu, verða

ríki að hafa reynt að nota þær aðferðir sem fjallað er um í fyrsta kafla XV. hluta hafréttarsamningsins, sbr. 286. gr. Fyrsti kafla XV. hluta hefur að geyma ýmsar friðsamlegar aðferðir til að leysa úr deilum. Kaflinn undirstrikar áframhaldandi mikilvægi hefðbundina aðferða sem byggjast á gagnkvæmu samþykki aðila við að leysa úr deilum sem tengjast túlkun eða beitingu hafréttarsamningsins og endurspeglar þann sveigjanleika sem ríki njóta til að velja aðferðir við að leysa deilur sínar.⁸ 280. gr. samningsins endurspeglar mikilvægi samþykkis deiluaðila í þessu samhengi. Greinin kveður á um að „[e]kkert í þessum hluta skerðir rétt aðildarríkja til að koma sér hvenær sem er saman um að leysa deilumál sín á milli um túlkun eða beitingu samnings þessa með friðsamlegri aðferð að eigin vali.“ Tilgangurinn með reglunni er að gera það eins skýrt og hægt er að deiluaðilar ráða för þegar ákveða á málsmeðferðina við að leysa deiluna.⁹ Ríki geta hvenær sem er ákveðið að notast við aðra friðsamlega aðferð en kveðið er á um í XV. hluta til að leysa úr deilumálum sínum, jafnvel eftir að málmeðferð skv. honum er hafin.¹⁰

Sérstök áhersla er lögð á mikilvægi samningaviðræðna í fyrsta kafla XV. hluta. Kveðið er á um eftirfarandi í 1. tl. 283. gr: „Þegar deilumál kemur upp milli aðildarríkja um túlkun eða beitingu samnings þessa skulu aðilar deilumálsins byrja fljótt að skiptast á skoðunum um lausn þess með samningaumleitunum eða öðrum friðsamlegum aðferðum.“ Þessi skylda á við á hverju stigi deilunnar,¹¹ þangað til að leyst hefur verið úr henni og henni hrint í framkvæmd, sbr. 2. tl. 283. gr. Alþjóðlegi hafréttardómurinn hefur tekið þá afstöðu að skyldan til að reyna samningaleiðina sé uppfyllt þegar aðildarríki kemst að þeirri niðurstöðu að sáttaumleitanir skv. fyrsta

⁸ Sama heimild 31.

⁹ Satya Nandan & Louis Sohn (eds.) United Nations Convention on the Law of the Sea; A Commentary V. bindi

(Martinus Nijhoff 1989) 20.

¹⁰ Sama heimild 20-1.

¹¹ Sama heimild 29.

kafla XV. hluta samningsins hafa verið fullreyndar.¹² Sáttameðferð er önnur aðferð sem kvatt er til að nýtt sé áður en hin skyldubundna málsmeðferð er hafin, skv. 284. gr. Ríki geta einnig leyst úr deilum sínum utan regluverks hafréttarsamningsins, ef ákveðnum skilyrðum er mætt, sbr. 281. og 282. gr. hafréttarsamningsins.¹³

SKYLDUBUNDIN MÁLSMEÐFERÐ

Kaflinn um skyldubundna málsmeðferð sem leiðir til bindandi niðurstöðu hefst á eftirfarandi orðum:

Þegar ekki hefur náðst lausn með því að beita 1. kafla skal leggja deilumál um túlkun eða beitingu samnings þessa að beiðni aðila deilumálsins fyrir dómstólinn eða dóminn sem hefur lögsögu samkvæmt þessum kafla, samanber þó 3. kafla.¹⁴

Þessi orð marka nýtt upphaf í hafrétti. Þarna er kveðið á um að ef ekki hefur tekist að leysa úr deilu með hefðbundnum aðferðum sem byggja á samþykki aðila hefjist nýr kafla í deilunni sem deiluaðilum er skylt að fylgja og leiðir jafnframt til endanlegrar og bindandi niðurstöðu, sbr. 296. gr. samningsins. Mikilvægt er að átta sig á að í fullgildingu ríkis á hafréttarsamningnum felst samþykki þess að alþjóðlegur dómstóll geti almennt átt lögsögu í málum þar sem aðildarríki á í deilum við önnur aðildarríki í samræmi við annan kafla XV. hluta samningsins.¹⁵ Ríki getur því tekið þá ákvörðun einhliða að stefna öðru ríki fyrir alþjóðlegum dómstól. Þetta þýðir jafnframt að dómstóll getur

kveðið upp dóm án þess að ríkið sem er stefnt taki þátt í málsmeðferðinni.¹⁶ Þetta gerir það að verkum að hlutverk dómstóla og gerðardóma er sérstaklega mikilvægi í hafrétti.

VAL UM MÁLSMEÐFERÐ

Kerfið sem hafréttarsamningurinn setur á fót til að leysa úr deilum er ekki heildstætt. Ólíkt flestum slíkum kerfum inniheldur það sveigjanleika með tilliti til mögulegra lögsagna. Í 1. t. 287. gr. samningsins er kveðið á um eftirfarandi:

Þegar ríki undirritar, fullgildir eða gerist aðili að samningi þessum eða hvenær sem er eftir það skal því heimilt að velja með skriflegri yfirlýsingu eina eða fleiri eftirfarandi aðferða til lausnar deilumálum um túlkun eða beitingu samnings þessa:

- a) Alþjóðlega hafréttardóminn sem stofnaður er samkvæmt VI. viðauka;
- b) Alþjóðadómstólinn;
- c) gerðardóm sem skipaður er samkvæmt VII. viðauka;
- d) sérstakan gerðardóm sem skipaður er samkvæmt VIII. viðauka vegna eins eða fleiri af þargreindum flokkum deilumála.

Í 4. t. 287. gr. kemur skýrlega fram að „[e]f aðilar deilumáls hafa viðurkennt sömu málsmeðferðina til lausnar deilumálinu má það aðeins sæta þeirri málsmeðferð nema aðilarnir komi sér saman um annað.“ Aftur á móti „[e]f aðilar deilumáls hafa ekki viðurkennt sömu málsmeðferðina

12 Alþjóðlegi hafréttardómurinn hefur tekið þá afstöðu að skyldan til að reyna samningaleiðina sé uppfyllt þegar aðildarríki kemst að þeirri niðurstöðu að sáttaumleitunar skv. fyrsta kafla XV. hluta samningsins hafa verið fullreyndar. Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan) (Provisional Measures) (1999) ITLOS No. 3 & 4, 38 ILM 1624, 1633, mgr. 60-1; The MOX Plant Case (Ireland/United Kingdom) (Provisional Measures) (2001) ITLOS No. 10, 41 ILM 405, 414, mgr. 60; Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore) (Provisional Measures) (2003) ITLOS No. 12, 126 ILR

487, 499, mgr. 48.

13 Í þessum tilvikum getur verið að leiðirnar utan hafréttarsamningsins séu réttthæri. Klein (nmgr. 6) 23, sbr. Southern Bluefin Tuna Cases (Australia/Japan; New Zealand/Japan) (2000) (Arbitration Tribunal) (Award on Jurisdiction and Admissibility) 39 ILM 1359, 1391, mgr. 63 (Southern Bluefin Tuna Gerðardómur).

14 286. gr. hafréttarsamningsins.

15 Nandan & Sohn (nmgr. 9) 38.

16 Sama heimild 39.

til lausnar deilumálinu má aðeins leggja það í gerð samkvæmt VII. viðauka nema aðilarnir komi sér saman um annað“, sbr. 5. tl. 287. gr. Með svipuðum hætti er kveðið á um í 3. tl. sömu greinar að „[e]f aðildarríki er aðili deilumáls sem gildandi yfirlýsing tekur ekki til skal það talið hafa viðurkennt gerð samkvæmt VII. viðauka.“ Ísland hefur ekki gefið neina slíka yfirlýsingu og er því gerðardómur í samræmi við VII. viðauka sá vettvangur sem Íslandi yrði stefnt fyrir brot á hafréttarsamningnum eða ef Ísland myndi stefna öðrum aðildarríkjum samningsins án samkomulags um annað fyrirkomulag.

VALFRJÁLSAR UNDANTEKNINGAR FRÁ GILDISSVIÐI 2. KAFLA XV.

HLUTA

Sumar deilur hafa í gegnum tíðina verið flokkaðar sem of nátengdar grundvallar hagsmunum ríkja, sjálfstæði þeirra eða heiðri til að leyfa þriðja aðila að hlutast til um þær.¹⁷ Það ætti því ekki að koma á óvart að sumar tegundir af deilum eru undanskildar skyldubundinni málsmeðferð og að ríki geta með einhliða yfirlýsingu útilokað að ákveðnir viðkvæmir málaflókkar komi til kasta alþjóðlegra dómstóla eða gerðardóma. Vegna andstöðu við að leyfa fyrirvara við hafréttarsamninginn náðist samkomulag snemma í samningsferlinu, sem leiddi til gerðar hafréttarsamningsins, að nauðsynlegt væri að útbúa vel skilgreindan lista með deilum sem ríki gætu undanskilið frá skyldubundinni málsmeðferð með fyrirfram gefinni yfirlýsingu.¹⁸ Meðal þeirra deilna sem ríki geta undanskilið eru deilur um afmörkun hafsvæða á milli nágrannaríkja, deilur vegna hernaðaraðgerða og deilumál þar sem öryggisráð Sameinuðu þjóðanna framkvæmir störf sín sem því eru falin í sáttmála Sameinuðu þjóðanna, sbr. 1. tl. 298.

gr. hafréttarsamningsins. Auk þess verður að geta þess að a) liður 3. tl. 297. gr. felur í sér að deilumál viðvikjandi fullveldisréttindi strandríkja „að því er snertir hinar lífrænu auðlindir í efnahagslögsögunni eða beitingu þeirra, m.a. völdum sínum til að ákveða að vild sinni leyfilegan afla, nýtingargetu sína, úthlutun afgangssins til annarra ríkja og skilmálana og skilyrðin sem sett eru í lögum og reglum þess um verndun og stjórnun“ verða ekki leyst skv. öðrum kafla XV. hluta samningsins nema með samþykki viðkomandi strandríkis. Þessi regla hefur m.a. þýðingu í hinni svokölluðu makrildéilu.

DEILUR ÍSLANDS VIÐ ERLEND RÍKI

Ísland á í nokkrum deilum við erlend ríki á sviði hafréttar. Líkt og kom fram í inngangnum er ætlunin að athuga hvernig þessi mál gætu komið inn á borð alþjóðlegra dómstóla og gerðardóma. Ekki er ætlunin að fjalla ítarlega um málsatvik eða nákvæmlega hvernig málin yrðu lögð upp. Það réðist væntanlega af ýmsum þáttum.

MAKRILDEILAN

Makrildéilan snýst í grófum dráttum um tvennt. Annars vegar, ákvörðun um hlutdeild í kvóta á makríl, þ.e. hvernig skipta eigi heildarkvótanum á milli Íslands, Noregs, Færeyja og ESB.¹⁹ Hins vegar, hugsanlegar viðskiptaþvinganir ESB gagnvart Íslandi. Fjöldi deiluadila, þar af alþjóðastofnun og Danmörk sem fer með utanríkismál Færeyja, flækir málin.

Því hefur verið velt upp hvort fara eigi með makrildéiluna fyrir alþjóðlega hafréttardóminn eða gerðardóm.²⁰ Í þessu samhengi verður í megindráttum

¹⁷ Klein (nmg. 6) 9.

¹⁸ Nandan & Sohn (nmg. 9) 109.

¹⁹ Sjá Helgi Áss Grétarsson, „Um stjórn veiða á kolmuna og

makríl – Hver er réttarstaða Íslands í makrildéilunni?“ í Helgi Áss Grétarsson (ritstj.), *Rannsóknir í félagsvísindum XI – Lagadeild* (Félagsvísindastofnun Háskóla Íslands 2010) 28.

að skoða fjóra alþjóðasamninga; Samninginn um framkvæmd ákvæða hafréttarsamnings Sameinuðu þjóðanna frá 10. desember 1982 um verndun deilistofna og víðförulla fiskstofna og stjórnun veiða úr þeim (úthafsveiðisamninginn),²¹ hafréttarsamninginn, EES-samninginn²² og Marakess samninginn um stofnun Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar.²³ Allir deiluaðilar í Makríldeilunni eru aðilar að þessum samningum.

Áður en lengra er haldið er rétt að taka fram að makríll er deilistofn, þ.e. stofn sem heldur sig bæði innan og utan fiskveiðilögsögu ríkja²⁴ eins eða fleiri ríkja og á úthafinu. Til að gera langa og flókna sögu stutta þá er í 8. gr. úthafsveiðisamningsins kveðið á um að ríkjum beri að semja um hvernig hlutdeild í kvóta á deilistofnum skuli skipt. Ef það gengur ekki verður að leita annarra leiða til að ákvarða hlutdeild hvers ríkis.

Samkvæmt 30. gr. úthafsveiðisamningsins gilda reglur hafréttarsamningsins um úrlausn deilumála af þessum toga, þ.e. þegar ágreiningur rís um deilistofna. Eins og kom fram hér að framan eru skv. hafréttarsamningnum í megindráttum þrenns konar dómstólaleiðir sem koma til greina, þ.e. málssókn fyrir

Alþjóðadómstólum í Haag, alþjóðlega hafréttardómnum í Hamborg eða fyrir gerðardómi. Alþjóðadómstóllinn fjallar einvörðungu um deilumál milli ríkja, sbr. 1. tl. 34. gr. samþykktar milliríkjadómsins, sem gerir að verkum að ESB getur ekki átt aðild að málum fyrir honum.

Eins og kom fram hér að framan geta aðilar að hafréttarsamningnum valið fyrir hvaða dómstól þeir leysa deilur sínar með sérstakri fyrirfram gefinni yfirlýsingu. Ef aðili samningsins velur ekki einhverja dómstólaleið er sjálfkrafa hægt að stefna honum fyrir gerðardóm án samþykkis hans. Það á við um ESB, þ.e. unnt er að stefna ESB fyrir gerðardóm. Ef hins vegar á að höfða mál gegn ESB fyrir hafréttardómnum þyrfti ESB að samþykkja lögsögu dómstólsins, sbr. 4. og 5. tl. 287. gr. hafréttarsamningsins. Það sama á við um alla aðra aðila að deilunni.

Noregur og Danmörk hafa valið að leysa deilur sínar fyrir Alþjóðadómstólum.²⁵ Hins vegar vegna 5. tl. 287. gr. – sem kveður á um að „[e]f aðilar deilumáls hafa ekki viðurkennt sömu málsmeðferðina til lausnar deilumálinu má aðeins leggja það í gerð samkvæmt VII. viðauka nema aðilarnir komi sér saman um annað“ – gæti Ísland stefnt öllum aðilum málsins fyrir gerðardóm sem settur væri upp í samræmi við VII. viðauka við

20 Þorsteinn Pálsson, „Makríllinn og Evrópusambandið“ Fréttablaðið (Reykjavík 5. maí 2012) 18.

21 The United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (staðfestur 4. ágúst 1995; öðlaðist gildi 11. desember 2001) 2167 UNTS 3. Ísland fullgilti samninginn 14. febrúar 1997 sbr. auglýsing í C-deild Stjórnartíðinda nr. 8/1997 og 40/2001. Noregur fullgilti samninginn 30. desember 1996 og Danmörk og ESB gerðu slíkt hið sama 19. desember 2003. Fullgildingarlisti (nmgr. 3).

22 Agreement on the European Economic Area (staðfestur 2. maí 1992; öðlaðist gildi 1. janúar 1994) 1795 UNTS 4. Sjá fylgiskjal við lög nr. 2/1993 um evrópska efnahagssvæðið.

23 Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (staðfestur 15. apríl 1994, tók gildi 1. janúar 1995) 1867 UNTS 154. Ísland fullgilti samninginn 30. desember 1994, sbr. auglýsing í C-deild Stjórnartíðinda nr. 62/1995. Danmörk, ESB og Noregur hafa verið aðilar að samningnum frá því að hann tók gildi 1. janúar 1995. „Members and Observers“

<http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm> skoðað 11. febrúar 2013.

24 Fiskveiðilögsaga ríkja nær bæði til landhelginnar og efnahagslögsögunnar. Ríkja njóta fullveldisréttar, í samræmi við hafréttarsamninginn og reglur þjóðaréttar, í landhelginni. Landhelgin getur náð allt að 12 sjómílum frá grunnlinum (sjá 5.-14. gr. hafréttarsamningsins), sbr. 2. gr. samningsins. Efnahagslögsagan er svæði aðlægt landhelginni og skal ekki ná lengra en 200 sjómílur frá grunnlinum, sbr. 55. og 57. gr. samningsins. Ólíkt landhelginni njóta strandríki þar fullveldisréttinda en fara ekki með algert fullveldi þar, sbr. 58. gr. samningsins. Í tengslum við fiskveiðar skiptir mestu að í a) lið 1. tl. 56. gr. kemur fram að strandríki njóti í efnahagslögsögunni „fullveldisréttindi að því er varðar rannsóknir og hagnýtingu, verndun og stjórnun lífrænna sem ólífrænna náttúruauðlinda hafsins, sem liggur yfir hafsbotninum, og hafsbotnsins og botnlaga hans“.

25 Sameinuðu þjóðirnar, „Declarations and Statements“ <http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#> skoðað 7. febrúar 2013.

hafréttarsamninginn. Þó svo að Ísland gæti með einhliða hætti náð öllum deiluaðilum fyrir gerðardóm gæti fyrrnefndur a) liður 3. tl. 297. gr. flækt málin þar sem hann hamlar því að veiðar í efnahagslögsögu ríkja komi inn á borð alþjóðlegra dómstóla eða gerðardóma án samþykkis viðkomandi strandríkis. Það þýðir að eitt ríki getur komið í veg fyrir að fjallað verði um veiðar á makríl í sinni lögsögu. Slík ákvörðun myndi væntanlega leiða til þess að aðrir málsaðilar myndu svara í sömu mynt og neita að láta dóminn fjalla um veiðar á makríl í sinni lögsögu. Afleiðingin yrði væntanlega sú að hugsanlegt dómsmál heyrði sögunni til.

Ólíklegt er að leyst verði úr þessari deilu án aðkomu og samþykki allra aðila í einu og sama dómsmálinu vegna a) liðar 3. tl. 297. gr. Heppilegast væri að aðilar málsins kæmu sér saman um hvaða dómstól ætti að notast við ef sú leið yrði farin. Ef aðilar kæmu sér saman um hvaða dómstól ætti að notast við þyrfti að afmarka það úrlausnarmál sem dómstóllinn ætti að fjalla um, þ.e. kröfur aðila málsins. Rétt er að taka fram að ekkert í hafréttarsamningnum, úthafsveiðisamningnum eða samþykkt milliríkjadómsins kemur í veg fyrir að aðili máls fyrir alþjóðlegum dómstól eða gerðardómi geti farið fram á að dómurinn ákvarði hver kvóti deiluaðila eigi að vera eða skeri úr um hvernig leysa beri deiluna, ef sú óvenjulega staða kæmi upp að aðilar máls samþykktu að dómstóll tæki slíka ákvörðun. Hvernig dómurinn nálgast það úrlausnarefni færi töluvert eftir kröfugerð aðila. Rétt er að benda á að skv. 289. gr. hafréttarsamningsins getur dómstóll fengið

sérfróða aðila til að sitja í dómnum, dómurum til ráðleggingar en án atkvæðisréttar.²⁶ Auk þess má benda á að hægt er að setja fiskveiðideilur í svokallaða sérstaka gerð, skv. VIII viðauka hafréttarsamningsins, þar sem gerðardómendur, sem þurfa ekki að vera lögfræðingar heldur geta verið sérfræðingar á sviði fiskveiða, skera úr um ágreiningsefnin. Í þessu samhengi er tétt er að taka fram að alþjóðlegir dómstólar hafa talið sig fullfæra um að glíma við álítaefni sem tengjast flóknum vísindalegum og tæknilegum spurningum.²⁷ Þrátt fyrir að þessi leið sé fræðilega möguleg telur undirritaður að hún sé nokkuð fjarri pólitískum veruleika og ef notast verði við aðrar aðferðir en samningaviðræður sé líklega að notast verði við sáttaumleitan.

VIÐSKIPTAÞVINGANIR

Óháð því hvort að aðilar deilunnar næðu að koma sér saman um að leysa hana fyrir alþjóðlegum dómstól eða með einhverjum öðrum hætti getur komið til þess að Ísland þyrfti að verjast viðskiptaþvinganir ESB á íslenskar afurðir sem sett væri á í tengslum við makrildeliluna. Til að verjast slíkum aðgerðum væri hægt að biðja alþjóðlegan dómstól að grípa til svokallaðra bráðabirgðaráðstafana. Benda verður á að með slíkri bráðabirgðaráðstöfun getur dómurinn jafnframt skyldað deiluaðila til að takmarka veiðar sínar til að koma í veg fyrir alvarleg spjöll á makrilstofninum.

Skv. 31. gr. úthafsveiðisamningsins, sbr. 290. gr. hafréttarsamningsins, getur dómstóll eða dómur mælt fyrir um

²⁶ Greinin hljóðar svo: „Í deilumáli, sem snertir vísindaleg eða tæknileg efni, getur dómstóll eða dómur sem fer með lögsögu samkvæmt þessum kafla, að beiðni aðila eða sjálfkrafa, valið í samráði við aðilana eigi færri en tvo sérfróða menn um vísindi eða tækni, helst af viðeigandi skrá sem undirbúin er samkvæmt VIII. viðauka, 2. gr., til að starfa með dómstólnum eða dóminum en án atkvæðisréttar.“

²⁷ Southern Bluefin Tuna Gerðardómur (nmgr. 13) 1391, mgr. 65; Sjá einnig Court of Arbitration for the Delimitation of Maritime Areas between Canada and France: Decision in

Case Concerning Delimitation of Maritime Areas (Canada v. France) (Arbitration Tribunal) (1992) 31 ILM 1148, 1172, mgr. 81; Sama var upp á teningnum í Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriyah) (Judgement) [1982] ICJ Rep. 18 og Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh v. Myanmar) (Judgement) 2012 <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/1-C16_Judgment_14_02_2012.pdf> skoðað 11. febrúar 2013.

bráðabirgðaráðstafanir sem hann telur viðeigandi miðað við aðstæður til að vernda réttindi aðila deilumálsins eða til að koma í veg fyrir alvarleg spjöll á hafryminu meðan beðið er lokaúrskurðar. Við þá skoðun getur hann litið til annarra þjóðréttarsamninga sem ekki eru ósamrýmanlegir hafréttarsamningnum, sbr. 293. gr. hafréttarsamningsins.

Alþjóðlegur dómstóll gæti því litið til 5. gr. bókunar 9 við EES samningnum um viðskipti með fisk og aðrar sjávarafurðir sem hljóðar svo:

Samningsaðilar skulu gera nauðsynlegar ráðstafanir til að tryggja að öll fiskiskip, sem sigla undir fana annarra samningsaðila, hafi jafnan aðgang og þeirra eigin fiskiskip að höfnum og markaðsmannvirkjum vegna frumvinnslu ásamt öllum tækjum og aðstöðu sem þeim tengjast.

Þrátt fyrir ákvæði undanfarandi málsgreinar má samningsaðili hafna löndun á fiski úr fiskistofnum sem báðir aðilar hafa hagsmuni af að nýta og sem alvarlegur ágreiningur er um stjórnun á.

Hægt er að túlka ákvæðið á þann veg að af því leiði að aðildarríki ESB geta einvörðungu gripið til löndunarbanns á makríl gagnvart Íslandi en ekki gengið lengra en svo eins og málum er háttað í þessu tilfelli.²⁸ Jafnframt er líklegt að litið yrði til g) liðar 20. gr. GATT samkomulagsins²⁹ - sem er hluti af Marakess samningnum - í þessu efni en ákvæðið heimilar ríkjum m.a. að grípa til aðgerða til að vernda auðlindir sem til þurrðar geta gengið. Slíkar aðgerðir þurfi þó að uppfylla nokkur skilyrði. Þær megi ekki

vera framkvæmdar á þann hátt, að þær séu óréttlát og óréttlætlanleg mismunun milli ríkja, þar sem sömu aðstæður eru til staðar. Auk þess mega þær ekki vera hulin höft á alþjóðleg viðskipti.

Ef ESB ákveður að beita viðskiptaþvingunum liggur beinast við að að íslensk stjórnvöld geri þá kröfu á grundvelli 5. gr. bókunar 9 við EES samninginn að dómstóllinn fyrirskipi ESB að hætta við eða grípa ekki til fyrirhugaðra viðskiptaþvingana hvernig svo sem leyst verði úr deilunni um skiptingu á makrillkvótanum.

HATTON ROCKALL MÁLIÐ

Eins og þekkt er deila Bretland, Danmörk (fyrir hönd Færeyja), Írland og Ísland um það hvernig eigi að afmarka landgrunnið³⁰ á milli ríkjanna á hinu svokallaða Hatton-Rockall svæði. Í tilfelli Íslands verður að hafa í huga að þrátt fyrir að meginregla hafréttarsamningsins sé að aðildarríki hans geti stefnt öðru aðildarríki með einhliða hætti fyrir alþjóðlegan dómstól eða gerðardóm geta önnur ríki ekki með einhliða hætti stefnt Íslandi fyrir alþjóðlegan dómstól til að útkljá deilur um Hatton-Rockall svæðið. Þar að auk getur Ísland ekki stefnt öðrum ríkjum fyrir slíkan dómstól með einhliða hætti. Stafar það af því Ísland gaf út sérstaka yfirlýsingu - er Ísland fullgilti samninginn 21. júní 1985 - í samræmi við a) lið i) liðar 1. tl. 298. gr. hafréttarsamningsins. Yfirlýsingin felur í sér að Ísland viðurkennir ekki bindandi málsmeðferð í málum er varða 83. gr. samningsins, en sú grein fjallar um afmörkun landgrunnsins milli ríkja með

28 Sölubann á tiltekna íslenskar fiskafurðir, sem dæmi, færi í bága við umrætt ákvæði.

29 General Agreement on Tariffs and Trade (staðfestur 30. október 1947, tók gildi 1. janúar 1948) 55 UNTS 194. Ísland varð aðili að samningnum 21. apríl 1968, sbr. auglýsing í C-deild Stjórnartíðinda nr. 8/1968.

30 Landgrunn hefur aðra merkingu í þjóðarétti en í vísindum. Hið lagalega landgrunn strandríkis hefst við endimörk landhelginnar. Skv. 1. tl. 76. gr. hafréttarsamningsins

tekur landgrunn strandríkis yfir „hafsbötn og botnlög neðansjávarsvæðanna sem ná utan landhelgi þess til allrar eðlilegrar framlengingar á landsvæði þess allt að ytri brún landgrunnssvæðisins eða allt að 200 sjómílum frá grunnlinunum sem viðátta landhelginnar er mæld frá þar sem ytri brún landgrunnssvæðisins nær ekki svo langt út.“ Þær reglur og málsmeðferð sem ríki þurfa að fylgja við kröfugerð til landgrunnsins eru útskýrð í 2. til 8. tl. 76. gr. og II viðauka við hafréttarsamninginn.

mótlægum eða aðlægum ströndum. Hatton-Rockall málið snýst einmitt um slíka afmörkun. Yfirlýsing Íslands hljóðaði svo:

*Upon depositing the instrument of ratification of the United Nations Convention on the Law of the Sea, the Permanent Representative of Iceland, on behalf of the Government of Iceland, declares that under article 298 of the Convention the right is reserved that any interpretation of article 83 shall be submitted to conciliation under Annex V, section 2, of the Convention.*³¹

Þegar ríki gefur yfirlýsingu af þessu tagi kemur hún jafnframt í veg fyrir að það ríki geti stefnt öðrum ríkjum í þeim málaflokki, þ.e. hún virkar í báðar áttir, sbr. 3. tl. 298. gr. hafréttarsamningsins. Ef að ríki hefur gefið slíka yfirlýsingu er hins vegar hægt að vísa ágreiningsmálinu í skyldubundna sáttameðferð í samræmi við 2. kafla V. viðauka við hafréttarsamninginn. Meginmunurinn á sáttameðferð og dómsmeðferð er að niðurstaða þeirrar fyrrnefndu er ekki lagalega bindandi líkt og dómsniðurstaða. Niðurstaðan í slíkri bindandi sáttmeðferð ætti hins vegar að hafa nokkuð þunga pólitíska vigt. Til að Hatton-Rockall málið verði leyst fyrir alþjóðlegum dómstól eða gerðardóm þyrfti Ísland að komast að samkomulagi um slíkt við önnur ríki eða afturkalla fyrrnefnda yfirlýsingu, sbr. 2. tl. 298. gr. hafréttarsamningsins.

SVALBARÐAÐEILAN

Svalbarði er eyjaklasi með fjórum stórum eyjum og mörgum smærri, samtals um 63 þúsund ferkílómetrar. Svalbarði nýtur nokkuð óvenjulegrar stöðu í þjóðarétti. Um landsvæðið gildir sérstakur samningur, svokallaður Svalbarðasamningur, frá 1920.³² Samningurinn um Svalbarða hefur að markmiði uppbyggingu eyjaklasans og friðsamlega nýtingu hans.³³ Hann kveður á um yfirráð Noregs yfir eyjaklasanum,³⁴ en frá þeirri meginreglu eru mikilvægar undantekningar, m.a. eiga ríkisborgarar allra aðildarríkja samningsins og skip þeirra sama rétt og Norðmenn til veiða á sjó og landi en Norðmönnum er heimilt að gripa til verndaraðgerða, sem verða þó að koma jafnt niður á borgurum aðildarríkjanna.³⁵ N orðmenn tóku sér 200 sjómílna efnahagslögsögu með lögum frá 17. nóvember 1976.³⁶ Ári síðar lýstu þeir yfir 200 sjómílna fiskverndarsvæði umhverfis Svalbarða með konunglegri tilskipun frá 3. júní 1977,³⁷ með heimild í lögumum frá 1976. Mörg ríki mótmæltu tilskipuninni frá 1977, m.a. Sovétríkin og Ísland auk þess sem Efnahagsbandalag Evrópu gerði slíkt hið sama.³⁸ Síðan þá hafa staðið deilur milli Noregs og ýmissa aðildarríkja Svalbarðasamningsins, m.a. Íslands, vegna þeirrar túlkunar Norðmanna að jafnrétti aðildarríkja samningsins til fiskveiða og námavinnslu nái aðeins til landhelginnar, sökum þess að aðeins er minnst á landhelgina í samningnum. Önnur ríki, svo sem Ísland, vilja hins vegar að samningurinn sé skýrður með hliðsjón af

³¹ Sjá nmgr. 2.

³² Treaty Concerning the Archipelago of Spitsbergen (staðfestur 9. febrúar 1920, óðlaðist gildi 14. ágúst 1925) 2 LNTS 7. Ísland fullgilti samninginn 31. maí 1994, sbr. auglýsing í C-deild Stjórnartíðinda nr. 31/1995. Heildstæðasta ritið um Svalbarðasamninginn er G. Ulfstein, *The Svalbard Treaty*. From Terra Nullius to Norwegian Sovereignty (Scandinavian University Press, 1995).

³³ Sjá formála Svalbarðasamningsins og 9. gr. hans.

³⁴ Sama heimild 1. gr.

³⁵ Sama heimild 2. gr.

³⁶ Sjá Lov om Norges økonomiske sone nr. 91 frá 17. desember 1976 með síðari breytingum.

³⁷ Sjá Forskrift om fiskevernsonen ved Svalbard nr. 06 frá 3. júní 1977 með síðari breytingum.

³⁸ Gunnar G. Schram, „Deilur um fiskverndarsvæðið við Svalbarða“ í Davíð Þór Björgvinsson (ritstj.), *Afmælisrit: Þór Vilhjálmsson sjötugur*, 9. júní 2000 (Orator 2000) 229.

þróun hafréttar síðan árið 1920 og telja að jafnréttisákvæði Svalbarðasamningsins ná til fiskverndarsvæðisins og landgrunnins á svæðinu.³⁹

Ísland gerðist aðili að Svalbarðasamningnum þann 30. maí 1994 og var hann fullgiltur degi síðar. Tilgangurinn með aðild að samningnum var að tryggja hlutdeild Íslands í aðgerðum sem fram færu á grundvelli hans.⁴⁰ Í flutningsræðu utanríkisráðherra til Alþingis um utanríkismál 1994 voru sett fram rök í málinu sem lýsa afstöðu Íslands í grófum dráttum.

Í 2. gr. Svalbarðasamningsins frá 1920 er kveðið skýrt og ótvírætt á um það að allir þegnar frá aðildarríkjum og skip þeirra skuli njóta sama réttar til veiða á eyjunum og í landhelgi þeirra. Með því að lýsa einhliða yfir fiskverndarsvæði Noregs og 200 sjómílna svæðis út frá Svalbarða hefur Noregur tekið sér vald, bæði til að setja þar fiskverndarreglur og úthluta veiðikvótum að eigin gæðþotta, án samráðs við samningsaðila ... Við teljum ótvírætt að alþjóðlegur dómstóll kæmist að þeirri niðurstöðu að jafnræðisregla 2. gr. Svalbarðasamningsins eigi að gilda á öllu þessu svæði.⁴¹

Þann 17. ágúst 2004 samþykkti ríkisstjórn Íslands að hefja undirbúning að því að vísa deilu Íslendinga og Norðmanna um síldveiðar á Svalbarðasvæðinu til Alþjóðadómstólsins í Haag. Morgunblaðið hafði eftir Halldóri Ásgrímssyni við það tækifæri að einhugur væri um málið innan ríkisstjórnarinnar. Jafnframt sagði Halldór að þó hafist yrði handa við undirbúning að málsókn væri brýnt að reyna til þrautar samningaleiðina við Norðmenn.⁴²

Rök Íslands byggja á sambærilegum rökum og fyrr, þ.e. að áður nefndar reglugerðir Norðmanna séu ekki byggðar á samningnum um Svalbarða frá 9. febrúar 1920 sem að mati íslenskra stjórnvalda er eini lagalegi grundvöllur fullveldisréttinda Noregs á hafsvæðum við Svalbarða. Í frétt í Morgunblaðinu frá því í apríl 2005 kom fram að stjórnvöldum hefði borist ítarleg álitserð frá erlendum sérfræðingi vegna undirbúnings málsóknarinnar.⁴³ Auk þess hafa íslensk stjórnvöld fundað með öðrum aðildarríkjum Svalbarðasamningsins. Lítið hefur heyrst af undirbúningi málshöfðunarinnar síðustu árin.

Ef til málshöfðunar kemur gæti Ísland stuðst við tvíhliða samning Íslands og Noregs frá árinu 1930 um lausn deilumála með friðsamlegum hætti til að byggja lögsögu í málinu.⁴⁴ Samkvæmt 1. gr. samningsins frá 1930 er hægt að skjóta deilum á milli ríkjanna til fasta alþjóðadómstólsins, þ.e. fyrirrennara alþjóðadómstólsins. Í greininni kemur m.a. fram:

Réttardeilum sem kunn að rísa á milli Íslands og Noregs sem hægt er að heimfæra undir einhverja þá tegund, sem nefndar eru í 36. gr. 2. málsgrein í reglugjörð um fasta alþjóðadómstólsins, skal svo framarlega sem ekki hefur tekizt að jafna deilurnar milli stjórnarfulltrúa ríkjanna vísað til úrlausnar fyrrnefnds dómstóls í samræmi við ákvæði reglugjörðarinnar...

Lítið er svo á að Alþjóðadómstóllinn hafi tekið við hlutverki fasta alþjóðadómstólsins. Birtist sá skilningur m.a. í 37. gr. samþykktar milliríkjasamningsins sem þarf að hafa í huga þegar samningur Íslands og Noregs frá 1930 er skýrður. Í greininni kemur

39 Deilumálum um samninginn eru gerð ítarleg skil í Robin Churchill og Geir Ulfstein. „The Disputed Maritime Zones around Svalbard“ í Myron H. Nordquist, Tómas H. Heiðar og John Norton Moore (ritstj.), *Changes in the Arctic Environment and the Law of the Sea* (Brill 2010) 551-93.

40 Óttar Pálsson og Stefán Már Stefánsson, *Fiskveiðireglur Íslands og Evrópusambandsins* (Bókafélag Orators 2003) 162.

41 Alþt. 1994-5, B-deild, 866-7.

42 „Einhugur um dómstólaleiðina í ríkisstjórn“ Morgunblaðið (Reykjavík 18. ágúst 2004) 4.

43 „Álitserð fengin frá erlendum sérfræðingi“ Morgunblaðið (Reykjavík 8. apríl 2005) 12.

44 Samningur um lausn deilumála með friðsamlegum hætti (staðfestur 27. júní 1930, gildistaka 6. febrúar 1932) sí 259.

eftirfarandi fram: „Nú er svo mælt í gildandi milliríkjasamningi, að mál skuli leggja til dómstóls, er þjóðabandalagið skyldi hafa sett á stofn, eða fasta milliríkjadómsins, og skal þá, ef aðilar að samþykktum þessum eiga hlut að máli, leggja það til milliríkjadómsins.“ Af þessu leiðir að lögsöguflækjur ættu ekki að vera fyrirstaða til að höfða mál gegn Noregi vegna Svalbarðasamningsins.

**FRIDLÝSING ÍSLANDS
FYRIR KJARNORKUVOPNUM
OG BANN VIÐ UMFERÐ
KJARNORKUKNÚINNA
FARARTÆKJA**

Um áratugaskeið hefur eitt af baráttumálum þeirra sem teljast lengst til vinstri vængs íslenskra stjórn mála verið að friðlýsa Ísland fyrir kjarnorkuvopnum. Fjórúmm sinnum hefur á Alþingi verið flutt tillaga til þingsályktunar um bann við geymslu og notkun kjarnorkuvopna á íslensku forráðasvæði.⁴⁵ Þar að auki hafa verið fluttar aðrar tillögur sem efninu tengjast, svo sem um kjarnorkuvopnalaus svæði á Norðurlöndum⁴⁶ og afvopnun á Norður-Atlantshafi.⁴⁷

Friðlýsing Íslands fyrir kjarnorkuvopnum var fyrst komið í frumvarpsbúning árið 1987.⁴⁸ Alloft síðan hafa verið flutt frumvörp sem innihalda sams konar ákvæði.⁴⁹ Allar þessar þingsályktunartillögur og lagafrumvörp hafa dagað uppi í meðförum Alþingis og ekki náð fram að ganga. Þau frumvörp sem lögð hafa verið fram hafa nær undantekningarlaust verið á skjön við meginreglu þjóðaréttar um siglingafrelsi, sem birtist á ýmsum stöðum í

hafréttarsamningnum. Taka má sem dæmi að þau frumvörp sem lögð hafa verið fram á síðustu árum hafa innihaldið ákvæði sem bannar kjarnorkuknúnum farartækjum alfarið að koma inn fyrir landhelgina þrátt fyrir að 23. gr. hafréttarsamningsins heimili siglingar slíkra skipa þar að uppfylltum ákveðnum skilyrðum. Þetta er einungis eitt dæmið af mörgum sem má taka úr þessum frumvörpum. Ef frumvarp af þessum toga næði fram að ganga, sem færi í bága við reglur hafréttarsamningsins um siglingafrelsi, getur hvaða ríki sem telur á sér brotið stefnt íslenska ríkinu án sérstaks samþykkis þess, fyrir alþjóðlegan gerðardóm.⁵⁰

NIÐURSTAÐA

Hér að framan hefur verið fjallað um það kerfi sem til staðar er í hafréttarsamningnum til að leysa úr deilum á alþjóðavettvangi. Eins hefur verið útskýrt hvernig það kerfi fellur að ýmsum deilum er Ísland á í við önnur ríki og ESB. Auk þess var fjallað um hvernig önnur ríki gætu dregið Ísland fyrir gerðardóm ef frumvörp er tálma siglingafrelsi í andstöðu við hafréttarsamninginn ná fram að ganga.

- Eins og fjallað hefur verið um hér að framan verður að teljast ólíklegt að makrildleilan fari fyrir alþjóðlegan dómstól eða gerðardóm vegna þeirra takmarkana sem eru innbyggðir í hafréttarsamningnum á lögsögu dómstóla til að takast á við fiskveiðistjórnun strandríkis í efnahglögsögu þess. Aftur á móti ef ESB leggur á einhvers konar

45 Sjá Alþt. 1975-1976, A-deild, bls. 1209; Alþt. 1978-1979, A-deild, bls. 121; Alþt. 1979-1980, A-deild, bls. 1858; Alþt. 1984-1985, A-deild, bls. 1383.

46 Sjá tillögu til þingsályktunar um skipan embættismannafndar til að fjalla um kjarnorkuvopnalaus svæði á Norðurlöndum. Alþt. 1986-7, A-deild, 962. Sjá nánar um hugmyndir um kjarnorkuvopnalaus svæði á Norðurlöndum í Þórður Ingvi Guðmundsson: Kjarnorkuvopnalaus svæði: Tillögur á vettvangi Sameinuðu þjóðanna og umræður á Norðurlöndum, (Öryggismálanefnd 1982) 37-88.

47 Sjá Alþt. 1981-2, A-deild, 749.

48 Alþt. 1986-1987, A-deild, bls. 3616.

49 Fjallað er með nokkuð ítarlegum hætti um þessi frumvörp í Bjarni Már Magnússon, „Friður og Fælingarmáttur: Er Hægt að friðlýsa Ísland fyrir kjarnorkuvopnum“ (2009) 59:2 Timarit lögfræðinga 123.

50 Rétt er að taka fram að í a) lið 1. tl. 297. gr. hafréttarsamningsins er sérstaklega áreitað að deilur um siglingafrelsi og –réttindi í efnahagslögsögunni skuli sæta skyldubundinni málsmeðferð annars kafla XV. hluta samningsins.

viðskiptaþvinganir á Ísland er mögulegt að fara fram á svokallað bráðabirgðagerð til að reyna stöðva aðgerðir ESB.

- Ísland getur hvorki stefnt öðrum ríkjum né verið stefnt fyrir alþjóðlegum dómstól til að afmarka landgrunnið á Hatton-Rockall svæðinu nema með samþykki annarra deiluaðila, eða Íslands, þar sem Ísland hefur gefið þar til gerða yfirlýsingu sem kemur í veg fyrir að dómstólar fjalli um afmörkun landgrunns Íslands við nágrannaríki þess.
- Varðandi Svalbarðadeiluna þá verður að teljast líklegra, ef Ísland stefnir Noregi, að Ísland noti tvíhliða samning Íslands og Noregs frá árinu 1930 en XV. kafla hafréttarsamningsins. Málið kæmi því inn á borð Alþjóðadómstólsins. Ef frumvarp sem hafa að geyma reglur sem tálma siglingafrelsi í andstöðu við hafréttarsamninginn verða að íslenskum lögum getur hvaða ríki sem telur á sér brotið stefnt íslenska ríkinu án samþykkis þess, fyrir alþjóðlegan gerðardóm.

Óvíst er hvort nokkurn tímann muni reyna á alþjóðlega dómstóla í þessum deilumálum. Sá möguleiki er þó fyrir hendi. Þessi möguleiki getur verið einn af þeim þáttum er þrýstir á aðila að binda enda á deilur sínar með öðrum hætti en dómstólaleiðinni. Að lokum er rétt að benda á að ákvörðun um það hvort mál sé höfðað veltur ekki einvörðungu á því hvort dómstóll geti átt lögsögu í tilteknu máli. Slík ákvörðun er samspil stjórnmála og lögfræði og veltur á aðstæðum hverju sinni.



Dr. Davíð Þór Björgvinsson¹

STAÐA DÓMA MANNRÉTTINDADÓMSTÓLS EVROPU Í ÍSLENSKUM LANDSRÉTTI

1. INNGANGUR	24
2. LÖGFESTING MANNRÉTTINDASÁTTMÁLA EVRÓPU	24
3. ÁKVÆÐI 2. GR. LAGA NR. 62/1994	25
4. GILDI DÓMA MANNRÉTTINDADÓMSTÓLS EVRÓPU AÐ ÞJÓÐARÉTTI	27
5. RÉTTARÁHRIF DÓMA MDE AÐ LANDSRÉTTI	29
5.1 Áhrif dóma MDE á gildi innlendra dómsúrlausna.	29
5.2 Skylda dómara MDE íslenska ríkið að landsrétti til að greiða kærendum bætur og málskostnað?	30
6. DÓMAR MDE SEM FORDÆMI	32
6.1 Ákvæði 46. gr. MSE og almennt fordæmisgildi dóma MDE	32
6.2 Staða dóma MDE sem fordæma fyrir öðrum dómstólum en íslenskum dómstólum	32
6.3 „Formleg“ staða dóma MDE sem fordæma í íslenskum rétti	33
6.4 Nánar um þýðingu dóma MDE – lögfræðileg og lagapólitísk rök	34
6.5 Vægi dóma MDE sem fordæma í reynd	38
6.6. Nánari lagapólitísk rök fyrir fordæmisgildi dóma og ákvarðana MDE	39
7. HELSTU NIÐURSTÖÐUR OG LOKAORÐ	40

¹ Höfundur er fyrrverandi dómari við Mannréttindadómstól Evrópu og prófessor við lagadeild Háskólans í Kaupmannahöfn og lagadeild Háskóla Íslands.

1. INNGANGUR

Hinn 11. júlí 2012 kvað Mannréttindadómstóll Evrópu (MDE) upp tvo dóma í málum gegn Íslandi. Í báðum málunum komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að íslenska ríkið hefði brotið gegn 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu (MSE) um vernd tjáningarfrelsis. Í dómunum er íslenska ríkinu gert að greiða tveimur íslenskum blaðamönnum (kærendum) skaðabætur og málskostnað.² Dómarnir leiddu til umræðu um stöðu dóma MDE í íslenskum landsrétti frá réttarheimildafræðilegu sjónarmiði. Af þeirri umræðu má ráða að hægt er að nálgast þetta efni á mismunandi hátt.³ Í þessari grein eru tekin til nánari skoðunar álitæfni sem varða stöðu dóma MDE að landsrétti.

Í greininni er lögð megináhersla á þýðingu og inntak 2. gr. laga nr. 62/1994 (MSEL) sem mælir svo fyrir að úrlausnir mannréttindanefndar Evrópu, Mannréttindadómstóls Evrópu og ráðherranefndar Evrópuráðsins séu ekki bindandi að íslenskum landsrétti. Nánar er leitast við að skýra þetta ákvæði og meta fræðilega og hagnýta þýðingu þess. Rökstudd er sú skoðun að hvernig sem ákvæðið er skilið hafi það mjög takmarkaða raunhæfa þýðingu þótt það geti eftir atvikum talist í

góðu samræmi við tveðliskenninguna sem jafnan er talin lýsa tengslum þjóðaréttar og landsréttar samkvæmt viðurkenndum fræðiviðhorfum í íslenskri lögfræði.

Að því er varðar þýðingu ákvarðana MDE, hvort sem það er í málum gegn Íslandi eða öðrum samningsríkjum, við skýringu og beitingu íslenskra laga við úrlausn sambærilegra álitamála fyrir íslenskum dómstólum, er í greininni rökstudd sú skoðun að dómur MDE hafi fordæmisgildi með sama fyrirvara um bindandi gildi og á við um innlendar dómsúrlausnir. Þannig sé jafnvel eðlilegast að orða það svo að þessar ákvarðanir séu í raun meðal réttarheimilda í íslenskum rétti rétt eins og innlendar dómsúrlausnir eru samkvæmt hefðbundnum fræðilegum sjónarmiði í íslenskri réttarheimildafræði taldar meðal réttarheimilda.

2. LÖGFESTING MANNRÉTTINDASÁTTMÁLA EVRÓPU

Mannréttindasáttmáli Evrópu var undirritaður af Íslands hálfu 4. nóvember 1950 og fullgiltur 19. júní 1953, sbr. auglýsingu í C-deild stjórnsýslisábyrgðinga no. 11 frá 9. febrúar 1954.⁴ Hann var lögfestur á Íslandi með

2 Sjá mál Bjarkar Eidsdóttur gegn Íslandi, (Kæra nr. 46443/09), dómur 10. júlí 2012 og mál Erlu Hlynisdóttur gegn Íslandi (Kæra nr. 43380, dómur 10. júlí 2012. Dómarnir eru einnig prentaðir í íslenskri þýðingu í ritinu Mannréttindadómstóll Evrópu 2012, 2. hefti (júlí – desember), bls. 36-77. Um dómana sem slíka er að öðru leyti ekki fjallað efnislega í þessari grein.

3 Sjá t.d. Róbert R. Spanó, „Hæstiréttur og Mannréttindadómstóll Evrópu“, sbr. <http://www.visir.is/haestirettur-og-mannrettindadomstoll-evropu/>

article/2012708299983; Hólmgeirs El. Flosason, „Af þögn fjölmiðla“, http://217.28.186.169/pressupennar/Lesa_adsent/af-thogn-fjolmiðla. Brynjar Nielsson, „Sjálhverfa og gaspur“, sbr. http://www.pressan.is/pressupennar/Lesa_Brynjar/sjalfhverfa-og-gaspur.

4 Ísland hefur einnig undirritað og fullgilt viðauka við sáttmálann, sbr. viðauka nr. 1, 4, 6, 7, 11 og 13 og jafnframt lögfest þá.

lögum nr. 62/1994 (MSEL).⁵ Eftir lögfestingu sáttmálans er ekki á því vafi lengur að einstaklingar og lögpersónur geta borið fyrir sig réttindi samkvæmt honum fyrir yfirvöldum og dómstólum á Íslandi. Fyrir lögfestinguna var um þetta deilt.

Í greinargerð sem fylgdi frumvarpi því er síðar varð að lögum nr. 62/1994 eru færð ýmis rök fyrir því að lögfesta sáttmálann.⁶ Fyrst er nefnt að lögfesting sé til þess fallin að styrkja vernd mannréttinda á Íslandi. Í öðru lagi er áréttáð að sum ákvæði sáttmálans væru ítarlegri en þau ákvæði stjórnarskrárinnar um vernd mannréttinda sem voru í gildi á þeim tíma er frumvarpið kom fram. Sáttmálinn myndi þannig stuðla að því að fyllt yrði í eyður sem taldar voru til staðar í íslenskum rétti. Í þriðja lagi yrði einstaklingum gert kleift að bera fyrir sig ákvæði sáttmálans og krefjast réttinda sér til handa á grundvelli ákvæða hans fyrir yfirvöldum og dómstólum á Íslandi. Þar með yrði einstaklingum skapaðar betri aðstæður til að tæma möguleg úrræði innanlands áður en málum yrði vísað til MDE.⁷ Í fjórða lagi voru tilfærð þau rök að lögfesting myndi styrkja vitund um og virðingu fyrir mannréttindum hjá dómurum, lögmönnum, yfirvöldum og meðal almennings, sem og löggjafanum við undirbúning og setningu

laga á öðrum sviðum. Í fimmta lagi var áréttáð að lögfesting væri í samræmi við almenna þróun í Evrópu og væri þannig til þess fallin að auka alþjóðlega tiltrú á vernd mannréttinda á Íslandi. Að síðustu var tilfært að lögfesting myndi hafa þau áhrif að íslenska stjórnarskráin yrði í auknum mæli skýrð til samræmis við sáttmálann, þar sem það ætti við.

Ennfremur, að því er snertir stöðu þjóðréttarsamninga, er í greinargerðinni áréttáð að meginreglan um tvíeðli gildi í íslenskum rétti og þess vegna hafi verið nauðsynlegt að lögfesta sáttmálann sérstaklega til að hann fengi fullt gildi að landsrétti og hefði bein réttaráhrif. Þá var lögð á það sérstök áhersla að sáttmálinn væri lögfestur sem almenn lög, en væri ekki ætlað að hafa stjórnarskrárgildi.⁸

3. ÁKVÆÐI 2. GR. LAGA NR. 62/1994

Í 2. gr. MSEL er, eins og rakið er í inngangi hér að framan, að finna ákvæði er varðar stöðu úrlausna stofnana Evrópuráðsins í íslenskum rétti. Þar segir að úrlausnir „mannréttindanefndar Evrópu, mannréttindadómstóls Evrópu og ráðherranefndar Evrópuráðsins séu ekki

5 Sáttmálinn var lögfestur þótt engin skylda sé til þess samkvæmt honum. Sjá t.d. mál. James o.fl. gegn Bretlandi (Kæra nr. 8793/79) frá 21. febrúar 1986 (84. málsgrein), þar sem kemur fram að sáttmálinn mæli ekki fyrir um skyldu samningsríkja til að lögfesta hann í landsrétti. Á hinn bóginn segir þar einnig, að ekkert ríki geti vísað til ákvæða landsréttar til að koma sér undan skuldbindingum samkvæmt sáttmálanum. Sjá einnig Rudolf Bernhardt, „The Convention and Domestic Law“ (1993), bls. 26. Þetta leiðir einnig af 46. gr. Vínarsamningsins um milliríkjasamninga frá 1969. Af þessum sökum standast tæpast athugasemdir Brynjars Nielssonar sem hann setti fram í grein sinni „Sjálhverfa og gaspur“ (http://www.pressan.is/pressupennar/Lesa_Brynjar/sjalfhverfa-og-gaspur), þar sem segir: „Þessar ágætu blaðakonur voru dæmdar til greiðslu skaðabóta á grundvelli 1. mgr. 15. gr. laga nr. 57/1956 um prentrétt vegna blaðagreina sem þær skrifuðu í eigin nafni um nafngreinda menn. Samkvæmt því ákvæði var skýrt að blaðamenn bæru ábyrgð þótt ærumeiðandi ummæli væru höfð eftir öðrum. Mannréttindasáttmáli Evrópu var lögfestur hér á landi 19. maí 1994. Þau lög eru ekki æðri öðrum lögum hér á landi.“ Af þessu tilefni er vert að benda

á að Hæstiréttur getur ekki borið fyrir sig ákvæði 1. mgr. 15. gr. prentlaga til að sniðganga skuldbindingar samkvæmt mannréttindasáttmála Evrópu, eins og raunar fyrrnefndir dómur gegn Íslandi vitna skýrlega um. Að svo miklu leyti sem Hæstiréttur (eða héraðsdómur) kann að hafa talið að fyrrnefnd ákvæði prentlaga væru andstæð sáttmálanum, eða eftir atvikum beiting þeirra í þessum málum. Áttu þau að vikja þótt ekki væri nema vegna reglunnar um *lex posterior* enda eru lög nr. 62/1994, sem lögfesta sáttmálann, yngri en umrædd ákvæði prentlaga. Þannig fær tæpast staðist sú túlkun Brynjars að niðurstaða íslenskra dómstóla í umræddum málum hafi verið óhjákvæmileg vegna ákvæða hinna íslensku prentlaga.

6 Alþingistiðindi A 1992–1993, þingskjal nr. 1160, bls. 5847–5939 (einkum bls. 5891–5892). Sjá einnig Ragnhildi Helgadóttur (2006), bls. 236–244.

7 Fyrir 1998 einnig mannréttindanefndar Evrópu.

8 Alþingistiðindi A 1992–1993, þingskjal nr. 1160, bls. 5847–5939, einkum bls. 5890. Sjá einnig Björgu Thorarensen, „Staða og áhrif mannréttindasamninga Sameinuðu þjóðanna í íslenskum rétti.“ (2009), bls. 345–347 og eftir sama höfund Stjórnskipunarrettur – Mannréttindi (2008), bls. 88–89.

bindandi að íslenskum landsrétti.⁹

Af greinargerðinni sem fylgdi frumvarpi því er síðar varð að lögum nr. 62/1994 verður ráðið að höfundar hennar hafa hér í huga tvíeðliskenninguna (dualism) um tengsl þjóðaréttar og landsréttar. Kenningin gengur út á að þjóðaréttur og landsréttur séu aðskilin kerfi réttareglna og að reglur þjóðaréttar verði ekki hluti landsréttar nema sérstakar ráðstafanir séu gerðar til að innleiða þær í landsrétt.¹⁰ Sú afstaða höfunda frumvarpsins er einnig í samræmi við sjónarmið sem fram koma hjá Ármanni Snævarr í riti hans *Almenn lögfræði*, en líklega hefur ekkert rit haft meiri áhrif á íslenska samtímalögfræði og lagahugsun.¹¹ Lærisveinar Ármanns í hópi fræðimanna í lögfræði virðast sammála honum um þýðingu kenningarinnar hér á landi og vísa þá gjarnan til meistarans sjálfs og síðan hver til annars skoðun sinni til stuðnings, án þess þó að hafa að öðru leyti nákvæmlega rannsakað það sjálfstætt hvort og að hvaða marki kenningunni er stranglega fylgt í dómaframkvæmd á Íslandi.¹² Er þess að geta í því sambandi að

hið rétta er að dómaframkvæmd sýnir að Hæstiréttur Íslands hefur oft reynt á þanþol kenningarinnar til hins itrasta og stundum gengið lengra í að gefa þjóðréttarreglum gildi að landsrétti en þanþolið leyfir þótt sami dómstóll hafi í mörgum öðrum dómum talið kenninguna eiga við á Íslandi.¹³ En það er önnur saga.

Hér skiptir meira máli að í athugasemdunum við 2. gr. birtist raunar sú afstaða að þrátt fyrir lögfestingu sáttmálans sé ennþá byggt á grunnreglunni um tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar að því er varðar gildi úrlausna þeirra stofnana sem sáttmálinn setur á fót að landsrétti. Orðalag 2. gr. og athugasemdir í greinargerð verða vart túlkaðar á annan veg en að markmið löggjafans hafi verið, að því er varðar úrlausnir nefndra stofnana Evrópuráðsins, að halda sig innan ramma tvíeðliskenningarinnar, hvað sem tautar og raular.

Margt annað mikilvægt kemur fram um 2. gr. MSEL í athugasemdum við frumvarpið greininni til frekari skýringar og um sumt er það óskýrt. Hefur sá óskýrleiki einnig

9 Þótt ákvæðið vísi til úrlausna mannréttindanefndar Evrópu, mannréttindadómstóls Evrópu og ráðherranefndar Evrópuráðsins er í þessari grein nánast eingöngu fjallað um dóma, einkum dóma sem kveða á um að ríki hafi brotið gegn sáttmálanum og kæranda dæmdar bætur.

10 Meðal grundvallarverka um sögulegan og heimspekilegan grundvöll tvíeðliskenningarinnar eru t.d. Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeldt 1899; eftir sama höfund, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, (1923); OPPENHEIM, *Lassa, International Law* (1962) bls. 35-47 og Fitzmaurice, Gerald, „The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law“ (1957), bls. 1 og áfram.

11 Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði* (1989), bls. 262–263.

12 Sjá hér til viðbótar við fyrrgreinda tilvísun í Ármann Snævarr: Stefán Már Stefánsson: „Um þörf á lögfestingu þjóðréttarsamninga?“ (1989), bls. 3; einnig eftir sama höfund; Evrópusambandið og Evrópska efnahagsvæðið (2000), bls. 78; Dóra Guðmundsdóttir, „Um lögtöku mannréttindasáttmála Evrópu og beitingu í íslenskum rétti“, (1994), bls. 156–157; Guðrún Gauksdóttir, „Iceland“, (2001), einkum bls. 400–401; Sigurður Lindal: *Þjóðréttarreglur I* (2003), bls. 10; Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi* (1999), bls. 15. Sjá einnig: Árni Kolbeinsson, Stefán Már Stefánsson og Jón Steinar Gunnlaugsson: *Skýrsla um lögleiðingu EES-gerða* (1998), bls. 11–12. Einnig: Jón Steinar Gunnlaugsson, *Um fordæmi og valdmörk dómstóla* (2003), bls. 129. Björg Thorarensen: „Staða og áhrif mannréttindasamninga þjóðanna að íslenskum rétti“

(2009), bls. 343 og eftir sama höfund: Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi, (2008), bls. 85. Þóris Ingdóttir, „Innleiðing helstu sáttmála á sviði alþjóðlegs refsiréttar: Sáttmáli um ráðstafanir gegn og refsingar fyrir höp morð frá 1948, Gefnarsamningar frá 1949, ásamt viðaukum frá 1977 og Rómarsamþykkt um alþjóðlega sakamáldómstólinn frá 1998.“ (2007), bls. 622; Guðrún Gauksdóttir og Þóris Ingdóttir, „Compliance with the Views of the UN Human Rights Committee and the judgments of the European Court of Human Rights“ (2011), bls. 513-514. Ennfremur greinargerð með frumvarpi til laga nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu. Alþingistiðindi A 1992–1993, skjal nr. 1160, bls. 5847-5939 (einkum bls. 5879-5880) og frumvarp til stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995. Í almennum athugasemdum við frumvarpið er kafli um gildi þjóðréttarsamninga, einkum á sviði mannréttinda, að landsrétti. Þar segir m.a.: „Það leiðir af þeim viðhorfum sem lögð eru til grundvallar hér á landi um tvíeðli þjóðaréttar og landsréttar að þjóðréttarsamningar teljast ekki sjálfkrafa hluti af landsrétti. Ákvæðum þeirra verður því ekki beitt af íslenskum dómstólum nema þau hafi verið sérstaklega leidd í lög.“ Sjá Alþingistiðindi. A 1994 (þskj. 389), bls. 2080.

13 Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*. (2008) einkum bls. 275-284. Sem dæmi um dóma má nefna H 120/1989, H 494/1991, H 211/1992 og H 472/1998. Þessa dóma, einkum H 494/1991, má túlka þannig að þeir veiti ólögfestum þjóðréttarreglum ríkari réttaráhrif að landsrétti en rúmast innan tvíeðliskenningarinnar.

ratað inn í dóma Hæstaréttar Íslands eins og nánar er rökstutt í 6.3 og 6.4 hér á eftir. Ástæðan er sú að í greinargerðinni er ekki gerður nægilega skýr greinarmunur á tveimur aðskildum álitamálum að því er varðar stöðu dóma MDE að landsrétti. Annars vegar á mögulegum réttaráhrifum dóma gegn Íslandi að landsrétti og hins vegar á gildi dóma MDE, hvort sem þeir dómur eru gegn Íslandi eða öðrum löndum, sem fordæma þegar íslenskir dómstólar fá sambærileg álitamál til úrlausnar. Að því er fyrra atriðið varðar er einnig um tvö aðskilin álitamál að ræða. Hið fyrra lýtur að áframhaldandi gildi hinna íslensku dóma (eða innlendu ákvarðana) sem Mannréttindadómstóllinn segir andstæða sáttmálanum. Hin síðari lýtur að því hvort dómur MDE, sem mælir fyrir um skyldu ríkisins til greiðslu skaðabóta til handa þolanda brots, er bindandi að landsrétti í þeim skilningi að íslenska ríkið sé bundið að landsrétti til að framfylgja honum með því að greiða kæranda bætur. Tengt því álitamáli er m.a. hvort slíkir dómur séu fullnustuhæfir á Íslandi. Í framhaldinu verður fjallað um hvert atriði fyrir sig.

Fyrst er þó nauðsynlegt að gera nokkra grein fyrir gildi dóma MDE að þjóðarétti því þrátt fyrir tvíeðliskenninguna hefur þjóðréttargildi dómanna í reynd margvíslega þýðingu fyrir álitamál um stöðu þeirra að landsrétti.

4. GILDI DÓMA MANNRÉTTINDADÓMSTÓLS EVRÓPU AÐ ÞJÓÐARÉTTI

Í l. mgr. 46. gr. MSE er ákvæði sem ber yfirskriftina „[b]indandi áhrif dóma og fullnusta þeirra“. Segir þar í l. mgr. að samningsaðilar heiti því að hlíta endanlegum dómi dómstólsins í hverju því máli sem þeir

eru aðilar að. Þá segir að endanlegur dómur dómstólsins skuli fenginn ráðherraefnd Evrópuráðsins sem hafi umsjón með fullnustu hans. Dómstóllinn hefur túlkað ákvæðið þannig að ákvæðið skuldbindi ekki aðeins ríkið til að greiða bætur hafi þær verið dæmdar, heldur einnig, undir eftirliti ráðherraefndarinnar, til að grípa til annarra ráðstafana að landsrétti til að stöðva brot eða eftir atvikum koma í veg fyrir endurtekin brot.¹⁴

Samkvæmt þessu fer ekki á milli mála að dómur MDE eru bindandi að þjóðarétti. Þetta merkir m.a. að íslenska ríkið hefur skuldbundið sig að þjóðarétti til að greiða skaðabætur og kostnað til þolanda brots mæli endanlegur dómur MDE fyrir um það, eins og gert er í fyrrgreindum dómum gegn Íslandi. Skýrara getur þetta tæpast verið. Annað mál er hvort og hvaða úrræðum, landsréttarlegum eða þjóðréttarlegum, verður beitt til að knýja á um greiðslu þverskallist íslensk yfirvöld við að fara að þessum skuldbindingum sínum.

Hæstiréttur Íslands hefur fjallað um álitamál sem varða skuldbindingar þær sem í 46. gr. MSE felast. Reyndi þar á hvort íslenska ríkinu beri að tryggja rétt kæranda til endurupptöku máls ef, samkvæmt endanlegum dómi MDE, réttur hans til réttlátrar málsmeðferðar hefur verið brotinn, sbr. H 604/2008 frá 18. júní 2009. Nánar eru atvik þau að í dómi í máli *Péturs Þórs Sigurðssonar* gegn Íslandi¹⁵ komst MDE að þeirri niðurstöðu að með málmeðferð sinni í H 210/1996 frá 25. apríl 1997 hefði Hæstiréttur brotið gegn rétti kæranda samkvæmt 6. gr. MSE til að fá skorið úr máli fyrir sjálfstæðum og óvilhóllum dómstól og þar með á rétti hans til réttlátrar málsmeðferðar. Í fyrrnefndu máli H 604/2008 hélt áfrýjandi (kærandi fyrir MDE) því fram að með því að hlutast ekki til um lagabreytingar sem gerðu

¹⁴ Sjá t.d. mál *Scozzari and Giunta* gegn Ítalíu [Yfirdeild], (kæru nr. 39221/98 og 41963/98, 249. málsgrein, dómur 13. júlí 2000.

¹⁵ Pétur Þór Sigurðsson gegn Íslandi (kæra nr. 39731/98) frá 10. apríl 2003.

honum kleift að fá málið endurupptekið fyrir íslenskum dómstólum hafi ríkið sýnt af sér háttsemi sem væri saknæm í skilningi almennra skaðabótareglna. Ennfremur hafi ríkið verið skaðabótabótaskyldt gagnvart honum á hlutlægum grundvelli þar sem um hafi verið að ræða skerðingu stjórnarskrárvarinna réttinda. Um þessa málsástæðu segir Hæstiréttur:

Af sáttmálanum verður ekki leidd sú regla, að aðildarríki hans séu skuldbundin til að rétta hlut kæranda á annan hátt en með greiðslu þeirra bóta [og málskostnað] sem mannréttindadómstóllinn kann að ákvarða kæranda í hverju tilviki. Verður því ekki séð, að íslenska ríkið hafi með aðild sinni að mannréttinasáttmála Evrópu undirgengist þá þjóðréttarlegu skuldbindingu að tryggja þeim sem mannréttindadómstóllinn telur brotið gegn rétt til að fá dómsmál fyrir íslenskum dómstólum endurupptekið. Tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins 19. janúar 2000 til aðildarríkja nr. R (2000) 2 um endurskoðun eða endurupptöku vissra mála fyrir innlendum dómstólum í framhaldi af dómum mannréttindadómstóls Evrópu fela ekki í sér slíka skuldbindingu fyrir íslenska ríkið að þjóðarétti.

Eins og fram kemur hér að framan verður af dómaframkvæmd MDE ráðið að skuldbinding ríkis samkvæmt 46. gr. MSE er viðtækari en að greiða bætur [og málskostnað] sem MDE kann að hafa dæmt ríkið til að greiða kæranda. Þess vegna er röng sú fullyrðing sem fram kemur í fyrsta málslið þessarar tilvísunar, að ríki séu ekki skuldbundin til að rétta hlut kæranda á annan hátt, því í 46. gr. felst einnig skylda til að grípa til annarra ráðstafana að landsrétti til að stöðva brot eða eftir atvikum koma í veg fyrir endurtekin brot. Ennfremur er, að því er þetta atriði varðar, bent á að tekið er

fram í þriðja lið í inngangi nefndra tilmæla Evrópuráðsins að í 46. gr. felist skuldbinding um að ríki grípi til almennra ráðstafana sem miða að því að þolandi brots verði, svo sem kostur er á, eins settur og ef brot hefði ekki átt sér stað (*restitutio in integrum*).

Á hinn bóginn er, svo langt sem það nær, líklega rétt hjá Hæstarétti að ótvíræð þjóðréttarleg skuldbinding stendur ekki til þess að tryggja þeim sem mannréttindadómstóllinn telur hafa verið brotið gegn til að fá dómsmál fyrir íslenskum dómstólum endurupptekið (jafnvel þótt um sé að ræða brot á rétti til réttlátrar málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum og óvilhóllum dómstól). Þó getur tæplega farið milli mála að það er í bestu samræmi við þær skuldbindingar sem í sáttmálanum felast að gera einmitt lagabreytingar sem tryggja þetta. Þrennt veldur því. Í fyrsta lagi umrædd 46. gr. MSE, sem felur í sér viðtækari skyldur til að rétta hlut kæranda en að greiða dæmdar bætur. Í öðru lagi tilmæli Evrópuráðsins sem Hæstiréttur vísar til, því þótt tilmælin séu ekki skuldbindandi að þjóðarétti, þarf auðvitað gild lagapólitísk rök til að fara ekki eftir þeim. Í þriðja lagi dómaframkvæmd MDE. Að því er síðasttalda atriðið varðar er einkum vísað til dóms MDE í máli *Gençel* gegn *Tyrklandi* þar sem sett er fram það sem nefnt hefur verið *Gençel-reglan* (*la formule Gençel*) þar sem tekið er fram, að sú ráðstöfun sem best eigi við þegar um sé að ræða brot á rétti kæranda til að fá um mál sitt fjallað fyrir sjálfstæðum og óvilhöll, sé að gera kæranda kleift að fá mál sitt endurupptekið fyrir dómstól sem uppfyllir þessi skilyrði.¹⁶

Í tengslum við gildi dóma MDE að þjóðarétti má að síðustu geta þess að dómur eða ákvörðun MDE hefur einnig frá þjóðréttarlegu sjónarmiði *res judicata* áhrif að

¹⁶ Sbr. mál *Gençel* gegn *Tyrklandi* (kæra nr. 53431/99), 23 október 2003. Málsgrein 27 í dóminum hljóðar svo: «Lorsque la Cour conclut que la condamnation d'un requérant a été prononcée par un tribunal qui n'était pas indépendant et impartial au sens de l'article 6 § 1, elle estime qu'en principe

le redressement le plus approprié serait de faire rejurer le requérant en temps utile par un tribunal indépendant et impartial.»

Því er kæranda varðar þar sem hann getur ekki borið fram frekari kærur fyrir MDE varðandi sama mál eða sömu staðreyndir, né getur hann krafist frekari bóta eða kostnaðar umfram þær sem MDE hefur þegar dæmt. Sama á við um ákvarðanir dómstólsins um að vísa máli frá. Hafi dómstólinn vísað kæru frá getur kærandi ekki borið sama mál undir dómstólinn aftur.¹⁷

5. RÉTTARÁHRIF DÓMA MDE AÐ LANDSRÉTTI

Undir þessum lið koma, eins og fyrr greinir, til skoðunar tvö álitamál. Hið fyrra lýtur að áhrifum dóma MDE á gildi hinna íslensku dóma (eða annarra innlendra ákvarðana) sem Mannréttindadómstóllinn telur andstæða sáttmálanum. Hin síðari að því hvort dómur MDE sem mælir fyrir um skyldu ríkisins til að greiða kæranda skaðabætur og málskostnað þýði að íslenska ríkið sé bundið að landsrétti til að framfylgja honum með því að greiða kæranda bætur.

5.1 Áhrif dóma MDE á gildi innlendra dómsúrlausna.

Réttilega hefur verið bent á í umræðunni að MDE er ekki áfrýjunardómstóll sem getur fellt úr gildi dóma Hæstaréttar Íslands. Í athugasemdum í greinargerð með 2. gr. MSEL segir um þetta að ákvarðanir stofnana Evrópuráðsins geti ekki fellt úr gildi íslenska dóma eða íslenska löggjöf. Í umræddum dómum í málum íslensku blaðamannanna komst MDE að þeirri niðurstöðu að niðurstöður íslensku dómanna væru andstæðar sáttmálanum. Svo einkennilega sem það kann að hljóma standa þessir innlendu dómur því

lögformlega séð óhaggaðir eftir sem áður. Þessi skilningur á 2. gr. MSEL er í samræmi við athugasemdir í greinargerð þar sem segir að lögfesting sáttmálans breyti ekki sjálfkrafa stöðu úrlausna framangreindra stofnana Evrópuráðsins gagnvart landsrétti viðkomandi ríkis, enda feli þær aðeins í sér ákvörðun um það hvort ríki hafi brotið gegn skuldbindingum sínum samkvæmt sáttmálanum.¹⁸

Þetta hefur ekki aðeins fræðilega þýðingu, heldur einnig þá hagnýtu þýðingu, að krafa dómhafa á hendur dómþola um greiðslu bóta og málskostnaðar samkvæmt hinum innlendu dómum stendur óbreytt og þeir eru fullnustuhæfir ef dómþolar greiða ekki kröfuna. Að sama skapi, hafi bætur þegar verið greiddar samkvæmt þeim sem og málskostnaður, þá geta dómur MDE ekki verið grundvöllur að endurkröfu kæranda á hendur hinum innlendum dómhöfum. Þannig hafa dómur MDE m.ö.o. ekki þýðingu fyrir það réttarsamband aðila þessara íslensku dómsmála sem hinir íslensku dómstólar komu á með dómum sínum. Skiptir þá engu máli þótt þessir innlendu dómur hafi af MDE verið léttvægir fundnir sem andstæðir þeim þjóðréttarskuldbindingum til að virða tjáningarfrelsi sem í MSE felast. Þeir segja aðeins að íslenska ríkið hafi brotið á rétti kæranda samkvæmt sáttmálanum og að ríkið eigi að greiða þeim bætur vegna tjóns sem hinir innlendu dómur hafa valdið þeim og/eða þess miska sem þeir hafa mátt þola vegna þeirra, auk málskostnaðar. Þetta er m.a. staðfest í dómi MDE í máli *Erlu Hlynsdóttur* gegn Íslandi sem áður er vísað til. Í málinu hafði íslenska ríkið meðal annars andmælt kröfu kæranda um bætur á þeirri forsendu að kærandi hefði ekki greitt þær í reynd. MDE hafnaði þessari málsástæðu

¹⁷ Hér þó rétt að hafa þann fyrirvara að sé máli vísað frá af þeirri ástæðu að kærandi hafi ekki tæmt réttarúræði heimafyrir, sbr. 1. mgr. 35. gr. (1) MDE, getur kærandi borið málið að nýju undir dómstólinn þegar hann hefur tæmt þau, ef hann getur það yfirhöfuð (t.d. vegna þess að málshöfundunar- eða

áfrýjunarfrestir kunna að vera liðnir).

¹⁸ Alþingistiðindi A 1992–1993, þingskjal nr. 1160, bls. 5847–5939 (bls. 5880 og 5895). Á þessum skilningi virðist einnig vera byggt í H 604/2008 frá 18. júní 2009.

og dæmdi íslenska ríkið til að greiða kærandanum bætur. Um þetta segir í dómi MDE (78. málsgrein)

Tekið skal fram að dómurinn sem hér er upp kveðinn leiðir ekki sjálfkrafa til ógildingar á þeim fyrir mælum héraðsdóms að kærandi skuli greiða framangreindar fjárhæðir. Ennfremur má ráða af gögnum sem lögð hafa verið fyrir dóminn að [dómhafi] hafi engin áform um að gefa eftir kröfu sína á hendur henni.

Þótt hinir innlendu dómur hafi þannig áfram gildi að landsrétti en MDE dómarnir aðeins að þjóðarétti standa hinir fyrrnefndu tæplega mjög sterkir eftir sem áður sem fordæmi til eftirbreytni fyrir íslenska dómstóla ef sambærileg álitamál koma síðar til kasta þeirra. Miklu frekar verður að gera ráð fyrir að héraðsdómarar, og raunar einnig Hæstiréttur sjálfur, líti á þá sem víti til varnaðar. Er það í góðu samræmi við ákvæði 1. mgr. 46. gr. MSE sem MDE hefur, eins og fyrr segir, túlkað þannig að þau skuldbindi ekki aðeins ríkið til að greiða bætur og kostnað, heldur einnig, undir eftirliti ráðherranefndarinnar, til að grípa til annarra ráðstafana að landsrétti til að stöðva brot eða eftir atvikum koma í veg fyrir endurtekin brot. Líður í því er augljóslega að nota ekki sem fordæmi í síðari málum dóma sem hafa verið taldir fela í sér brot á sáttmálanum. Á hinn bóginn hljóta dómur MDE, af sömu ástæðu, að koma mjög sterklega til greina sem fyrirmynd (fordæmi), ef menn vilja forðast frekari leiðindi. Undirstrikar þetta, eins og að framan er getið, nauðsyn þess að gera skýran greinarmun fordæmisgildi dóma MDE annars vegar og réttaáhrifum þeirra á

gildi innlendra dómsúrlausna hins vegar. Nánar er rætt um dóma MDE sem fordæmi hér á eftir.

5.2 Skylda dómur MDE íslenska ríkið að landsrétti til að greiða kærendum bætur og málskostnað?

Áður hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að dómur MDE skuldbinda íslenska ríkið að þjóðarétti til að hlíta þeim. Þar með verður a.m.k. að líta svo á að íslenska ríkið hafi skuldbundið sig gagnvart öðrum samningsríkjum til að greiða kærendum dæmdar bætur sem og kostnað. Ísland hefur þannig skuldbundið sig gagnvart Rússlandi og Úkraínu, svo dæmi séu tekin, til að greiða íslensku kærundunum bæturnar og málskostnaðinn.

Í stuttu máli er staðan þessi. Skuldbinding Íslands að þjóðarétti gagnvart Rússlandi og Úkraínu (og 44 öðrum löndum) til að greiða kærendum bætur er ótvíræð og skýr. Aftur á móti, ef marka má orðalag 2. gr. og athugasemdir í greinargerðinni, lítur út fyrir að þótt þessir dómur bindi íslenska ríkið að þjóðarétti gagnvart öðrum samningsríkjum, þá sé íslenska ríkið ekki skuldbundið að landsrétti gagnvart kærendum sjálfum til að greiða bæturnar.

Þannig leiðir útfærsla tvíeðlis-kennningarinnar í 2. gr. laga nr. 62/1994 til þess að neiti íslenska ríkið að borga kærendum kemur upp sú sérkennilega staða, að íslenska ríkið hefur brotið þjóðréttarskuldbindingar sínar gagnvart Rússlandi og Úkraínu, en ekki strangt til tekið ef marka má orðalag 2. gr., á rétti kæranda samkvæmt landsrétti til að fá greitt, enda er sá réttur ekki til staðar

þrátt fyrir dóma MDE.¹⁹ Til að hnykkja á tvihyggjunnni enn frekar er sérstaklega tekið fram í greinargerðinni að 2. gr. þýði meðal annars að dómur MDE séu ekki aðfararhæfir á Íslandi. Þannig eru vegir kenningarinnar um tvíedli þjóðaréttar og landsréttar í útfærslu 2. gr. MSEL órannsakanlegir fyrir aðra en þá sem búa yfir lagaskilningi á pari við Njál á Bergþórshvoli.

Þótt þetta sé sérkennilegt getur þetta engu að síður mögulega staðist frá fræðilegu sjónarmiði og eins getur þetta verið heimspekilega eða pólitískt mikilvægt og áhugavert fyrir bókstafstrúarmenn í hópi tvihyggjusinna. Hagnýta lagalega þýðingu hefur þetta þó enga.

Í því sambandi má raunar fyrst spyrja hvort þetta sé í raun svo að dómarnir séu, þrátt fyrir 2. gr., ekki bindandi að landsrétti í þeim skilningi sem hér um ræðir? Þótt þetta virðist skýrt samkvæmt orðum 2. gr. er þetta er í raun mjög óskýrt þegar betur er að gáð. Er þá einkum höfð í huga sú staðreynd að þjóðréttarákvæðin í 46. gr. MSE um þjóðréttarlega bindandi gildi dóma MDE eru lögfest í íslenskum landsrétti. Ennfremur er vert að benda á að sérstaða MDE sem alþjóðlegs dómstóls byggist á kærurétti einstaklinga. Þannig segir í 34. gr. MSE, sem hefur lagagildi á

Íslandi, að dómstólnum sé heimilt að taka við kærum frá hvaða einstaklingi sem er, samtökum eða hópi einstaklinga sem halda því fram að samningsaðili hafi brotið á þeim réttindi þau sem lýst er í samningnum og samningsviðaukum við hann. Ennfremur er áréttað að samningsaðilar skuldbindi sig til að hindra ekki á nokkurn hátt raunhæfa beitingu þessa réttar. Þannig hafa öll ákvæðin um rétt einstaklinga til að kæra Ísland fyrir dómstólnum, skyldu ríkisins til að hindra þann rétt ekki á nokkurn hátt sem og þjóðréttarskyldan samkvæmt 46. gr. MSE til að greiða kærendum bætur og málskostnað (eða rétta hlut kæranda með öðrum hætti), einfaldlega verið lögfest á Íslandi. Rökrétt er því að álykta að það sé lögbundin skylda ríkisins samkvæmt *íslenskum lögum* að greiða kærendum bæturnar hvað sem liður 2. gr. MESL, því annars brýtur ríkið íslensk lög, auk þess að brjóta gegn þjóðréttarskuldbindingum sínum. Með lögfestingunni eru þessar þjóðréttarskyldur íslenska ríkisins einfaldlega hluti íslenskra laga. Má ætla að sú staðreynd muni a.m.k. duga kærendum til að fá aðfararhæfan dóm um kröfuna fyrir íslenskum dómstólum ef ríkið þverskallast við að borga og ekki er fallist á aðfarahæfi sjálfra dómanna frá MDE. Þegar af þessari ástæðu virðist það

19 Þannig virðist 2. gr. MSEL vera skilin í dómi Hæstaréttar í máli nr. 604/2008 frá 18. júní 2009 (sem fyrr er getið), þar sem segir: „Þegar virt er það sem að framan greinir um fjárhagsleg samskipti maka hæstaréttardómarans og Landsbanka Íslands í aðdraganda þess að Hæstiréttur lauk 25. apríl 1997 dómi á mál nr. 210/1996 og höfð er í huga aðkoma dómarans að því að greiða fyrir framangreindum skuldaskilum við Landsbankann, verður að leggja til grundvallar að hæstaréttardómaranum hafi samkvæmt 9. lið 6. gr. þágildandi laga um Hæstarétt Íslands nr. 75/1973 borið að vikja sæti við meðferð þess máls, sbr. og g. lið 5. gr. laga nr. 91/1991. / Við úrlausn þess álitaefnis hvort áfrýjandi geti að íslenskum lögum átt rétt til bóta vegna fjártjóns sem hann sannanlega kann að hafa beðið og rekja má til þess, að vanhæfur dómari tók þátt í meðferð máls hans fyrir Hæstarétti, er fyrst til þess að líta, að rétturinn til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur fyrir óháðum og

óhlutdrægum dómstóli er meðal þeirra hornsteina sem lýðfrjáls ríki byggja réttarskipan sína á, sbr. 70. gr. stjórnarskrár, sbr. 8. gr. stjórnarskipunarlaganna nr. 97/1995, og 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Þátttaka vanhæfs dómara í meðferð hæstaréttarmáls nr. 210/1996 fól því í sér gagnvart áfrýjanda brot á mikilvægum grundvallarréttindum.“ Þetta er nákvæmlega sama niðurstaðan og MDE hafði áður komist að, fyrir utan að sá dómur kveður ekki á um að 70. stjksr. hafi verið brotin. Þannig telur Hæstiréttur ástæðu til að kveða sjálfstætt á um að 6. gr. MSE hafi verið brotin þótt þegar lægi fyrir dómur MDE, sbr. nánar dóm í máli Péturs Pórs Sigurðssonar gegn Íslandi (kæra nr. 39731/98) frá 10. apríl 2003), um sama sakarerefni, þar sem komist var að sömu niðurstöðu með sambærilegum rökum. Að visu reyndi einnig á önnur atriði í þessum dómi Hæstaréttar, sem ekki skipta máli fyrir þessa grein.

ekki hafa neina hagnýta lagalega þýðingu þegar sagt er að dómur MDE séu ekki bindandi að landsrétti að þessu leyti, nema hugsanlega sem afsökun fyrir ríkið til að þumbast við að borga strax, þótt allir viti að það verður að gera það fyrir rest. Ríkið gæti þannig á grundvelli 2. gr. hugsanlega farið að ráðum Íslandsbersa í Guðsgjafarþulu sem sagði að aldrei ætti að borga reikning nema samkvæmt dómi Hæstaréttar.

Þótt þessari röksemd yrði hafnað af einhverjum ástæðum skiptir það líklega heldur engu máli í reynd, því að íslenska ríkið greiðir alltaf kærendum bætur og kostnað ef dómur MDE mælir svo fyrir um. Hvernig ætti annað að vera? Má þar með einu gilda fyrir kærendur hvort íslenska ríkið var til þessu skyldugt eingöngu samkvæmt þjóðarétti en ekki jafnframt samkvæmt landsrétti. Þannig hefur þetta ákvæði 2. gr. laga nr. 62/1994 að þessu leyti ekki haft neina hagnýta þýðingu hingað til og mun sennilega aldrei hafa.

6. DÓMAR MDE SEM FORDÆMI

6.1. Ákvæði 46. gr. MSE og almennt fordæmisgildi dóma MDE

Í handbók sem gefin er út af Evrópuráðinu er að finna þessa fullyrðingu (þýðing höfundar):

Texti sáttmálans verður ekki lesinn einn og sér án dóma [MDE]. Réttarkerfi sáttmálans lítur lögmaður fordæmisréttar [Common Law]. Dómar [MDE] skýra og túlka textann. Þeir eru bindandi fordæmi sem hafa sömu lagalegu stöðu og bindandi lagalegar reglur. Þetta merkir að um leið og sáttmálinn hefur verið fullgiltur, ber yfirvöldum í öllum ríkjunum, þ.m.t. þeim þar sem meginlandsréttur [Civil Law] ríkir, að líta á dóma dómstólsins sem bindandi lög.²⁰

Grundvöllur þessarar fullyrðingar er óljós, enda ekki vísað til neinna heimilda til að

renna stöðum undir hana. Ekki nægir að fullyrða þetta í handbók sem Evrópuráðið gefur út til að þetta geti talist bindandi þjóðréttarskuldbinding fyrir samningsríkin. Þjóðréttarlega séð er þessi fullyrðing einnig strangt til tekið röng, þótt finna megi henni stöð í normatífum pólitískum og stjórnskipulegum eineðliskeningum (monist) um stöðu þjóðaréttar í landsrétti og þótt raunveruleikinn kunni ef til vill að vera nálægt því að vera þessi þegar á reynir.

Hér að framan er vísað til 46. gr. MSE, en samkvæmt því ákvæði eru dómur MDE bindandi að þjóðrétti gagnvart því ríki sem þeir varða. Þetta merkir að endanlegur dómur í máli milli einstaklings A og ríkis B er bindandi að þjóðarétti *inter partes*, þ.e. milli aðila málsins. Dómurinn bindur þar með ekki aðra sem ekki eru aðilar að málinu, jafnvel þótt þeir kunni að reka algjörlega sambærilegt mál fyrir dómstólum gegn sama ríki. Þetta merkir að dómur MDE hafa ekki *erga omnes* áhrif frá formlegu sjónarmiði. Þetta hefur á hinn bóginn ekkert að gera með mögulegt gildi dóma MDE sem fordæma í sambærilegum málum fyrir dómstólum sjálfum eða fyrir dómstólum aðildarríkja þar sem reynir á túlkun réttinda sem sáttmálinn verndar. Hin sömu meginlög má gilda almennt um dóma almennra dómstóla aðildarríkja. Þeir eru í meginatriðum aðeins bindandi fyrir aðila máls. Allt annað mál er þýðing þeirra sem fordæma í landsrétti við úrlausn sambærilegra mála.

6.2 Staða dóma MDE sem fordæma fyrir

öðrum dómstólum en íslenskum dómstólum Fyrst má nefna að Mannréttindadómstóllinn vísar að sjálfsögðu til eigin fordæma í ríki mæli, svo ríkið að segja má að hann liti á eldri fordæma sem því sem næst bindandi í reynd. Nánast allir dómur dómstólsins, sem og ákvarðanir, vitna um þetta. Þar er nánast undantekingarlaust að finna fjölda tilvísana

²⁰ Macovei, Monica, Freedom of Expression. A guide to the implementation of Article 10 of the European Convention on

Human Rights. Human Rights. Handbook, No. 2, 2. ed. 2004, bls. 5.

til eldri dómsúrlausna og ákvarðana.

Þess eru þó dæmi að dómstóllinn víki frá eldri fordæmum, en þá er það stundum skýrlega tekið fram og rökstutt sérstaklega. Dæmi um þetta er *Bayatyan* gegn *Armeníu*.²¹ Þar segir m.a. í 98. málsgrein að það sé í þágu réttaröryggis, fyrirsjáanleika og jafnræðis fyrir lögum að dómstóllinn víki ekki, án gildra ástæðna, frá fyrri fordæmum sínum. Á hinn bóginn sé jafnframt mikilvægt að túlkun sáttmálans sé framsækinn svo hún standi ekki eðlilegri framþróun fyrir þrifum.²² Nauðsynlegt sé að túlkun sáttmálans sé þannig hagað að vernd réttinda samkvæmt honum sé raunhæf og virk.²³ Þá vísa aðrir alþjóðlegir dómstólar oft til dóma MDE. Má þar nefna Evrópu dómstóllinn í Lúxemborg²⁴ og EFTA-dómstóllinn.²⁵ Einnig vísa dómstólar landa, sem ekki eru aðilar að sáttmálanum, stundum til dóma MDE.²⁶

Dómstólar í þeim ríkjum sem eru aðilar að sáttmálanum vísa að sjálfsögðu iðulega til sáttmálans og dómaframkvæmdar MDE. Þannig lítur þýski stjórnlagadómstóllinn svo á að hann sé almennt bundinn af túlkun MDE

á sáttmálanum, með þeim takmörkunum þó að dómur MDE stríði ekki gegn þýsku stjórnarskránni.²⁷ Þá má geta þess að í 3. gr. mannréttindalaganna bresku (Human Rights Act) er staða laganna í landsrétti skilgreind. Segir þar að sett lög beri að túlka og gefa gildi að landsrétti á þann hátt að samræmist sáttmálanum.²⁸ Þetta hefur ekki verið skilið þannig að sáttmálinn gangi framur öðrum settum lögum, heldur verið talið fela í sér túlkunarreglu.²⁹ Hugsunin er sú að MSE, eins og hann er túlkaður af MDE, hafi leiðandi áhrif á túlkun og beitingu innlendra laga.

6.3 „Formleg“ staða dóma MDE sem fordæma í íslenskum rétti

Í greinargerð með frumvarpi til laga um mannréttindasáttmála Evrópu er m.a. tekið fram að það sé á valdi íslenskra dómstóla og stjórnvalda að skýra ákvæði mannréttindasáttmálans sjálfstætt, þar á meðal þau ákvæði sem ekki eru til dómafordæmi um.³⁰ Þegar haft er í huga samhengið sem þessi ummæli koma fram í,

21 *Bayatyan* gegn *Armeníu* (Kæra nr. 23459/03), dómur 7. júlí 2011.

22 Sjá einnig Vilho Eskelinen of fl. gegn *Finlandi* [Yfirdeild] (Kæra nr. 63235/00), málsgrein 56, dómur 19. apríl 2007. og *Micallef* gegn *Möltu* [Yfirdeild], nr. 17056/06, málsgrein 81, dómur 15. október 2009.

23 Sjá einnig til hliðsjónar t.d. *Stafford* gegn *Bretlandi* [Yfirdeild] (Kæra nr. 46295/99, málsgrein 68, dómur 28. maí 2002 og *Christine Goodwin* gegn *Bretlandi* [Yfirdeild], 28957/95, dómur frá 11. júlí 2002, 74. málsgrein.

24 Sjá nánar Francis Jacobs: „Interaction of the case-law of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice: Recent developments.“ *Dialogue between judges. Euroepan Court of Human Rights. Strasbourg 2005*, bls. 65-87 og Alan Rosas: „Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts.“ *The EFTA Court. Ten years on. Oxford and Portland 2005*, bls. 161-175.

25 Sjá t.d. mál E-8/97 TV-1000. EFTA Ct. Rep. 1998, bls. 68. Í þessum dómi vísar EFTA dómstóllinn til 10. gr. sáttmálans um tjáningarfrelsið sem og til dóms Mannréttindadómstólsins í *Handyside* gegn *Bretlandi* (kæra nr. 5493/72), dómur 7. desember 1976. Einnig mál E-2/02 *Bellona*. EFTA Ct. Rep. 2003; Mál E-2/03 *Ásgeir Logi Ásgeirsson* of. EFTA Ct. Rep. 2003 5. Sjá nánar Davíð Þór Björgvinsson: *EAA Law and Fundamental Rights*. (2007), bls 25-40.

26 Þannig hefur Hæstiréttur Bandaríkjanna vísað til dóma MDE, sbr. tilvísun til dóms Mannréttindadómstólsins í máli *Dudgeon* gegn *Bretlandi* í dómi í máli *Lawrence* gegn *Texas* (539 U.S. 558 (2003)). Þetta hefur að visu valdið fræðilegum

deilum þar í landi. Sjá nánar: Transcript of Discussion Between U.S. Supreme Court Justices Antonin Scalia and Stephen Breyer -- AU Washington College of Law, Jan. 13. Netsíða: <http://www.wcl.american.edu/secle/founders/2005/050113.cfm>.

27 Andreas L. Paulus, „Germany“, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement* (2009), bls. 233. Um þýsk viðhorf sjá einnig: Dagmar Richter, *Does International Jurisprudence Matter in Germany? The Federal Constitutional Court's New Doctrine of "Factual Precedent"* (2006), bls. 68 ff.; Rainer Hofman, „The German Federal Constitutional Court and Public International Law: New Decisions, New Approaches?“ (2004) bls. 13 ff. Í þessari grein er stjórnskipunardómstóll Þýskalands raunar gagnrýndur harðlega fyrir að vera ekki nægilega móttækilegur fyrir úrlausnum alþjóðlegra stofnana. Ennfremur Hans-Jürgen Papier, „Execution and Effect of the Judgements of the European Court of Human Rights from the Perspective of German National Courts“ (2006), bls. 1 – 4. og Jutta Limbach, „Inter-Jurisdictional Cooperation within the Future Scheme of Protection of Fundamental Rights in Europe“ (2009), bls. 333-337.

28 Human Rights Act (1998), Section 3.

29 Robert Blackburn, „The Effect of the ECHR on the Legal and Political Systems of Member States; United Kingdom“. (2001), bls. 962.

30 Alþingistiðindi A 1992–1993, þingskjal nr. 1160, bls. 5847-5939 (einkum bls. 5890–5891).

þar sem fjallað er um túlkun 2. gr. MSEL, má ætla að hér hafi höfundar frumvarpsins viljað koma á framfæri því að dómar MDE feli ekki í sér bindandi *fordæmi*. Þótt þessi ummæli í greinargerðinni séu skýr er þar engu að síður dregið svolitíð í land, enda jafnframt áréttað að þess sé þó tæplega að vænta, að úrlausnir um mikilvæg atriði verði í ríkum mæli byggðar á skýringum sem ekki eiga sér einhverja fyrirmynd eða bakhjarl í fræðilegri umfjöllun um ákvæði sáttmálans þótt íslenskum dómstólum og stjórnvöldum væri það vissulega heimilt.³¹ Í reynd verði að gera ráð fyrir að dómstólar og stjórnvöld á Íslandi hafi þessar úrlausnir til leiðsagnar við skýringu einstakra ákvæða laganna, þótt þær séu ekki bindandi.³² Í greinargerðinni er þannig tekið fram að raunar séu dæmi þess í íslenskum dómsúrlausnum að vísað sé um fyrirmyndir til skýringa Mannréttindanefndarinnar og Mannréttindadómstólsins á tilteknum ákvæðum sáttmálans.³³ Um þetta er nánar rætt hér á eftir.

Nokkrir dómar Hæstaréttar hafa einnig að geyma athugasemdir sem eru mjög í anda þessara athugasemda í greinargerðinni þar sem flöktað er á milli mismunandi leiða til að skilja 2. gr. MSEL. Þannig segir um 2. gr. í H 371/210 frá 22. september 2010:

Með ákvæði þessu hefur löggjafinn áréttað að þrátt fyrir lögfestingu sáttmálans sé enn byggt á grunnreglunni um tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar að því er varðar gildi úrlausna þeirra stofnana sem settar hafa verið á fót samkvæmt sáttmálanum. Þótt dómstólar líti til dóma mannréttindadómstólsins við skýringu sáttmálans þegar reynir á ákvæði hans sem hluta af íslenskum landsrétti, leiðir af þessari skipan að það er verkefni löggjafans að gera nauðsynlegar breytingar á landsrétti til að virða

*skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt mannréttindasáttmála Evrópu.*³⁴

Þetta er svolitíð óskýrt (og sumpart líklega rangt eins og síðar er gerð grein fyrir), því þótt áhersla á tvíhyggju geti leitt til að dómar MDE gegn Íslandi séu ekki bindandi í landsrétti (í þeim skilningi sem fjallað er um í kafla 5 hér að framan og eins og raunar er tekið skýrt fram í 2. gr. MSEL) þýðir það eitt og sér ekki að þessir dómar, hvort sem þeir eru í málum gegn Íslandi eða öðrum ríkjum, geti ekki haft ríkt fordæmisgildi þegar íslenskir dómstólar fjalla um sömu eða svipuð álitafæni. Hvað sem því líður, og hvort sem það verður röklega leitt af 2. gr. MSEL eða af öðrum viðurkenndum lagasjónarmiðum, er ljóst að í orðunum felst að Hæstiréttur lítur ekki á fordæmi MDE sem bindandi. Það kemur ekki á óvart. Fremur hefði öndverð niðurstaða komið verulega á óvart, og það jafnvel þótt 2. gr. MSEL væri ekki til, og í raun falið í sér stórtíðindi í íslenskri réttarheimildafraði.

6.4 Nánar um þýðingu dóma

MDE – lögfræðileg og lagapolítísk rök
Bollaleggingar í greinargerðinni um gildi úrlausna MDE sem fordæma, sem og nefndir dómar Hæstaréttar, gefa tilefni til margvíslegra athugasemda.

Fyrst skal nefnt að tilvitnaður dómur frá 2010 sýnist bera með sér að Hæstiréttur skilji 2. gr. MSEL fyrst og fremst þannig hún vísi til þess að dómar MDE séu ekki bindandi sem fordæmi. Þetta er skiljanlegt því í skýringum við 2. gr. MSEL í greinargerðinni er, eins og fyrr segir, ekki gerður nægilega skýr greinarmunur á mögulegum réttaráhrifum dóma gegn Íslandi að landsrétti annars vegar (sbr. umfjöllun hér að framan) og gildi dómanna almennt, hvort sem þeir

31 Sama heimild, bls. 5891.

32 Sama heimild, bls. 5890.

33 Sama heimild, bls. 5890.

34 Sjá einnig dóm Hæstaréttar frá 21. september 2005 í

máli nr. 248/2005. Ennfremur dóm Hæstaréttar í máli nr. 604/2008 frá 18. júní 2009, sem virðist vera byggður á sama skilningi og fram kemur í greinargerðinni, þótt þetta sé ekki alls kostar skýrt.

varða Ísland eða önnur lönd, sem fordæma hins vegar. Þótt síðari skilningurinn fái þannig nokkra stoð í greinargerðinni er þó engu að síður, sérstaklega vegna tilvísunar í tvíeðliskenninguna og þess að dómur í málum gegn Íslandi felli ekki hinar innlendu dómsúrlausnir úr gildi, rökrétt að líta svo á að sá fyrrnefndi sé í raun hinn rétti skilningur.

Í öðru lagi má nefna að fordæmi dómstóla eru ekki formlega bindandi samkvæmt íslenskum rétti, þótt almennt sé rétt í þágu fyrirsjáanleika, réttaröryggis og jafnræðis að gera ráð fyrir að dómstólar fylgi fordæmum, einkum lægri dómstólar fordæmum hinna æðri. Þetta er hin almennt viðurkennda fræðilega skoðun.³⁵ Þessi fræðiskoðun er staðfest í dómaframkvæmd, því við hefur borið að Hæstiréttur hafi gengið gegn skýrum og jafnvel nýlegum fordæmum sínum, sbr. t.d. 120/1989 frá 9. janúar 1990 og H 210/1998 frá 21. janúar 1999.³⁶ Munurinn á fræðiskoðunum um vægi fordæma liggur í mati á þeim skilyrðum sem þurfa að vera uppfyllt til þess að réttlæta frávik frá fyrri fordæmum. Eftir því sem þau skilyrði eru strangari eru fordæmin nær því að geta talist bindandi í reynd þótt þau séu það ekki í formlegum skilningi.

Þótt þetta fræðilega sjónarmið varði fyrst og fremst gildi úrlausna innlendra dómstóla er eðlilegt að gera ráð fyrir, og jafnvel enn frekar, að sama eigi almennt við um úrlausnir alþjóðlegra dómstóla, nema annað sé sérstaklega tekið fram í viðeigandi sáttmálum og í lögum, ef því er að skipta.³⁷ Þær eru sem sagt ekki formlega bindandi

sem fordæmi, ekki frekar en innlend dómfordæmi, nema annað sé sérstaklega ákveðið og dugir þá væntanlega ekkert minna til en lagasetning þar um, og jafnvel einnig stjórnarskrárbreyting svo ekki skapist hætta á ólöglegu framsali dómsvalds í hendur útlendingum. Af þessu leiðir m.a. að 2. gr. MESL er í raun með öllu óþörf ef hún er eingöngu skilin, eins og Hæstréttur virðist skilja hana í framangreindum dómi, þannig að hún vísi til gildis dóma MDE sem fordæma. Styður það út af fyrir sig með óbeinum hætti að 2. gr. MSEL vísi í raun aðallega til þess að dómarnir hafi ekki gildi í landsrétti í þeim skilningi sem rætt er um í 5. kafla hér að framan, en hafi í raun ekkert með almennt „fordæmisgildi“ þeirra að gera, eins og það hugtak er almennt skilið í íslenskri réttarheimildafræði.

Í þriðja lagi er tilefni til athugasemda við það höfundu frumvarpsins, sem og í dómi Hæstaréttar, við þá hugmynd, að íslenskir dómstólar geti túlkað ákvæði sáttmálans sjálfstætt eftir að þau hafa verið lögfest. Í fræðilegum skilningi er þessi hugmynd afsprengi tvíeðliskenningarinnar, einkum þess hluta hennar sem nefna má „umbreytingarkenninguna.“³⁸ Sú kenning felur í sér að með því að regla þjóðaréttar er lögfest hafi eðli hennar verið breytt, þannig að hún sé þar með ekki lengur þjóðréttarregla, heldur sé þá regla landsréttar, sem lýtur sömu lögmálum og aðrar reglur landsréttar. Af því leiði að dómstólar í viðkomandi landi hafi nokkuð frjálsar hendur varðandi túlkun þjóðréttarreglu sem hefur verið lögfest svo lengi sem þær túlkunaraðferðir

35 Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði*, (1989), bls. 216-218; Sigurður Lindal, *Um lög og lögfræði*, (2003), bls. 288-294; Skúli Magnússon, *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar* (2003), bls. 154. Sjá einnig Jón Steinar Gunnlaugsson, (2003), bls. 79- 83. Síðastnefndi höfundurinn kemst næst því að halda því fram að fordæmi séu í raun bindandi réttarheimildir, þar sem hann heldur því fram að frávik sé aðeins réttlætanlegt að komi hafi í ljós að fyrri dómur sé bersýnilega rangur eða þær réttarheimildir sem hann séreistur á hafi breyst.

36 Raunar eiga þessi dómur sameiginlegt að tilefni breytinganna voru úrlausnir alþjóðlegra stofnana sem ekki eru

bindandi að landsrétti. Þær hafa engu að síður þessi afdrifaríku áhrif. Sjá einnig Skúla Magnússon, *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar* (2003), bls. 121-123.

37 Sérstök sjónarmið koma til þó skoðunar í tengslum við EES-samninginn, sbr. 6. gr. hans, sbr. lög 2/1993, Um þetta verður ekki rætt frekar hér. Sjá nánar Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (2006), bls. 303-334.

38 Á ensku „doctrine of transformation“. Sjá t.d. CHARLESWORTH, Hilary og fleiri, „International Law and National Law: Fluid States“, (2005), bls. 1.

falla að viðurkenndum lagalegum aðferðum í viðkomandi ríki, í reynd formlega séð, óháð þjóðréttarlegum uppruna reglunnar. Frá íslensku sjónarmiði skapist með þessu aðstæður fyrir íslenska dómstóla til að túlka regluna sjálfstætt út frá íslenskum aðferðum og lagasjónarmiðum.³⁹

Þetta er aftur á móti mjög umdeild kenning, bæði frá fræðilegu og hagnýtu sjónarmiði. Þannig má nefna að í greinargerð með dönsku lögnum sem lögfesta sáttmálann þar í landi er tekið sérstaklega fram að með lögfestingu fengu danskir dómstólar og yfirvöld traustari grundvöll til að taka mið af ákvörðunum stofnana Evrópuráðsins, sem löggjafinn hafi minni möguleika og svigrúm til að gera.⁴⁰ Þetta virðist vera ófugt við það sem hugsað var á Íslandi, þar sem áherslan er lögð á rétt íslenskra dómstóla til þess að túlka ákvæði sáttmálans sjálfstætt. Afstaðan í Bretlandi er áþekk þeirri dönsku, en í grein 2 (1) í mannréttindalögnum bresku er mælt svo fyrir að dómstólar skuli taka mið af (take into account) dómum MDE þar sem þeir eiga við um úrlausnarefnið. Því hefur verið haldið fram að almennt fylgi dómstólar í Bretlandi dómum MDE, einkum dómum Yfirdeildar sem varða Bretland.⁴¹ Sjá einnig það sem fram kemur að framan um þýskan⁴² og franskan rétt, en í Frakklandi hefur hugmyndinni um sjálfstæða (einhliða) skýringu sáttmálans verið hafnað sem óraunhæfri, enda sé þar kveðið á um gagnkvæm réttindi og skyldur

sammingsaðila.⁴³ Ekki sé á færi eins aðila að túlka þjóðrétarsamninga eftir eigin höfði. Afstaðan sem fram kemur í íslensku greinargerðinni sem og dómum Hæstaréttar er því í grunninn ólík þeirri sem birtist í ríkjandi viðhorfum í ýmsum öðrum sammingsríkjum, þar sem dómstólar telja það ekki hlutverk sitt að takast á hendur beina og sjálfstæða túlkun þjóðrétarsamninga.

Þetta viðhorf virðist þó ekki vefjast fyrir höfundum frumvarpsins, né heldur dómurum Hæstaréttar Íslands, ef marka má margnefndan dóm réttarins frá 2010. Hvað sem því líður þá skiptir þetta engu máli, því þetta daður við sjálfstæða túlkun sáttmálans gengur auðvitað ekki upp frá lagapólitísku sjónarmiði ef markmið íslenska ríkisins með fullgildingu sáttmálans og lögfestingu hans er að fullnægja þjóðrétarskuldbindingum samkvæmt honum af einurð og heilindum. Vitnar þessi framsetning í greinargerðinni og í dómi Hæstaréttar fyrst og fremst um vissa „pólitíska“ eða „lagapólitíska“ tregðu til að taka sáttmálanum, eins og hann hefur verið túlkaður af MDE, opnum örmum í landsrétti og lagaframkvæmd. Slík tregða er illa samrýmanleg markmiðunum sem ætlað var að ná með lögfestingu sáttmálans, sem var að styrkja vernd mannréttinda og auka vitund um réttindi samkvæmt sáttmálanum. Þessi tregða verður sennilega best túlkuð sem birtingamynd tvíeðliskenningarinnar sem stjórnskipulegrar og pólitískrar kenningar, sem leggur áherslu á sjálfstæði

39 Þess vegna er því stundum haldið fram í þessu sambandi að í raun geti ekki verið um að ræða neinn áreksur milli þjóðaréttar og landsréttar því lögfestingin þýði að lögfestingin geri þjóðrétarsregluna að reglu landsréttar. Sjá t.d. CHARLESWORTH, Hilary o.fl., „International Law and National Law: Fluid States“, (2005), bls. 1.

40 Betæknning no. 1220. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret (On the Incorporation of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in Danish Law) (1992), bls. 113-114. Sjá Lov lög nr. 285/1992, om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

41 SPIELMANN, Dean, « Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Systems of Europe » (2012), bls. 1245. Sjá einnig RESS, Georg, « The Effect of Judgments and Decisions in Domestic Law » in The European

System for the Protection of Human Rights (1993), bls. 813 o. áfram.

42 Í því sambandi er bent á að Þýski Stjórnlagadómstóllinn hefur sagt að allar stofnanir sem fara með opinbert vald, séu að stjórnskipunarrétti, bundnar af MSE, sem og dómaframkvæmd MDE. Þetta kemur m.a. fram í Görgülü málinu [(no. 112) [45], [67]]. Sjá einnig NOLLKAEMPER, André, National Courts and the International Rule of Law. (2011), bls. 45.

43 Þannig hefur Conseil Constitutionnelle í Frakklandi sagt að eðli þjóðrétarsamninga sé afstætt og skilyrt og að beiting þeirra sé háð gagnkvæmum skilningi sammingsaðila. Sjá einnig DUPRÉ, Chatarine, „France“, (2001), op. cit., p. 316. See also EISEMANN, Pierre Michael and KESSEDJIAN, Chatarine, (1995), op. cit., p. 13. NOLLKAEMPER, André, National Courts and the International Rule of Law. (2011), bls. 10.

dómstóla landsins gagnvart utanaðkomandi áhrifum og sem eins konar áréttingu á fullveldi ríkisins í samfélagi þjóðanna.⁴⁴ Óhjákvæmilega kemur upp í hugann ákvæði Gamla sáttmála frá 1262 þar sem segir: „Utanstefningar viljum vér aungvar hafa, utan þeir menn, sem dæmdir verða af várum mönnum á Alþingi í burt af landinu.“

Til enn frekari áréttingar er einnig bent á að viðurkenning á þjóðréttarreglum sem æðri reglu landsréttar birtist í því að því er almennt hafnað að dómstólar ríkis geti túlkað þjóðréttarreglu þannig að hún falli að reglu landsréttar. Þvert á móti er reglan um skýringu landsréttar til samræmis við þjóðréttarskuldbindingar byggð á því að laga landsréttinn að þjóðaréttinum. Sumir fræðimenn hafa túlkað þetta þannig að í raun felist í þessari túlkunarreglu, frá röklegu sjónarmiði, val á milli þjóðaréttar og landsréttar, þar sem þjóðaréttur gengur framur, þ.e. að regla landsréttar er skýrð til samræmis við þjóðarétt, en ekki öfugt.⁴⁵ Sjálfstæð skýring þjóðréttarreglu til að laga hana að landsrétti fellur augljóslega ekki að þessari lögskýringarreglu og er í beinni andstöðu við þau rök sem hún er reist á. Þetta merkir m.ö.o. að meginreglan um skýringu landsréttar til samræmis við þjóðarétt hvílir á eins konar forsendu um forgang þjóðréttarreglu, eins og hún hefur verið túlkuð af þeim alþjóðastofnunum sem við eiga, framyfir reglu landsréttar.⁴⁶

Ýmislegt fleira kemur fram í umræddum dómi Hæstaréttar sem veldur vissum ruglingi um raunverulega stöðu dóma MDE. Þannig er líklega röng sú athugasemd að Hæstiréttur geti ekki beitt sáttmálanum eins og hann hefur verið túlkaður af MDE til að víkja íslenskum lögum, enda sé það hlutverk löggjafans (sbr. tilvísun hér að framan í kafla 6.3). Fyrst er þess að geta að Hæstiréttur hefur í öðrum dómum einmitt beitt sáttmálanum

eins og hann hefur verið túlkaður af MDE eða mannréttindanefndinni til að víkja íslenskum lögum, sbr. H 120/1989 frá 9. janúar 1990 og H 494/1991 frá 6. febrúar 1992. Það sem meira er, þetta gerði Hæstiréttur áður en sáttmálinn var lögfestur. Afleiðingar fyrri dómsins urðu þær að 7. gr. þágildandi laga nr. 74/1972 um skipan dómsvalds í héraði, lögreglustjórn, tollstjórn o.fl. varð marklaus og þar með hrundi hin forna skipan dómsvalds og umboðsvalds í héraði utan Reykjavíkur, sbr. nánar ákvæði fyrrgreindra laga. Sömu örlög hlaut 4. gr. laga um meðferð opinberra mála nr. 74/1974. Niðurstaða Hæstaréttar í dómnum um skýringu á 7. tl. 36. gr. laga nr. 85/1936 gekk þannig gegn skýrum ákvæðum gildandi laga, þ.e. 7. gr. laga nr. 74/1972 og 4. gr. laga nr. 74/1974, auk þess að ganga gegn skýrum og tiltölulega nýlegum dómafordæmum Hæstaréttar sjálfs sem fjölluðu um sama álitafni, sbr. H 77/1985 frá 25. nóvember 1985 og H 240/1986 frá 9. mars 1987. Í öðru lagi er eins og Hæstiréttur gleymi því eitt augnablik að sáttmálinn hefur verið lögfestur og er þar með hluti íslenskra laga. Við þær aðstæður er það sigilt hlutverk dómstóla að leysa úr mögulegum árekstrum milli lagaákvæða. Ef skýr fordæmi liggja fyrir um túlkun ákvæðis sáttmálans er ekkert sem kemur í veg fyrir að Hæstiréttur gefi ákvæði sáttmálans, eins og það hefur verið skýrt af MDE, forgang framyfir aðrar reglur landsréttar sem kunna að vera andstæðar hinni fyrrnefndu. Engra lagabreytinga er þörf til að beita ákvæðum sáttmálans beint og veita þeim forgang, ef svo ber undir. Það er á valdi dómstóla að gera einmitt þetta. Þótt hér hafi ekki tekist sem skildi til um orðfæri virðist vandi Hæstaréttar fyrst og fremst hafa verið sá að honum þóttu fordæmi mannréttindadómstólsins ekki nægilega skýr. Þetta gaf dómnum tilefni til að orða það svo, að það hafi „ekki verið sýnt fram á“

44 Sjá t.d. FELDMAN, David, „Monism, Dualism and Constitutional Legitimacy“ (1999), bls. 106-107. Sjá sambærilegar hugleiðingar ZIEMELE, Ineta, „Latvía“ (1996),

bls. 74.

45 Sjá t.d. MORGENSTERN, Felice (1950), op. cit., bls. 85.

46 NOLLKAEMPER, (2011), bls. 151-153.

að hin íslenska skipan mála væri andstæð sáttmálanum.⁴⁷ Þetta hefur á hinn bóginn ekki neina sérstaka þýðingu í tengslum við 2. gr. MSEL né mikilvægi dóma MDE almennt sem fordæma þegar sáttmálanum er beitt af dómstólum samningsríkis.

6.5 Vægi dóma MDE sem fordæma í reynd

Fyrst er í þessu samhengi eðlilegt að benda á að Hæstiréttur (sem og aðrir íslenskir dómstólar) hefur í raun, þrátt fyrir það sem fram kemur í kaflanum á undan, oft vísað í dóma og ákvarðanir MDE. Nefna má fjölmörg dæmi um beinar tilvísanir Hæstaréttar í dóma MDE. Fyrst má nefna dóm Hæstréttar í H 120/1989 frá 9. janúar 1990. Í dóminum, sem kveðinn var upp fyrir lögfestingu sáttmálans, er bent á að síðan Ísland gerðist aðili að sáttmálanum hafi mörg ákvæða hans frekar verið skýrð og útfærð af mannréttindanefnd Evrópu sem og MDE. Þótt talið hafi verið á þeim tíma sem sáttmálinn var fullgiltur að íslensk lög væru í samræmi við hann, gæti þurft að endurmeta þetta í ljósi nýrra ákvarðana þessara stofnana Evrópuráðsins. Þá var sérstaklega vísað til þess að mannréttindanefndin hefði einróma ályktað í máli *Jóns Kristinssonar* gegn Íslandi að fyrirkomulag um skipan dómsvalds og umbodsvalds utan Reykjavíkur væri andstætt 1. mgr. 6. gr. MSE.⁴⁸ Í þessum orðum Hæstaréttar er skýrlega tekið af skarið um mikilvægi þess að taka mið af ákvörðunum þessara stofnana við skýringu sáttmálans. Dómurinn sýnir einnig að nýleg fordæmi frá stofnunum Evrópuráðsins (í

þessu tilvikum álitum mannréttindanefndar Evrópu) geta leitt til þess að Hæstiréttur víkur frá eigin nýlegum fordæmum, eins og fyrr hefur verið rakið. Annað dæmi er dómur í máli nr. 31/1990 frá 2. febrúar 1990 þar sem vísað er til *Hauschildt*-málsins.⁴⁹ Í dómi í máli nr. 103/1994 frá 18. maí 1995 er vísað til *Langborger*-málsins.⁵⁰ Í því máli er ennfremur að finna almenna tilvísun til þess hvernig mannréttindanefndin og MDE hafi túlkað skilyrði fyrir því að dómstóll teljist óvilhallur, sbr. 1. mgr. 6. gr. MSE. Einnig má nefna dóm í máli nr. 167/2002 frá 14. nóvember 2002 þar sem vísað er almennt til dómaframkvæmdar MDE varðandi 11. gr. MSE. Þar er einnig vísað til „viðtekinnar túlkunar“ á 1. og 2. mgr. 11. gr. MSE án nánari tilgreiningar. Enn má nefna dóm í máli nr. 520/2004 frá 19. maí 2005. Í þessu máli er tekið fram að MDE hafi túlkað 3. mgr. (d) 6. gr. á ákveðinn hátt, án þess þó að vísa til einstakra dóma eða ákvarðana. Ennfremur dómur í máli nr. H 231/2005 frá 9. júní 2005. Í þessu máli vísaði annar aðila máls til dóms MDE í *Kellermann*-málinu til stuðnings kröfum sínum.⁵¹ Ekki er vísað til dómsins í rökstuðningi réttarins. Í dómi í máli nr. 248/2005 frá 21. september er að finna almenna tilvísun til dóma MDE sem varða skýringu c-liðar 3. mgr. 6. gr. MSE. Segir þar orðrétt: „Þótt dómur mannréttindadómstóls Evrópu séu ekki bindandi að íslenskum landsrétti, sbr. 2. gr. laga nr. 62/1994, er rétt að líta til skýringa hans á áðurgreindu ákvæði.“ Í dómi í máli nr. 248/2006 frá 8. júní 2006 vísar Hæstiréttur til dóma MDE

47 Að því er þetta varðar þá virðist þetta vera í ósamræmi við aðra dóma réttarins, sbr. t.d. mál nr. 512/2008 frá 29. september 2008. Í þessum dómi taldi Hæstiréttur að dóminum bæri *ex officio* að meta hvort 3. mgr. 39. gr. þágildandi laga um meðferð sakamála væri samrýmanlegta 70. gr. stjkskr., c-lið 3. mgr. 6. gr. MSE og b og c liðum 3. mgr. 14 alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi (SBSR). Sjá *mutatis mutandis* AUST, Anthony, „United Kingdom“ (2009), bls. 484. Að lokum er bent á að staðhæfing Hæstaréttar um að dómafordæmi MDE væru ekki nægilega skýr hefur verið gagnrýnd af Róbert R. Spanó, *Ne Bis In Idem* (2011), bls. 165.

48 Með þessum dómi vék Hæstiréttur frá tveimur tiltölulega

nýlegum dómum sínum, sbr. H 77/1985 frá 25. nóvember 1985 og H 240/1986 frá 9. mars 1987. Sjá og mál Jóns Kristinssonar gegn Íslandi (kæra nr. 12170/86), ákvörðun frá 22. febrúar 1990, en ástæða þess að þetta mál var kært til nefndarinnar var einmitt fyrirgreindur dómur Hæstaréttar frá 1985.

49 Mál *Hauschildt* gegn Danmörku (kæra nr. 10486/83), dómur 24. maí 1989.

50 Mál *Langborger* gegn Svíþjóð (kæra nr. 11179/84), dómur 22. júní 1989.

51 Mál AB Kurt *Kellermann* gegn Svíþjóð (kæra nr. 41579/98), dómur 26. október 2004.

sem varða skýringu á 4. gr. viðauka 7 við sáttmálann. Í máli nr. 179/2008 frá 28. apríl 2008 vísar Hæstiréttur til dóms MDE í máli *Achour* gegn *Frakklandi* til stuðnings skýringu á 7. gr. MSE.⁵² Sjá einnig dóm í máli nr. 304/2009 frá 26. nóvember 2009 en í héraðsdómi er vísað til dóms MDE í máli *Tirado Ortiz*.⁵³ Ennfremur mál nr. 178/2007 frá 30. mars 2007 (sératkvæði Jóns Steinars Gunnlaugssonar) sem vísar til dóma MDE í *Letellier*- og *Tomasi*-málunum.⁵⁴ Að lokum ber að vísa til dóms Hæstaréttar í máli 371/2010, sem vísað er til að framan, en þar er að finna fjölmargar tilvísanir í dóma og ákvarðanir MDE.⁵⁵ Vísa mætti í marga fleiri dóma þar sem vísað er til dóma MDE, þ.m.t. dóma þar sem aðilar vísa í slíka dóma.⁵⁶

Þar sem engum viðmiðunum er fyrir að fara að erfitt að segja til um hvort þessar tilvísanir eiga að teljast margar eða fáar. Ennfremur er ekki unnt að útiloka að dómur MDE hafi verið notaðir sem fyrirmynd þótt ekki sé sérstaklega vísað til þeirra.

6.6. Nánari lagapólitísk rök fyrir fordæmisgildi dóma og ákvarðana MDE

Ýmis rök mæla með því að fylgja fordæmum MDE eins og Hæstiréttur og aðrir íslenskir dómstólar hafa í reynd gert í talsverðum mæli, þrátt fyrir að þeir séu formlega séð

ekki bindandi og þrátt fyrir að orðfæri í dómi vitni stundum um vissa tregðu í þeim efnum. Fyrst má nefna að breytingar á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar með stjórnarskipunarlægum nr. 97/1995 höfðu fyrst og fremst að markmiði að færa ákvæði stjórnarskrárinnar til samræmis við alþjóðlegar skuldbindingar Íslands á sviði mannréttinda. Þetta getur auðvitað ekki eingöngu átt við texta MSE sem slíkan heldur verður að reikna með, eins og raunar fjölmargir dómur Hæstaréttar vitna um, að túlkun MSE á sáttmálanum hafi beina þýðingu fyrir túlkun mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar. Þannig hljóta dómur MDE með beinum hætti að hafa áhrif á inntak mannréttindaákvæðis stjórnarskrárinnar ef markmið með lögum nr. 97/1995 eiga að nást. Þaðan síast þau óhjákvæmilega inn í túlkun og beitingu almennra laga og stjórnsýslufyrirmæla þar sem það á við.

Þá má nefna að meginkjarni sáttmálans, sem hefur að geyma ákvæðin um þau grundvallarréttindi sem hann verndar, er gamall að stofni. Á gildistíma sáttmálans hafa ákvæði hans verið þróuð nánar í úrlausnum mannréttindanefndarinnar og dómstólans, auk þess sem almennar lagapólitískar hugmyndir um vernd grundvallarréttinda hafa tekið miklum breytingum og eru í

52 Mál *Achour* gegn *Frakklandi* (kæra nr. 67335/01) dómur 29. mars 2006.

53 Mál *Tirado Ortiz* og fleiri gegn Spáni (kæra nr. 43486/98), ákvörðun 15. júní 1999.

54 Mál *Letellier* gegn *Frakklandi* (kæra nr. 12369/86), dómur 26. júní 1991 og mál *Tomasi* gegn *Frakklandi* (kæra nr. 12850/87), dómur 27. ágúst 1992. Sjá einnig sérálit Jóns Steinars Gunnlaugssonar í máli nr. 255/2007 frá 11. maí 2007 þar sem vísað er almennt til dómaframkvæmdar MDE varðandi 3. mgr. 5. gr. MSE.

55 Sbr. Mál *Engel* og fleiri gegn Hollandi (kærun nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71 og 5354/72), dómur 8. júní 1976; mál *Rosenquist* gegn Svíþjóð (kæra nr. 60619/00), ákvörðun 14. september 2004; mál *Storbråten* gegn Noregi (kæra nr. 12277/04), ákvörðun 1. febrúar 2007; mál *Mjelde* gegn Noregi (kæra nr. 11143/04), ákvörðun 1. febrúar 2007; mál *Haarvig* gegn Noregi (kæra nr. 11187/05), ákvörðun 11. desember 2007; mál *Ponssetti* og *Chesnel* gegn *Frakklandi* (kærun nr. 36855/97 og 41731/98), ákvörðun 14. september 1999; mál *Zolotukhin* gegn Rússlandi (kæra nr. 14939/03), dómur 10. febrúar 2009; mál *Ruotsalainen* gegn Finnlandi (kæra nr. 13079/03), dómur

16. júní 2009; mál *Maresti* gegn Króatíu (kæra nr. 55759/07), dómur 25. júní 2009 og mál *Tsonyo* gegn Búlgaríu (kæra nr. 2376/03), dómur 14. janúar 2010. Sjá ítarlega greiningu á dómi Hæstaréttar og nefndum dómum MDE hjá Róbert R. Spanó, *Ne bis in idem* (2011), bls. 155-165.

56 Sjá t.d. mál nr. 192/2002 frá 24. apríl 2002. Í héraðsdómi er vísað til *Letellier* gegn *Frakklandi* frá 26. júní 1991; einnig mál nr. 328/2002 frá 12. desember 2002 [H 2002,4166]. Í sérálit Hrafns Bragasonar segir að 95. gr. hgl. nr. 19/1940 verði ekki túlkud á viðeigandi hátt án þess að taka mið af Mannréttindayfirlýsingu Sameinuðu þjóðanna, mannréttindasamningum Sameinuðu þjóðanna og 10. gr. MSE. Ennfremur, þegar þessi ákvæði séu skýrð verði óhjákvæmilega að taka mið af dómum MDE; ennfremur dómur Hæstaréttar í máli nr. 48/2004 frá 21. október 2004 [H 2004,3796]. Áfrýjendur visuðu til dóma MDE varðandi túlkun 1. gr. 1. viðauka um vernd eignaréttinda, sem þeir töldu veita betri vernd en ákvæði 72. gr. stjksr. Sjá einnig mál nr. 661/2006 frá 23. janúar 2007 þar sem aðili máls vísaði til máls *Ribemont* gegn *Frakklandi* (kæra nr. 15175/89), dómur 10. febrúar 1995.

sífellldri þróun. Af þessari ástæðu einni er óhugsandi að unnt sé að fá heildarmynd af inntaki þeirra réttinda sem sáttmálinn verndar á hverjum tíma án þess að taka mið af mikilvægum fordæmum. Ennfremur liggur það að nokkru í eðli ákvæða sem vernda grundvallarréttindi að texti þeirra er stuttur og almennt orðaður og felur oft í sér mjög almennar yfirlýsingar, fremur en nákvæmlega útfærðar reglur sem unnt er að beita fyrirvaralaust. Einnig af þeirri ástæðu, óháð aldri ákvæðanna, leiðir að það er nánast óhugsandi að fá fulla og skýra mynd af efni sáttmálans án þess að leita fanga í úrlausnum MDE. Við þetta bætist, eins og að framan er rakið, að dómstóllinn hefur að nokkru þróað sínar eigin lögskýringaradferðir og venjur sem dómur hans endurspeglar, og mótað í ríkum mæli óskrýðar meginreglur sem hafa þýðingu við afmörkun, skýringu og beitingu ákvæða hans.

Frekari röksemdir fyrir fordæmisgildi dóma MDE má sækja í þá staðreynd að markmið sáttmálans er m.a. samræmd lágmarksvernd tiltekinnar grundvallarréttinda. Markmiðið um samræmda lágmarksvernd næst ekki nema samningsríki fallist á að fylgja fordæmum þeirra stofnana, sem samkvæmt ákvæðum sáttmálans sjálfs eiga síðasta orðið um túlkun hans. Breytir þar engu þótt nálægðarreglan, sem og reglan um svigrúm samningsríkja til mats, leiði til þess að ríki geta farið mismunandi leiðir að því að tryggja þessa lágmarksvernd og geta eftir atvikum tryggt betri rétt en lágmarksverndin gerir ráð fyrir.

7. HELSTU NIÐURSTÖÐUR OG LOKAORÐ

Í umræðu um stöðu dóma MDE í íslenskum rétti hefur gætt ákveðins óskýrleika, sem í senn er að rekja til athugasemda í greinargerð með lögum nr. 62/1994, sem og einstakra dóma Hæstaréttar Íslands. Þannig er hvorki í greinargerðinni, né þessum

dómum, gerður nægilega skýr greinarmunur á réttaráhrifum og gildi dóma gegn Íslandi að landsrétti annars vegar og hins vegar gildi dóma, hvort sem þeir dómur eru gegn Íslandi eða öðrum löndum, sem fordæma þegar íslenskir dómstólar fá sambærileg álitamál til úrlausnar. Í fyrra atriðinu eru tvö aðskilin álitamál. Hið fyrra lýtur að áframhaldandi gildi hinna íslensku dóma sem MDE segir fela í sér brot á sáttmálanum. Hin síðari lýtur að því hvort dómur MDE, sem mælir fyrir um skyldu ríkisins til greiðslu skaðabóta til handa þolanda brots, er bindandi að landsrétti í þeim skilningi að íslenska ríkið sé bundið að landsrétti gagnvart kæranda til að framfylgja honum með því að greiða kæranda bætur. Um þessi álitamál hefur verið fjallað í þessari grein.

Áður er vikið er að framangreindum álitamálum er fyrst gerð grein fyrir bindandi gildi dómanna að þjóðarétti. Því er haldið fram að af 1. mgr. 46. gr. MSE, sem hefur lagagildi á Íslandi, leiði að úrlausnir MDE séu bindandi að þjóðarétti fyrir íslenska ríkið. Þetta merkir m.a. að íslenska ríkið hefur a.m.k. skuldbundið sig að þjóðarétti til að greiða skaðabætur og kostnað til kæranda mæli endanlegur dómur MDE fyrir um það.

Að því er varðar áhrif dóma MDE á gildi innlendra dómsúrlausna hefur réttilega komið fram að MDE er ekki áfrýjunardómstóll sem getur fellt úr gildi dóma Hæstaréttar, né annarra íslenskra dómstóla. Þetta hefur m.a. þá hagnýtu þýðingu, að krafa dómhafa á hendur dómþola um greiðslu bóta og málskostnaðar samkvæmt hinum innlendu dómum stendur óbreytt þrátt fyrir dóma MDE og þeir eru fullnustuhæfir ef dómþolar greiða ekki kröfuna. Þó er bent á hér að framan að þótt hinir innlendu dómur hafi þannig áfram gildi að landsrétti, en MDE dómarnir aðeins að þjóðarétti, standa hinir fyrrnefndu tæplega mjög sterkir eftir sem áður sem fordæmi til eftirbreytni fyrir íslenska dómstóla ef sambærileg álitamál koma síðar til kasta

þeirra. Leiðir þetta m.a. af þeirri túlkun MDE á 46. gr. MSE að ríki beri að gera ráðstafanir til að afstýra frekari brotum. Verður þar með að gera ráð fyrir að héraðsdómarar, og raunar einnig Hæstiréttur sjálfur, líti á þá sem víti til varnaðar. Á hinn bóginn hljóta dómur MDE að koma sterklega til greina sem leiðsögn (jafnvel sem fordæmi) um breytta framkvæmd þannig að skyldum samkvæmt 46. gr. MSE verði fullnægt.

Að því er varðar skyldu íslenska ríkisins að landsrétti til að greiða kærendum bætur og málskostnað skiptir máli að dómur MDE skuldbinda íslenska ríkið að þjóðarétti til að hlíta þeim. Þar með verður a.m.k. að líta svo á að íslenska ríkið hafi skuldbundið sig gagnvart öðrum samningsríkjum til að greiða kærendum dæmdar bætur sem og kostnað. Þannig leiðir útfærsla tvíeðliskenningarinnar í 2. gr. MSEL og skýringar á henni í greinargerð til þess að neiti íslenska ríkið að borga kærendum kemur upp sú sérkennilega staða að íslenska ríkið hefur brotið þjóðréttarskuldbindingar sínar gagnvart öðrum samningsríkjum, en strangt til tekið ekki á rétti kæranda sjálfra til að fá greitt, ef 2. gr. MSEL á að leiða til þess að sá réttur sé ekki til staðar samkvæmt íslenskum landsrétti, þrátt fyrir dóma MDE. Til að hnykkja á þessu enn frekar er sérstaklega tekið fram í greinargerðinni að 2. gr. þýði meðal annars að dómur MDE séu ekki aðfararhæfir á Íslandi.

Í greininni er bent á að þótt það virðist skýrt samkvæmt orðum 2. gr. MSLE og greinargerðar að dómur MDE gegn Íslandi séu ekki bindandi að landsrétti, þá sé það engu að síður álitamál hvort sú er raunin. Þá er haft í huga að þjóðréttarákvæðin í 46. gr. MSE um þjóðréttarlega bindandi gildi dóma MDE eru lögfest á Íslandi.

Þannig hefur þjóðréttarskyldan samkvæmt þessum ákvæðum, til að greiða kærendum samkvæmt dómunum, einfaldlega verið lögfest á Íslandi. Rökrétt er því að álykta að það sé lögbundin skylda ríkisins samkvæmt íslenskum lögum að greiða kærendum bæturnar hvað sem líður 2. gr. MESL, því að öðrum kosti brýtur ríkið íslensk lög og má þá einu gilda hvort dómur MDE eru sem slíkir í einhverjum öðrum skilningi tvíeðliskenningarinnar ekki bindandi að landsrétti. Þar með virðist það hafa litla hagnýta lagalega þýðingu þegar sagt er að dómur MDE séu ekki bindandi að landsrétti að þessu leyti.

Varðandi stöðu dóma MDE er rökstutt að ummæli í greinargerð um 2. gr. laga nr. 62/1994 sem og í dómum í málum nr. 248/2005 21. september 2005 og nr. 371/2010 frá 22. september 2010 um að dómur MDE séu ekki bindandi hafi enga sérstaka raunhæfa þýðingu þegar allt kemur til alls. Þessi umræða hefur fyrst fremst fræðilega þýðingu. Jafnvel við aðstæður þar sem engum skýrum dómafordæmum MDE er fyrir að fara hafa þessar bollaleggingar takmarkaða þýðingu, því augljóslega er ekki hægt að styðjast við fordæmi sem ekki eru til.⁵⁷ Leiðir af sjálfu sér að dómstólar einstakra ríkja hafa þá ekkert við að styðjast nema texta sáttmálans, skýringar í greinargerðum og ef til vill fræðileg sjónarmið. Þar sem fordæmin eru aftur á móti til verða íslenskir dómstólar augljóslega að fylgja þeim til að tryggja að íslensk lög veiti ekki minni vernd en sáttmálinn. Skiptir þá engu máli hvort dómur MDE eru yfirhöfuð nefndir í dómi⁵⁸ né hvaða orðalag er notað í greinargerð eða dómum. Þannig gildir einu hvort talað er um að hafa dómana til „hliðsjónar“, „leiðsagnar“, „að tekið sé mið af o.s.frv. Þá

57 Sjá einnig til hliðsjónar Hrafn Bragason, „Mörk dómsvaldsins. Hefur hlutverk dómstóla breyst?“ (2002), bls. 61, þótt hann noti annað orðalag.

58 Engin skylda hvílir á dómstólum til að nefna einstaka dóma. Þó er það auðvitað æskilegt að gera slíkt í rökstuðningi þannig að aðilar geti áttað sig betur á rökum fyrir niðurstöðunni, m.a.

með tilliti til áfryjunar ef um dóma héraðsdóms er að ræða. Þá þarf auðvitað einnig að vanda rökstuðninginn í Hæstarétti, en líður í því er að tilgreina einstaka dóma MDE ef þeir hafa verið hafðir til leiðsagnar þannig að aðilar geti betur áttað sig á niðurs

skiptir engu máli þótt þetta sé í orði gert undir merkjum þeirrar reglu að skýra beri landsrétt til samræmis við þjóðarétt, og dómarnir þannig meðhöndlaðir eins og þeir væru lögskýringargögn í rýmri merkingu þess orðs, eða hvort talað er berum orðum um að þeir hafi fordæmisgildi. Niðurstaðan verður alltaf sú sama í reynd; að þeir hafi í raun fordæmisgildi með áþekkingum hætti og innlend dómafordæmi. Þetta gildir jafnvel að því marki að þeir eru notaðir til að réttlæta frávik íslenskra dómstóla frá eigin nýlegum fordæmum, þ.m.t. dómum Hæstaréttar, eins og dæmin sanna. Fátt virðist því til fyrirstöðu að stíga skrefið til fulls og kalla þá réttahæimildir með sama fyrirvara um að þeir séu ekki formlega bindandi, rétt eins og á við um innlenda dóma.

RITASKRÁ

- Alþingistiðindi A 1992–1993*, þingskjal nr. 1160.
- Alþingistiðindi A 1994*, þingskjal nr. 389.
- Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði*, Bókaútgáfa Orators, Reykjavík 1989.
- Árni Kolbeinsson, Stefán Már Stefánsson og Jón Steinar Gunnlaugsson: *Skýrsla um lögleiðingu EES-gerða*, Reykjavík 1998.
- Aust, Anthony, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement. A Comparative Study* (Ritstj. Sloss, David). Cambridge University Press, Cambridge 2009, bls. 476 og áfram.
- Bernhardt, Rudolf, „*The Convention and Domestic Law*“, *The European System for the Protection of Human Rights* (Ritstj. Macdonald, Ronald St. J., Franz Matscher, Franz og Petzold, Herbert). M. Nijhoff Publisher, Dordrecht, Boston, London 1993, bls. 25 og áfram.
- Betænkning no. 1220. *Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret* (On the Incorporation of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in Danish Law) (1992).
- Björg Thorarensen, „Staða og áhrif mannréttindasamninga Sameinuðu þjóðanna í íslenskum rétti.“, *Mannréttindasamningar Sameinuðu þjóðanna. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt.* (Ritstj. Björg Thorarensen, Hjördís Björk Hákonardóttir og Róbert R. Spanó). Bókaútgáfan Codex og Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Reykjavík 2009.
- Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, Bókaútgáfan Codex, Reykjavík 2008.
- Blackburn, Robert, „The Effect of the ECHR on the Legal and Political Systems of Member States; United Kingdom“, *Fundamental Rights in Europe; The European Convention on Human Rights and its Member States 1950-2000.* (Ritstj. Blackburn, Robert and Polakiewicz, Jörg), Oxford University Press 2001, bls. 935 et. seq.
- Brynjar Nielsson: „Sjálhverfa og gaspur“, http://www.pressan.is/pressupennar/Lesa_Brynjar/sjalfhverfa-og-gaspur.
- Charlesworth, Hilary, Chiam, Madelaine, Hovell, Devika og Wiilliams, George, „International Law and National Law: Fluid States“, *The Fluid State. International Law and National Legal Systems*, (Ritstj. Charlesworth, Hilary, Chiam, Madelaine, Hovell, Devika og Wiilliams, George.), The Federation Press, Annandale 2005.
- Davíð Þór Björgvinsson, EES-réttur og landsréttur, Bókaútgáfan Codex 2006.
- Davíð Þór Björgvinsson: EEA Law and Fundamental Rights. *Liber Amicorum Luzius Wildhaber. Human Rights – Strasbourg Views. Droits de l’homme – Regards de Strasbourg.* N.P. Engel Verlag 2007, bls. 25 og áfram.
- Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar. Kenningar, aðferðir og sjónarmið við skýringu og beitingu laga*, JPV útgáfan, Reykjavík 2008.
- Dóra Guðmundsdóttir, „Um lögtöku mannréttindasáttmála Evrópu og beitingu í íslenskum rétti“, *Timarit lögfræðinga*, 1994 (3), bls. 154 og áfram
- Dupré, Chatarine, „The Effect of the ECHR on the Legal and Political Systems of Member States. France“, *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States 1950-2000.* (Ritstj. Blackburn, Robert and Polakiewicz, Jörg), Oxford University Press 2001, bls. 313 og áfram.
- Eiríkur Tómasson: *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi. Íslensk lög og lagaframkvæmd í ljósi 1. og 3. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.* Bókaútgáfa Orators, Reykjavík 1999.
- Eisemann, Pierre Michael and Kessedhian, Chaterine, « National Treaty Law and Practice:

- France », *National Treaty Law and Practice. France, Germany, India Switzerland, Thailand, United Kingdom. Studies in Transnational Policy* – No. 27. /Ritstj. LEIGH, Monroe og BLAKESKEE, Merritt R., The American Society of International Law. Washington, D.C. 1995.
- Feldman, David, „Monism, Dualism and Constitutional Legitimacy“, *Australian Yearbook of International Law* Vol. 20 (1999), bls. 105 og áfram.
- Fitzmaurice, Gerald, „The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law“, *RdC*, Vol. 92 (1957 II) bls. 1 og áfram.
- Guðrún Gauksdóttir: „Iceland“, *Fundamental Rights in Europe* (2001), einkum bls. 400–401.
- Guðrún Gauksdóttir „The Effect of the ECHR on the Legal and Political Systems of Member States. Iceland“, *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States 1950-2000*. (Eds. Blackburn, Robert and Polakiewicz, Jörg), Oxford University Press 2001, bls. 399 og áfram.
- Guðrún Gauksdóttir og Þórdís Ingadóttir, „Compliance with the Views of the UN Human Rights Committee and the judgments of the European Court of Human Rights“, *Making Peoples Heard. Essays on Human Rights in Honour of Guðmundur Alfredsson*. Ritstj. Eide, Asbjørn, Möller, Jakob Th. and Ziemele, Ineta, Martinus Nijhoff Publishers, Ledain – Boston 2011, bls. 511 og áfram.
- Limbach, Jutta, „Inter-Jurisdictional Cooperation within the Future Scheme of Protection of Fundamental Rights in Europe“ (2009), *Human Rights Law Journal* [Vol. 21, No. 9-12] 2009, bls. 333 og áfram.
- Hofmann, Rainer, « The German Federal Constitutional Court and Public International Law: New Decisions, New Approaches? *German Yearbook of International Law*, Vol 47, 2004, p. 9 og áfram.
- Hólmgeir Flosason; „Af þögn fjölmiðla“, http://217.28.186.169/pressupennar/Lesa_adsent/af-thogn-fjolmidla.
- Jacobs, Francis, „Interaction of the case-law of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice: Recent developments“, *Dialogue between judges. European Court of Human Rights. Strasbourg* 2005, bls. 65 og áfram.
- Hrafn, Bragason, „Mörk dómssvaldsins. Hefur hlutverk dómstóla breyst?“, *Afmælisrit: Guðmundur Ingvi Sigurðsson átræður 16. júní* 2002. Ritstj. Eggert Óskarsson, Seltjarnarnes 2002. bls. 49 og áfram.
- Jón Steinar Gunnlaugsson, *Um fordæmi og valdmörk dómstóla*, Háskólinn í Reykjavík 2003.
- Macovei, Monica, *Freedom of Expression. A guide to the implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights. Human Rights. Handbook*, No. 2, 2. ed. 2004.
- Nollkaemper, André, *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford University Press. Oxford 2011.
- Oppenheim, Lassa, *International Law: A TREATISE*. Vol. I. Peace. Eight Edition (Ed. Lauterpacht, Hersch), Longmans, London 1955.
- Papier, Hans-Jürgen, „Execution and Effect of the Judgements of the European Court of Human Rights from the Perspective of German National Courts“ (2006), bls. 1 – 4.
- Róbert R. Spanó, „Hæstiréttur og Mannréttindadómstóll Evrópu“, sbr. <http://www.visir.is/haestirettur-og-mannrettindadomstoll-evropu/article/2012708299983>.
- Róbert R. Spanó, *Ne Bis In Idem*, Bókautgáfan Codex, Reykjavík 2011.
- Paulus, Andreas L., „Germany“, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement*. (Ritstj. David

- Sloss), Cambridge University Press 2009.
- Ragnhildur Helgadóttir *The Influence of American Theories on Judicial Review in Nordic Constitutional Law*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, Martinus Nijhoff Publishers. Leiden 2006.
- RESS, Georg, « The Effect of Judgments and Decisions in Domestic Law » in *The European System for the Protection of Human Rights* (MACDONALD, Ronald St. J, MATSCHER, Franz and PETZOLD, Herbert Eds.). M. Nijhoff Publisher, Dordrecht, Boston, London 1993, bls. 801 *et. seq.*
- Richter, Dagmar, „Does International Jurisprudence Matter in Germany?“ *The Federal Constitutional Court's New Doctrine of "Factual Precedent"* (2006), bls. 68 *ff.*
- Rosas, Alan: „Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts.“ *The EFTA Court. Ten years on.* Oxford and Portland 2005, bls. 161-175.
- Sigurður Líndal, *Um lög og lögfræði. Grundvöllur laga og réttarheimildir.* (On Law and legal Science. Foundations of Law and the Legal Sources). Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík 2003.
- Sigurður Líndal: Þjóðréttarreglur I (Fjölrit) (2003).
- Spielmann, Dean, « Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Systems of Europe » in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, bls. 1231 *et. seq.*
- Skúli Magnússon, *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar. Fimm ritgerðir í almennri lögfræði og réttarheimspeki.*, University of Iceland Press, Reykjavík 2003.
- Stefán Már Stefánsson: „Um þörf á lögfestingu þjóðréttarsamninga?“, *Skýrsla Umboðsmanns Alþingis 1988*, Viðauki 1.
- Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið* (The European Union and the European Economic Area), Orator útgáfa, Reykjavík 2000.
- Transcript of Discussion Between U.S. Supreme Court Justices Antonin Scalia and Stephen Breyer -- AU Washington College of Law, Jan. 13. Netsíða: <http://www.wcl.american.edu/secle/founders/2005/050113.cfm>.
- Triepel, Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeldt 1899.
- Triepel, Heinrich, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, 1 Recueil des Cours 77 (1923).
- Ziemele, Ineta, „Latvia“ in *International Human Rights Norms in the Nordic and Baltic Countries*, Ed. Scheinin, Martin, Nordic Human Rights Publications. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1996, bls. 73 og áfram.
- Þórdís Ingadóttir, „Inleiðing helstu sáttmála á sviði alþjóðlegs refsiréttar: Sáttmáli um ráðstafanir gegn og refsingar fyrir hópmorð frá 1948, Genfarsamningar frá 1949, ásamt viðaukum frá 1977 og Rómarsamþykkt um alþjóðlega sakamáladómstólinn frá 1998“, *Afmælisrit. Jónatan Þórmundsson sjötugur. 19. Desember 2007.* Bókaútgáfan Codex Publishers, Reykjavík 2007.

Lagaskrá

Íslensk lög

Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, 70. gr.

Lög nr. 85/1936, um meðferð einkamála í héraði nr., 7. tl. 36. gr.

Hegningarlög nr. 19/1940, 95. gr.

Lög nr. 74/1972, um skipan dómshalds í héraði, lögreglustjórn, tollstjórn o.fl., 7. gr.

Lög nr. 74/1974, um meðferð opinberra mála, 4. gr.

Lög nr. 62/1994, um mannréttindasáttmála Evrópu, nr. 62/1994, 2. gr.

Erlend lög

Danmörk: Lov nr. 285 af 29. apríl 1992, om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Bretland: Human Rights Act 1998, Section 3.

Alþjóðasamningar

Mannréttindasáttmáli Evrópu, sbr. augl. C-11/1954, c-lið 3. mgr. 6. gr. MSE

Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi, sbr. augl. C-10/1979, 14. gr.

Dómar Hæstaréttar Íslands

H 77/1985 frá 25. nóvember 1985 [H 1985, 1290]

H 240/1986 frá 9. mars 1987 [H 1987, 356]

H 120/1989 frá 9. Janúar 1990 [H1990, 2]

H 31/1990 frá 2. febrúar 1990 [H 1990, 92]

H 494/1991 frá 6. febrúar 1992 [H 1992, 174]

H 211/1992 frá 28.1.1993 [H1993, 147]

H 103/1994 frá 18. maí 1995 [H 1995, 1444]

H 210/1996 frá 25. apríl 1997 [1997, 1323]

H 210/1998 frá 21. janúar 1999 [H 1999, 151]

H 472/1998. 17. desember 1998 [1998, 4497]

H 167/2002 frá 14. nóvember 2002 [H 2002, 3686]

H 192/2002 frá 24. apríl 2002 [H 2002, 1540]

H 48/2004 frá 21. október 2004 [H 2004, 379]

H 520/2004 frá 19. maí 2005 [H 2005,2171]

H 231/2005 frá 9. Júní 2005 [H 2005,2414]

H 248/2005 frá 21. september [H 2005,3214]

H 248/2006 frá 8. Júní 2006 [H 2006, 2851]

H 661/2006 23. janúar 2007

H 178/2007 frá 30. mars 2007

H 255/2007 frá 11. maí 2007

H 179/2008 frá 28. apríl 2008

H 512/2008 frá 29. september 2008.

H 604/2008 frá 18. júní 2009

H 304/2009 frá 26. nóvember 2009

H 371/2010 frá 22. september 2010

H 328/2002 frá 12. desember 2002

Erlendir dómar

Þýskaland: Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG), mál: [(no. 112) [45], [67]].) (Fall Görgülü).

Frakkland: *Conseil Constitutionelle*, 153 CC Decision 74-54 DC frá 15. janúar 1975.

Bandaríkin: *Lawrence* gegn *Texas* (539 U.S. 558 (2003)).

Dómar mannréttindadómstóls Evrópu

Engel og fleiri gegn Hollandi (kærum nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71 og 5354/72), dómur 8. júní 1976.

Handyside gegn Bretlandi (kæra nr. 5493/72), dómur 7. desember 1976.

Dudgeon gegn Bretlandi (kæra nr. 7525/76), dómur 24. febrúar 1983.

James o.fl. gegn Bretlandi (kæra nr. 8793/79) frá 21. febrúar 1986.

Hauschildt gegn Danmörku (kæra nr. 10486/83), dómur 24. maí 1989.

Langborger gegn Svíþjóð (kæra nr. 11179/84), dómur frá 22. júní 1989.

Jón Kristinsson gegn Íslandi (kæra nr. 12170/86), ákvörðun frá 22. febrúar 1990.

Letellier gegn Frakklandi (kæra nr. 12369/86), dómur 26. júní 1991.

Tomasi gegn Frakklandi (kæra nr. 12850/87), dómur 27. ágúst 1992.

Ribemont gegn Frakklandi (kæra nr. 15175/89), dómur 10. febrúar 1995.

Christine Goodwin gegn Bretlandi [Yfirdeild], no. 28957/95, dómur 11. júlí 2002.

Ponsetti og Chesnel gegn Frakklandi (kærum nr. 36855/97 og 41731/98), ákvörðun 14. september 1999.

Tirado Ortiz og fleiri gegn Spáni (kæra nr. 43486/98), ákvörðun 15. júní 1999.

Scozzari og Giunta gegn Ítalíu [Yfirdeild], (kærum nr. 39221/98 og 41963/98, dómur 13. júlí 2000.

AB Kurt Kellermann gegn Svíþjóð (kæra nr. 41579/98), dómur 26. október 2004.

Stafford gegn Bretlandi [Yfirdeild] (Kæra nr. 46295/99, dómur 28. maí 2002.

Pétur Þór Sigurðsson gegn Íslandi (kæra nr. 39731/9839731/98).

Rosenquist gegn Svíþjóð (kæra nr. 60619/00), ákvörðun 14. september 2004.

Vilho Eskelinen of fl. gegn Finnlandi [Yfirdeild] (kæra nr. 63235/00), dómur 19. apríl 2007.

Achour gegn Frakklandi (kæra nr. 67335/01), dómur 29. mars 2006.

Bayatyan gegn Armeníu (kæra nr. 23459/03), dómur 7. júlí 2011.

Ruotsalainen gegn Finnlandi (kæra nr. 13079/03), dómur 16. júní 2009.

Zolotukhin gegn Rússlandi (kæra nr. 14939/03), dómur 10. febrúar 2009.

Tsonyo gegn Búlgaríu (kæra nr. 2376/03), dómur 14. janúar 2010.

Mjelde gegn Noregi (kæra nr. 11143/04), ákvörðun 1. febrúar 2007.

Storbråten gegn Noregi (kæra nr. 12277/04), ákvörðun 1. febrúar 2007.

Haarvig gegn Noregi (kæra nr. 11187/05), ákvörðun 11. desember 2007.

Micallef gegn Möltu [Yfirdeild], kæra nr. 17056/06, 81, dómur 15. október 2009).

Maresti gegn Króatíu (kæra nr. 55759/07), dómur 25. júní 2009.

Björk Eidsdóttir gegn Íslandi, (kæra nr. 46443/09), dómur 10. júlí 2012.

Erla Hlynsdóttir gegn Íslandi (kæra nr. 43380, dómur 10. júlí 2012.

EFTA-dómstóllinn

E-8/97 TV-1000. EFTA Ct. Rep. 1998.

E-2/02 Bellona. EFTA Ct. Rep. 2003.

E-2/03 Ásgeir Logi Ásgeirsson of. EFTA Ct. Rep. 2003.



Kristín Haraldsdóttir
sérfræðingur

ÁHRIF LISSABON-
SÁTTMÁLANS Á RÉTT
EINSTAKLINGA OG
LÖGPERSÓNA TIL AÐ
HÖFÐA MÁL FYRIR EFTA-
DÓMSTÓLNUM

1. INNGANGUR	53
2. PLAUMANN-REGLAN	54
2.1 Efni og áhrif Plaumann-reglunnar	54
2.2 Gagnrýni og helstu tillögur um úrbætur sem komið hafa fram	57
3. RÝMKUN MÁLSHÖFÐUNARRÉTTAR MEÐ LISSABON-SÁTTMÁLANUM	58
3.1 Ákvæði 4. mgr. 263. gr. SSE	58
3.2 Lögfesting 47. gr. sáttmálans um grundvallarréttindi	60
4. ÁHRIF LISSABON-SÁTTMÁLANS Á RÉTT TIL MÁLSHÖFÐUNAR FYRIR EFTA-DÓMSTÓLNUM	61
4.1 Ákvæði 36. gr. EDS og beiting hennar	61
4.2 Bellona-málið	62
4.3 Einsleitni í málsmeðferð	64
4.4 Möguleg rýmkun málshöfðunarréttar fyrir EFTA-dómstólnum	65
5. NIÐURLAG	68

1. INNGANGUR

Með samþykkt Lissabon-sáttmálans¹ var réttur einstaklinga og lögpersóna til að höfða mál fyrir Evrópudómstólnum til ógildingar á ákvörðunum stofnana Evrópusambandsins (ESB) rýmkaður. Í greininni verður leitast við að svara því hvort breytingin hafi áhrif á málssóknarrétt einstaklinga og lögpersóna fyrir EFTA-dómstólnum. Samkvæmt 2. mgr. 36. gr. samnings EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls (EDS)² geta aðrir en þeir sem ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) beinist að eingöngu höfðað mál fyrir EFTA-dómstólnum til ógildingar á ákvörðuninni ef það varðar þá „beint [eða]³ persónulega“⁴ EFTA-dómstóllinn hefur túlkað þessi skilyrði um tengsl málshöfðanda við sakarefni máls með hliðsjón af dómum Evrópudómstólsins er varða samsvarandi reglu í ESB-rétti.⁵ Dómar Evrópudómstólsins hafa þó verið gagnrýndir harðlega og þá einkum þær ströngu kröfur sem þar eru gerðar um persónuleg tengsl málshöfðanda við sakarefnið.⁶ Samkvæmt þeim verður málshöfðandi að sýna fram á að hann megi greina frá öllum öðrum sem ákvörðun hefur áhrif á líkt og þann

sem ákvörðun beinist að, annað hvort vegna sérstakra eiginleika málshöfðanda eða aðstæðna hans (Plaumann-reglan).⁷ Gagnrýnendur hafa haldið því fram að með Plaumann-reglunni hafi dómstóllinn reist svo háa múra fyrir málssókn að það samræmist ekki grundvallarreglu ESB-réttar um virka réttarvernd. Við þessari gagnrýni var að ákveðnu leyti brugðist með Lissabon-sáttmálanum þar sem gerð var sú breyting að ekki þarf að sýna fram á persónulega hagsmuni af úrlausn máls þegar krafist er ógildingar á ákveðnum tegundum réttargerða stofnana ESB. Meginmarkmið greinarinnar er að svara því hvort breytingin kunni að hafa þýðingu í EES-rétti í ljósi reglunnar um einsleitni í málsmeðferð (e. procedural homogeneity). Spurningin er áhugaverð í ljósi ummæla EFTA-dómstólsins í Bellona-málinu.⁸ Þar vísaði dómstóllinn til þeirrar gagnrýni sem fram var komin á Plaumann-regluna og gaf ákveðnar væntingar um mögulega rýmkun á málshöfðunarrétti vegna endurskoðunar á grundvallarreglum ESB. Spurningin er einnig áhugaverð vegna þeirrar áherslu sem fram hefur komið í nýlegum dómum EFTA-dómstólsins á réttinn til aðgangs að dómstólum⁹ og afdráttarlausra orða um

1 Treaty of Lisbon [2007] OJ C306/1.

2 Samningur um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls (undirritaður 2. maí 1992, tók gildi 1. janúar 1994, Stjtið, C, 32/1993.) E. Agreement between the EFTA States on the establishment of a surveillance authority and a court of justice, 2. maí 1992, [1993] OJ L344/1.

3 Í enski útgáfu EDS segir „direct and individual concern“. Það hefur verulega efnislega þýðingu hvort sýna þarf að mál varði málshöfðanda bæði beint og persónulega eða hvort eingöngu þarf að uppfylla annað skilyrðið. Í dómum EFTA-dómstólsins hefur verið byggt á enski útgáfu samningsins og er það því einnig gert hér.

4 Í íslensku lagamáli er almennt notast við orðin „einstaklegir hagsmunir“ þegar litið er til þess hvort málshöfðandi eigi nægilega hagsmuni af úrlausn máls. Í íslenski þýðingu EDS er enska orðið „individually“ hins vegar þýtt sem „persónulegra“ og því notast við það orð í greininni þótt orðið sé óþéppilegt m.a. þar sem það gefur til kynna að mælikvarðinn sé huglægur og tengist persónu málshöfðanda.

5 Nú 4. mgr. 236. gr. samningsins um starfshætti Evrópusambandsins (SSE). E. Treaty on the Functioning of the European Union [Consolidated version [2008] OJ C115/01]. Ákvæðið var áður í 4. mgr. 230. gr. samningsins um stofnun

Evrópubandalagsins (EB). E. Treaty establishing the European Community [Consolidated version [2006] OJ C321 E/1].

6 Um heildstæða umfjöllun um þá gagnrýni sem sett var fram fyrir gildistöku Lissabon-sáttmálans sjá t.d. Albertina Albers-Llorens „The standing of private parties to challenge Community measures: Has the European Court missed the boat“ (2003) 62 Cambridge Law Journal 72; Anthony Arnall „Private applicants and the action for annulment since Codorniu“ (2001) 38 Common Market Law Review 7 og Koean Lenaerts „The legal protection of private parties under the EC Treaty: a coherent and complete system of judicial review?“ í Guiffre (ritstj.) Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini (University Bologna, 1998, Vol. II) 591.

7 Mál 25/62 Plaumann & Co. v Commission of the European Economic Community (Plaumann) [1963] ECR 95.

8 Mál E-2/02 Technoglen Bau- und Wirtschaftsberatung and Bellona Foundation v ESA (Bellona) EFTA Ct. Rep. [2003] 52, 35-37. mgr.

9 Sjá m.a. mál E-2/02 Bellona, 36. mgr; mál E-5/10 Dr. Joachim Kottke v Präsidial Anstalt and Sweetyle Stiftung (Kottke) EFTA Ct. Rep. [2009-2010] 320, 26. mgr; mál E-3/11 Pálmi Sigmarsson [2011] EFTA Ct. Rep. 430, 29. mgr.

að rétturinn til virkrar réttarverndar sé grundvallarregla í EES-rétti.¹⁰

Í greininni verður fyrst fjallað um Plaumann-regluna. Gerð verður grein fyrir efni hennar og áhrifum í ESB-rétti, þeirri gagnrýni sem hún hefur sætt og helstu tillögum sem fram hafa komið að úrbótum. Umfjöllunin byggir að stærstu leyti á umfjöllun fræðimanna um þessi atriði. Þá verður fjallað um þær breytingar sem gerðar voru á skilyrðum málshöfðunarréttar með Lissabon-sáttmálanum og hvernig þær hafa verið skýrðar af Evrópudómstólum. Því næst verður sjónum beint að reglum um málshöfðunarrétt fyrir EFTA-dómstólum og beitingu dómstólsins á Plaumann-reglunni. Allir dómar EFTA-dómstólsins þar sem reynt hefur á málssóknarrétt einstaklinga og lögpersóna voru rýndir í því skyni að greina í hvaða samhengi hefur reynt á Plaumann-regluna fyrir dómnum og hvort henni hafi verið beitt á sambærilegan hátt og í ESB-rétti. Að lokum er svo leitast við að varpa ljósi á þýðingu áður nefndra breytinga Lissabon-sáttmálans á málshöfðunarrétt einstaklinga og lögpersóna fyrir EFTA-dómstólum í ljósi reglunnar um einsleitni í málsmeðferð eins og hún hefur þróast í réttarframkvæmd. Umfjöllunin einkorðast við réttinn til að höfða ógildingarmál skv. 2. mgr. 36. gr. EDS. Hún tekur því ekki til mála sem höfða má gegn ESA vegna athafnaleysis stofnunarinnar, sbr. 3. mgr. 37. gr. EDS eða til greiðslu skaðabóta, sbr. 39. og 46. gr. EDS.

2. PLAUMANN-REGLAN

2.1 Efni og áhrif Plaumann-reglunnar

Í 1. og 4. mgr. 230. gr. EB var svohljóðandi ákvæði:

The Court of Justice of the European Union shall

review the legality of legislative acts, of acts of the Council, of the Commission and of the European Central Bank, other than recommendations and opinions, and of acts of the European Parliament and of the European Council intended to produce legal effects vis-à-vis third parties. It shall also review the legality of acts of bodies, offices or agencies of the Union intended to produce legal effects vis-à-vis third parties.

...

Any natural or legal person may ... institute proceedings against a decision addressed to that person or against decision which, although in the form of a regulation or a decision addressed to another person, is of direct and individual concern to the former.

Í 1. mgr. greinarinnar er mælt fyrir um lögsögu Evrópudómstólsins til að ógilda gerðir stofnana EB sem hafa réttaráhrif gagnvart þriðju aðilum. Í 4. mgr. koma svo fram skilyrði málshöfðunar einstaklinga og lögpersóna til ógildingar á ákveðnum tegunda ákvarðana stofnana EB. Þrátt fyrir að ákvæðið hafi samkvæmt orðanna hljóðan aðeins átt við um gerðir sem gátu talist ákvarðanir í eðli sínu þróadist það svo í réttarframkvæmd að það tók til hvers konar réttargerða stofnana EB sem höfðu réttaráhrif gagnvart þriðju aðilum.¹¹ Í ákvæðinu koma einnig fram skilyrði um tengsl málshöfðanda við sakarefnið. Samkvæmt þeim er málssóknarréttur einstaklinga og lögpersóna sem ákvörðun beinist ekki að bundinn við gerðir sem varða málshöfðanda beint og persónulega.

Gerð telst varða málshöfðanda beint ef hún hefur áhrif á réttarstöðu málshöfðanda með beinum hætti og gefur þeim aðila sem ber ábyrgð á framkvæmd hennar ekki

¹⁰ Mál E-15/10 Posten Norge EFTA Ct. Rep [2012] 246, 86. mgr. og mál E-14/11 Schenker North AB, Schenker Privpak AB og Schenker Privpak AS v ESA (Schenker I) EFTA Ct. Rep. [2012] 1178, 123. mgr.

¹¹ Anthony Arnall, „Private applicants and the action for annulment since Codorniu“ (2001) 38 Common Market Law Review 7.

svigrúm til útfærslu hvað réttarstöðuna snertir.¹² Til þess að málshöfðandi teljist eiga beina hagsmunum af ógildingunni réttargerðar verður gerðin því að vera ákvarðandi um réttarstöðu hans. Þegar svo er, hefur það ekki áhrif á matið þótt gert sé ráð fyrir að gerðin verði innleidd í landsrétt eða að stjórnvöld taki ákvarðanir varðandi framkvæmd hennar enda hafa þau lítið eða ekkert svigrúm til mats.¹³

Dómurinn í Plaumann-málinu var og er enn grundvallardómur um mat á því hvort ákvörðun eða réttargerð snerti málshöfðanda persónulega. Þar kemur eins og áður segir fram að málshöfðandi verði að sýna fram á að hann megi greina frá öllum öðrum sem ákvörðun eða réttargerð hefur áhrif á líkt og þann sem hún beinist að, annað hvort vegna sérstakra eiginleika málshöfðanda eða aðstæðna hans (Plaumann-reglan).¹⁴ Í megindrættum hefur þetta þýtt að málshöfðandi verður að sýna að ráðstöfun hafi áhrif á afmarkaðan hóp sem hann tilheyrir.¹⁵ Ef um er að ræða ráðstöfun sem tekur til ótilgreinds hóps og byggist á almennum og hlutlægum mælikvarða hefur Evrópudómstóllinn almennt hafnað því

að hún varði málshöfðanda persónulega. Hefur þá einu gilt þótt málshöfðandi geti sýnt að ráðstöfun hafi í raun aðeins áhrif á fáa ef sá hópur sem ráðstöfun tekur til getur fræðilega séð stækkað.¹⁶ Þá skiptir það sjaldnast máli þótt málshöfðandi geti sýnt að ráðstöfun hafi veruleg áhrif á hagsmunum hans.¹⁷ Vegna þess hve matið er strangt hefur reynst erfitt að sýna fram á að ráðstöfun sem er almenn í eðli sínu uppfylli Plaumann-regluna. Það á einkum við um reglugerðir og tilskipanir en einnig ákvarðanir sem eru almenns eðlis.¹⁸ Einnig hefur reynst erfitt að sýna fram á að skilyrðinu sé fullnægt þegar hagsmunirnir eru almenns eðlis svo sem verndun umhverfisins.¹⁹

Ákveðnar tilslakanir hafa verið gerðar við beitingu Plaumann-reglunnar á tilteknum sviðum og þá einkum vegna ákvarðana á sviði ríkisstyrkja og samkeppnismála þar sem einstaklingar og lögpersónur hafa sérstaka aðkomu að málsmeðferðinni fyrir Framkvæmdastjórninni.²⁰ Eins og fram kemur hér á eftir hefur eingöngu reynt á Plaumann-regluna fyrir EFTA-dómstólum í ríkisstyrkjamállum og er því tilefni til að gera sérstaka grein fyrir beitingu hennar

12 Sjá t.d. Paul Craig og Cráinne de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (5. útgáfa Oxford University Press 2011) 491-493; Albertina Albors-Llorens, „The standing of private parties to challenge Community measures: has the European Court missed the boat“ (2003) 62 *Cambridge Law Journal* 72, 75-76.

13 Sömu heimildir.

14 Mál 25/62 Plaumann. Í 107. mgr. segir: „Persons other than those to whom a decision is addressed may only claim to be individually concerned if that decision affects them by reason of certain attributes which are peculiar to them or by reason of circumstances in which they are differentiated from all other person and by virtue of these factors distinguish them individually just as in the case of the person addressed.“

15 Sjá t.d. Paul Craig og Cráinne de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (5. útgáfa Oxford University Press 2011) 493-496. Bent hefur verið á ósamkvæmni í réttarframkvæmd, sbr. Anthony Arnall, „Private Applicants and the action for annulment since Codorniu“ (2001) 38 *Common Market Law Review* 7, 32-40 og Albertina Albors-Llorens, „The standing of private parties to challenge Community measures: has the European Court missed the boat“ (2003) 62 *Cambridge Law Journal* 72, 76-81. Sjá einnig álit Jacobs lögsögumanns í máli C-50/00 P, *Union de Pequeños Agricultores (UPA) v Council of the European Union* [2002] ECR I-6677 (6681).

16 Sama heimild, Paul Craig og Cráinne de Burca, 496-499.

17 Bent hefur verið á einstök frávik frá þessu, t.d. Anthony

Arnall, „Private Applicants and the action for annulment since Codorniu“ (2001) 38 *Common Market Law Review* 7, 40-43 og Albertina Albors-Llorens, „The standing of private parties to challenge Community measures: has the European Court missed the boat“ (2003) 62 *Cambridge Law Journal* 72, 80-81.

18 Sömu heimildir.

19 Sjá einkum mál C-321/95 P *Stichting Greenpeace (Greenpeace International) and others v Commission* [1998] ECR I-1651, 30-31. mgr. Nálgun dómstólsins í málinu hefur verið fylgt í framkvæmd, sbr. t.d. ákvörðun Almenna dómstólsins í máli T-91/07 *WWF-UK Ltd v Council of the European Union* [2008] ECR II-81. Það er athygli vert að dómstóllinn hafnaði því í málinu að Árósasamningurinn og reglugerð Evrópuþingsins og Ráðsins nr. 1367/2006 um framkvæmd samningsins gagnvart stofnunum EB hefðu áhrif á rétt samtakanna til málsóknar, sbr. 82. mgr. Með Árósamningnum er átt við Samninginn um aðgang að upplýsingum, þátttöku almennings í ákvarðanatöku og aðgang að réttlátri málsmeðferð í umhverfismálum (*Sampykktur* 25. júní 1998, tók gildi 30. október 2001) 2167 U.N.T.S. 447.

20 Paul Craig og Cráinne de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (5. útgáfa Oxford University Press 2011) 499-502 og Anthony Arnall, „Private Applicants and the action for annulment since Codorniu“ (2001) 38 *Common Market Law Review* 7, 43-45.

á þessu sviði þó ekki sé rúm eða tilefni til ítarlegrar umfjöllunar.

Ákvörðunum Framkvæmdastjórnarinnar um lögmæti ríkisstyrkja eða styrkjaáætlana er beint að ríkjum en ekki einstaklingum eða lögpersónum. Það þýðir að einstaklingar eða lögpersónur sem höfða mál til ógildingar á slíkri ákvörðun verða að sýna fram á að ákvörðunin snerti þá beint og persónulega. Reglurnar sem myndast hafa í réttarframkvæmd taka mið af því sérstaka ferli sem fylgt er við ákvarðanatöku um lögmæti ríkisstyrkja, sbr. nú 108. gr. samningsins um starfshætti Evrópusambandsins (SSE).²¹ Ferlið er í aðalatriðum tvískipt. Annars vegar getur Framkvæmdastjórnin tekið ákvörðun að undangenginni forrannsókn, þ.e. án formlegrar og ítarlegrar rannsóknar. Framkvæmdastjórninni er eingöngu heimilt að taka slíka ákvörðun ef ekki leikur vafi á um hvort um ólögmætan ríkisstyrk sé að ræða, sbr. 3. mgr. 108. gr. SSE. Í vafatilvikum er hins vegar skylt að rannsaka málið formlega og ber þá að gefa aðilum sem málið varðar (e. parties concerned) kost á að taka þátt í málsmeðferðinni, sbr. 2. mgr. 108. gr. SSE. Í samræmi við þetta tvískipta ferli er matið á því hvort málshöfðandi eigi persónulegra hagsmuna að gæta af úrlausn máls tvíþætt. Hafi Framkvæmdastjórnin tekið ákvörðun án formlegrar málsmeðferðar teljast allir sem hefðu átt rétt á að koma að hinni formlegu málsmeðferð eiga beina og persónulega hagsmuni af úrlausn um hvort skilyrði til að taka ákvörðun án formlegrar málsmeðferðar eru uppfyllt. Ótilgreindur

fjöldi aðila getur samkvæmt því átt rétt til málshöfðunar. Þar undir falla t.d. allir samkeppnisáðilar þess sem fékk ríkisstyrk. Rökin eru að slíkir áðilar verði að geta varið rétt sinn til þátttöku í málsmeðferðinni.²²

Til að fá ákvörðun þar sem fallist er á lögmæti ríkisstyrks eða styrkjaáætlunar ógilta á þeim grundvelli að um ólögmætan ríkisstyrk sé að ræða, þ.e. á efnislegum forsendum, telst málshöfðandi hins vegar aðeins uppfylla Plaumann-regluna ef sýnt er að ákvörðunin hafi „veruleg áhrif á markaðsstöðu“ málshöfðanda. Ef félagasamtök eru málshöfðandi þarf á sama hátt að sýna fram á að ákvörðunin hafi „veruleg áhrif á markaðsstöðu“ þeirra sem eiga aðild að samtökunum og þau vinna fyrir.²³ Ekki nægir að sýna fram á að málshöfðandi starfi á viðkomandi markaði eða komi fram fyrir hönd samkeppnisáðila á markaðinum til að fá viðurkenndan málshöfðunarrétt á þeim grundvelli að ákvörðun hafi „veruleg áhrif á markaðsstöðu“. Evrópuðómstóllinn hefur þó hafnað því að málshöfðandi þurfi sýna fram á að áhrifin séu umfram þau áhrif sem ráðstöfun hefur á óskilgreindan hóp samkeppnisáðila.²⁴ Dómaframkvæmd gefur ákveðnar leiðbeiningar um til hvaða atriða er litið við matið. Þannig hefur m.a. verið horft til þess hvort ríkisstyrkur hafi haft áhrif á arðsemi málshöfðanda eða rekstrarþróun og hversu alvarleg þau áhrif eru, m.a. í ljósi þess markaðar sem um er að ræða eða eðli ríkistyrksins.²⁵ Þótt viðmiðin séu ekki einhlit eða afgerandi má engu að síður ráða að kröfurnar eru ekki eins strangar og almennt á við samkvæmt

21 Um málsmeðferðina fer einnig eftir reglugerð ráðsins 659/1999. E. Council Regulation 659/1999 of 22 March 1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 of the Treaty [1999] OJ L83/1. Af dómaframkvæmd hefur verið ráðið að þróunin hafi verið í átt að rymri rétti samkeppnisáðila styrkþega til að höfða mál til ógildingar á jákvæðri ákvörðun um lögmæti styrks, sbr. Jurime, Kullike „Standing in State Aid Cases: What's the State of Play?“ [2010] European State Aid Law Quarterly, 303.

22 Sjá t.d. Paul Craig og Cráinne de Burca, EU Law: Text, Cases and Materials (5. útgáfa Oxford University Press 2011) 1103-

1004. Sjá mál C-78/03 P, Commission v Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum (ARE) [2005] ECR I-10737, mál C-487/06 P British Aggregates Association v Commission (British Aggregates) [2008] ECR I-10515 og mál C-83/09 P Commission v Kronoply and Kronotex [2011] ECR I-4441. Til samanburðar í EES-rétti sjá E-1/12 Den norske Forleggerforening v ESA EFTA Ct. Rep. [2012] 1040, 58-77.

23 Sömu heimildir.

24 C-487/06 P British Aggregates, 55.-56. mgr.

25 Sama heimild, 53. mgr.

Plaumann-reglunni. Matið byggir fremur á því hversu mikil áhrif ákvörðun hefur á hagsmunum málshöfðanda heldur en hvort unnt sé að afmarka fjölda þeirra sem verður fyrir áhrifum.²⁶ Einnig er rétt að geta þess að dæmi eru um að félagasamtök hafi verið talin uppfylla Plaumann-regluna ef þau sýna fram á að þau hafi tekið virkan þátt í hinni formlegu málsmeðferð og samtökin geti talist hafa komið fram sem sanningsaðili gagnvart stjórnvöldum. Í því sambandi hefur t.d. verið horft til þess hvort félagasamtökin komi fram sem viðsemjendur við stjórnvöld.²⁷

Hafi Framkvæmdastjórnin komist að þeirri niðurstöðu að ríkisstyrkur eða styrkjaáætlun sé ólögmat og styrki beri að endurgreiða teljast allir sem hafa þegið styrk uppfylla skilyrði Plaumann-reglunnar til að fá ákvörðunina ógilta.²⁸ Ef ákvörðunin lýtur að ólögmatrí styrkjaáætlun nægir hins vegar ekki að vísa til þess að hafa átt rétt á að fá styrk þar sem rétturinn telst þá byggjast á almennum hlutlægum mælikvarða og ná til ótilgreinds hóps mögulegra styrkþega.²⁹

2.2. *Gagnrýni og helstu tillögur um úrbætur sem komið hafa fram*

Plaumann-reglan var af mörgum talin brjóta gegn þá óskráðri reglu EB-réttar um virka réttarvernd og 6. gr. og 13. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE)³⁰ þar sem hún gat útilokað einstaklinga og lögpersónur frá því að bera ákvarðanir stofnana EB sem hefðu bein og jafnvel veruleg áhrif á lögvarða hagsmunum þeirra undir dómstóla. Í mörgum tilvikum fengist efnisleg úrlausn hvorki fyrir Evrópudómstólnum né dómstóli í viðkomandi ríki.³¹ Á slíkar

aðstæður reyndi í UPA-málinu.³² Málið var höfðað af spænskum félagasamtökum, UPA, til ógildingar á reglugerð sem felldi niður styrki sambandsins til smárra framleiðenda ólivurolíu. Reglugerðin hafði bein réttaráhrif og kom niðurfellingin því til framkvæmda án ráðstafana af hálfu ríkjanna. Margir félagsmanna UPA misstu styrkinn vegna reglugerðarinnar og stóðu jafnvel frammi fyrir því að þurfa að bregða búi. Í málflutningi félagasamtakanna bentu þau á að málið heyrði ekki undir dómstóla á Spáni þar sem engri landsréttarreglu væri fyrir að fara. Í álitum Jacobs lögsögumanns í málinu færði hann rök fyrir því að dæmið sýndi að Plaumann-reglan gæti komið í veg fyrir að einstaklingar og lögpersónur ættu aðgang að dómstólum. Lögsögumaðurinn gaf lítið fyrir þau rök að ríkjunum bæri að tryggja virka vernd EB-réttinda fyrir dómstólum. Evrópudómstóllinn gæti einn lagt mat á lögmæti réttargerða bandalagsins og málshöfðandi hefði ekki forræði yfir því hvort leitað yrði forúrskurðar Evrópudómstólsins um lögmæti réttargerðar og því gæti slík málsmeðferð ekki komið í stað beins málshöfðunarréttar fyrir Evrópudómstólnum. Í þessu ljósi m.a. lagði Jacobs lögsögumaður það til að dómstóllinn breytti einfaldlega túlkun sinni á skilyrðinu um persónulega hagsmunum á þann veg að málshöfðandi yrði gert að sýna að sú ráðstöfun sem krafist væri ógildingar á hefði verið eða væri líkleg til að hafa verulega neikvæð áhrif á hagsmunum hans.³³ Eftir að álitnið birtist kvað Almenni dómstóllinn upp dóm í Jégo-Quéré-málinu.³⁴ Þar reyndi einnig á almenna réttargerð sem ekki kallaði á neins

26 Á það hefur verið bent að málssóknarréttur til ógildingar á jákvæðri ákvörðun um lögmæti ríkisstyrks svipti til þess fyrirkomulags sem Jacobs lögsögumaður lagði til í máli C-50/00 UPA að ætti að gilda almennt og fjallað er um hér að neðan, sbr. Fernando Pastor Merchante, „On the Rules of Standing to Challenge State Aid Decisions Adopted at the End of the Preliminary Phase“, *European State Aid Law Quarterly* [2012] 601, 605.

27 Mál C-67/85, 68/85 og 70/85 Van der Kooy and others v Commission (Van der Kooy) [1988] ECR 219, 20.-24. mgr.

28 Sameinuð mál C-15/98 og C-105/99 Italy and Sardegna

Lines v Commission [2000] ECR I-8855, 34. mgr.

29 Sameinuð mál C-67/85, 68/85 og 70/85 Van der Kooy, 15. mgr.

30 Samningur um verndun mannréttinda og mannfrelsis – Mannréttindasáttmáli Evrópu (Samþykktur 4. nóvember 1950, tók gildi 3. september 1953), 213 U.N.T.S. 221.

31 Sjá heimildir n. 6.

32 Mál C-50/00 P, UPA.

33 Sama heimild, 59. mgr.

34 Mál T-177/01 Jégo-Quéré et Cie SA v Commission [2002] ECR II-2365.

konar framkvæmdarráðstafanir.³⁵ Taldi dómstóllinn með hliðsjón af áliti Jacobs-lögsögumans rétt að falla frá Plaumann-reglunni en lagði þó til nokkuð aðra reglu en lögsögumaðurinn. Evrópudómstóllinn féllst aftur á móti ekki á tillögu lögsögumansins í UPA-málinu³⁶ og snéri niðurstöðu Almenna dómstólsins í Jégo-Quére.³⁷ Í úrlausninni vísaði Evrópudómstóllinn til áður framkominna sjónarmiða um að með EB-sáttmálanum hefði verið komið á heildstæðu kerfi réttarræða og leiða til að fá skorid úr um lögmæti réttargerða stofnana EB og vísaði í þeim efnum til málsmeðferðar í bæði ógildingar- og forúrskurðarmálum³⁸ Þá ítrekaði dómstóllinn einnig skyldur ríkjanna samkvæmt trúnaðarreglu 5. gr. EB-sáttmálans til að skýra og beita reglum landsréttar eins og kostur er á þann hátt að einstaklingar og lögpersónur geti borið ágreining um framkvæmd réttargerðar undir dómstóla og komið þar að sjónarmiðum um lögmæti hennar.³⁹ Að lokum tók dómstóllinn fram að það væri á hendi löggjafans en ekki dómstólsins að breyta þeim reglum sem settar hefðu verið um málssóknarrétt.⁴⁰ Engar breytingar voru gerðar á skilyrðum málshöfðunar fyrr en með samþykkt Lissabon-sáttmálans.⁴¹

3. RÝMKUN MÁLSHÖFÐUNAR- RÉTTAR MEÐ LISSABON-SÁTT- MÁLANUM

3.1. Ákvæði 4. mgr. 263. gr. SSE
Í 4. mgr. 263. gr. SSE segir nú:

Any natural or legal person may, under the conditions laid down in the first and second paragraphs, institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to them, and against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures (áherslubl. höf)

Samkvæmt undirstrikuðu orðunum í lokalið málsgreinarinnar á krafan um persónulega hagsmuni þeirra sem gerð beinist ekki að ekki lengur við ef um er að ræða ákveðna tegund réttargerða. Nægir þá að sýna fram á beina hagsmuni. Viðmið um mat á beinum hagsmunum eru óbreytt.⁴² Eins og áður segir telst málshöfðandi eiga beina hagsmuni af ógildingu réttargerðar ef gerðin er ákvarðandi um réttarstöðu hans. Gerð getur talist vera ákvarðandi um réttarstöðu þótt ríki þurfi að grípa til ráðstafana til að innleiða hana í landsrétt eða taka ákvarðanir varðandi framkvæmd hennar ef þau hafa lítið eða ekkert svigrúm til mats.

Það hefur vafist fyrir mönnum að skýra áhrif þessara breytinga og þá einkum vegna þess að ekki er ljóst til hvaða réttargerða er vísað með hinum undirstrikuðu orðum

35 Hugtakið „framkvæmdarráðstöfun“ er þýðing á orðunum “implementing measures” Sbr. hugtakasafn þýðingarmiðstöðvar utanríkisráðuneytisins <www.hugtakasafn.utn.stjr.is> sótt 1. október 2013.

36 Mál C-50/00 P UPA.

37 Mál C-263/02 P Commission v Jégo-Quére et Cie SA [2004] I-3425.

38 Mál C-50/00 P UPA, 40. mgr.

39 Sama heimild, 42. mgr.

40 Sama heimild, 44. mgr.

41 Lagðar voru til breytingar á reglum um málssóknarrétt einstaklinga og lögpersóna í stjórnskrá Evrópu sem ekki tók gildi. E. Treaty establishing a Constitution for Europe, [2004] OJ C310/01. Sjá 4. mgr. 365. gr. stjórnskrárinnar. Ákvæðið er nær samhljóða 4. mgr. 263. gr. SSE.

42 Álit Kokott lögsögumans í máli C-583/11 P Inuit Tapiriit Kanatami and Others v Commission, 3. október 2013, 68.-71. mgr. og t.d. mál T-96/10 Rütgers Germany GmbH o.fl. v European Chemical Agency 7. mars 2013, 39. mgr.

í lokalið málsgreinarinnar.⁴³ Annars vegar olli það vafa hvaða gerðir fellu undir orðin „regulatory act“. Hins vegar var og er enn ákveðin óvissa um hvað átt er við með að gerðirnar feli ekki í sér framkvæmdarráðstafanir.

Hvað fyrra álitafnið varðar hefur verið bent á ólíka skýringarkosti.⁴⁴ Þannig hefur verið bent á að orðin gætu náð yfir hvers konar almennar réttargerðir og tækju þar með til löggjafar, þ.e. reglugerða, tilskipana og ákvarðana sem samþykktar hafa verið í samræmi við það löggjafarferli sem vísað er til í 289. gr. SSE, auk gerða sem útfæra frekar slíka löggjöf og annarra almennra stjórnvaldsfyrirmæla. Þá kynnu orðin að taka aðeins til almennra réttargerða sem ekki telst löggjöf. Á þetta álitafni hefur reynt í nokkrum málum fyrir Almenna dómstólnum þar sem hann hefur í öllum tilvikum beitt seinni skýringarkostinum.⁴⁵ Evrópudómstóllinn hefur nú einnig staðfest þá skýringu og því ljóst að breytingin tekur ekki til löggjafar í aðurnefndum skilningi.⁴⁶ Niðurstaðan er sú að orðin „regulatory act“ vísa til þess sem nefna má almenn stjórnvaldsfyrirmæli. Einstaklingar og löggjafar þurfa samkvæmt því áfram að sýna fram á að réttargerð eða ákvörðun varði þá beint og persónulega ef henni er beint að ákveðnum viðtakanda, einum eða fleiri, og hún getur ekki talist almenn stjórnvaldsfyrirmæli eða ef um er að ræða löggjöf.

Þá stendur eftir að svara því hvað átt er við með að hin almennu stjórnvaldsfyrirmæli

feli ekki í sér framkvæmdarráðstafanir. Eins og dæmin hér á eftir sýna hefur Almenni dómstóllinn tekið afstöðu til þessa í nokkrum málum.⁴⁷ Þar hefur m.a. verið tekist á um það hvort leggja eigi sama mælikvarða til grundvallar og þegar metið er hvort ráðstöfun varði málshöfðanda beint eða hvort um er að ræða sjálfstætt skilyrði og hvert sé þá inntak þess. Af úrlausnum Almenna dómstólsins verður ráðið að um sjálfstætt skilyrði er að ræða. Ákvæðið vísar til ráðstafana stjórnvalda sem bera ábyrgð á framkvæmd fyrirmællanna óháð því hvort þeim sé veitt svigrúm til mats eða ekki við framkvæmdina. Rökkin eru þau að einstaklingar og löggjafar geta höfðað mál til ógildingar á framkvæmdarráðstöfunum stjórnvalda og komið þar að málsástæðum sem varða gildi almennu stjórnvaldsfyrirmællanna. Höfða má mál fyrir dómstól í viðkomandi ríki eða Evrópudómstólnum eftir því hvort framkvæmdin er í höndum stjórnvalda í ríkinu eða stjórnvalda ESB. Sé málið höfðað fyrir dómstól í samningsríki má bera lögmæti almennu stjórnvaldsfyrirmællanna undir Evrópudómstólinn í forúrskurðarmáli, sbr. 267. gr. SSE. Svo dæmi séu tekin hefur Almenni dómstóllinn fallist á að almenn stjórnvaldsfyrirmæli feli ekki í sér framkvæmdarráðstöfun þegar fyrirmælin hafa lagt fyrirvaralaust bann við markaðssetningu á vörum sem innihalda ákveðin efni án þess að gert sé ráð fyrir að önnur stjórnvöld grípi til ráðstafana svo bannið komi til framkvæmda.⁴⁸ Geri

43 T.d. Steve Peers og Marios Costa, „Judicial review of EU acts after the Treaty of Lisbon“ (2012) 8 European Constitutional Law Review 82; Albertina Albers-Llorens, „Sealing the fate of private parties in annulment proceedings? The General Court and the new standing test in article 263(4) TFEU“ (2012) 71 Cambridge Law Journal, 52-55; Stephan Balthasar, „Locus standi rules for challenges to regulatory acts by private applicants, the new art. 263(4) TFEU“ (2010) 35 European Law Review, 542-550.

44 Paul Craig og Cráinne de Burca, EU Law: Text, Cases and Materials (5. útgáfa Oxford University Press 2011) 508-509 og t.d. Steve Peers og Marios Costa „Judicial review of EU acts after the Treaty of Lisbon“ (2012) 8 European Constitutional Law Review 82.

45 Sjá t.d. mál T-262/10 Microban v. Commission ECR [2011] II-7697, mál T-18/10 Inuit Tapiriit Kanatami and Others v European Parliament and Council of the European Union ECR [2011] II-5599.

46 Mál C-583/11 P Inuit. Sjá sömu niðurstöðu í áliti Kokott lögsögumanns í málinu, 17. janúar 2013.

47 Sjá dóma í n. 48-50.

48 Mál T-262/10 Microban. Sjá einnig mál T-96/10 Rütgers Germany GmbH o.fl. v European Chemical Agency 7. mars 2013. Þar komst Almenni dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að stjórnvaldsfyrirmæli fælu ekki í sér framkvæmdarráðstöfun þar sem þau lögðu fyrirvaralaus skyldu á fyrirtæki að skila ákveðnum upplýsingum án frekari ihlutunar stjórnvalda.

stjórvaldsfyrirmælin hins vegar ráð fyrir því að stjórnvöld sem bera ábyrgð á framkvæmd fyrirsmælanna taki ákvarðanir við framkvæmdina skiptir ekki máli þótt fyrirsmælin séu svo skýr og fyrirvaralaus að þau hafi bein réttaráhrif gagnvart einstaklingum og lögpersónum.⁴⁹ Þá hefur Almenni dómstóllinn sagt að ráðstafanir stjórnsvalda til endurheimtu ríkisstyrkja sem veittir hafa verið á grundvelli ríkisstyrkjaáætlunar sem framkvæmdastjórnin hefur ákvarðað ólögmeta teljist Framkvæmdarráðstafanir í framangreindum skilningi og að sama eigi við um t.d. synjun um frekari styrki.⁵⁰

Niðurstaðan er því sú að þær breytingar sem felast í 3. mgr. 263. gr. SSE hafa í för með sér takmarkaða rýmkuun á málssóknarrétti einstaklinga og lögpersóna fyrir Evrópu dómstólum. Hin ströngu skilyrði Plaumann-reglunnar eiga áfram við þegar málshöfðun beinist að löggjöf eða almennum stjórnsvaldsfyrirmælum sem ekki kalla á framkvæmdarráðstafanir ríkja.

3.2 Lögfesting 47. gr. sáttmálans um grundvallarréttindi

Með Lissabon-sáttmálanum var sáttmálinn um grundvallarréttindi⁵¹ lögfestur og honum fengið sama réttarheimildargildi og sáttmálinn um Evrópusambandið (ESB-sáttmálinn)⁵² sbr. 1. mgr. 6. gr. ESB-sáttmálans. Í 47. gr. sáttmálans um grundvallarréttindi er fjallað um réttláta málsmeðferð og aðgang að dómstólum:

Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in

compliance with the conditions laid down in this Article.

Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented.

Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources insofar as such aid is necessary to ensure effective access to justice.

Í máltilbúnaði stefnenda í Inuit-málinu⁵³ var því m.a. haldið fram að skýra bæri skilyrðið um persónulega hagsmuni í 4. mgr. 263. gr. SSE í samræmi við 47. gr. sáttmálans og leggja tillögur Jacobs lögsögumanns í UPA-málinu til grundvallar.

Dómstóllinn hafnaði þessum rökum. Var það mat dómstólsins að þær breytingar sem fólust í 4. mgr. 263. gr. SSE sýni að löggjafinn hafi ætlað að takmarka þær við ákveðnar réttargerðir. Þar að auki væri ekkert í lögskýringargögnum sem gæfi til kynna að ríkin hefðu haft slíka breytingu í huga.⁵⁴ Hvað lögfestingu sáttmálans um grundvallarréttindi varðar, tók dómstóllinn fram að ráða mætti af lögskýringargögnum að 47. gr. sáttmálans fæli ekki í sér efnislega breytingu á reglum SSE um málssóknarrétt. Skýra yrði málssóknarrétt samkvæmt 4. mgr. 263. SSE í ljósi grundvallarreglunnar um virka réttarvernd en ekki væri unnt með slíkri skýringu að vikja frá skýrt orðuðum skilyrðum SSE.⁵⁵ Þá áreittaði dómstóllinn rökstuðninginn í UPA-málinu um að dómstólakerfið væri heildstætt og tryggði fullnægjandi réttarvernd.⁵⁶ Að lokum vísaði dómstóllinn svo sem fyrr til skyldu

⁴⁹ Mál T-380/11 Anonymi Viotechniki kai Emporiki Etairia Kataskevís Konservon - Palirria Souliotis AE v Commission, 12. september 2013.

⁵⁰ Mál T-221/10 Iberdrola v Commission, 8. mars 2012, 46.-47. mgr.

⁵¹ Charter of Fundamental Rights of the European Union [2010] OJ C83/02.

⁵² Treaty on the European Union (consolidated version 2008) [2008] OJ C115/01.

⁵³ Mál C-583/11 P Inuit.

⁵⁴ Sama heimild, 70. mgr.

⁵⁵ Sama heimild, 97.-98. mgr.

⁵⁶ Sama heimild, 92.-93. mgr.

aðildarríkjanna til að tryggja fullnægjandi réttarræði sem nú væri áréttuð í l. mgr. 19. gr. ESB-sáttmálans.⁵⁷

Samkvæmt framansögðu er þess ekki að vænta að Evrópudómstóllinn geri nokkrar tilslakanir á Plaumann-reglunni á grundvelli reglunnar um virka réttarvernd. Túlkun dómstólsins festir í sessi sjónarmið sem birst hafa í fyrri dómum um að það sé fyrst og fremst í höndum dómstóla í aðildarríkjunum að tryggja vernd þeirra réttinda sem ESB-réttur veitir einstaklingum og lögpersónum. Segja má að í gildi sé nokkurs konar nálægðarreгла fyrir dómstólum. Það þýðir að forúrskurðarferlið verður áfram mikilvægur þáttur í að tryggja virka réttarvernd einstaklinga og lögpersóna þótt deila megi um hvort hún sé fullnægjandi.⁵⁸

4. ÁHRIF LISSABON- SÁTTMÁLANS Á RÉTT TIL MÁLSHÖFÐUNAR FYRIR EFTA- DÓMSTÓLNUM

Í þessum kafla verður leitast við að svara þeirri meginspurningu sem lagt var upp með, þ.e. hvort þær breytingar á málshöfðunarrétti sem voru gerðar með Lissabon-sáttmálanum og að framan er lýst kunni í ljósi reglunnar um einsleitni í málsmeðferð að hafa áhrif á skýringu 2. mgr. 36. gr. EDS um málssóknarrétt. Í því sambandi hefur þýðingu að afmarka hver lögsaga dómstólsins er í ógildingarmálum og greina hvernig dómstóllinn hefur beitt Plaumann-reglunni í framkvæmd.

Einnig er áhugavert að rýna nánar Bellona-málið til að greina hvers konar rýmkun á málssóknarrétti dómstóllinn hafði í huga. Síðast en ekki síst er mikilvægt að varpa ljósi á þýðingu einsleitnireglunnar í því samhengi sem hér um ræðir.

4.1 Ákvæði 36. gr. EDS og beiting hennar í 36. gr. EDS er mælt fyrir um rétt einstaklinga og lögpersóna til að krefjast ógildingar á ákvörðunum ESA. Þar segir í 1., 2. og 4. mgr:

EFTA-dómstóllinn hefur vald til að dæma í málum sem EFTA-riki höfðar vegna ákvörðunar eftirlitsstofnunar EFTA og bygga á vanhæfi, verulegum formgöllum, brotum gegn samningi þessum, EES-samningnum eða réttarreglum um beitingu þeirra.

Einstaklingur eða lögpersóna getur með sömu skilyrðum höfðað mál fyrir EFTA-dómstólnum vegna ákvörðunar eftirlitsstofnunar EFTA er beinist að þessum einstaklingi eða lögpersónu eða vegna ákvörðunar hennar er beinist að öðrum einstaklingi eða lögpersónu ef málið varðar fyrrnefndan aðila beint [og] persónulega.

...

Ef málssóknin er á rökum reist skal lýsa ákvörðun eftirlitsstofnunar EFTA ógilda.

EFTA-dómstóllinn hefur byggt á dómaframkvæmd um 4. mgr. 230. gr. EB við skýringu á 2. mgr. 36. gr. EDS.⁵⁹ Langflest málanna varða málssóknarrétt

⁵⁷ Sama heimild, 101.-102. mgr.

⁵⁸ Sbr. einkum sjónarmið í áliti Jacobs lögsögumans í máli C-50/00 P.

⁵⁹ Fyrst reyndi á regluna í E-2/94 Scottish Salmon Growers v ESA [1994-1995] 59. Í málinu er ekki vísað til dóma Evrópudómstólsins við skýringu á 2. mgr. 36. gr. Hins vegar er

almenn tilvísun til einsleitnisjónarmiða við skýringu á EDS, sbr. 11. mgr. Tilvísun til dóma Evrópudómstólsins kom fyrst fram í ákvörðun dómstólsins í máli E-4/97 Norwegian Bankers' Association v ESA (Husbanken), EFTA Ct. Rep. [1998] 40..

til ógildingar á ákvörðunum ESA á sviði ríkisstyrkja.⁶⁰ ESA fylgir sambærilegu ferli og framkvæmdastjórnin við rannsókn á lögmæti ríkisstyrkja, sbr. 24. gr. EDS og bókun 3 við samninginn. Í þeim málum þar sem reynt hefur á málssóknarrétt hefur oftast reynt á ákvarðanir ESA sem stofnunin hefur tekið að lokinni frumrannsókn, sbr. 4. gr. II. hluta bókunar 3 við EDS.⁶¹ Í þeim málum hefur EFTA-dómstóllinn almennt leyst úr því hvort málshöfðandi eigi rétt til að sækja mál til varnar hagsmunum af þátttöku í formlegri rannsókn ESA. Í nokkrum málum hefur dómstóllinn þó tekið beina afstöðu til þess hvort málshöfðandi teljist eiga persónulega hagsmuni af því að fá ákvörðun ógilta á efnislegum forsendum.⁶² Af dómunum má ráða að fram að Bellona hafi dómstóllinn túlkað málssóknarréttinn nokkuð rúmt og jafnvel rýmra en Evrópu dómstóllinn þótt

beitt hafi verið sömu grundvallarreglum.⁶³ Á síðustu árum hefur matið hins vegar verið sambærilegt og hjá Evrópu dómstólum.⁶⁴

4.2 Bellona-málið

Í Bellona-málinu reyndi á rétt umhverfisverndarsamtakanna Bellona Foundation og þýska ráðgjafarfyrirtækisins TBW til að höfða mál á grundvelli 2. mgr. 36. gr. EDS til ógildingar á ákvörðun ESA. Með ákvörðuninni, sem var tekin án formlegrar rannsóknar, var fallist á að norskar reglur um skattalega ívilnun fyrir ákveðin verkefni í tengslum við vinnslu gass á tilteknum svæðum í Noregi samræmdust 6l. gr. EES. Stefnendur héldu því m.a. fram að EFTA-dómstóllinn væri óbundinn af fordæmum Evrópu dómstólsins og að Plaumann-reglan tryggði ekki virka réttarvernd í málum sem vörðuðu umhverfið. Sveigjanlegri reglur

60 Alls hefur dómstóllinn kveðið upp 13 dóma í málum sem borin voru undir dómstóllinn á grundvelli 36. gr. EDS. Þar af hafa 11 dómur varðað ákvarðanir ESA á sviði ríkisstyrkja: mál E-2/94 *Scottish Salmon Growers v ESA*; mál E-4/97 *Husbanken EFTA Ct. Rep.* [1999] 1; mál E-2/02 *Bellona*; mál E-5/04, E-6/04 og E-7/04 *Fesil EFTA Ct. Rep.* [2005] 117; mál E-9/04 *The Bankers' and Securities Dealers' Association of Iceland v ESA EFTA Ct. Rep.* [2006] 42; mál E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund (PBL) v ESA EFTA Ct. Rep.* [2008] 63; mál E-4/10, E-6/10 og E-7/10 *The Principality of Liechtenstein, REASSUR and Swisscom RE v ESA* [2011] 16; mál E-14/10 *Konkurrenten.no v ESA EFTA Ct. Rep.* [2011] 266; mál E-17/10 og 6/11 *EFTA Ct. Rep.* *The Principality of Liechtenstein and VTM Fund management v EFTA Surveillance Authority* [2012] 114; mál E-12/11 *Asker Brygge v ESA EFTA Ct. Rep.* [2012] 536; mál E-10/11 og E-11/11 *Hurtigruten, Norway v ESA EFTA Ct. Rep.* [2012] 758 og mál E-1/12 *Den norske forleggerforening v ESA EFTA Ct. Rep.* [2012] 1040. Aðeins einn dómur í ógildingarmáli varðað ákvörðun á sviði samkeppni sbr. mál E-15/10 *Posten Norge v ESA EFTA Ct. Rep.* [2012] 246. Þá hefur verið kveðinn upp einn dómur í máli sem snerti ákvörðun ESA um aðgang að gögnum, sbr. mál E-14/11 *Schenker I, 77-78. mgr.* Í hvorugu málinu kom málssóknarréttur stefnenda til álita. Til viðbótar framangreindum dómum er svo vert að nefna að með ákvörðun dómstólsins frá 17. október 2013 í máli E-4/12 og E-5/12 *Risdal Touring As, Konkurrenten.no AS v EFTA Surveillance Authority* vísaði dómstóllinn frá málum sem höfðuð voru til ógildingar á ákvörðun ESA um aðgang að gögnum. Frávisunin byggði m.a. á þeirri forsendu að málshöfðendur hefðu ekki lengur hagsmuni af því að fá dóm um málið þar sem gögn hefðu þegar verið afhent.

61 Mál E-2/94 *Scottish Salmon Growers*; mál E-4/97 *Husbanken*; mál E-2/02 *Bellona*, E-9/04 *Íbúðalánasjóður*; mál E-5/07 *PBL*. Hér má einnig benda á mál E-6/09 *Magasin- og Ukepresseforeningen v ESA EFTA Ct. Rep.* [2009-2010] 144 sem var raunar rikið á grundvelli 37. gr. EDS.

62 Mál E-5/07 *PBL* og mál E-6/09 *Magasin- og Ukepresseforeningen* sem var eins og áður segir rikið á grundvelli 37. gr. EDS.

63 Sjá t.d. mál E-4/97 *Husbanken*. Mat dómstólsins á málssóknarrétti á grundvelli sjónarmiða um þátttöku í málsmeðferð er ekki eins strangt í málinu og almennt fyrir Evrópu dómstólum. Athygli vekur að dómstóllinn telur ástæðu til að réttlæta matið með þeim rökum að ella gæti dómstóllinn ekki rækt hlutverk sitt (virkt dómstólæftirlit), sbr. 35. mgr. Halvard Haukeland Fredriksen hefur sett fram sviðuð sjónarmið um þróun mats á málssóknarrétti fyrir EFTA-dómstólum, sbr. Halvard Haukeland Fredriksen „Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?“ (2009) *Tidskrift for rettvitenskap* 507, 546-547. Hann telur raunar að mat dómstólsins hafi verið rúmt fram að máli E-5/07 *PBL*, sbr. einnig Fredriksen og Gjermund Mathisen *EØS-rett* (Fagbokforlaget, 2010) 183. Forseti dómstólsins, Carl Baudenbacher hefur tjáð sig um þetta á nokkuð opinskáan hátt og m.a. sagt að dómstóllinn fylgi í grundvallaratriðum fordæmum Evrópu dómstólsins en hafi tilhneigingu til að vera frjálsllegri í vafatilvikum þar sem málshöfðandi sé látinn njóta vafans, sbr. „The EFTA Court ten years on“ í Baudenbacher, Tresselt og Örlýgsson (ritstj.) *The EFTA Court ten years on* (Hart Publishing, 2005) 24. Sjá einnig tilvísanir í Fredriksen í sama höfund í „Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?“ sem vísað er til hér að ofan.

64 Í máli E-1/12 *Den norske forleggerforening v ESA* er farið ítarlega yfir reglur um málshöfðunarrétt í málum sem snerta réttinn til að fá ógilta ákvörðun um lögmæti ríkisstyrks sem tekin er án þess að rannaska málið formlega. Farið er skref fyrir skref í gegnum nýlegan dóm Evrópu dómstólsins í máli C-83/09 *Commission v Kronopoly and Kronotex* [2011] *ECR* I-4441, sem kveðinn var upp af yfirdeild dómstólsins og var að öllum líkindum ætlað að skýra réttarstöðuna um þetta efni. Það má því segja með nokkurri vissu að EFTA-dómstóllinn beiti reglum um málssóknarrétt í þessum málum á sama hátt og Evrópu dómstóllinn.

um málssóknarrétt samræmdust betur grundvallarreglunni um virka réttarvernd eins og hún birtist í 6. og 13. gr. MSE og 47. gr. sáttmálans um grundvallarréttindi.

Dómur EFTA-dómstólsins var kveðinn upp í júní 2003 eða um ári eftir dóm Evrópudómstólsins í UPA-málinu þar sem hann hafnaði tillögum um að fallið yrði frá Plaumann-reglunni. Í úrlausn EFTA-dómstólsins er fyrst vikið með almennum hætti að sjónarmiðum um rýmkun málssóknarréttar.⁶⁵ Þar kemur fram að dómstóllinn sé meðvitaður um þann ágreining sem staðið hefur um þrönga afmörkun á málshöfðunarrétti einstaklinga og lögaðila fyrir Evrópudómstólum. Í því sambandi vísar dómstóllinn til álits Jacobs lögsögumans í UPA-málinu. Þá lýsir dómstóllinn því yfir að þessi umræða sé mikilvæg í ljósi vaxandi vægis dómstóla almennt. Mannréttindasjónarmið hafi haft áhrif á þá þróun og aukið þrýsting á greiðari aðgang að dómstólum. Þrátt fyrir þessi sjónarmið sé þó rétt að stíga varlega til jarðar, ekki síst í ljósi þeirrar óvissu sem sé fyrir hendi vegna endurskoðunar á grundvallarreglum sambandsins.

Þessi orð má skilja svo að dómstóllinn hafi haft það í huga að vikja frá Plaumann-reglunni í málinu en einsleitnisjónarmið hafi orðið ofan á. Af atvikum málsins og rökstuðningi dómsins fyrir niðurstöðu má þó ráða að ummælin eru almennari en svo og hafa ekki þýðingu við úrlausn málsins (obiter dictum). Í málinu reyndi eingöngu á það hvort stefnendur gætu talist eiga málssóknarrétt á þeirri forsendu að þeir hefðu átt rétt á þátttöku í meðferð málsins við formlega rannsókn ESA. Dómstóllinn hafnaði því að svo væri og vísaði í því

sambandi m.a. til þess að ekki væri sýnt að ákvörðunin hefði áhrif á efnahagslega hagsmunum stefnenda. Þá væru Bellona samtökin málsvarar almennra hagsmuna en ekki samtök sem kæmu fram fyrir hönd félagsmanna sinna og gættu hagsmuna þeirra. Tók dómstóllinn sérstaklega fram að þegar svo háttaði til ættu þau rök sem fram komu í inngangsorðum dómsins fyrir rýmkun málshöfðunarréttar ekki við.⁶⁶ Á sömu forsendum hafnaði dómstóllinn því að Bellona ætti málssóknarrétt vegna aðkomu að málinu við frumrannsókn þess.⁶⁷ Um það atriði segir ennfremur að dómstóllinn horfði ekki framhjá því að Bellona væri málsvari umhverfisverndar innan lands og á alþjóðavettvangi. Markmið ríkisstyrkjaákvæða EES-samningsins væru hins vegar fyrst og fremst að vernda samkeppni á EES. Jafnvel þótt mikilvægi umhverfismála væri viðurkennt í EES-samningnum, sbr. 78. gr. EES, þýddi það ekki að ESA gæti lagt slíka hagsmunum til grundvallar við mat á því hvort ríkisstyrkur samræmist EES. Til þess þyrfti ESA lagaheimild. Hlutverk Bellona á umhverfissviðinu gæti því ekki réttlætt málssóknarrétt samtakanna.⁶⁸

Í úrlausninni afmarkar dómstóllinn að vissu leyti hvað hann hafði ekki í huga í almennu ummælunum. Þannig verður ráðið að dómstóllinn hafði ekki í huga að opna fyrir málssóknarrétt fyrir málsvara almennra hagsmuna, a.m.k. ekki nema ákvörðun sem málið snertir tengist slíkum hagsmunum með beinum hætti. Nálgunin er svipuð og hjá Evrópudómstólum, sbr. t.d. Stichting-Greenpeace.⁶⁹ Eftir stendur þá sú spurning til hvaða breytinga á málshöfðunarrétti dómstóllinn vísaði í inngangsorðunum. Það

65 Mál E-2/02 Bellona, 35.-37. mgr.

66 Sama heimild, 65. mgr.

67 Sama heimild, 73. mgr.

68 Sama heimild, 75. mgr.

69 Mál C-321/95. Málið varðaði ákvörðun Framkvæmdastjórnarinnar um að veita fjárstyrk til byggingar orkuvers á Kanaríeyjum. Umhverfissamtök og landeigendur

í grenndinni kröfðust ógildingar á ákvörðuninni. Í málinu var því hafnað að stefnendur ættu málssóknarrétt, m.a. á þeim forsendum að það væri ákvörðun viðkomandi stjórnvalda um að heimila framkvæmdina sem hefði áhrif á umhverfið en ekki ákvörðun um styrkinn. Áhrif styrkveitingarinnar væru því óbein.

er ekki skýrt en þó má ráða að dómstóllinn hafði a.m.k. í huga þær breytingar sem voru í undirbúningi á grundvallarreglum sambandsins. Á þeim tíma sem dómur féll í málinu lágu fyrir drög að stjórnarskrá sem voru lögð fram fáum vikum síðar. Lokaliður 4. mgr. 263. gr. SSE er nær samhljóða ákvæði 4. mgr. III.270. gr. draganna.⁷⁰ Það er því vert að skoða hvort sú rýmkenning sem var samþykkt með Lissabon-sáttmálanum kunni að hafa áhrif í EES-rétti í ljósi reglunnar um einsleitni í málsmeðferð.

4.3 Einsleitni í málsmeðferð

EFTA-dómstóllinn hefur allt frá fyrstu tíð byggt á sjónarmiðum um einsleitni við skýringu á málsmeðferðarreglum EDS og vísað til þess að þrátt fyrir að ekki sé skylt skv. 1. mgr. 3. gr. EDS að fylgja fordæmum Evrópuþingdómstólsins, taki hann mið af lögskýringum Evrópuþingdómstólsins ef ákvæðin eru eins að efni.⁷¹ Þetta sjónarmið hefur margoft verið endurtekið í dómum dómstólsins. Í nýlegum dómum vísar dómstóllinn hins vegar til þessa sem meginreglunnar um einsleitni í málsmeðferð (e. procedural homogeneity) sem hann styður við sjónarmið um jafnan aðgang að dómstólum innan EES.⁷² Með því hefur dómstóllinn tekið af vafa um að við túlkun á reglum um málsmeðferð sem eru

efnislega þær sömu og í ESB-rétti sé ekki eingöngu heimilt heldur skylt að taka mið af skýringum Evrópuþingdómstólsins á þeim.⁷³

Slík skylda er þó aðeins fyrir hendi ef um er að ræða efnislega sömu reglu og í ESB-rétti. Mat á því hvort svo sé er ekki bundið við orðanna hljóðan. Þannig hefur dómstóllinn sérstaklega tekið það fram að meginreglan geti átt við jafnvel þó að orðan viðkomandi reglu sé ekki efnislega samhljóða og í ESB-rétti.⁷⁴ EFTA-dómstóllinn lítur því einnig til annarra skýringarsjónarmiða og þá einkum markmiðs- og áhrifsskýringa. Þannig er það ekki orðalagið eitt sem ræður heldur hvort reglunnar stefna að sama markmiði og þær hafi átt að hafa sambærileg áhrif. Í því samhengi sem hér um ræðir er vert að hafa í huga að dómstóllinn hefur sagt að skýra verði reglur EES-réttar í samræmi við grundvallarréttindi eins og þau birtast m.a. í MSE og dómum Mannréttindadómstól Evrópu.⁷⁵ Sjónarmið um aðgang að dómstólum og virka réttarvernd eru rauður þráður í málum þar sem reynt hefur á lögsögu dómstólsins og skýringu á málsmeðferðarreglum.⁷⁶ Dómstóllinn hefur raunar slegið því föstu að reglan um virka réttarvernd eins og hún birtist í MSE og í MDE sé grundvallarregla í EES-rétti.⁷⁷ Það má því gera ráð fyrir að sama regla sé lögð til grundvallar við mat á virkri réttarvernd í EES- og ESB-rétti.⁷⁸ Meginreglan um

70 Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe (Conv. 850/3, 18. júlí 2003) <<http://european-convention.eu.int/docs/treaty/cv00850.en03.pdf>> sótt 1. september 2013.

71 Þetta kom strax fram í fyrsta máli EFTA-dómstólsins E-1/94 Restamark EFTA Ct. Rep. [1994-1995] 15, 24. mgr.

72 Mál E-14/11 Schenker I, 77. og 78. mgr. og mál E-4/12 og E-5/12 Risdal Touring o.fl., 104. mgr.

73 Um sjónarmið um einsleitni í málsmeðferð sjá m.a. Skúli Magnússon, „Judicial Homogeneity in the European Economic Area and the Authority of the EFTA-Court. Some remarks on an Article by Halvard Haukeland Fredriksen“ (2011) 80 Nordic Journal of International Law 507.

74 Mál E-14/11 Schenker I, 78. mgr. og mál E-4/12 og E-5/12 Risdal Touring o.fl., 104. mgr. Hér má einnig benda á ákvörðun forseta dómstólsins frá 23. apríl 2012 í máli E-16/11 ESA v Iceland, 31. mgr. Í ákvörðun forseta dómstólsins, 25. mars 2011, í máli E-14/10 Konkurrenten.no AS v ESA, 9. mgr., virðist orðskýring þó hafa ráðið niðurstöðu við mat á því hvort um efnislega sömu reglu var að ræða.

75 Mál E-18/11 Irish Bank Resolution Corporation Ltd v Kaupþing banka hf., EFTA Ct. Rep [2012] 592, 63. mgr. og þeir

dómar sem þar er vísað til.

76 Mál E-2/94 Scottish Salmon Growers, 22. mgr; ákvörðun dómstólsins frá 12. júní 1998 í máli E-4/97 The Norwegian Bankers' Association v ESA EFTA Ct. Rep. [1998] 40 (Husbanken I), 35. mgr; mál E-3/11 Pálmi Sigmarsson EFTA Ct. Rep [2011] 430, mgr. 27-30; mál E-15/10 Posten Norge EFTA Ct. Rep [2012] 246, einkum 84.-102. mgr. og mál E-18/11 Irish Bank, 63.-64. mgr. Sjá í þessu sambandi einnig Skúli Magnússon, „On the Authority of Advisory Opinions. Reflections on the functions and Normativity of Advisory Opinions of the EFTA Court“ 2010, 3. Europaráttslit tidskrift, 528. Skúli leggur m.a. áherslu á sjónarmið um gagnkvæmni, jafnræði og virka réttarvernd við skýringu á 34. gr. EDS.

77 Mál E-15/10 Posten Norge, 86. mgr.

78 Í máli E-15/10 Posten Norge vísaði EFTA-dómstóllinn til þess að reglan um virka réttarvernd væri nú lögfest í 47. gr. sáttmálans um grundvallarréttindi. Evrópuþingdómstóllinn hefur itrekað sagt að 47. gr. veiti þá vernd sem mælt er fyrir um í 1. mgr. 6. gr. MSE, sbr. t.d. mál C-199/11 P European Gemeenschap v Otis NV and others, dómur frá 6. nóvember 2012.

jafnræði er einnig þungamiðja reglunnar um einsleitni í málsmeðferð sem byggir eins og áður segir á sjónarmiðum um jafnan aðgang að dómstólum á EES.⁷⁹ Við beitingu hennar er í því samhengi sem hér á við samkvæmt því rétt að horfa til þess hvort einstaklingar og lögpersónur í EFTA-rikinum njóti sambærilegrar verndar gagnvart ákvörðunum ESA og einstaklingar og lögpersónur í öðrum EES-rikinum njóta gagnvart sambærilegum ákvörðunum Framkvæmdastjórnarinnar. Einsleitnireglunni verður ekki beitt án þess að tekið sé tillit til þess eðlismunar sem er á réttarkerfi EES og ESB.⁸⁰ EFTA-dómstóllinn hefur dregið ákveðin mörk að þessu leyti.⁸¹ Í nýlegum dómi dómstólsins í Irish-bank reyndi á þessi mörk varðandi skýringu á 34. gr. EDS.⁸² Dómstóllinn fjallar í málinu um það hvort 34. gr. EDS geti falið í sér skyldu dómstóla í samningsrikinum til að vísa málum til EFTA-dómstólsins þótt orðalag greinarinnar beri ekki með sér að slík skylda sé fyrir hendi líkt og orðalag 267. gr. SSE gerir. Rökstuðning dómstólsins má túlka svo að hann telji mörkin nokkuð teygjanleg en það er þó ekki skýrt að rétt sé að líta svo á.⁸³

79 Ákvörðun forseta dómstólsins frá 23. apríl 2012 í máli E-16/11 ESA v Iceland, 31. mgr., mál E-14/11 Schenker I, 77. og 78. mgr. og sameinuð mál E-4/12 og E-5/12 Risdal Touring o.fl., 104. mgr.

80 Hér má benda á gagnrýnið álit Dóru Guðmundsdóttur „Case E-3/11 Sigmarsson v. the Central Bank of Iceland, Judgment of the EFTA Court of 14 December 2011, Not so fast!“ (2012) 49 Common Market Law Review.) 2019.

81 Um mörkin við skýringu á EES-samningnum sjá mál E-1/07 Criminal proceedings against A, EFTA Ct. Rep. [2007] 246, 39-40. og 41. mgr.

82 Mál E-18/11 Irish Bank.

83 Dómstóllinn vikur fyrst að þeim muni sem er á orðalagi greinanna og ólíku eðli réttarkerfanna, sbr. 57. mgr. Með því virðist dómstóllinn líta svo á að ekki sé um efnislega sömu reglur að ræða og því eigi einsleitnireglan ekki við. Í 58. mgr. vísar dómstóllinn hins vegar til reglunnar um gagnkvæmni og reglu 3. gr. EES um trúnað. Því má halda fram að dómstóllinn vilji með því teygja reglu 34. gr. nær 267. gr. SSE. Þessar reglur geta þó augljóslega ekki fært inn í EES-samninginn eða EDS skyldur sem ekki eru þar fyrir og vega að grundvallarforsendum svo sem sjálfstæði dómstóla ríkjanna. Það verður heldur ekki ráðið skýrlega af rökstuðningnum að rétt sé að skilja dóminn svo. Líklegri skýring er að dómstóllinn telji að af þessum reglum leiði að dómstólum í EFTA-rikinum beri að taka mið

Ekki verður séð að rýmkun málsóknarréttar með því að falla að ákveðnu marki frá Plaumann-reglunni við skýringu á skilyrðinu um persónulega hagsmuni hafi nokkur áhrif á eðli EES-réttar. Plaumann-reglan lýtur eins og nánar verður vikið að hér á eftir eingöngu að endurskoðunarvaldi dómstólsins á ákvörðunum ESA og snertir því aðeins samband þeirra tveggja stofnana sem komið var á með EDS. Þrátt fyrir að orðalag 4. mgr. 263. gr. SSE sé nú að efni talsvert annað en 2. mgr. 36. gr. EDS, er ekki útilokað að reglan í lokalið 4. mgr. 263. gr. SSE verði talin rúmast innan 36. gr. EDS á grundvelli reglunnar um einsleitni í málsmeðferð.⁸⁴ Reglan er bundin við ákveðnar tegundir réttargerða, þ.e. almenn stjórnvaldsfyrirmæli sem ekki fela í sér framkvæmdarráðstafanir. Það er því rétt að rýna nánar hvort sambærilegar réttargerðir falla undir lögsögu EFTA-dómstólsins skv. 36. gr. EDS.

4.4 Möguleg rýmkun málhöfðunarréttar fyrir EFTA-dómstólnum

Orðalag 36. gr. EDS ber það skýrlega með sér að lögsaga EFTA-dómstólsins í

af markmiðum samstarfsvettvangs dómstólanna þegar tekin er afstaða til þess hvort leita skuli ráðgefandi álits. Dómstólar í EFTA-rikinum geti með öðrum orðum ekki látið geðþótta ráða hvort leitað sé ráðgefandi álits. Grundvallarregla EES-réttar um virka réttarvernd virðist leiða dómstóllinn á sömu slóðir, sbr. 64. mgr. dómsins. Tilvísun dómstólsins til 6. gr. MSE og dóma MDE má skýra svo að dómstóllinn telji ekki útilokað að dómstóll í EFTA-riki brjóti gegn grundvallarreglu EES-réttar um virka réttarvernd ef hann synjar beiðni um að leita ráðgefandi álits. Það eigi einkum við ef slík ákvörðun er ekki rökstudd og sé því geðþóttaákvörðun. Segja má að dómstóllinn leitist við að byggja brú á milli EES og ESB réttar með vísan til sameiginlegra grundvallaréttinda.

84 Það er athygli vert að í úrskurði í sameinuðum málum E-4/12 og E-5/12 Risdal Touring o.fl. segir dómstóllinn að 2. mgr. 36. gr. EDS sé eins að efni og 4. mgr. 263. gr. SSE, sbr. 104. mgr. Dómstóllinn vísar þessu til stuðnings til dóms í máli E-5/07 PBL þrátt fyrir að þar sé vísað til 4. mgr. 230. gr. EB. Fljót á litid virðist dómstóllinn því ekki gera efnislegan mun á þessum greinum. Það er þó rétt að skoða úrskurð dómstólsins í málum E-4/12 og E-5/12 í ljósi atvika. Í málunum reyndi ekki tengsl málhöfðanda við sakarefni heldur hvort um væri að ræða ákvörðun sem sætti endurskoðun og hvort hagsmunir þeir sem málsóknin varðaði væru fallnir brett. Engin breyting varð á reglum ESB réttar um þessi atríði með Lissabon-sáttmálanum.

ögildingarmálum er bundin við ákvarðanir ESA og nær samkvæmt því ekki til ákvarðana annarra stofnana sem komið var á fot í tengslum við EES-samninginn, þ.á.m. sameiginlegu EES-nefndarinnar. Þá verður það ráðið af dómum dómstólsins að lögsagan tekur aðeins til ákvarðana sem fela í sér bindandi réttaráhrif gagnvart þriðja aðila.⁸⁵ Mikill fjöldi gerða stofnana ESB sem talist geta almenn stjórnvaldsfyrirmæli í skilningi 4. mgr. 263. gr. SSE eru teknar upp í EES-samninginn með ákvörðunum sameiginlegu EES-nefndarinnar. Þetta fyrirkomulag skýrist af ólíku eðli EES- og ESB-réttar þar sem EES-samningurinn felur ekki í sér framsal löggjafarvalds, sbr. 7. gr. EES og bókun 35 við EES-samninginn. EFTA-dómstóllinn hefur sjálfur lýst ákvörðunum sameiginlegu EES-nefndarinnar sem einföldu formi þjóðréttarsamninga milli ESB og samningsríkja ESB annars vegar og EFTA-ríkjanna hins vegar.⁸⁶ Þá fela þær oft ekki í sér annað en innleiðingu réttargerða ESB. Ákvarðanirnar binda aðeins ríkin og hafa því ekki bindandi réttaráhrif gagnvart þriðju aðilum. Í ljósi þessa sérstaka eðlis og áhrifa ákvarðana sameiginlegu EES-nefndarinnar má telja nánast útilokað að lögsaga EFTA-dómstólsins skv. 36. gr. EES

verði víkkuð út á grundvelli reglunnar um einsleitni í málsmeðferð þannig að hún nái til sameiginlegu EES-nefndarinnar.⁸⁷ Sömu sjónarmið eiga að stærstu leyti við um þá spurningu hvort EFTA-dómstóllinn geti lagt mat á lögmæti ákvarðana sameiginlegu EES-nefndarinnar í ráðgefandi áliti með sambærilegum hætti og sömu réttarverkan og ESB-dómstóllinn hefur vald til í forúrskurðarmálum, sbr. 267. gr. SSE.⁸⁸ Þessi munur á dómstólakerfunum leiðir til þess að réttarvernd einstaklinga og löggjafaraðila í EFTA-ríkjunum getur ekki talist fyllilega sambærileg þeirri sem löggjafaraðila í aðildarríkjum ESB njóta.

Heimildir ESA til tóku ákvarðana eru einkum á sviði samkeppnismála, sbr. 25. gr. EDS og ríkisstyrkjamála, sbr. 24. gr. EDS. Þó eru dæmi úr annarri löggjöf um að ESA hafi verið falið vald til að taka ákvarðanir sem hafa bindandi réttaráhrif gagnvart einstaklingum og löggjafaraðila. Þannig hefur stofnunin nú heimildir til að leggja sektir á fyrirtæki sem brjóta gegn löggjöf á sviði loftferðamála.⁸⁹ Að lokum má svo nefna einstaka ákvarðanir sem ESA tekur á grundvelli almennra stjórnvaldsfyrirmæla stofnunarinnar, s.s. um aðgang að gögnum.⁹⁰ Þessar ákvarðanir beinast að ákveðnum

85 Í úrskurði EFTA-dómstólsins í máli E-13/10 Aleris Ungplan v. ESA EFTA Ct. Rep [2011] 3 er vísað til einsleitni í málsmeðferð, sbr. 24. mgr. og til úrskurða Evrópu dómstólsins, sbr. 25. og 27. mgr.

86 Mál E-6/01 CIBA o.fl. [2002] EFTA Ct. Rep. 281, 33. mgr.

87 Davíð Þór Björgvinsson, tekur ekki jafn afdráttarlausu afstöðu sbr. EES-réttur og landsréttur (Codex 2006), 49. Hann visar í þessu sambandi til dóms í máli E-6/01 CIBA o.fl., sbr. umfjöllun þar um í sama riti. Virðist afstaða hans því fyrst og fremst varða ráðgefandi álit. Hann bendir á að dómstóllinn hafi í málinu lagt mat á lögsögu sameiginlegu EES-nefndarinnar. Mikilvægt er að gera greinarmun á heimild dómstólsins til túlkunar á ákvæðum EES-samningsins og EDS og heimild til að ógilda ákvarðanir sameiginlegu EES-nefndarinnar. Í því sambandi er einnig rétt að nefna nýlegan dóm EFTA-dómstólsins í máli E-3/11 Pálmi Sigmarsson. Þar rökstyður dómstóllinn að hann fari með endurskoðunarvald vegna ráðstafana sem gripið er til á grundvelli 43. gr. EES-samningsins. Taka má undir gagnrýni Dóru Guðmundsdóttur á að dómstóllinn skuli nota orðið endurskoðunarvald í ráðgefandi áliti, sbr. „Case E-3/11 Sigmarsson v. the Central Bank of Iceland, Judgment of the EFTA Court of 14 December 2011, Not so fast!“ (2012) 49 Common Market Law Review)

2019. Orðið „endurskoðun“ hefur vissulega aðra merkingu en orðið „túlkun“.

88 Eins og rakið er í neðanmálgreininni hér á undan hefur dómstóllinn þegar skorið úr um að hann getur túlkað ákvæði er lúta að lögsögu sameiginlegu EES-nefndarinnar. Hann víkur hins vegar tæplega til hliðar ákvörðunum sameiginlegu EES-nefndarinnar án þess að hafa til þess heimild í þeim reglum sem hann starfar eftir.

89 Nýlegt dæmi er reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 216/2008/EC frá 20. febrúar 2008 um sameiginlegar reglur um almenningsflug og um stofnun Flugöryggisstofnunar Evrópu og niðurfellingu tilskipunar ráðsins 91/670/EEB, reglugerðar (EB) nr. 1592/2002 og tilskipunar 2004/36/EB, eins og hún var tekin upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar 163/2011 (samþykkt 19. desember 2012 <http://www.efta.int/publications/eea-supplements>, sótt 15. ágúst 2013). Í lið k og l í viðauka við ákvörðunina er ESA falið það vald sem framkvæmdastjórnin hefur skv. reglugerðinni til að leggja á sektir.

90 Ákvörðun ESA 300/12/COL (samþykkt 18. mars 2013, <http://www.efta.int/publications/eea-supplements>, sótt 15. ágúst 2013).

viðtakendum og geta því að meginstefnu til ekki talist almenn stjórnvaldsfyrirmæli í skilningi 4. mgr. 263. gr. SSE. Frá því kunna þó að vera nokkrar undantekningar. Þannig geta ákvarðanir ESA er varða almennar ríkisstyrkjaáætlanir hugsanlega talist almenn stjórnvaldsfyrirmæli.⁹¹ Enda þótt slíkar ákvarðanir beinist að tilteknum viðtakanda, þ.e. ríki, hafa þær að jafnaði almenn áhrif. Á sömu forsendum kunna sumar ákvarðanir sem teknar eru í tengslum við regluverk EES-samningsins um matvælaöryggi að teljast almenn stjórnvaldsfyrirmæli.⁹² Þær ákvarðanir ESA sem talist geta almenn stjórnvaldsfyrirmæli fela þó ávallt í sér framkvæmdarráðstafanir í þeim skilningi sem Almenni dómstóllinn hefur lagt í það orð við skýringu á 4. mgr. 263. gr. SSE.⁹³ Verði skýring Almenna dómstólsins staðfest af Evrópudómstólnum yrði niðurstaðan því að sú rýmkun á málssóknarrétti sem felst í reglu lokamálsliðar 4. mgr. 263. gr. SSE tæki ekki til neinna ákvarðana sem geta talist sambærilegar þeim sem falla undir lögsögu EFTA-dómstólsins skv. 2. mgr. 36. gr. EDS. Séð í því ljósi hafa almenn inngangsorð EFTA-dómstólsins í Bellona-málinu þá í raun harla litla þýðingu.

Með hliðsjón af þeirri áherslu sem EFTA-dómstóllinn hefur á síðustu árum lagt á jafnan aðgang að dómstólum á EES og virka réttarvernd, er rétt að spyrja hvort þessi niðurstaða þýði að einstaklingar og lögpersónur í EFTA-rikkjunum njóti í reynd sambærilegrar verndar gagnvart ákvörðunum ESA og einstaklingar og lögpersónur í öðrum ríkjum EES njóta

gagnvart sambærilegum ákvörðunum Framkvæmdastjórnarinnar. Eins og að framan er lýst hefur Evrópudómstóllinn lagt ríka áherslu á hið heildstæða kerfi réttarúrræða og leiða sem SSE mælir fyrir um og í því sambandi staðið fastur á því að forúrskurðir séu mikilvægur hlekkur í því kerfi. Rétt er að rifja upp að rökin eru einkum þau að Evrópudómstóllinn getur metið lögmæti almennra stjórnvaldsfyrirmæla stofnana ESB í slíku ferli með þeim áhrifum að dómstóll í viðkomandi ríki leggur hana ekki til grundvallar niðurstöðu sinni. EFTA-dómstólnum er ekki ætlað sambærilegt hlutverk í ráðgefandi álitum samkvæmt 34. gr. EDS eins og áður hefur verið nefnt. Jafnvel þótt einstaklingur eða lögpersóna í EFTA-ríki fengi höfðað mál fyrir dómstól í viðkomandi ríki vegna framkvæmdarráðstafana yrði úrlausnin hvorki beint né óbeint háð mati EFTA-dómstólsins á lögmæti þeirrar ákvörðunar ESA sem framkvæmdarráðstöfunin tengist. Þessi munur á dómstólakerfi EES og ESB kann því að réttlæta að EFTA-dómstóllinn fallist á rýmri málssóknarrétt einstaklinga og lögpersóna til ógildingar á ákvörðunum ESA sem geta talist almenn stjórnvaldsfyrirmæli í skilningi 4. mgr. 263. gr. SSE. Slík rýmkun myndi byggjast á þeim grunnsjónarmiðum sem EFTA-dómstóllinn hefur sagt að reglan um einsleitni í málsmeðferð byggji á auk þess sem hún samræmist betur reglunni um virka réttarvernd. Þar sem ákvarðanir ESA geta fæstar talist almenn stjórnvaldsfyrirmæli og þar sem sjaldan hefur reynt á beitingu Plaumann-reglunnar af fullum þunga á sviði ríkisstyrkja má þó ætla að þau tilvik sem

91 Á slíka áætlun reyndi t.d. í máli E-5/04, E-6/04 og E-7/04 Fesil EFTA Ct. Rep. [2005] 117. Þess má geta að í máli T-221/10 Iberdrola v Commission, 8. mars 2012, gaf Almenni dómstóllinn það óbeint til kynna að ákvarðanir vegna almennra ríkisstyrkjaáætlana teldust almenn stjórnvaldsfyrirmæli í skilningi 4. mgr. 263. gr. SSE þar sem hann lagði mat á það hvort ráðstafanir sem ríki þurfti að gripa til í kjölfar ákvörðunarinnar gætu talist framkvæmdarráðstafanir, sbr. 46-47. mgr.

92 Sjá t.d. ákvörðun ESA 131/13/COL, 18. mars 2013 um lista yfir landamærastöðvar á Íslandi og í Noregi fyrir innflutning

á lifandi dýrum og dýraafurðum sem fluttar eru inn frá þriðju ríkjum. Ákvörðunum er beint að ríkjum en geta haft áhrif á t.d. rekstraráðila viðkomandi landamærastöðva og innflytjendur. Fleiri ákvarðanir sem geta talist almenns eðlis en er beint að EFTA-ríkjum er að finna á slóðinni www.eftasurv.int/internal-market-affairs/fields-of-work/food-safety/.

93 Um ákvarðanir varðandi almennar ríkisstyrkjaáætlanir sjá mál T-221/10 Iberdrola v Commission, 8. mars 2012, 46.-47. mgr.

slík rýmkun tæki til yrðu fá.⁹⁴

5. NIÐURLAG

Að baki umfjöllun greinarinnar liggja ummæli EFTA-dómstólsins í Bellona samgáfu ákveðnar væntingar um mögulega rýmkun á málssóknarrétti einstaklinga og lögpersóna í ógildingarmálum. Séu ummælin skoðuð í ljósi úrlausnar dómstólsins á málssóknarrétti umhverfisverndarsamtakanna Bellona er ljóst að þau voru almenns eðlis (obiter dictum) og vísuðu ekki til opnari málssóknarréttar félagsamtaka sem vinna að almennum hagsmunum á borð við umhverfisvernd. Ummælin virðast bundin við endurskoðun á grundvallarreglum ESB sem tók á sig endanlega mynd með samþykkt Lissabon-sáttmálans. Þær breytingar sem þar voru gerðar á skilyrðum málssóknarréttar einstaklinga og lögpersóna, sbr. lokaliður 4. mgr. 263. gr. SSE, fela það í sér samkvæmt nýlegum dómi Evrópudómstólsins í Iinuit-málinu að Plaumann-reglan á ekki lengur við þegar krafist er ógildingar á almennum stjórnvaldsfyrirmælum stofnana ESB sem ekki fela í sér framkvæmdarráðstafanir. Af dóminum verður skýrlega ráðið að Plaumann-reglan á áfram við ef krafist er ógildingar á stjórnvaldsákvörðunum sem ekki fela í sér almenn stjórnvaldsfyrirmæli og ef krafist er ógildingar á löggjöf ESB. Það var hins vegar ekki leyst úr því í málinu hvenær almenn stjórnvaldsfyrirmæli teljast fela í sér framkvæmdarráðstafanir. Sé tekið mið af dómum Almenna dómstólsins er átt við hvers konar framkvæmdarráðstafanir óháð því hvort fyrirmælin gefa stjórnvöldum svigrúm til mats eða ekki. Í Iinuit-málinu tók Evrópudómstóllinn hins vegar af allan vafa um að lögfesting 47. gr. sáttmálans um grundvallarréttindi krefst þess ekki að slakað verði á kröfum Plaumann-reglunnar

þar sem hún á við. Ákvarðanir ESA sem falla undir lögsögu EFTA-dómstólsins fela sjaldnast í sér almenn stjórnvaldsfyrirmæli og verði túlkun Almenna dómstólsins ofan á mun sù rýmkun á málshöfðunarrétti sem felst í lokalið 4. mgr. 263. gr. SSE ekki hafa neina þýðingu í málum fyrir EFTA-dómstólnum þar sem þær ákvarðanir ESA sem kunna að teljast almenn stjórnvaldsfyrirmæli myndu ávallt fela í sér framkvæmdarráðstafanir. Það er umhugsunarvert að þau rök sem fram koma í dómum Evrópudómstólsins fyrir takmarkaðri rýmkun málshöfðunarréttar lúta í meginatriðum að því að skera megi úr um lögmæti réttargerða ESB í málum sem rekin er fyrir dómstól í ríkjunum með forúrskurði Evrópudómstólsins. Þessi rök eiga ekki við í EFTA-ríkjunum. Vegna þessa má segja að einstaklingar og lögpersónur njóti ekki sambærilegs aðgangs að dómstólum vegna ákvarðana ESA og einstaklingar og lögpersónur í öðrum EES-ríkjum njóta vegna sambærilegra ákvarðana Framkvæmdastjórnarinnar. Í ljósi sjónarmiða um jafnan aðgang að dómstólum á EES sem reglan um einsleitni í málsmeðferð hvílir á kann því að vera rétt að skoða hvort ströng túlkun Almenna dómstólsins á framkvæmdarráðstöfunum eigi að öllu leyti við um málshöfðunarrétt fyrir EFTA-dómstólnum.

⁹⁴ Hugsanlegt dæmi væri svipað og í máli T-221/10 Iberdrola v Commission.

HEIMILDASKRÁ

- Albors-Llorens A, „The standing of private parties to challenge Community measures: has the European Court missed the boat“ (2003) 62 *Cambridge Law Journal* 72.
- Albors-Llorens A, „Sealing the fate of private parties in annulment proceedings? The General Court and the new standing test in article 263(4) TFEU“ (2012) 71 *Cambridge Law Journal* 52.
- Arnull A, „Private applicants and the action for annulment since *Codorniu*“ (2001) 38 *Common Market Law Review* 7.
- Arnull A, „April shower for *Jégo-Quéré*“ (2004) 29 *European Law Review* 786.
- Balthasar S, „Locus standi rules for challenges to regulatory acts by private applicants, the new art. 263(4) TFEU“ (2010) 35 *European Law Review* 542.
- Baudenbacher C, „The EFTA Court ten years on“ í Baudenbacher, Tresselt og Örlygsson (ritstj.) *The EFTA Court ten years on* (Hart Publishing, 2005).
- Craig P & de Burca C, *EU Law: Text, Cases and Materials* (5. útgáfa Oxford University Press 2011).
- David Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Codex, 2006).
- Dóra Guðmundsdóttir, „Case E-3/11 *Sigmarsson v. the Central Bank of Iceland*, Judgment of the EFTA Court of 14 December 2011, Not so fast!“ (2012) 49 *Common Market Law Review*) 2019.
- Fredriksen H og Mathisen G, *EØS-rett* (Fagbokforlaget 2010).
- Fredriksen H, „Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?“ [2009] *Tidskrift for rettvitenskap* 507.
- Lenaerts K, „The legal protection of private parties under the EC Treaty: a coherent and complete system of judicial review?“ í Guiffre (ritstj.), *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini* (Univ. Bologna, 1998, vol. II,) 591.
- Jurime K, „Standing in State Aid Cases: What’s the State of Play?“ (2010) *European State Aid Law Quarterly*, 303.
- Merchante F, „On the Rules of Standing to Challenge State Aid Decisions Adopted at the End of the Preliminary Phase“ (2012) *European State Aid Law Quarterly* 601.
- Skúli Magnússon, „Judicial Homogeneity in the European Economic Area and the Authority of the EFTA-Court. Some remarks on an Article by Halvard Haukeland Fredriksen“ (2011) 80 *Nordic Journal of International Law* 507.
- Skúli Magnússon, „On the Authority of Advisory Opinions. Reflections on the functions and Normativity of Advisory Opinions of the EFTA Court“ (2010) *Europaráttslig tidskrift* 528.
- Peers S og Costa M, „Judicial review of EU acts after the Treaty of Lisbon“ (2012) 8 *European Constitutional Law Review* 82.

Dómaskrá

Evrópudómstólinn

- Mál 25/62 *Plaumann & Co. v Commission of the European Economic Community* [1963] ECR 95.
- Sameinuð mál C-67/85, 68/85 og 70/85 *Van der Kooy and others v Commission* [1988] ECR 219.
- Mál C-321/95 P *Stichting Greenpeace (Greenpeace International) and others v Commission* [1998] ECR I-1651.

Sameinuð mál C-15/98 og C-105/99 *Italy and Sardegna Lines v Commission* [2000] ECR I-8855.
 Mál C-50/00 P, *Union de Pequenos Agricultores (UPA) v Council of the European Union* [2002] ECR I-6677
 Mál C-50/00 P, *Union de Pequenos Agricultores (UPA) v Council of the European Union* [2002] ECR I-6681, álit lögsögumans.
 Mál C-263/02 P *Commission v Jégo-Quéré et Cie SA* [2004] ECR I-3425.
 Mál C-78/03 P, *Commission v Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum (ARE)* [2005] ECR I-10737.
 Mál C-487/06 P *British Aggregates Association v Commission* [2008] ECR I-10515.
 Mál C-83/09 P *Commission v Kronoply and Kronotex* [2011] ECR I-4441.
 Mál C-199/11 P *European Gemeenschap v Otis NV and others*, 6. nóvember 2012.
 Mál C-583/11 P *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v Commission*, 3. október 2013.
 Mál C-583/11 P *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v Commission*, álit lögsögumanna, 17. janúar 2013.
 Mál T-177/01 *Jégo-Quéré et Cie SA v Commission* [2002] ECR II-2365.
 T-91/07 *WWF-UK Ltd v Council of the European Union* [2008] ECR II-81.
 T-18/10 *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v European Parliament and Council of the European Union* ECR [2011] II-5599.
 Mál T-96/10 *Rütgers Germany GmbH o.fl. v European Chemical Agency* 7. mars 2013.
 Mál T-221/10 *Iberdrola v Commission*, 8. mars 2012.
 Mál T-262/10 *Microban v. Commission* ECR [2011] II-7697.
 Mál T-380/11 *Anonymi Viotechniki kai Emporiki Etairia Kataskevis Konservon - Palirria Souliotis AE v Commission* 12. september 2013.

EFTA dómstóllinn

E-1/94 *Restamark* EFTA Ct. Rep. [1994-1995] 15.
 Mál E-2/94 *Scottish Salmon Growers v ESA* EFTA Ct. Rep. [1994-1995] 59.
 Mál E-4/97 *The Norwegian Banker's Association v ESA* EFTA Ct. Rep. [1998] 40.
 Mál E-4/97 *Husbanken* EFTA Ct. Rep. [1999] 1.
 Mál E-6/01 *CIBA o.fl.* EFTA Ct. Rep. [2002] 281.
 Mál E-2/02 *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung and Bellona Foundation v ESA (Bellona)* EFTA Ct. Rep. [2003] 52.
 E-9/04 *The Bankers' and Securities Dealers' Association of Iceland v ESA* EFTA Ct. Rep. [2006] 42.
 Mál E-5/04, E-6/04 og E-7/04 *Fesil* EFTA Ct. Rep. [2005] 117.
 Mál E-1/07 *Criminal proceedings against A*, EFTA Ct. Rep [2007] 246.
 Mál E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund v ESA (PBL)* EFTA Ct. Rep. [2008] 63.
 Mál E-6/09 *Magasin- og Ukepresseforeningen v ESA* EFTA Ct. Rep [2009-2010] 144.
 Mál E-4/10, E-6/10 og E-7/10 *The Principality of Liechtenstein, REASSUR Aktiengesellschaft and Swisscom RE Aktiengesellschaft v ESA* EFTA Ct. Rep. [2011] 16.
 Mál E-5/10 *Dr. Joachim Kottke v Präsidial Anstalt and Sweetyle Stiftung (Kottke)* EFTA Ct. Rep. [2009-2010] 320.
 Mál E-13/10 *Aleris Ungplan v ESA* EFTA Ct. Rep [2011] 3.
 Mál E-14/10 *Konkurrenten.no v ESA* EFTA Ct. Rep. [2011] 266.
 Mál E-14/10 *Konkurrenten.no v ESA* ákvörðun forseta dómstólsins, 25. mars 2011.
 Mál E-15/10 *Posten Norge v ESA* EFTA Ct. Rep [2012] 246.
 Mál E-17/10 og 6/11 EFTA Ct. Rep. *The Principality of Liechtenstein and VTM Fundmanagement v EFTA Surveillance Authority* [2012] 114.

Mál E-3/11 *Pálmi Sigmarsson* [2011] EFTA Ct. Rep. 430.
Mál E-10/11 og E-11/11 *Hurtigruten, Norway v ESA* EFTA Ct. Rep. [2012] 758.
Mál E-12/11 *Asker Brygge v ESA* EFTA Ct. Rep. [2012] 536.
Mál E-14/11 *Schenker North AB, Schenker Privpak AB og Schenker Privpak AS v ESA* (Schenker I) EFTA Ct. Rep. [2012] 1178.
Mál E-16/11 *ESA v Iceland*, ákvörðun forseta dómstólsins, 23. apríl 2012.
Mál E-18/11 *Irish Bank Resolution Corporation Ltd v Kaupþingi banka hf.* (Irish bank) EFTA Ct. Rep [2012] 592.
E-1/12 *Den norske forleggerforening v ESA* EFTA Ct. Rep. [2012] 1040.
Mál E-4/12 og E-5/12 *Risdal Touring As, Konkurrenten.no AS v EFTA Surveillance Authority*, ákvörðun dómstólsins frá 17. október 2013.

LAGASKRÁ

Evrópska efnahagssvæðið

Samningurinn um EES-svæðið (undirritaður 2. maí 1992, tók gildi 1. janúar 1994, Stjtið, C, 31/1993)
Samningur um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls (undirritaður 2. maí 1992, tók gildi 1. janúar 1994, Stjtið, C, 32/1993.)
Ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar 163/2011 (samþykkt 19. desember 2012 <http://www.efta.int/publications/eea-supplements>, sótt 15. ágúst 2013).
Ákvörðun ESA 300/12/COL (5. September 2012 <http://www.efta.int/publications/eea-supplements>, sótt 15. ágúst 2013).
Ákvörðun ESA 131/13/COL (18. mars 2013, <http://www.efta.int/publications/eea-supplements>, sótt 15. ágúst 2013).

Evrópusambandið

Treaty establishing a Constitution for Europe [2004] OJ C310/01.
Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2006) [2006] OJ C321 E/1.
Treaty of Lisbon [2007] OJ C306/1.
Treaty on the European Union (consolidated version 2008) [2008] OJ C115/01.
Treaty on the Functioning of the European Union (consolidated version 2008) [2008] OJ C115/01.
Charter of Fundamental Rights of the European Union [2010] OJ C83/02.
Council Regulation 659/1999 of 22 March 1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 of the Treaty, [1999] OJ L83/1.

Alþjóðlegir sáttmálar

Samningur um verndun mannréttinda og mannfrelsis – Mannréttindasáttmáli Evrópu (Samþykktur 4. nóvember 1950, tók gildi 3. september 1953). 213 U.N.T.S. 221. Hann var lögfestur hér á landi með lögum nr. 62/1994.
Samningur um aðgang að upplýsingum, þátttöku almennings í ákvarðanatöku og aðgang að réttlátri málsmeðferð í umhverfismálum (Samþykktur 25. júní 1998, tók gildi 30. október 2001) 2167 U.N.T.S. 447.

AÐRAR HEIMILDIR

Treaty establishing a Constitution for Europe, [2004] OJ C310/01.

Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe (Conv. 850/3, 18. júlí 2003) sótt 1.

september 2013 á <<http://european-convention.eu.int/docs/treaty/cv00850.en03.pdf>>

Hugtakasafn þýðingarmiðstöðvar utanríkisráðuneytisins <www.hugtakasafn.utn.stjr.is>



Margrét Einarsdóttir

Lektor við lagadeild Háskólans í Reykjavík

FORGANGSÁHRIF EES- RÉTTAR Í ÍSLENSKUM RÉTTI

Er ákvæði 3. gr. eesl. fullnægjandi innleiðing á þeirri skuldbindingu sem felst í bókun 35 við EES-samninginn?

INNGANGUR	76
2. BÓKUN 35 VIÐ EES-SAMNINGINN	76
2.1. Almenn	76
2.2. Gildissvið	77
2.3. Dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins	78
3. INNLEIÐING – ÁKVÆÐI 3. GR. LAGA NR. 2/1993 UM EVROPSKA EFNAHAGSSVÆÐIÐ	79
3.1. Almenn	79
3.2. Dómaframkvæmd Hæstaréttar	80
4. NIÐURSTÖÐUR	84

1. INNGANGUR

Með dómi Evrópudómstólsins í máli 6/64 *Costa gegn ENEL*¹ var því slegið föstu að ESB-réttur hefur forgangsrátt gegn gagnvart rétti aðildarríkja þegar landsrétti og ESB-rétti lýstur saman. Hefur þessi regla verið áréttuð og útfærð nánar í fjölmörgum dómum dómstólsins. Samkvæmt þessari dómaframkvæmd felur reglan í sér að ESB-regla, sem hefur bein réttaráhrif, gengur framur reglu landsréttar sem er andstæð henni, hvort sem regla landsréttar er eldri eða yngri en ESB-reglan.² Með beinum réttaráhrifum í ESB-rétti er átt við að einstaklingar og lögaðilar geti byggt réttindi og skyldur í samskiptum sínum við yfirvöld í eigin landi á reglum sem settar eru af stofnunum Evrópusambandsins (ESB), án þess að þær hafi sérstaklega verið innleiddar í landsrétt viðkomandi aðildarríkis. Þá geta reglurnar einnig haft þýðingu í samskiptum einstaklinga eða lögaðila innbyrðis. Hefur þetta verið margstaðfest í dómum Evrópudómstólsins.³

Í samningaviðræðum um EES-samninginn var lögð á það áhersla af hálfu Evrópubandalagsins⁴ að regla ESB-réttar um forgangsrátt yrði einnig hluti EES-réttar.⁵ Með því yrði tryggt að ef kæmi til árekstra milli settra laga sem ætlað væri að veita reglum EES-samningsins lagagildi og annarra settra laga myndu síðarnefndu löggin víkja. Að öðrum kosti yrði markmiðið um sameiginlegan markað ekki tryggt sem

skyldi. EFTA-rikin gátu hins vegar ekki fallist á slíka reglu, meðal annars þar sem hún var talin fela í sér framsal lagasetningarvalds sem var talið ósamrýmanlegt fullveldi ríkjanna.⁶ Málamiðlun á milli þessara ósamrýmanlegru sjónarmiða er að finna í bókun 35⁷ við samninginn.⁸

Með ákvæði 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið⁹ leitaðist Alþingi við að fullnægja efni bókunar 35.¹⁰ Tilgangur þessarar fræðigreinar er að leita svara við því hvort að sú skuldbinding sem íslenska ríkið gekkst undir með bókun 35 við EES-samninginn hafi í raun og veru verið fullnægt með 3. gr. eesl. Byrjað verður á því að fjalla almennt um bókun 35, gildissvið hennar og túlkun EFTA-dómstólsins á henni. Þá verður sjónum beint að 3. gr. eesl. og fjallað ítarlega um þá hæstaréttardóma sem varða túlkun á ákvæðinu. Að lokum verður fjallað um hvort að ákvæði 3. gr. eesl., eins og það hefur verið túlkað af Hæstarétti, sé í samræmi við þá þjóðréttarlegu skuldbindingu sem felst í bókun 35 við EES-samninginn.

2. BÓKUN 35 VIÐ EES-SAMNINGINN

2.1. Almennt

Sem fyrr segir felur bókun 35 við EES-samninginn í sér málamiðlun á milli ósamrýmanlegrar sjónarmiða um forgangsrátt EES-réttarins. Í aðfararorðum bókunar 35 segir:

1 Mál 6/64 *Costa gegn ENEL* [1964] ECR 585.

2 Sjá umfjöllun um bein réttaráhrif og forgangsrátt ESB-réttar í bók Pinedo-M. Elvira Méndez, EC and EEA Law. Groningen 2009, bls. 49-73 og í bók Davíðs Þórs Björgvinssonar, *Lögskýringar*. Reykjavík 2008, bls. 331-332.

3 Sbr. mál 26/62 *Van Gend en Loos* [1963] ECR I, mál 41/74 *Van Duyn* [1974] ECR 1337 og mál 148/78 *Tullio Ratti* [1979] ECR 1629. Sjá einnig Steiner J. og Woods L., *EU Law*. Oxford 2009, bls. 106 og Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar*, bls. 329.

4 Nú Evrópusambandið (ESB).

5 Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur*. Reykjavík, bls. 101.

6 Þess má geta að reglan um bein réttaráhrif á ekki við í EES-rétti í þeirri mynd sem hún birtist í ESB-rétti, sbr. dómur

EFTA-dómstólsins í málum E-4/01 *Karl K. Karlsson hf. gegn íslenska ríkinu* [2002] skýrsla EFTA-dómstólsins 2002, bls. 240 og E-1/07 *Criminal proceeding against A*, skýrsla EFTA-dómstólsins 2007, bls. 246.

7 Í bókun 35 við EES-samninginn segir: „Vegna tilvika þar sem getur komið til árekstra á milli EES-reglna sem komnar eru til framkvæmdar og annarra settra laga, skuldbinda EFTA-rikin sig til að setja, ef þörf krefur, lagaákvæði þess efnis að EES-reglur gildi í þeim tilvikum.“

8 Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur*, bls. 101-102.

9 Hér eftir nefnd eesl.

10 Alþt. A 1992-1993 (þskj. 1), bls. 224.

„Þar eð með samningi þessum er stefnt að einsleitu Evrópsku efnahagssvæði sem byggist á sameiginlegum reglum, án þess að samningsaðila sé gert að framselja löggjafarvald til stofnana Evrópska efnahagssvæðisins; og þar eð þessum markmiðum verður því að ná með þeirri málsmeðferð sem gildir í hverju landi um sig.“

Bókunin sjálf hefur einungis að geyma eina grein sem er svohljóðandi:

„Vegna tilvika þar sem getur komið til árekstra á milli EES-reglna sem komnar eru til framkvæmdar og annarra settra laga, skuldbinda EFTA-rikin sig til að setja, ef þörf krefur, lagaákvæði þess efnis að EES-reglur gildi í þeim tilvikum.“¹¹ [leturbr. höf].

Samkvæmt orðalagi bókunarinnar felst skuldbindingin í því að EFTA-rikin verða sjálf að setja ef þörf krefur lagaákvæði sem tryggja að EES-reglur gildi framar öðrum settum lögum, þ.e. tryggi þeim forgang gagnvart ákvæðum landsréttar ef um árekstur er að ræða. Eru það því löggjafarstofnanir EFTA-rikjanna sjálfra sem eiga að sjá til þess að „EES-reglur sem komnar eru til framkvæmdar“ njóti forgangs umfram ósamrýmanleg ákvæði landsréttar, sem ekki eiga rætur sínar að rekja til EES-réttar. Er EFTA-rikinum í sjálfsvald sett með hvaða hætti þau fullnægja þessari skuldbindingu. Með því að hafa þennan háttinn á var talið að ekki væri um að ræða framsal á fullveldi.¹²

11 Ákvæði bókunarinnar er svohljóðandi á ensku: “For cases of possible conflicts between implemented EEA rules and other statutory provisions, the EFTA States undertake to introduce, if necessary, a statutory provision to the effect that EEA rules prevail in these cases.”

12 Bókun 35 var einungis talin skipta máli fyrir þau EFTA-riki sem byggja á meginreglunni um tveðli þjóðaréttar og landsréttar, þ.á m. Ísland, sjá umfjöllun í Sven Norberg o.fl.: EEA Law, A Commentary on the EEA Agreement. Stokkhólmi 1993, bls. 204.

13 Í dómi EFTA-dómstólsins í máli E-1/01 Hördur Einarsson gegn íslenska ríkinu, skýrsla EFTA-dómstólsins 2002, bls. 1 er staðfest að til að ákvæði falli undir gildissvið bókunar 35 verði þau að vera óskilyrt og nægilega nákvæm. Í því felst að ákvæðin verða að vera þannig úr garði gerð að þau geti stofnað

2.2. Gildissvið

Líkt og fram kemur í bókun 35 tekur hún einungis til reglna „sem komnar eru til framkvæmdar“. Í enskum texta bókunarinnar segir; “implemented EEA rules”. Er því ljóst samkvæmt orðalagi bókunarinnar, að hún tekur einungis til EES-reglna sem innleiddar hafa verið í landsrétt samningsaðila.

Meginmál EES-samningsins hefur lagagildi hér á landi, sbr. 2. gr. eesl. Falla ákvæði meginmálsins því undir gildissvið bókunar 35, að því skilyrði uppfylltu að þau séu óskilyrt og nægilega nákvæm.¹³ Afleidda löggjöf ber hins vegar að innleiða í landsrétt í samræmi við 7. gr. EES-samningsins.¹⁴ Skuldbinding samkvæmt bókun 35 tekur því einungis til afleiddrar löggjafar EES-samningsins eftir að hún hefur verið innleidd í landsrétt. Ef um ófullnægjandi innleiðingu á afleiddri löggjöf er að ræða getur hins vegar að ákveðnum skilyrðum uppfylltum skapast bótaskylda aðildarríkis, sbr. dóm EFTA-dómstólsins í máli E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir gegn íslenska ríkinu¹⁵ og dóms Hæstaréttar í máli nr. 236/1999 Erla María Sveinbjörnsdóttir gegn íslenska ríkinu.¹⁶ Ekki reynir á reglur um forgangsrátt EES-réttar í slíkum tilvikum.

til réttinda sem einstaklingar og atvinnufyrirtæki geti reist á dómkröfur innanlands (mgr. 53).

14 Ákvæði 7. gr. EES-samningsins hljóðar svo: „Gerðir sem vísað er til eða er að finna í viðaukum við samning þennan, eða ákvörðunum sameiginlegu EES-nefndarinnar, binda samningsaðila og eru þær eða verða teknar upp í landsrétt sem hér segir:

a. gerð sem samsvarar reglugerð EBE skal sem slík tekin upp í landsrétt samningsaðila;

b. gerð sem samsvarar tilskipun EBE skal veita yfirvöldum samningsaðila val um form og aðferð við framkvæmdina.“

15 Mál E-9/97, Erla María Sveinbjörnsdóttir gegn íslenska ríkinu, skýrsla EFTA-dómstólsins 1998, bls. 95.

16 Hrd. 1999, bls. 4916.

2.3. *Dómafrankvæmd EFTA-dómstólsins*
Dómar EFTA-dómstólsins þar sem reynt hefur á túlkun á bókun 35 eru skýrir. Í bókuninni felst að á EFTA-rikkjunum, þ.á m. Íslandi, hvílir sú skuldbinding að sjá til þess að EES-reglur, sem hafa verið innleiddar í landsrétt og eru óskilyrtar og nægilega nákvæmar, gangi framur öðrum reglum landsréttar, sem ekki eiga rætur sínar að rekja til EES-réttar. Er þessi niðurstaða m.a. staðfest í máli E-1/94 *Restamark*.¹⁷ Sama niðurstaða var í dómi EFTA-dómstólsins í máli E-1/01 *Hörður Einarsson gegn íslenska ríkinu*¹⁸ sem nú verður rakið.

Í málinu var óskað ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á því hvort samrýmanlegt væri EES-rétti að samkvæmt íslenskum lögum væri hærri virðisaukaskattur lagður á bækur á erlendum tungumálum heldur en bækur á íslensku. Ef niðurstaðan yrði sú að íslenskar reglur um virðisaukaskatt á bókum væru ósamrýmanlegar EES-samningnum, var spurt hvort EES-samningurinn hefði að geyma ákvæði sem mælti fyrir um hvaða reglum skyldi beitt þegar ósamræmi væri milli reglna landsréttar og reglna sem leiddu af EES-samningnum. Varðandi síðarnefnda atriðið segir í dómi EFTA-dómstólsins:

„Í fimmtu spurningu sinni er Héraðsdómur Reykjavíkur í raun að leita svars við því hvort ákvæði í meginmáli EES-samningsins skuli, samkvæmt EES-rétti, gilda framur ósamrýmanlegu ákvæði í landslögum. [...].“

Í inngangi að bókun 35 með EES-samningnum kemur skýrt fram að í samningnum er ekki gerð krafa til þess að aðildarríki framselji löggjafarvald til stofnana EES, og að ná verði fram einsleitni innan EES með þeirri málsmeðferð,

sem gildi í hverju landi um sig. Af innganginum og af orðalagi bókunar 35 leiðir að skuldbindingin sem gengist hefur verið undir með bókuninni lýtur aðeins að EES-reglum sem lögfestar hafa verið í landsrétti. Eins og þegar hefur verið getið, hefur meginmál EES-samningsins verið tekið upp í landslög. Meginmáli samningsins hefur því verið „komið til framkvæmda“ í skilningi bókunar 35.

Skuldbinding sú, sem gengist er undir með bókun 35, getur þó ekki náð til allra ákvæða meginmáls samningsins. Hún varðar aðeins þau ákvæði sem þannig eru úr garði gerð að þau geti stofnað til réttinda sem einstaklingar og atvinnufyrirtæki geta reist á dómkröfur innanlands. Eins og dómstóllinn hefur áður talið, er um slikt að ræða þegar viðkomandi ákvæði er óskilyrt og nægilega nákvæmt (sjá *Restamark*, áður vísað til, 77. liður).

Ákvæði 14. gr. EES-samningsins er sama efnis og 90. gr. samningsins um Evrópubandalagið. Síðarnefnda greinin hefur verið talin óskilyrt og nægilega nákvæm (sjá mál 57/65 *Lütticke gegn Hauptzollamt Saarlouis* [1966] ECR 205). Með hliðsjón af markmiðinu um einsleitni og til að tryggja sömu meðferð einstaklinga á öllu evrópska efnahagssvæðinu verður að telja 14. gr. EES-samningsins uppfylla þá kröfu að vera óskilyrt og nægilega nákvæm.

Fimmtu spurningu verður því að svara þannig, að þegar ákvæði landslaga samrýmist ekki 14. gr. EES-samningsins og sú grein hefur verið innleidd í landslög, er upp komin staða sem skuldbinding EFTA-rikkjanna í bókun 35 gildir um, en hún er reist á þeirri forsendu, að EES-regla, sem innleidd hefur verið í landsrétt, skuli hafa forgang.“ [leturbr. höf].

Niðurstaða EFTA-dómstólsins er skýr. Bókun 35 „er reist á þeirri forsendu, að EES-

¹⁷ E-1/94, *Restamark*, skýrsla EFTA-dómstólsins 1994-1995, bls. 15. Í málinu reyndi á það hvort einkaleyfi finnsku áfengissöluunnar væri í samræmi við 16. gr. EES-samningsins. Í niðurstöðu dómsins kemur skýrt fram að túlka beri bókun 35 á þann veg að EES-reglur sem innleiddar hafa verið í landsrétt og eru nægilega óskilyrtar og skýrar gangi framur reglum landsréttar. Í dóminum segir: “Protocol 35 on the Implementation of EEA Rules stipulates that the EFTA States

are under an obligation to ensure, if necessary by a separate statutory provisions, that in cases of conflict between implemented EEA rules and other statutory provisions the implemented EEA rules prevail. [...] if they are unconditional and sufficiently precise.” (mgr. 77).

¹⁸ Mál E-1/01 *Hörður Einarsson gegn íslenska ríkinu*, skýrsla EFTA-dómstólsins 2002, bls. 1.

regla, sem innleidd hefur verið í landsrétt, skuli hafa forgang.¹⁹ Þetta þýðir að innleidd EES-regla, hvort sem um er að ræða ákvæði í meginmáli EES-samningsins sem var innleitt með 2. gr. eesl., eða afleidd löggjöf sem búið er að innleiða í landsrétt í samræmi við 7. gr. EES-samningsins, á samkvæmt EES-rétti að hafa forgangsáhrif gagnvart ósamrýmanlegu ákvæði landsréttar, sem ekki á rætur sínar að rekja til EES-réttar. EFTA-dómstóllinn áréttaði þennan skilning á bókun 35 í máli E-1/07 *Criminal proceeding against A*.²⁰ Þetta þýðir að óheimilt er að beita ákvæði landsréttar að svo miklu leyti sem það er í ósamræmi við EES-rétt. Skyldan tekur hins vegar ekki til þess að fella ákvæði landsréttar úr gildi.²¹

Næst verður skoðað hvort íslenska ríkið hafi uppfyllt framangreinda skuldbindingu sem það gekkst undir með bókun 35 við EES-samninginn.

3. INNLEIÐING — ÁKVÆÐI 3. GR. LAGA NR. 2/1993 UM EVRÓPSKA EFNAHAGSSVÆÐIÐ

3.1. Almenn

Eins og að framan greinir leitaðist Alþingi við að fullnægja efni bókunar 35 með 3. gr. eesl. Ákvæðið er svohljóðandi:

„Skýra skal lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja.“

Eftir orðanna hljóðan er hér um að ræða hreina lögskýringarreglu sem mælir fyrir um að reglur landsréttar skuli skýrðar til samræmis við EES-samninginn. Ef ekki reynist hins vegar unnt að skýra ákvæði

landsréttar til samræmis við innleiddar EES-reglur þá verður að byggja á ákvæðum landsréttar, þar sem 3. gr. eesl. getur ekki leitt til þess að litið verði framhjá orðum íslenskra laga. Væru forgangsáhrif EES-reglna, sem hafa verið innleiddar í landsrétt, því ekki tryggð í slíkum tilfellum og 3. gr. eesl. því ekki í samræmi við skuldbindingu íslenska ríkisins á grundvelli bókunar 35, eins og hún hefur verið túlkuð af EFTA-dómstólum.

Athugasemdir í greinargerð með 3. gr. eesl. bjóða upp á annan lögskýringarkost. Þar segir meðal annars eftirfarandi:

„Í bókun 35 er fjallað um framkvæmd EES-reglna. Íslenskum dómstólum ber að túlka íslensk lög í samræmi við þjóðarétt. Í dómum undanfarið hefur Hæstiréttur gengið mjög langt í þessu efni, sbr. t.d. hrd. 1990, bls. 2. Þar vék rétturinn frá nýlegum og skýrum dómafordæmum sínum og túlkaði lög m.a. til samræmis við þjóðréttarreglu, sem gildir ekki sem lög hér á landi, þ.e. túlkun mannréttindanefndar Evrópu á tiltekinni grein mannréttindasáttmála Evrópu. Samkvæmt þessu verður að telja að verði áreksur milli laga, sem sett hafa verið vegna skuldbindinga í þjóðréttarsamningi, og annarra innlendra réttarreglna veiti dómafordæmi Hæstaréttar vísbendingu um að innlenda reglan verði túlkuð til samræmis við þjóðréttarregluna eftir því sem framast er kostur.“

Þar fyrir utan er sterk hefð fyrir þeirri reglu í íslenskum rétti að sérlög gangi framur almennum lögum, þ.e. að lög, sem eru almenns eðlis, eru ekki talin fella brott eldri sérreglur laga um sama efni nema brottfellingarinnar sé getið sérstaklega í yngri lögum. Oft myndi EES-regla vera sérregla um tiltekið efni.

Í 3. gr. felst m.a. að innlend lög sem eiga stöð í EES-samningnum verði jafnan túlkuð

¹⁹ Sjá hér umfjöllun í grein Ólafs Jóhannesar Einarssonar, „Bókun 35 og staða EES-samningsins að íslenskum rétti“. *Timarit lögfræðinga* 2007 (4), bls. 377.

²⁰ Í máli E-1/07 *Criminal proceeding against A*, dómur frá 3. október 2007, mgr. 38 segir: „Protocol 35 EEA obliges the EFTA States to introduce, if necessary, a statutory provisions to the

effect that, under their national legal order, implemented EEA rules prevail in cases of possible conflict with other statutory provisions.“

²¹ Ólafur Jóhannes Einarsson, „Bókun 35 og staða EES-samningsins að íslenskum rétti“, bls. 377-378.

sem sérreglur laga gagnvart ósamrýmanlegum yngri lögum, að því leyti að yngri lög viki þeim ekki ef þau stangast á, nema löggjafinn taki það sérstaklega fram. Þetta er nauðsynlegt til þess að tryggja samræmi í reglum á Evrópska efnahagssvæðinu. Í bókun 35 er og skýrt tekið fram að þessi skýringarregla skuli ekki hafa í för með sér framsal á löggjafarvaldi og er 3. gr. við það miðuð.²² [leturbr. höf].

Samkvæmt framangreindum ummælum virðist markmið löggjafans vera það að jafnan beri að túlka EES-reglur, sem hafa verið innleiddar í landsrétt, sem sérreglur. Á grundvelli lex specialis-reglunnar gangi þær því framar yngri ósamrýmanlegum lagaákvæðum og séu forgangsáhrif þeirra þannig tryggð.²³ Þessi ummæli í greinargerðinni eru hins vegar ekki í beinu samræmi við orðalag ákvæðisins sjálfs. Kom það því í hlut íslenskra dómstóla að skera úr um hvert er raunverulegt inntak 3. gr. eesl. og hvort ákvæðið tryggi í reynd forgangsáhrif EES-reglna, sem hafa verið innleiddar í landsrétt.

3.2. Dómaframkvæmd Hæstaréttar

Eins og að framan greinir kom það í hlut íslenskra dómstóla að skera úr um hvað felst í 3. gr. eesl. Fyrst reyndi á framangreint álitafni með skýrum hætti í dómi Hæstaréttar í máli nr. 477/2002 *Hörður Einarsson gegn íslenska ríkinu*^{24, 25}

Málavextir voru þeir að H var gert að greiða 24,5% virðisaukaskatt af tollverði bóka á ensku sem hann flutti inn frá Bretlandi og Þýskalandi, en 14% virðisaukaskattur var

lagður á innlendar bækur, sbr. 6. tl. 2. mgr. 14. gr. laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt. Taldi hann þennan greinarmun brjóta meðal annars í bága við 2. mgr. 14. gr. meginmáls EES-samningsins og krafðist þess að úrskurður ríkistollanefndar þar um yrði felldur úr gildi. H byggði kröfu sína í málinu á 3. gr. eesl. og vísaði til þess að með þessu ákvæði hefði verið leidd í íslensk lög sú skuldbinding, sem íslenska ríkið hefði tekið á sig með bókun 35 við EES-samninginn, en samkvæmt henni væri EES-reglum ætlað að hafa forgang þar sem EES-reglur og önnur landslög kynnu að rekast á.

Eins og áður hefur verið rakið var í málinu afllað ráðgefandi álits frá EFTA-dómstólnum þar sem sérstaklega var spurt hvort EES-samningurinn hefði að geyma ákvæði sem mæltu fyrir um hvaða reglum skyldi beitt þegar ósamræmi væri milli reglna landsréttar og reglna sem leiða af EES-samningnum. Héraðsdómur komst að þeirri niðurstöðu, meðal annars með hliðsjón af ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins, að reglur laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt á bækur væru andstæðar 2. mgr. 14. gr. EES-samningsins. Væri því kominn upp árekskur milli laga nr. 50/1988 og 2. mgr. 14. gr. EES-samningsins. Þessi niðurstaða var staðfest í Hæstarétti. Í dómi Hæstaréttar segir meðal annars:

„Með 2. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið var meginmáli EES-samningsins veitt lagagildi hér á landi. Samkvæmt 3. gr. laganna skal skýra lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-

²² Alpt. A 1992-1993 (þskj. 1), bls. 224.

²³ Það er viðurkennd lögskýringarregla að sérreglur gangi framur almennum reglum, (lex specialis) sjá t.d. Davíð Þór Björgvinsson, Lögskýringar, bls. 225.

²⁴ Hrd. 2003, bls. 2045.

²⁵ Áður hafði þó verið fjallað um túlkun á 3. gr. eesl. í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 14. desember 1999. En þar segir: „Með hliðsjón af því ótvíræða orðalagi bókunar 35 að með EES-samningnum sé ekki stefnt að því að framselja löggjafarvald til stofnana Evrópska efnahagssvæðisins og með vísan til þess að 3. gr. laga nr. nr. 2/1993 er orðuð sem lögskýringarregla verður

ekki talið að ummæli í greinargerð með frumvarpi til laganna geti leitt til þeirrar túlkunar á 3. gr. laganna að í henni felist að ávallt verði litið á lögfestar EES-reglur sem sérreglur gagnvart ósamrýmanlegum yngri lagareglum. Enda þótt játa verði því að EES-samningurinn sé þjóðréttarsamningur sérstaks eðlis getur löggjafinn ekki með almennu lagaboði eins og 3. gr. laga nr. 2/1993 bundið hendur Alþingis við lagasetningu í framtíðinni. Slikt verður aðeins gert með stjórnarskrárákvæði.“ Hæstiréttur fjallaði hins vegar ekkert um túlkun á 3. gr. eesl. í dómi sínum í málinu, sjá Hrd. 2001, bls. 2502 (mál nr. 497/1999) þar sem leyst var úr málinu á öðrum grundvelli.

samninginn og þær reglur, sem á honum byggja. Af athugasemdum með frumvarpi til laganna um þessa grein verður ráðið, að henni hafi verið ætlað að fullnægja skuldbindingu samningsaðila í bókun 35 við EES-samninginn, en þar segir meðal annars, að komi til árekstra á milli EES-reglna, sem komnar séu til framkvæmda, og annarra settra laga skuldbindi EFTA-rikin sig til að setja, ef þörf krefji, lagaákvæði þess efnis að EES-reglur gildi í þeim tilvikum. Í athugasemdum segir jafnframt, að í 3. gr. felist meðal annars, að innlend lög, sem eigi stoð í EES-samningnum, verði jafnan túlkud sem sérreglur laga gagnvart ósamræmanlegum yngri lögum, að því leyti að yngri lög viki þeim ekki, ef þau stangast á, nema löggjafinn taki það sérstaklega fram. Þetta sé nauðsynlegt til að tryggja samræmi í reglunum á Evrópska efnahagssvæðinu. Í bókun 35 sé og skýrlega tekið fram, að þessi skýringarregla skuli ekki hafa í för með sér framsal á löggjafarvaldi og sé 3. gr. við það miðuð.

Í þessu ljósi verður að telja, að ákvæði 2. mgr. 14. gr. EES-samningsins um bann við skattlagningu, sem er til þess fallin að vernda óbeint framleiðsluvörur eins samningsaðila gagnvart framleiðsluvörum annarra aðila samningsins, beri að skýra sem sérreglu um skattalega meðferð á innflutningi frá öðrum EES-rikinum, er gangi frammar eldra ákvæði áðurgildandi 6. tl. 14. gr. laga nr. 50/1988 um lægri virðisaukaskatt af sölu bóka á íslenskri tungu en annarra bóka. Eftir að EES-samningnum var veitt lagagildi með lögum nr. 2/1993 var því óheimilt að gera greinarmun á bókum á íslensku og öðrum tungum við álagningu virðisaukaskatts.“ [leturbr. höf].

Á grundvelli framansagðs var fallist á kröfu H og úrskurður ríkistollanefndar ógiltur.

Höfundur hefur í fyrri greinarskrifum talið að í framangreindum dómi hafi Hæstiréttur túlkað ákvæði 3. gr. eesl. í

samræmi við athugasemdir í greinargerð sem fylgdu frumvarpinu, þ.e. á þann hátt að á grundvelli 3. gr. eesl. beri ávallt að skilgreina EES-reglur sem sérreglur sem leiði til þess að þær gangi frammar reglum landsréttar, sbr. *lex specialis-reglan*.²⁶ Er enda í dómi Hæstaréttar sérstaklega vísað til athugasemda í greinargerð með frumvarpinu. Er þessi skilningur í samræmi við skrif Davíðs Þórs Björgvinssonar um dóminn.²⁷ Ólafur Jóhannes Einarsson telur hins vegar að sú staðreynd að Hæstiréttur hafi í umræddum dómi bæði byggt á því að ákvæði 2. mgr. 14. gr. EES-samningsins sé sérregla gagnvart virðisaukaskattslögum, sbr. 3. gr. eesl., og einnig á því að ákvæðið gangi frammar á grundvelli *lex posterior-reglunnar* dragi úr gildi dómsins sem fordæmis um túlkun á 3. gr. eesl. Þó segir Ólafur Jóhannes í grein sinni að vert sé „að hafa það í huga, að ekkert í dómi Hæstaréttar [gefi] ótvírætt til kynna að ekki hefði einnig verið litið á EES-regluna sem sérreglu hefði verið um að ræða lagaákvæði sem hefði verið yngra en eesl. Tilvitnun Hæstaréttar til ummæla í athugasemdum við 3. gr. eesl. gæti einnig gefið tilefni til þess að ætla að rétturinn væri reiðubúinn að lesa út úr ákvæðinu þá reglu, sem þar var að finna og gerði ráð fyrir að EES-reglur teldust til sérreglna, en eins og áður var rakið á sú regla sér trauðla stoð í orðalagi ákvæðisins sjálfs.“²⁸

Að mati höfundar hefur Hæstiréttur hins vegar í síðari dómum sínum vikið frá því fordæmi sem fólst í dómi réttarins í máli *Harðar Einarssonar*, að því er varðar túlkun á 3. gr. eesl.

Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 220/2005 (*tóbaksdómurim*)²⁹ var tekist á um gildi tiltekinna ákvæða í lögum nr. 6/2002, um tóbaksvarnir, meðal annars 6. mgr. 7. gr. laganna en samkvæmt því ákvæði var

26 Margrét Einarsdóttir, „Forgangsaðhrif réttilegra innleiddra EES-reglna“. Tímarit Lögréttu 2010 (I), bls. 31.

27 Davíð Þór Björgvinsson, EES-réttur og landsréttur, bls. 119-123 og 130.

28 Ólafur Jóhannes Einarsson, „Bókun 35 og staða EES-samningsins að íslenskum rétti“, bls. 392.

29 Hrd. 2006, bls. 1689.

óheimilt að hafa tóbak sýnilegt á sölustöðum. Áfrýjendur kröfðust viðurkenningar á því að þeim væri heimilt að hafa tóbaksvörur sýnilegar viðskiptavinum verslunar sinnar og byggðu meðal annars á því að fyrrnefnt ákvæði bryti í bága við ákvæði 11. og 36. gr. EES-samningsins. Ekki var hins vegar byggt á því með skýrum hætti af hálfu áfrýjanda að fyrrnefnd ákvæði skyldu hafa forgangsáhrif og var þannig hvorki vísað til 3. gr. eesl. né bókunar 35 í stefnu í héraði. Í dómi héraðsdóms segir meðal annars:

„Með dómi Hæstaréttar Íslands frá 16 desember 1999 í málinu nr. 236/1999 var slegið föstu að það leiddi af 7. gr. EES-samningsins og bókun 35 við hann að samningurinn fæli ekki í sér framsal löggjafarvalds. Hins vegar hefði meginmál EES-samningsins lagagildi hér á landi. Væri samkvæmt framansögðu eðlilegt að lögín sem lögfestu meginmál samningsins væru skýrð svo að einstaklingar ættu kröfu til þess að íslenskri löggjöf væri hagam til samræmis við EES-reglur. Tækist það ekki leiddi það af lögum nr. 2/1993 og meginreglum og markmiðum EES-samningsins að íslenska ríkið yrði skadabótaskyldt að íslenskum rétti. Stefnandi hefur krafist viðurkenningar á því að honum sé heimilt að sýna tóbaksvörur í verslun sinni þrátt fyrir fyriræmi 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002 sem banna slíkt. Þó svo að komist yrði að þeirri niðurstöðu að ákvæði 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002 færu gegn 11. gr. eða 36. gr. EES-samningsins, myndi sú niðurstaða ekki leiða til þess að stjórnskipulega settum ákvæðum 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002 yrði ekki beitt. Slík niðurstaða kynni hins vegar að mynda bótgrundvöll, sbr. m.a. dómur hæstaréttar frá 16. desember 1999. Þegar af þessari ástæðu verður kröfum stefnanda á þeim grunni að tilvitnuð ákvæði laga nr. 6/2002 fari gegn ákvæðum 11. gr. og 36. gr. EES-samningsins hafnað.“ [leturbr. höf].

Hæstiréttur staðfesti ofangreinda niðurstöðu með skírskotun til forsendna

héraðsdóms. Eins og áður hefur komið fram hefur meginmál EES-samningsins lagagildi hér á landi, sbr. 2. gr. eesl. Í tóbaksdóminum reyndi því á samspil innleiddra EES-reglna (þ.e. 11. og 36. gr. EES-samningsins) sem falla undir gildissvið bókunar 35 og ósamrýmanlegs yngra ákvæðis landsréttar (þ.e. 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002), sem ekki á rætur sínar að rekja til EES-samningsins. Í niðurstöðu héraðsdóms, sem Hæstiréttur staðfesti, segir að EES-samningurinn geti ekki leitt til þess að stjórnskipulega settum lögum verði ekki beitt. Virðist hér því litið svo á að innleiddar EES-reglur hafi ekki sérstöðu ef þeim lýstur saman við önnur ákvæði íslensks réttar, heldur sömu stöðu og almenn lög og geti því ekki haft forgangsáhrif.

Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 274/2006, *Ákærvaldið gegn X³⁰* voru málavextir þeir að X var ákærður fyrir að brjóta gegn 20. gr. áfengislaga nr. 75/1998, sem mælir fyrir um bann gegn áfengisauglýsingum. Af hálfu ákærða var þess óskað að leitað væri ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á því hvort 20. gr. áfengislaga væri samrýmanleg bókun 47 við EES-samninginn og álítaefnum því tengdu. Héraðsdómur Reykjavíkur hafnaði því að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins og var sú niðurstaða staðfest með vísan til forsendna í Hæstarétti. Í dómi héraðsdóms segir meðal annars:

„Mál af samkynja toga og hér er til meðferðar hafa áður komið til kasta dómstóla. Hefur þar verið tekist á um hvort 20. gr. áfengislaga standist ákvæði stjórnarskrár, m.a. um tjáningarfrelsi, eignarrétt og jafnræði. Úrlausnarefni í þessu máli snýst sem fyrr um gildi og skýringu á nefndri 20. gr. áfengislaga og hvort hún standist ákvæði stjórnarskrár, þar sem stjórnskipulega settum lögum verður ekki vikið til hliðar með öðrum hætti. EFTA dómstóllinn mun ekki fjalla um slíka lagaskýringu. Stóðar því ekki að leita ráðgefandi

álits hans í þessu máli. Verður kröfum ákærða um það því hafnað.“ [leturbr. höf].

Ólafur Jóhannes Einarsson telur að varla verði annað ráðið af þessum dómi, og fyrrnefndum tóbaksdómi, en að Hæstiréttur telji eesl. hafa sömu stöðu og almenn lög. Þannig telji Hæstiréttur heimilt að beita 20. gr. áfengislaga án tillits til þess hvort ákvæðið samrýmist EES-samningnum. Sé „rökstuðningurinn einfaldlega sá að ákvæði samningsins geti ekki leitt til þess að stjórnskipulega settum lögum verði ekki beitt.“³¹

Það vekur athygli að í hvorugum ofangreindra dóma er vikið að bókun 35 eða ákvæði 3. gr. eesl. Er það afar óheppilegt og dregur úr fordæmisgildi dómanna að því er varðar álitafnið um forgangsráttinn innleiddra EES-reglna. Í kjölfar framangreindra tveggja dóma var því uppi ákveðin réttaróvissa um hvernig túlka ætti ákvæði 3. gr. eesl.

Dómur Hæstaréttar í máli nr. 10/2013 frá 24. janúar 2013 *Landsbankinn hf. gegn Flugstraumi ehf.* varpaði hins vegar skýrara ljósi á þetta álitafni. Atvik málsins voru þau að kærður var úrskurður héraðsdóms þar sem hafnað var kröfu L hf. um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins í tengslum við mál sem F ehf. hafði höfðað gegn L hf. vegna svokallaðs fjármögnunarleigusamnings milli aðila. Tvær spurningar L hf. lutu að því hvort bann laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu við því að binda skuldbindingar í íslenskum krónum við gengi erlendra gjaldmiðla bryti í bága við 36. gr. og 40. gr. EES-samningsins. Í dómi Hæstaréttar segir:

„Samkvæmt 1. mgr. 2. gr. laga nr. 2/1993 hefur meginmál EES-samningsins lagagildi hér

á landi. Í 40. gr. hans segir að innan ramma ákvæða samningsins skuli engin höft vera milli samningsaðila á flutningi fjármagns í eigu þeirra sem búsettir eru í aðildarríkjum EB eða EFTA-rikinum né nokkur mismunur, byggð á ríkisfangi eða búsetu aðila eða því hvar féð er notað til fjárfestingar. Í XII. viðauka séu nauðsynleg ákvæði varðandi framkvæmd þessarar greinar. Í 3. gr. laga nr. 2/1993 er mælt á þann veg að skýra skuli lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja. Eins og greinir í dómi Hæstaréttar 9. desember 2010 í máli nr. 79/2010³² tekur lögskýring samkvæmt 3. gr. laga nr. 2/1993 eðli máls samkvæmt til þess að orðum í íslenskum lögum verður svo sem framast er unnt gefin merking sem rúmast innan þeirra og næst kemst því að svara til sameiginlegra reglna sem gilda eiga á Evrópska efnahagssvæðinu. Slík lögskýring getur á hinn bóginn ekki leitt til þess að litið verði fram hjá orðum íslenskra laga eins og í dóminum segir.“ [leturbr. höf].

Er síðan vísað til dóms Hæstaréttar í máli nr. 92/2010 frá 16. júní 2010 (*gengislánadómurinn*) og rakið að í honum felist að samkvæmt 13. og 14. gr. laga nr. 38/2001 sé óheimilt að verðtryggja lán í íslenskum krónum með því að binda þau við gengi erlendra gjaldmiðla. Síðan segir í dómi Hæstaréttar:

„Ákvæði 13. gr. og 14. gr. laga nr. 38/2001 hafa staðið óbreytt frá því fyrrgreindur dómur Hæstaréttar í máli nr. 92/2010 var kveðinn upp 16. júní það ár. Hið fortakslausu bann laganna við því að binda skuldbindingar í íslenskum krónum við gengi erlendra gjaldmiðla stendur því enn óhaggð. Fram hjá þessu afdráttarlausu banni verður ekki litið og því ekki hliðrað til með skýringu samkvæmt 3. gr. laga nr. 2/1993.“ [leturbr. höf].

31 Ólafur Jóhannes Einarsson, „Bókun 35 og staða EES-samningsins að íslenskum rétti“, bls. 398-399.

32 Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 79/2010 frá 9. desember 2010 segir: „Í 3. gr. laga nr. 2/1993 er mælt svo fyrir að skýra skuli lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur, sem á honum byggja. Slík lögskýring tekur eðli máls samkvæmt til þess að orðum í íslenskum lögum

verði svo sem framast er unnt gefin merking, sem rúmast innan þeirra og næst kemst því að svara til sameiginlegra reglna sem gilda eiga á Evrópska efnahagssvæðinu, en hún getur á hinn bóginn ekki leitt til þess að litið verði fram hjá orðum íslenskra laga.“ Að öðru leyti voru atvik málsins í máli nr. 79/2010 með öðrum hætti en í því máli sem hér er til umfjöllunar.

Það er engum vafa undirorpið að 36. gr. og 40. gr. EES-samningsins eru innleiddar EES-reglur í skilningi bókar 35, sbr. 2. gr. laga nr. 2/1993. Hér rekast því saman innleiddar EES-reglur og yngri íslensk lög, þ.e. lög nr. 38/2001. Samkvæmt túlkun EFTA-dómstólsins á bókun 35 ættu ákvæði 36. gr. og 40. gr. EES-samningsins að hafa forgangsáhrif, sbr. E-1/94 *Restamark* og E-1/01 *Hörður Einarsson*. Hæstiréttur kys hér hins vegar að túlka ákvæði 3. gr. eesl. í samræmi við orðalag ákvæðisins, þ.e. sem lögskýringarreglu, en ekki í samræmi við athugasemdir í greinargerð með frumvarpinu, líkt og gert var í dómi réttarins í máli nr. 477/2002 *Hörður Einarsson*,³³ þar sem lítið var á innleidda EES-reglu sem sérreglu sem gengi því framur ákvæði landsréttar. Telur höfundur að í dómi Hæstaréttar í máli nr. 10/2013 frá 24. janúar 2013 *Landsbankinn hf. gegn Flugstraumi ehf.* felist að ef ekki er unnt að túlka ákvæði landsréttar til samræmis við ákvæði innleiddrar EES-reglu þá eigi hið íslenska lagaákvæði að gilda.³⁴ Með öðrum orðum innleiddar EES-reglur hafa ekki forgangsáhrif í íslenskum rétti. Að mati höfundar vikur Hæstiréttur hér frá fordæmi sínu í máli *Harðar Einarssonar* varðandi túlkun á 3. gr. eesl. Það er engum vafa undirorpið að ákvæði 3. gr. eesl., túlkað með framangreindum hætti, stenst ekki þær þjóðréttarlegu skuldbindingar sem íslenska

ríkið gekkst undir á grundvelli bókar 35.³⁵

4. NIÐURSTÖÐUR

Samkvæmt bókun 35 við EES-samninginn ber EFTA-ríkjunum að tryggja að innleiddar EES-reglur njóti forgangs fram yfir ákvæði landsréttar. Þessi skilningur er staðfestur í dómum EFTA-dómstólsins í *Restemarmálinu*, máli *Harðar Einarssonar* og máli *Criminal proceeding against A*. Ákvæði 3. gr. eesl. var ætlað að uppfylla þær þjóðréttarlegu skuldbindingar sem íslenska ríkið gekkst undir á grundvelli bókarinnar. Samkvæmt orðalagi 3. gr. eesl. felst í ákvæðinu lítið meira en lögskýringarregla. Athugasemdir í greinargerð með ákvæðinu bjóða þó upp á annan lögskýringarkost, þ.e. að ætíð skuli lítið á innleidda EES-reglu sem sérreglu sem gengi þannig framur ákvæði landsréttar. Það kom í hlut Hæstaréttar að skera úr um hvert er raunverulegt inntak ákvæðisins.

Í máli *Harðar Einarssonar* var ákvæði 3. gr. eesl. túlkað í samræmi við athugasemdir í greinargerð með ákvæðinu, þ.e. með þeim hætti að líta ætti á innleiddar EES-reglur sem sérreglur sem gengi því framur ákvæði landsréttar.³⁶ Benti dómurinn til þess að langt væri gengið í því að veita innleiddri EES-reglu forgangsáhrif gagnvart ósamrýmanlegu ákvæði íslensks réttar. Samkvæmt þessum skilningi myndi

33 Hrd. 2003, bls. 2045.

34 Þetta á þó auðvitað ekki við ef hefðbundnar íslenskar lögskýringarreglur leiða til annarrar niðurstöðu, t.d. ef hin innleidda EES-reglna er yngri en ákvæði landsréttar.

35 Söknaðili í málinu óskaði einnig eftir ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins á því hvort það leiddi „af bókun 35 við EES-samninginn að dómstólum í EFTA-ríkjun, sem aðilar eru að EES-samningnum, beri að veita ákvæði landsréttar sem innleiðir ákvæði 36. gr. og 40. gr. EES-samningsins forgang gagnvart öðru lagaákvæði ef ákvæðin eru ósamrýmanleg“. Hæstiréttur hafnaði því að leita ráðgefandi álits um framangreint álitaefni á sömu forsendu og rakin eru hér að framan. Bætti rétturinn við að ekki yrði séð að svar EFTA-dómstólsins gæti haft sjálfstæða þýðingu enda myndi niðurstaða málsins ráðast af íslenskum réttarreglum. Er að lokum bent á það í dómi Hæstaréttar að Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) geti höfðað samningsbrotamál ef stofnunin telur EFTA-ríki ekki hafa staðið við skuldbindingar sínar samkvæmt EES-

samningnum. Hæstiréttur virðist samkvæmt framsögðu ekki telja ástæðu til að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á því hvort bann við gengisbundnum lánum brjóti í bága við EES-samninginn, þar sem niðurstaða dómsmálsins muni ráðast af íslenskum réttarreglum. Ef um brot gegn EES-samningnum er að ræða geti ESA hins vegar höfðað samningsbrotamál gegn íslenska ríkinu. Telur höfundur þessa niðurstöðu Hæstaréttar ekki vera í samræmi við 3. gr. EES-samningsins þar sem segir að „samningsaðilar skul[.] gera allar viðeigandi almennar eða sérstakar ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem af samningi þessum leiðir[...]“. Frekari umfjöllun um þetta atriði fellur hins vegar utan við viðfangsefni þessarar greinar.

36 Í dómi Hæstaréttar í máli *Harðar Einarssonar* gegn íslenska ríkinu, skýrsla EFTA-dómstólsins, bls. 1, er þannig lagt til grundvallar að jafnan beri að skilgreina EES-reglur sem sérreglur sem gengi þannig framur ákvæðum landsréttar, óháð raunverulegu eðli reglunnar.

íslenska ríkið í reynd yfirleitt uppfylla skuldbindingar sínar á grundvelli bókunar 35.

Síðari dómur Hæstaréttar vöktu hins vegar upp efasemdir um þetta dómafordæmi. Kemur þannig fram í dómi Hæstaréttar í máli nr. 220/2005 (*tóbaksdóminum*) og dómi í máli nr. 274/2006 *Ákærvaldið gegn X* að heimilt sé að beita tilteknum ákvæðum landsréttar án tillits til þess hvort þau samrýmist EES-samningnum. Það dregur þó úr fordæmisgildi framangreindra dóma um túlkun á 3. gr. eesl., að hvorki er minnst á bókun 35 né á sjálfa 3. gr. eesl. í dómunum.

Nýlegur dómur Hæstaréttar í máli nr. 10/2013 frá 14. janúar 2013 *Landsbankinn hf. gegn Flugstraumi ehf.* varpar hins vegar skýrara ljósi á það álitaefni sem hér er til umfjöllunar. Í þeim dómi túlkar Hæstiréttur ákvæði 3. gr. eesl. í samræmi við orðalag ákvæðisins. Telur rétturinn þannig að í 3. gr. eesl. felist einungis lögskýringarregla sem taki „eðli máls samkvæmt til þess að orðum í íslenskum lögum verði svo sem framast er unnt gefin merking sem rúmast innan þeirra og næst kemst því að svara til sameiginlegra reglna sem gilda eigi á Evrópska efnahagssvæðinu. Slík lögskýring [geti] á hinn bóginn ekki leitt til þess að litið verði fram hjá orðum íslenskra laga [...]“.³⁷ Þessi niðurstaða Hæstaréttar þýðir að ef ekki er unnt að túlka ákvæði landsréttar til samræmis við innleiddar EES-reglur þá eigi hið íslenska lagaákvæði að gilda. Með öðrum orðum innleiddar EES-reglur hafa ekki forgangsrétt í íslenskum rétti. Er engum vafa undirorpið að ákvæði 3. gr. eesl., túlkað með framangreindum hætti, stenst ekki þær þjóðréttarlegu skuldbindingar sem íslenska ríkið gekkst undir með bókun 35. Ákvæði 3. gr. eesl. er því ekki fullnægjandi innleiðing á þeirri skuldbindingu sem felst í bókun 35 við EES-samninginn.

³⁷ Hér er tekið orðrétt upp úr dómi Hæstaréttar í máli nr. 10/2013 frá

HEIMILDASKRÁ

Alþingistiðindi.

Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur*. Reykjavík 2006.

Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar*. Reykjavík 2008.

Margrét Einarsdóttir, „Forgangsrif réttilegra innleiddra EES-reglna“. *Tímarit Lögréttu* 2010 (1), bls. 25-36.

Ólafur Jóhannes Einarsson, „Bókun 35 og staða EES-samningsins að íslenskum rétti“. *Tímarit lögfræðinga* 2007 (4), bls. 371-411.

Pinedo-M. Elvira Méndes, *EC and EEA Law*. Groningen 2009.

Steiner J. Og Woods L., *EU Law*. Oxford 2009.

Sven Norberg o.fl.: *EEA Law, A Commentary on the EEA Agreement*. Stokkhólmi 1993.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar:

Dómur Hæstaréttar frá 24. janúar 2013 í máli nr. 10/2013.

Dómur Hæstaréttar frá 16. júní 2010 í máli nr. 92/2010.

Dómur Hæstaréttar frá 9. desember 2010 í máli nr. 79/2010.

Hrd. 2006, bls. 2646.

Hrd. 2006, bls. 1689.

Hrd. 2003, bls. 2045.

Hrd. 2001, bls. 2502.

Hrd. 1999, bls. 4916.

Dómar EFTA-dómstólsins:

Mál E-1/07 Criminal proceeding against A.

Mál E-4/01 Karl K. Karlsson.

Mál E-1/01 Hörður Einarsson.

Mál E-1/94 Restamark.

Dómar Evrópuþómstólsins:

Mál 148/78 Tulio Ratti.

Mál 41/74 Van Duyn.

Mál 57/65 Lütticke.

Mál 6/64 Costa gegn ENEL.

Mál 26/62 Van Gend en Loos.



Snædís Ósk Sigurjónsdóttir,
BA í lögfræði og meistaranemi við
lagadeild Háskólans í Reykjavík
og Svala Ísfield Ólafsdóttir,
cand. jur. og MA í félagsfræði, dósent við
lagadeild Háskólans í Reykjavík.

ÁHRIF SÉRFRÆÐIGAGNA Á FJÁRHÆÐ MISKABÓTA TIL ÞOLENDA KYNFERÐISBROTA Í ÆSKU

1. INNGANGUR	90
2. RANNSÓKN Á MISKABÓTUM TIL ÞOLENDA KYNFERÐISBROTA Í ÆSKU	91
2.1 Rannsóknargögn og rannsóknaraðferð	91
2.2 Krafa um miskabætur	92
2.2.1 Hlutfall þolenda sem gera kröfu um miskabætur	92
2.2.2 Hlutfall dóma þar sem fallist er á kröfu um miskabætur	93
2.2.3 Fjárhæð dæmdra bóta sem hlutfall af kröfufjárhæð	93
2.3 Gögn til stuðnings kröfu um miskabætur	93
2.3.1 Sérfræðigögn	95
2.3.2 Ákvörðun um fjárhæð miskabóta	97
2.3.3 Er krafist hærri bóta þegar aflað hefur verið sérfræðigagna til að meta afleiðingarnar?	97
2.3.4 eru dæmdar hærri bætur þegar sérfræðigögn fylgja kröfu?	97
2.4 Niðurstöður	98
3. LOKAORÐ	98

1. INNGANGUR

Á síðastliðnum árum hafa viðhorf til kynferðisbrota gegn börnum tekið miklum breytingum sem birtast m.a. í sífellt þyngri refsingum.¹ Rannsókn sem gerð var á þróun í refsíákvörðun Hæstaréttar á árunum 1992-2009, í málum sem varða kynferðisbrot gegn börnum, leiðir í ljós að refsingar fyrir kynferðisbrot gegn börnum hafa þyngst.² Ein helsta ástæðan fyrir þessari viðhorfsbreytingu er án efa sú vitneskja sem nú liggur fyrir um alvarlegar sálrænar afleiðingar brotanna á þolendur þeirra til skemmri eða lengri tíma. Vísindalegar rannsóknir staðfesta þetta endurtekið. Má um það efni vísa til ritsins Hinn launhelgi glæpur: Kynferðisbrot gegn börnum, sem kom út á vegum Háskólaútgáfunnar 2011. Þar er að finna fjölmargar fræðigreinar eftir íslenska sérfræðinga þar sem gerð er grein fyrir niðurstöðum íslenskra og erlendra rannsókna á skadlegum afleiðingum kynferðisofbeldis á börn.³ Þá hafa þolendur brotanna lagt sitt af mörkum með því að

koma opinberlega fram í auknum mæli og deila með almenningi sársaukafullri reynslu sinni og líðan.⁴ Ítarlegar og vandaðar skýrslur, sem unnar hafa verið á síðustu árum í tilefni ásakana um ofbeldi gegn börnum á vistheimilum á vegum ríkisins⁵ og nú síðast innan Landakotsskóla⁶, hafa átt sinn þátt í að opna augu samfélagsins fyrir alvarlegum afleiðingum kynferðislegs ofbeldis á börn. Þá hafa samtök gegn kynferðisofbeldi eins og Stígámót, Blátt áfram og Dreklaslöd unnið ómetanlegt starf við að uppfærða fagaðila og almenning um afleiðingar brotanna.⁷

Í ljósi þeirrar stefnubreytingar sem dómstólar hafa tekið í ákvörðun refsinga fyrir kynferðisbrot gegn börnum, sbr. nánari afmörkun á því hugtaki í kafla 2.1, er þróun á fjárhæð dæmdra miskabóta áhugavert rannsóknarefni, m.a. hvort fjárhæð miskabóta samkvæmt 26. gr. skadabótalaga nr. 50/1993, sem þolendum brotanna eru dæmdar, hafi hækkað í samræmi við þyngd refsinga. Í þessari grein er þó aðeins fjallað um afmarkaðan þátt þess máls, en það er nánar tiltekið samhengið milli rökstuðnings fyrir bótakröfu, einkum öflunar sérfræðigagna og

1 Um ástæður þeirra viðhorfsbreytinga sem orðið hafa í samfélaginu á undanförunum árum til kynferðisbrota gegn börnum vísast til greinar Svölu Ísfeld Ólafsdóttur í ritinu Hinn launhelgi glæpur: Kynferðisbrot gegn börnum (2011), sem ber heitið: „Refsíákvæði sem varða kynferðisbrot gegn börnum“, bls. 57 – 107 (sérstaklega bls. 60-61 og 102-104). Þá voru gerðar þýðingarmiklar breytingar á kynferðisbrotakafla hinna almennu hegningarlaga með lögum nr. 61/2007, sem miðuðu m.a. að því að þyngja refsingar í þessum brotaflokki. Ítarlega er gerð grein fyrir þessum lagabreytingum, markmiðum þeirra og röksemdunum að baki þeim í bók Svölu Ísfeld Ólafsdóttur: Auðgínt er barn í bernsku sinni. Afnáam fyrningar alvarlegra kynferðisbrota gegn börnum (2009), bls. 13-48 og í grein eftir sama höfund í tímaritinu Stjórnmal og stjórnsýsla 2007: „Fyrning kynferðisbrota gegn börnum“, bls. 117-140.

2 Ragnheiður Bragadóttir: „Refsingar fyrir kynferðisbrot gegn börnum“. Hinn launhelgi glæpur, bls. 173-190. Síðan þessi rannsókn var framkvæmd hafa refsingar fyrir kynferðisbrot gegn börnum þyngst enn frekar og síðan 2009 hafa fallið þrjú dómur í Hæstarétti þar sem sakborningur er dæmdur í 8 ára fangelsi fyrir að misnota barn kynferðislega, sbr. H 58/2009, H 562/2011 og H 737/2012. Eru það þyngstu dómur sem fallið hafa í þessum málaflokki, ef frá eru taldir tveir dómur þar sem dæmd refsing var 10 ára fangelsi, sbr. H 82/1961 og H 53/1983. Í báðum málunum var lífi fórnarlambins stofnað í hættu vegna þess grófa ofbeldis sem beitt var við verndaðinn. Sakborningar voru þar af leiðandi sakfelldir fyrir hættulega líkamsrás til

viðbótar við kynferðisbrot.

3 Nánari vísast til II. hluta ritsins, bls. 215-472, sem tileinkaður er fræðilegri umfjöllun um þolendur þessara brota. Þar er gerð grein fyrir nýjustu rannsóknum, innlendum sem erlendum, sem lúta að skadlegum afleiðingum brotanna á andlegt og líkamlegt heilbrigði þolendanna.

4 Í þessu sambandi má benda á grein Thelmu Ásdísardóttur: „...Að lifa af“. Saga þolanda kynferðisofbeldis“. Hinn launhelgi glæpur, bls. 439-452.

5 Hér vísast til skýrslanna Könnun á starfsemi Breiðavíkurheimilisins 1952-1979 (2008), Könnun á starfsemi Heyrnleysingjaskólans 1947-1992, vistheimilisins Kumbaavogs 1965-1984 og skólaheimilisins Bjargs 1965-1967 (2009), Könnun á starfsemi heimavistarskólans á Jaðri, vistheimilanna Reykjahlíðar og Silungapolls (2010).

6 Skýrsla um viðbrögð og starfshætti kaþólsku kirkjunnar á Íslandi vegna ásakana um kynferðisbrot eða önnur ofbeldisbrot vígðra þjóna og annarra starfsmanna kirkjunnar (2012).

7 Nánari upplýsingar um þessi samtök má finna á vefsíðunum stigamot.is, blattafram.is og dreklaslod.is. Einnig má benda á greinina „Fornarnarsamtökin Blátt áfram“ eftir Sigríði Björnsdóttur, framkvæmdastjóra samtakanna, í ritinu Hinn launhelgi glæpur, bls. 473-483.

dæmdra bóta.⁸

Í þessu sambandi er þess að geta að í rannsókn sem gerð var árið 2008 á viðhorfum nokkurra starfandi dómara til kynferðisbrota gegn börnum var m.a. vikið að fjárhæð miskabóta.⁹ Skýrt kom fram hjá a.m.k. tveimur dómurum sem rætt var við að miskabætur væru almennt of lágar í þessum brotaflokki og þyrftu að vera hærri. Einn dómari sagði þær „hlægilegar“ ef maður tryði því að miskinn varaði ævina á enda og að það þyrfti að hækka þær verulega til að þær teldust „mannsæmandi“.¹⁰ Þá voru dómarnir sammála um að miskabótaþætti þessara mála væri of lítill gaumur gefinn og að í reynd hefðu dómara oft en ekki við lítið að styðjast þegar að því kæmi að meta afleiðingar brots á þolendur þeirra til langs tíma. Það skorti á að framkvæmdar væru vandaðar rannsóknir á brotaþolum með tilliti til þessa þáttar. Oftar en ekki væru lögð fram vottorð sem væru almennt orðuð og vísuðu til þeirrar almennu vitneskju að afleiðingar brota af þessu tagi væru alvarlegar og langvinnar án þess að freistað væri að meta tjón brotaþola sem fjallað væri um hverju sinni á einstaklingsbundinn hátt. Þá töldu dómarnir einnig að margir dómara vanmætu þýðingu starfa réttargæslumanna og væru tregir til að úrskurða þeim nægilega háa þóknun fyrir störf sín sem leiddi til þess að þeir legðu minni vinnu í mál en æskilegt væri.¹¹

Til að kanna réttmæti þessara staðhæfinga, einkum þeirra er lúta að skorti á rannsóknnum á brotaþolunum sjálfum, voru skoðaðir allir dómara Hæstaréttar sem

kveðnir höfðu verið upp á tímabilinu 1. febrúar 2002 til 1. febrúar 2012. Rannsóknin leiddi í ljós að alls höfðu verið kveðnir upp 70 dómara á þessu tímabili þar sem sakfelld hafði verið fyrir kynferðisbrot gegn barni og voru þolendur brotanna 126 talsins. Í þessari grein verður sagt frá þeim hluta rannsóknarinnar er beindist að samhengi milli rökstuðnings fyrir bótakröfu og dæmdra bóta og niðurstöðum hennar að því er varðar þennan afmarkaða þátt. Rannsóknarspurningin í þessum þætti lýtur að því hvort það skipti máli við ákvörðun dómara um fjárhæð miskabóta til handa þolanda að afla sé sérfræðigagna um afleiðingar brotsins á þolandann.

2. RANNSÓKN Á MISKABÓTUM TIL ÞOLENDA KYNFERÐISBROTA Í ÆSKU

2.1 Rannsóknargögn og rannsóknaraðferð
Í þeim tilgangi að afla upplýsinga um miskabætur í málum þar sem börn hafa verið beitt kynferðislegri misnotkun voru skoðaðir allir dómara Hæstaréttar á 10 ára tímabili. Þar sem mikilvægur dómur féll í janúar 2012 í þessum málaflokki var ákveðið að miða rannsóknartímabilið við 1. febrúar 2002 til 1. febrúar 2012.¹²

Skoðunin á dómunum leiddi í ljós að alls höfðu 70 dómara verið kveðnir upp í Hæstarétti á tilgreindu tímabili þar sem sakborningur hafði verið sakfelldur fyrir kynferðisbrot gegn barni, þ.e. sakfelld hafði verið fyrir brot gegn 200., 201., 202. og/eða

8 Ítarlega umfjöllun um miskabætur fyrir kynferðisbrot gegn börnum, störf réttargæslumanna í þágu brotaþola við rannsókn máls og dómsmeðferð þess er að finna í grein Hjartar O. Aðalsteinssonar: „Miskabætur fyrir kynferðisbrot gegn börnum.“ Hinn launhelgi glæpur, bls. 191-211. Sjá enn fremur Eirík Jónsson: „Skaðabætur vegna kynferðisbrota“. Tímarit lögfræðinga 2012, bls. 79-112. Í greininni er fjallað um skaðabætur almennt, þ.e. bætur fyrir atvinnutjón, þjáningabætur, varanlegan miska, varanlega örorku, sjúkrahúskostnað og annað fjártjón. Fram kemur að sjaldgæft sé í kynferðisbrotamálum að krafist sé bóta samkvæmt 1. kafla

skaðabotalaga og að bætur byggist í nánast öllum tilfellum á 26. gr. þeirra laga (sjá bls. 98). Í grein sinni fjallar Eiríkur einnig um þann möguleika fyrir brotaþola að krefjast miskabóta samkvæmt 1. kafla skaðabotalaga og leiðir að því rök að slík krafa, til viðbótar við kröfu samkvæmt 26. gr., gæti stundum hækkað bótafjárhæðir verulega (sjá bls. 107).

9 Svala Ísfeld Ólafsdóttir: Auðgínt er barn í bernsku sinni, bls. 92-93.

10 Sama heimild, bls. 93.

11 Sama heimild, bls. 93-94.

12 Sjá H 562/2011 sem kveðinn var upp 19. janúar 2012.

209. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 (hgl.). Þá höfðu til viðbótar tveir dómur fallið þar sem eingöngu var sakfelld fyrir nauðgun, þ.e. fyrir brot gegn 194. gr. hgl., en ekki jafnframt fyrir brot gegn 1. mgr. 202. gr., eins og gerð var krafa um í ákæruskjali, þrátt fyrir að þolendurnir væru annars vegar 13 ára stúlka og hins vegar 14 ára stúlka.¹³ Ástæðan er sú sama í báðum dómunum, þ.e. að skynsamlegur vafi þætti leika á að ákærða hefði mátt vera ljóst að þolandinn væri undir kynferðislegum lágmarksaldri og hann þar af leiðandi sýknaður af broti gegn 1. mgr. 202. gr. hgl.

Í dómunum 70 hafði verið brotið gegn 126 börnum. Mismunandi var hversu margir brotapolar voru í hverju hæstaréttarmáli. Oftast var eingöngu um einn að ræða en flestir voru þeir átta.¹⁴

Tafla 1 Fjöldi þolenda í dómsmáli

Sakfelld fyrir brot gegn einu barni	42
Sakfelld fyrir brot gegn tveimur börnum	13
Sakfelld fyrir brot gegn þremur börnum	9
Sakfelld fyrir brot gegn fjórum börnum	2
Sakfelld fyrir brot gegn fimm börnum	2
Sakfelld fyrir brot gegn sex börnum	1
Sakfelld fyrir brot gegn sjö börnum	0
Sakfelld fyrir brot gegn átta börnum	1
Samtals	70

Byrjað var á að reifa dómana 70 og við það stuðst við dómareifanir í ritinu Kynferðisbrot: Dómabók eins og hægt var, en þar er að finna reifanir á öllum dómum Hæstaréttar í kynferðisbrotamálum frá

ársbyrjun 1992 til ársloka 2008.¹⁵ Því næst var útbúinn sérstakur listi fyrir hvern og einn þolanda þar sem skráð voru þau atriði sem rannsóknin laut að. Eftir að listarnir höfðu verið fylltir út voru rannsóknargögnin greind og unnið úr þeim. Allar fjárhæðir eru reiknaðar á verðlagi 2012.

2.2 Krafa um miskabætur

2.2.1 Hlutfall þolenda sem gerir kröfu um miskabætur

Allir brotapolarnir, að tveimur undanskildum, gerðu kröfu um miskabætur. Í H 511/2002 var maður sakfelldur fyrir kynferðisbrot gegn þremur börnum, fimm ára dreng og tveimur þriggja ára systurdætrum sínum. Aðeins var krafist miskabóta fyrir hönd drengsins og annarrar stúlkunnar. Engin bótakrafa var lögð fram af hálfu hinnar stúlkunnar og engin skýring gefin á því. Í H 287/2007 var maður sakfelldur fyrir kynferðisbrot gegn sex börnum, þar á meðal stúlkunni C sem var 12 ára. Ekki var krafist miskabóta fyrir hönd stúlkunnar. Í niðurstöðu héraðsdóms, sem staðfest var í Hæstarétti, segir: „Fram er komið að stúlkunni muni ekki hafa orðið meint af þessu og því hafi ekki verið gerð bótakrafa af hennar hálfu.“

Í tveimur tilvikum hafði sakborningur þegar greitt brotapóla miskabætur. Í H 676/2008 er það m.a. virt ákærða til refsilækkunar við ákvörðun refsingar að hann játaði brot sitt hreinskilnislega og hafði þegar greitt brotapóla bætur. Bótakrafa var því ekki gerð við meðferð málsins fyrir dómi. Í H 176/2009 kemur fram í dómi Hæstaréttar að sakborningur hafi greitt þolanda skaðabætur eftir uppsögu héraðsdóms og að engar fjárkröfur séu hafðar uppi á hendur honum fyrir Hæstarétti.

¹³ H 36/2007 (þolandi 13 ára) og H 229/2008 (þolandi 14 ára).

¹⁴ Flestir voru þolendurnir átta í einu og sama málinu eða í H 389/2008.

¹⁵ Ragnheiður Bragadóttir: Kynferðisbrot. Dómabók (2009).

Samkvæmt þessu er nær undantekningarlaust gerð krafa um miskabætur í þessum málum eða í málum 124 brotaþola af alls 126.

2.2.2 Hlutfall dóma þar sem fallist er á kröfu um miskabætur

Hæstiréttur fékk til meðferðar miskabótakröfur 120 brotaþola af þeim 126 þolendum sem rannsóknin náði til. Eins og áður er komið fram var ekki krafist miskabóta fyrir hönd tveggja brotaþola og aðrir tveir höfðu fengið bætur greiddar áður en mál þeirra fór fyrir Hæstarétt. Í einu málanna var ákvörðun héraðsdóms um greiðslu miskabóta til tveggja brotaþola ekki áfrýjað og kom því ekki til endurskoðunar í Hæstarétti.¹⁶

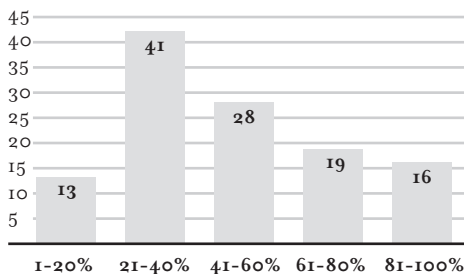
Aðeins í tveimur tilvikum fengu brotaþolar ekki dæmdar bætur þar sem bótakröfu þeirra var vísað frá dómi. Þannig háttaði til í H 11/2001 að maður var sýknaður í héraði af ákæru um gróf kynferðisbrot gegn 11 ára systursyni sínum. Þar af leiðandi tók dómurinn ekki efnislega afstöðu til bótakröfu sem höfð var uppi fyrir hönd drengsins. Ákærði var aftur á móti sakfelldur í Hæstarétti og brot hans talin varða við 1. mgr. 202. gr. hgl. Málinu var einnig áfrýjað á hendur ákærða til greiðslu skaðabóta. Þar sem sú krafa hafði ekki verið dæmd í héraði var henni vísað frá dómi. Í H 150/2004 var 16 ára piltur sakfelldur fyrir kynferðisbrot gegn 13 ára stúlku. Brotin voru talin varða við 1. mgr. 202. gr. hgl. Miskabótakröfunni var beint að piltinum sjálfum, en þar sem hann var ófjarráða fyrir æsku sakir var kröfunni vísað frá dómi enda bar við þessar aðstæður að beina henni að lögráðamanni hans fyrir hans hönd.

2.2.3 Fjánhæð dæmdra bóta sem hlutfall af kröfufjánhæð

Mynd 1 sýnir hlutfall dæmdra bóta af

framlagðri miskabótakröfu í málum 117 brotaþola.¹⁷ Algengast er að Hæstiréttur fallist á 21-40% af framlagðri bótakröfu. Aðeins í málum 16 barna, eða um 14% brotaþola, var fallist á 81-100% af kröfum þeirra.

Fjánhæð dæmdra bóta sem hlutfall af kröfufjánhæð



Mynd 1

Eins og sést eru framlagðar bótakröfur í þessum málaflokki almennt mun hærri en þær bætur sem dæmdar eru í framkvæmd. Dómstólar hafa þó í stöku tilvikum látið að því liggja að hugsanlega hefði verið rétt að krefjast hærri bóta, sbr. H 358/2009. Í því máli var faðir sakfelldur fyrir kynferðisbrot gegn fimm ára dóttur sinni. Brot hans vörðuðu við 2. mgr. 200. gr. og 2. mgr. 202. gr. hgl. Krafist var miskabóta að fjánhæð 250.000 kr. fyrir hönd stúlkunnar og fallist á það. Í niðurstöðu héraðsdóms, sem staðfest var í Hæstarétti, segir: „Er bótakrafan tekin til greina að fullu enda þykir hún í hóf stillt.“

2.3 Gögn til stuðnings kröfu um miskabætur

Því hefur verið haldið fram að dómstólar hafi slakað á kröfum til sönnunar á umfangi miska og að dómvenja hafi skapast um að þolendur kynferðisofbeldis fái dæmdar miskabætur

¹⁶ H 511/2002.

¹⁷ Í H 658/2007 er ekki að finna upplýsingar um þá fjánhæð

sem einn þolendanna gerði kröfu um.

með vísan til 26. gr. skaðabotalaga nr. 50/1993 þrátt fyrir að takmörkuð eða engin gögn liggi fyrir um afleiðingar brotsins á viðkomandi brotaþola.¹⁸ Algengt er að ákvörðun dóms um að ákærða beri að greiða þolanda bætur sé rökstudd með þeim almennu orðum að slíkur verknadur sé til þess fallinn að valda brotaþola sálrænum erfiðleikum. Í H 358/2009 var faðir sakfelldur fyrir kynferðisbrot gegn barnungri dóttur sinni. Brot hans voru talin varða við 2. mgr. 200. gr. og 2. mgr. 202. gr. hgl. Hann var dæmdur til að greiða stúlkunni miskabætur með eftirfarandi orðum: „Ljóst er að brot ákærða, sem sakfelldur er fyrir í málinu, er almennt til þess fallið að valda þeim sem fyrir verður sálrænum erfiðleikum og á stúlkun því rétt á miskabótum úr hendi ákærða með vísan til b-liðs 26. gr. skaðabotalaga nr. 50/1993.“ Fleiri dæmi mætti nefna. Í H 472/2005 var maður sakfelldur fyrir kynferðisbrot gegn þremur stúlkum. Í niðurstöðu héraðsdóms, sem staðfest var í Hæstarétti, segir: „Þótt engin sérfræðigögn liggi fyrir um andlega líðan stúlkunnar A og hugsanleg áhrif háttsemi ákærða í garð hennar, er ljóst að háttsemi sú sem ákærði hefur verið sakfelldur fyrir, er til þess fallin að valda þeim sem fyrir verður sálrænum erfiðleikum.“ Í H 54/2009 var maður sakfelldur fyrir kynferðisbrot með því að hafa látið 14 ára stúlku hafa við sig munnmök og síðan hafa haft við hana endabarmsmök uns honum varð sáðlát. Í niðurstöðu héraðsdóms, sem staðfest var í Hæstarétti, segir: „A á rétt á miskabótum úr hendi ákærða á grundvelli 26. gr. skaðabotalaga nr. 50/1993. Ekki liggur fyrir með vissu hvaða áhrif háttsemi ákærða hafði á A. Hins vegar er háttsemi ákærða gagnvart henni til þess fallin að hafa skaðleg áhrif.“ Í H 312/2009 var maður sakfelldur fyrir kynferðisbrot gegn 14 ára gamalli stúlku með þroskahömlun sem

þjó á sambyli. Í niðurstöðu héraðsdóms, sem staðfest var í Hæstarétti, segir: „Fram er komið í málinu með vitnisburði barna- og unglingageðlækna er annast hafa A að stúlkun hafi ítrekað áður orðið fyrir áföllum og sé í því ljósi erfitt að segja til um hvaða áhrif þessi atburður muni hafa á líf hennar. Er því takmörkuðum gögnum fyrir að fara sem varpa ljósi á hvaða tjóni stúlkun hefur orðið fyrir. Dómstólar hafa oftsinnis áður slegið föstu að kynferðisbrot séu í eðli sínu til þess fallin að valda brotaþolum miska. Verða skaðabætur í þessu máli á grundvelli 26. gr. laga nr. 50/1993 ákveðnar út frá slíkri forsendu og dómvenju á þessu réttarsviði.“

Þrátt fyrir að dómstólar dæmi í fjölmörgum tilfellum bætur þrátt fyrir að engin sérfræðigögn hafi verið lögð fram um líðan viðkomandi brotaþola og þær afleiðingar sem brotið hefur haft á hann er algengt að sérfræðigögn séu til staðar í máli, svo sem skýrslur sálfræðinga, geðlækna, félagsfræðinga, sérfræðinga í Barnahúsi eða Neyðarmóttöku vegna nauðgunar, þar sem leitast er við að sýna fram á afleiðingar brotanna á líf og heilsu brotaþolans.¹⁹

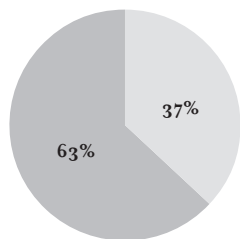
Í rannsókninni var sérstaklega skoðað hvernig leitast var við að sýna fram á tjón þeirra 120 brotaþola sem lögðu fram miskabótakröfu í Hæstarétti. Í málum 76 þolenda, eða í 63% tilfella, voru lögð fram sérfræðigögn til stuðnings kröfunni. Í málum 44 þolenda, eða í 37% tilfella, var leitast við að sýna fram á miska þolanda með almennum hætti, svo sem með vitnisburði foreldra og vina og með tilvísun í að kynferðisbrot séu „almennt til þess fallin“ að valda börnum miska.

18 Ása Ólafsdóttir: „Kynferðisbrot og ákvörðun miskabóta“. Rannsóknir í félagsvísindum VII (2006), bls. 36.

19 Hjörtur O. Aðalsteinsson: „Miskabætur fyrir kynferðisbrot

gegn börnum.“ Hinn launhelgi glæpur, bls. 194.

Hvernig var sýnt fram á miska brotþola?



- Með almennum hætti
- Með sérfræðigögnum

Mynd 2

Þrátt fyrir að Hæstiréttur hafi hvað eftir annað dæmt þolendum kynferðisbrota miskabætur án þess að sérfræðigögn hafi legið fyrir um tjón þeirra, hefur stundum verið tekið sérstaklega fram í niðurstöðu dómsins að engin sérfræðigögn hafi verið lögð fram. Sem dæmi má nefna H 394/2002, en í því máli var maður sakfelldur fyrir kynferðisbrot gegn tveimur 13 ára stúlkum. Í umfjöllun sinni um bótakröfu stúlkanna segir Hæstaréttur: „Engin sérfræðigögn hafa verið lögð fram um líðan þeirra nú og um hugsanleg varanleg áhrif verknaðarins á þær. Þó er ljóst, að slíkur verknaður og hér um ræðir, er til þess fallinn að valda þeim, sem fyrir verður, sálrænum erfiðleikum, og er því

rétt að dæma telpunum nokkrar bætur ...“

Þá hefur Hæstiréttur lækkað þá fjárhæð sem héraðsdómur hefur dæmt vegna skorts á sérfræðigögnum. Í H 19/2009 var öðkennari sakfelldur fyrir kynferðisbrot gegn fjórum drengjum sem voru nemendur hans. Brot hans gegn drengjunum A og B vörðuðu við 1. mgr. 201. gr. hgl. og var hann krafinn um miskabætur að fjárhæð 2.000.000 kr. fyrir hönd þeirra beggja. Héraðsdómur dæmdi manninn til að greiða báðum drengjunum bætur að fjárhæð 1.500.000 en Hæstiréttur lækkaði bótafjárhæðina með þessum orðum: „Í málinu liggja ekki fyrir sérfræðileg gögn um afleiðingar brota ákærða á þolendur þeirra. Að því gættu er hæfilegt að ákærða verði gert að greiða A og B hvorum 1.000.000 krónur í miskabætur ...“

2.3.1 Sérfræðigögn

Við rannsókn á því í hvaða tilfellum sérfræðigögn eru lögð fram til stuðnings miskabótakröfu þolenda var málunum skipt í þrjú stig eftir alvarleika brotanna. Alvarlegustu brotunum var skipað á fyrsta alvarleikastig, þ.e. verknuðum sem fela í sér kynferðismök við barn. Kynferðisleg áreitni var felld undir annað alvarleikastig og brot gegn blygðunarsemi undir hið þriðja. Algengt er að sakfelld sé fyrir brot gegn fleiri en einu ákvæði og í þeim tilfellum tók flokkunin mið af alvarlegasta brotinu.

Tafla 2 Alvarleikastig brota

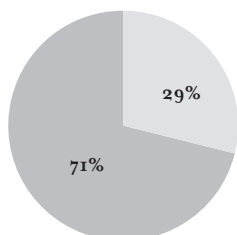
Alvarleikastig	Ákvæði sem brot fellur undir	Fjöldi brotþola
Fyrsta alvarleikastig	1. mgr. 200. gr., 1. mgr. 201. gr., 1. mgr. 202. gr., 3. mgr. 202. gr., 4. mgr. 202. gr. ²⁰ og 194. gr.	76
Annað alvarleikastig	2. mgr. 200. gr., 2. mgr. 201. gr. og 2. mgr. 202. gr.	29
Þriðja alvarleikastig	209. gr.	15
Samtals		120

²⁰ 4. mgr. 202. gr. hgl. var felld úr lögum með breytingarlögum nr. 54/2009. Hún hljóðaði svo: „Hver sem greiðir barni eða ungmenni yngra en 18 ára endurgjald gegn því að hafa við það samræði eða önnur kynferðismök skal sæta

fangelsi allt að 2 árum.“ Nú er kveðið á um greiðslur fyrir vændi barna í 2. mgr. 206. gr.

Markmiðið með þessari flokkun var að kanna hvort samhengi væri á milli þess hversu alvarlega væri brotið gegn barni og því að sérfræðigagna væri aflað til stuðnings bótakröfu. Skoðað var hvort sérfræðigögn um afleiðingar brots væru frekar lögð fram í þeim málum sem tilheyra fyrsta alvarleikastigi heldur en öðru eða þriðja.

**Fyrsta alvarleikastig.
Hvernig var sýnt fram á miska brotaþola?**

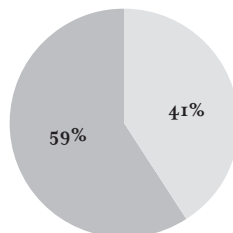


- Með almennum hætti
- Með sérfræðigögnum

Mynd 3

Brot gegn 76 brotaþolum tilheyra fyrsta alvarleikastigi þar sem hinn refsiverði verknaður fól í sér samræði eða önnur kynferðismök. Sérfræðigögn voru lögð fram um líðan og afleiðingar brotanna á 54 þolendur sem nemur 71% af heildarfjölda þeirra.

**Annað alvarleikastig.
Hvernig var sýnt fram á miska brotaþola?**

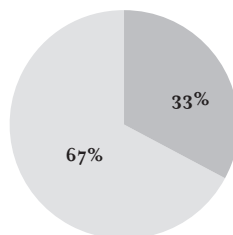


- Með almennum hætti
- Með sérfræðigögnum

Mynd 4

Brot gegn 29 brotaþolum tilheyra öðru alvarleikastigi. Sérfræðigögn voru lögð fram um líðan og afleiðingar brotanna á 17 þolendur sem nemur 59% heildarfjölda þeirra.

**Þriðja alvarleikastig.
Hvernig var sýnt fram á miska brotaþola?**



- Með almennum hætti
- Með sérfræðigögnum

Mynd 5

Brotið var gegn blygðunarsemi 15 brotaþola og tilheyra þeir því þriðja alvarleikastigi. Aðeins voru lögð fram sérfræðigögn til að

sýna fram á miska fimm brotaþola sem er þriðjungur þeirra sem falla undir þriðja alvarleikastig.

Eins og sjá má á myndum 3-5 er frekar lögð vinna í að afla sérfræðigagna til að sýna fram á miska brotaþola í alvarlegri málunum. Á fyrsta alvarleikastigi voru sérfræðigögn lögð fram í málum 71% brotaþola, á öðru alvarleikastigi lækkar hlutfallið niður í 59% og á þriðja alvarleikastigi eru aðeins lögð fram sérfræðigögn í málum 33% brotaþola.

2.3.2 Ákvörðun um fjárhæð miskabóta

Eins og fram er komið féllst Hæstiréttur ávallt á greiðslu miskabóta.²¹ Þannig virðist það ekki skipta máli við ákvörðun um hvort rétt sé að dæma sakborning til að greiða miskabætur eða ekki hvort sérfræðigögn liggja fyrir í máli er staðreyna sérstaklega áhrif brots á viðkomandi þolanda. Athyglivert er að í einu málanna sem rannsóknin tók til, þ.e. H 287/2007, var ekki krafist miskabóta af hálfu 12 ára stúlku sem varð fyrir því að ókunnugur maður fylgdi henni eftir inn í stigagang fjölbýlishúss þar sem hann kom aftan að henni og káfaði á brjóstum hennar utan klæða. Maðurinn, sem viðurkenndi fyrir dómi að hafa kynhneigð til barna og þá einkum til þeirra sem komin eru „rétt um kynþroska“, játaði verknadinn og var sakfelldur fyrir brot gegn 2. mgr. 202. gr. hgl. Í héraðsdómi er berum orðum tekið fram að stúlkunni muni ekki hafa orðið meint af þessu og því hafi ekki verið gerð bótakrafa af hennar hálfu.

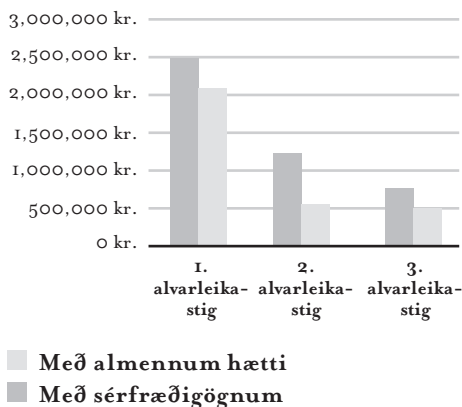
Í því ljósi að Hæstiréttur féllst undantekningalaust á miskabótakröfu þolanda var skoðað hvort máli skipti fyrir ákvörðun bótafjárhæðar að afla sérfræðigagna varðandi afleiðingar brots á þolanda. Spurningin var annars vegar sú hvort þolendur sem lögðu fram sérfræðigögn

krefðust almennt hærri bóta og hins vegar hvort þeim væru dæmdar hærri bætur.

2.3.3 Er krafist hærri bóta þegar afllað hefur verið sérfræðigagna til að meta afleiðingarnar?

Mynd 6 sýnir meðalfjárhæð framlagðra krafna á hverju alvarleikastigi. Allar fjárhæðir eru reiknaðar á verðlagi 2012.

Framlagðar kröfur



Mynd 6

Vinstri súlan sýnir meðalfjárhæð þeirra krafna sem studdar voru með sérfræðigögnum og sú hægri sýnir meðalfjárhæð þeirra sem rökstuddar voru með almennum hætti. Á öllum alvarleikastigum var meðaltal framlagðra krafna hærra þar sem vinna hafði verið lögð í að meta afleiðingar brots á þolanda.

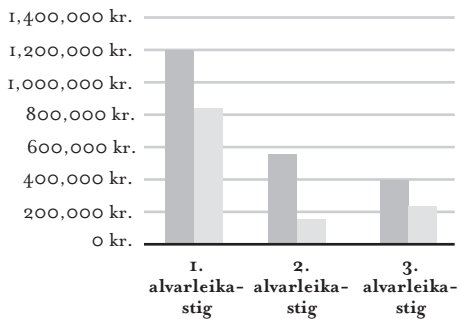
2.3.4 Eru dæmdar hærri bætur þegar sérfræðigögn fylgja kröfu?

Á mynd 7 má sjá meðalfjárhæð dæmdra bóta á hverju alvarleikastigi. Eins og áður eru allar fjárhæðir reiknaðar á verðlagi 2012.

21 Í tveimur tilfellum var miskabótakröfu vísað frá vegna formgalla, sbr. H 11/2001 og H 150/2004 og vísað um það nánar til kafla 2.2.2. Í fyrra málinu lágu fyrir sérfræðigögn um andlegt atgervi þolanda og áhrif brotanna á heilsu hans og

líðan en í því síðara lágu engin skrifleg gögn fyrir um afleiðingar brota á brotaþola.

Dæmdar bætur



- Með almennum hætti
- Með sérfræðigögnum

Mynd 7

Vinstri súlan sýnir meðalfjárhæð dæmdra bóta þar sem lögð voru fram sérfræðigögn um afleiðingar brots á þolanda og sú hægri meðalfjárhæð dæmdra bóta þar sem bótakrafa var rökstudd með almennum hætti. Á öllum alvarleikastigum var meðaltal dæmdra bóta töluvert hærra þar sem sérfræðigögn voru lögð fram til stuðnings bótakröfu.

2.4. Niðurstöður

Á þeim áratug sem rannsóknin spannaði voru kveðnir upp 70 dómur í Hæstarétti þar sem sakkfellt var fyrir kynferðisbrot gegn barni. Þolendur brotanna voru 126 talsins. Rannsóknin leiðir eftirfarandi í ljós:

1. Nær undantekningarlaust er gerð krafa um miskabætur af hálfu þolenda kynferðisofbeldis í æsku. Aðeins í málum tveggja brotaþola var það ekki gert.

2. Hæstiréttur fellst í öllum tilvikum á greiðslu bóta þar sem bótakrafa var tæk til efnislegrar meðferðar.

3. Dæmdar bætur eru yfirleitt töluvert lægri en framlögð krafa. Þannig fellst Hæstiréttur í flestum tilvikum á 21-40% af

framlagðri bótakröfu.

4. Þegar skoðað var hvers konar gögn væru lögð fram í máli til stuðnings bótakröfu kom í ljós að í málum meirihluta þolenda var bótakrafan studd sérstökum gögnum fagfólks er lutu að afleiðingum brotsins á líf og heilsu viðkomandi brotaþola. Þannig var bótakrafa 63% þolenda studd sérfræðigögnum. Kröfur hinna voru rökstuddar með almennum hætti, s.s. með framburði foreldra og vina og með vísan til þess að kynferðisbrot „séu almennt til þess fallin að valda börnum miska“.

5. Þegar brotin höfðu verið flokkuð eftir alvarleika kom í ljós að sérfræðingar eru frekar fengnir til meta afleiðingar alvarlegru brota á þolendur þeirra.

6. Framlagðar kröfur og dæmdar bætur eru hærri þegar lögð hafa verið fram sérfræðigögn til að meta afleiðingar brots.

3. LOKAORÐ

Í inngangi er vitnað til ummæla sem komu fram í rannsókn á viðhorfum dómara til kynferðisbrota frá 2008. Þar kom m.a. fram að miskabótaþætti þessara mála væri of lítill gaumur gefinn og að í reynd hefðu dómarar oftast en ekki við lítið að styðjast þegar að því kæmi að meta afleiðingar brots á þolendur þeirra til langs tíma. Einnig að það skorti á að framkvæmt væri vandað mat á einstökum brotaþolum. Oftast en ekki væru lögð fram vottorð sem væru almennt orðuð og vísuðu til þeirrar almennu vitneskju að afleiðingar brota af þessu tagi væru alvarlegar og langvinnar án þess að freistað væri að meta tjón brotaþola sem fjallað væri um hverju sinni á einstaklingsbundinn hátt. Einnig kom fram sú skoðun að dómarar hefðu tilhneigingu til að vanmeta þýðingu starfa réttargæslumanna og væru tregir til að úrskurða þeim nægilega háa þóknun fyrir störf sín, sem leiddi jafnvel til þess að

þeir legðu minni vinnu í mál en æskilegt væri.²²

Í grein Eiríks Jónssonar sem vísað er til hér að framan kemur fram í niðurstöðum hans að brotapolar kunni í mörgum tilfellum að eiga kost á frekari bótum með því að setja fram kröfu á grundvelli I. kafla skaðabótalaga nr. 50/1993, til viðbótar við kröfu samkvæmt 26. gr.²³ Þessi niðurstaða, sem og niðurstaðan í þeirri rannsókn sem hér hafa verið gerð skil, styður við framangreind sjónarmið dómaranna og gefur tilefni til að álykta að öflun sérfræðigagna í málum af þeim toga sem hér um ræðir, og sem varða sálrænt tjón viðkomandi brotþola, sé líkleg til að skila þeim umtalsverðum árangri í formi hærri miskabóta. Ætti sú niðurstaða, sem og niðurstaða Eiríks Jónssonar í fyrrnefndri grein, að verða réttargæslumönnum brotþola í þessum málum veruleg hvatning til að vanda til verka við undirbúning og rökstuðning slíkrar kröfu.

22 Svava Ísfeld Ólafsdóttir: Auðgínt er barn í bernsku sinni, bls. 93-94.

23 Eiríkur Jónsson: „Skaðabætur vegna kynferðisbrota“, einkum bls. 107 - 108.

HEIMILDASKRÁ

- Ása Ólafsdóttir, „Kynferðisbrot og ákvörðun miskabóta“ í Eyvindur G. Gunnarsson (ritstj.), Rannsóknir í félagsvísindum VII (Félagsvísindastofnun Háskóla Íslands 2006).
Dómasafn Hæstaréttar Íslands.
- Eiríkur Jónsson, „Skadabætur vegna kynferðisbrota“ (2012) I Tímarit lögfræðinga, 79.
- Hjörtur O. Aðalsteinsson, „Miskabætur fyrir kynferðisbrot gegn börnum“ í Svala Ísfeld Ólafsdóttir (ritstj.), Hinn launhelgi glæpur: Kynferðisbrot gegn börnum (Háskólaútgáfan 2011).
- Könnun á starfsemi Breiðavíkurheimilisins 1952-1979. Skýrsla nefndar samkvæmt lögum nr. 26/2007 (2008).
- Könnun á starfsemi Heyrnleysingjaskólans 1947-1992, vistheimilisins Kumbaravogs 1965-1984 og skólaheimilisins Bjargs 1965-1967. Skýrsla nefndar samkvæmt lögum nr. 26/2007. Áfangaskýrsla nr. 1 (2009).
- Könnun á starfsemi vistheimilisins Silungapolls 1950-1969, vistheimilisins Reykjahlíðar 1956-1972 og heimavistarskólans að Jaðri 1946-1973. Skýrsla nefndar samkvæmt lögum nr. 26/2007. Áfangaskýrsla nr. 2 (2010).
- Ragnheiður Bragadóttir, „Refsingar fyrir kynferðisbrot gegn börnum“ í Svala Ísfeld Ólafsdóttir (ritstj.), Hinn launhelgi glæpur: Kynferðisbrot gegn börnum (Háskólaútgáfan 2011).
- Ragnheiður Bragadóttir, Kynferðisbrot: Dómabók (Codex 2009).
- Sigríður Björnsdóttir, „Forvarnarsamtökin Blátt áfram“ í Svala Ísfeld Ólafsdóttir (ritstj.), Hinn launhelgi glæpur: Kynferðisbrot gegn börnum (Háskólaútgáfan 2011).
- Skýrsla um viðbrögð og starfshætti kaþólsku kirkjunnar á Íslandi vegna ásakana um kynferðisbrot eða önnur ofbeldisbrot vígðra þjóna og annarra starfsmanna kirkjunnar (2012).
- Svala Ísfeld Ólafsdóttir, „Refsiákvæði sem varða kynferðisbrot gegn börnum“ í Svala Ísfeld Ólafsdóttir (ritstj.), Hinn launhelgi glæpur: Kynferðisbrot gegn börnum (Háskólaútgáfan 2011).
- Svala Ísfeld Ólafsdóttir, Auðginnt er barn í bernsku sinni: Afnáam fyrningar alvarlegra kynferðisbrota gegn börnum (Háskólaútgáfan 2009).
- Svala Ísfeld Ólafsdóttir, „Fyrning kynferðisbrota gegn börnum“ (2007) 3 Stjórnmál og stjórnsýsla, 117.
- Thelma Ásdísardóttir, „„Að lifa af“: Saga þolanda kynferðisofbeldis“ í Svala Ísfeld Ólafsdóttir (ritstj.), Hinn launhelgi glæpur: Kynferðisbrot gegn börnum (Háskólaútgáfan 2011).

Dómar Hæstaréttar sem sérstaklega er vitnað til:

- Hrd. 9. júní 1961 í máli nr. 82/1961
Hrd. 29. september 1983 í máli nr. 53/1983
Hrd. 21. febrúar 2002 í máli nr. 11/2001
Hrd. 13. febrúar 2003 í máli nr. 394/2002
Hrd. 6. mars 2003 í máli nr. 511/2002
Hrd. 7. október 2004 í máli nr. 150/2004
Hrd. 6. apríl 2006 í máli nr. 472/2005
Hrd. 24. maí 2007 í máli nr. 36/2007

Hrd. 1. nóvember 2007 í máli nr. 287/2007
Hrd. 23. apríl 2008 í máli nr. 658/2007
Hrd. 11. desember 2008 í máli nr. 229/2008
Hrd. 30. apríl 2009 í máli nr. 389/2008
Hrd. 28. maí 2009 í máli nr. 58/2009
Hrd. 17. september 2009 í máli nr. 19/2009
Hrd. 15. október 2009 í máli nr. 676/2008
Hrd. 12. nóvember 2009 í máli nr. 176/2009
Hrd. 26. nóvember 2009 í máli nr. 358/2009
Hrd. 3. desember 2009 í máli nr. 312/2009
Hrd. 17. desember 2009 í máli nr. 54/2009
Hrd. 19. janúar 2012 í máli nr. 562/2011
Hrd. 16. maí 2013 í máli nr. 737/2012



Þórdís Ingadóttir,

Höfundur er dósent við lagadeild Háskólans í Reykjavík. Hún er jafnframt einn af framkvæmdastjórum Project on International Courts and Tribunals (www.pict-pecti.org).

LÖGSAGA
ALÞJÓÐADÓMSTÓLSINS Í
HAAG: TILSKIPUN BRESKRA
STJÓRNVALDA NR. 2668/2008
VARÐANDI KYRRSETNINGU
EIGNA LANDSBANKA ÍSLANDS
HF. OG TENGDRA ATHAFNA

1. INNGANGUR	105
2. SETNING TILSKIPUNAR 2668/2008 UM FRYSTINGU FJÁRMUNA	105
3. LÖGSAGA ALÞJÓÐADÓMSTÓLSINS <i>RATIONE PERSONAE</i>	106
3.1. Sérstakt samkomulag	106
3.2. Almenn yfirlýsing um samþykki lögsögu dómstólsins	107
3.3. Samþykki í alþjóðasamningum	107
4. ÖNNUR SKILYRÐI ALÞJÓÐADÓMSTÓLSINS	112
5. LÖGSAGA ALÞJÓÐADÓMSTÓLSINS <i>RATIONE MATERIAE</i>	113
6. SKAÐABÆTUR	114
7. NIÐURSTAÐA	114

1. INNGANGUR

Þann 8. október 2008 gaf Breska fjármálaráðuneytið út tilskipun nr. 2668/2008 um frystingu eigna Landsbankans og eigna er tengdust Landsbankanum, sem væru í eigu, vörslu eða undir yfirráðum Seðlabanka Íslands, Fjármálaeftirlitsins, skilanevndar Landsbankans og ríkisstjórnar Íslands [hér eftir nefnd tilskipunin].¹ Tilskipunin var byggð á heimild í breskum lögum um varnir gegn hryðjuverkum, glæpum og um öryggi frá 2001.² Skemmst er frá því að segja að framangreind löggjöf sætti mikilli gagnrýni og enn þann dag í dag er lögmæti hennar og afleiðingar rökræddar.³ Íslensk stjórnvöld töldu m.a. að tilskipunin bryti gegn alþjóðalögum og hafa velt upp þeim möguleika að hefja málsókn á hendur breska ríkinu fyrir alþjóðadómstól vegna setningar hennar.⁴

Gren þessi fjallar um afmarkaðan hluta ofangreinds máls. Skoðuð er hugsanleg lögsaga Alþjóðadómstólsins í Haag vegna kyrrsetningar eigna Landsbanka Íslands af hálfu breskra stjórnvalda í október 2008 og vegna tengdra athafna þeirra er beindust að íslenskum hagsmunum. Umfjöllunin er takmörkuð við skoðun á því hvort lögsaga sé fyrir hendi í slíku máli, og þá eingöngu hvað varðar Alþjóðadómstólinn í Haag [hér eftir Alþjóðadómstóllinn í Haag,

Alþjóðadómstóllinn eða dómstóllinn].⁵ Þess ber auðvitað að gæta að skoðun á málaferlum milli ríkja einskorðast ekki aðeins við lagaleg álitafni - alþjóðasamskipti eru margbrotnari en svo. Umfjöllunin hér er þó takmörkuð við skoðun á því lagalega álitafni hvort lögsaga sé yfir höfuð fyrir hendi. Greinin gefur á sama tíma innsýn í lögsögu Alþjóðadómstólsins í Haag hvað Ísland snertir.

2. SETNING TILSKIPUNAR 2668/2008 UM FRYSTINGU FJÁRMUNA

Tilskipun 2668/2008 um frystingu fjármuna tók gildi kl. 10.10 þann 8. október 2008. Eins og að framan greinir var tilskipunin byggð á heimild í 4. og 14. gr. laga um varnir gegn hryðjuverkum, glæpum og um öryggi frá 2001, ásamt viðauka 3 við þau lög. Byggt var á framangreindum lagaákvæðum hvað varðar heimild til að frysta eignir ef talið er að erlent ríki eða einstaklingar sem hafa aðsetur erlendis hafi, eða muni, með athöfnum sínum hafa veruleg neikvæð áhrif á breskan efnahag.⁶ Tilskipunin tók til Bretlands og breskra ríkisborgara erlendis. Með vísun í tilskipunina gaf Breska fjármálaráðuneytið út almennt leyfi þann 9. og 13. október 2008 og þann 17. október sama ár voru gefin út tilkynning með leiðbeiningum um

¹ Statutory Instruments, 2008 No. 2668, Banks and Banking, The Landsbanki Freezing Order 2008. Sjá einnig Explanatory Memorandum to The Landsbanki Freezing Order 2008 No. 2668, og Summary: Intervention & Options – Impact Assessment of the Landsbanki Freezing Order 2008. Tilskipuninni var breytt með Statutory Instrument No. 2766, dags. 20. október, sem tók gildi daginn eftir. Þær breytingar voru ekki efnislegar.

² Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001.

³ Sjá t.d. stefnuræðu forsætisráðherra, 143. Löggjafarþing, 2. október 2013; Rannsóknarnefnd Alþingis, Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir, ritstjórn Páll Hreinsson, Sigríður Benediktssdóttir og Tryggvi Gunnarsson (Rannsóknarnefnd Alþingis 2010) Bindi 7, kafli 20.4. Sjá House of Commons Treasury Committee, Banking Crisis: The impact of the failure of the Icelandic banks, Fifth Report of Session 2008-09, 4 apríl 2009.

⁴ Sjá t.d. Tillaga til þingsályktunar um málshöfðun á hendur

breska ríkinu fyrir viðeigandi dómstól vegna beitingar hryðjuverkalaga, 140. Löggjafarþing 2011-2012, Þingskjal 52, 52. mál; Memo um hugsanlega málsókn gegn Bretlandi fyrir alþjóðlegum dómstólum vegna frystingar fjármuna Landsbankans, 1. desember 2008, THH <<http://www.forsaetisraduneyti.is/media/island/frettir/memothh011208.pdf>> skoðað 1. september 2013; Memo um hugsanlega málsókn gegn Bretlandi vegna frystingar fjármuna Landsbankans (trúnaðarmál), 28. nóvember 2008, THH <<http://www.forsaetisraduneyti.is/media/island/frettir/memothh281108.pdf>> skoðað 1. september 2013.

⁵ Hvað varðar lögsögu annarra alþjóðadómstóla vegna setningu tilskipunar, sjá t.d. umræðu í THH, 1. desember 2008 (nmgr. 4).

⁶ Texti ákvæðis á ensku er eftirfarandi: „...action to the detriment of the United Kingdom’s economy (or part of it) has been or is likely to be taken by a person or persons...“.

framkvæmd tilskipunarinnar.⁷ Tilskipunin var loks felld úr gildi þann 15. júní 2009.⁸

Samkvæmt fylgigögnum tilskipunarinnar, sem voru lögð fyrir breska þingið þá voru rökin fyrir henni þau að með aðgerðum sínum hafi íslensk stjórnvöld notað eignir Landsbankans til að vernda íslenska innistæðueigendur eingöngu og að aðgerðirnar myndu hafa í för með sér alvarlegan skaða fyrir breska lánardrottna, m.a. stóran hóp almennra innistæðueigenda.⁹ Fyrir breska þinginu var lögð áhersla á að aðgerðir íslenska stjórnvalda, m.a. setning laga nr. 125/2008 um heimild til fjárveitingar úr ríkissjóði vegna sérstakra aðstæðna á fjármálamarkaði ofl., felu í sér mismunun og væru brot á skuldbindingum ríkis samkvæmt EES samningnum. Sökum þessa væri setning tilskipunarinnar nauðsynleg til að eignir Landsbankans yrðu ekki fluttar frá Bretlandi fyrr en staða breskra lánardrottna yrði ljós. Þinginu var bent á að tilskipunin byggði á 2. kafla ofangreindra laga um varnir gegn hryðjuverkum, glæpum og um öryggi frá 2001 og að sá kafla hefði engar beinar tilvísanir í hryðjuverk.¹⁰ Í bréfi frá breska fjármálaráðuneytinu til fjármálaráðherra Íslands, dags. 11. febrúar 2009, er til viðbótar framangreindum ástæðum, vísað til þess að tilskipunin hafi m.a. verið nauðsynleg til að tryggja traust bresks almennings á bankakerfið í heild sinni.¹¹ Í greinargerð með niðurfellingu tilskipunarinnar þann

10. júní 2009 segir að þar sem Ísland hafi skuldbundið sig til að uppfylla skuldbindingar sínar samkvæmt tilskipun EB nr. 94/19 um innistæðutryggingakerfi þá sé ekki lengur hættá á aðgerðum sem geti verið skaðlegar breskum efnahag.¹²

3. LÖGSAGA ALÞJÓÐADÓM-STÓLSINS *RATIONE PERSONAE*

Með aðild að Sameinuðu þjóðunum (SÞ) eru bæði Ísland og Bretland sjálfkrafa, *ipso facto*, aðilar að samþykkt Alþjóðadómstólsins í Haag, sbr. 93. gr. Sáttmála SÞ, og dómstóllinn þeim aðgengilegur, sbr. 1. mgr. 35. gr. samþykta dómstólsins. Til að dómstóllinn geti átt lögsögu í tiltekinni deilu þarf einnig að liggja fyrir sérstakt samþykki deiluaðila, sbr. 36. gr. samþykta dómstólsins. Slíkt samþykki getur verið veitt með þrenns konar hætti: sérstöku samkomulagi, almennri yfirlýsingu um samþykki lögsögu dómstólsins, eða samþykki í alþjóðasamningum.

3.1. Sérstakt samkomulag

Ísland og Bretland gætu gert sérstakt samkomulag sín á milli um að veita dómstólnum lögsögu í þessu tiltekna máli (*compromis*). Í tilvikum þar sem ekki liggur fyrir sérstakt samkomulag er einnig hægt að fara þá leið að stefna ríki einhliða og freista þess að gagnaðili muni ekki

7 HM Treasury, Financial Sanction Notice, The Landsbanki Freezing Order 2008, General Licence, 9. október 2008; HM Treasury, Financial Sanction Notice, The Landsbanki Freezing Order 2008, General Licence (L2), 13. október 2008; HM Treasury, Financial Sanctions Notice, The Landsbanki Freezing Order 2008, 17. október 2008 <<http://www.forsaetisraduneyti.is/media/island/frettir/37.pdf>> skoðað 2. september 2013.

8 Sjá Statutory Instruments, 2009 No. 1392, Banks and Banking, The Landsbanki Freezing (Revocation) Order 2009, 10. júní 2009, gildistaka 15. júní 2009.

9 Á ensku er textinn eftirfarandi: "The action taken by the Icelandic Government to use the assets of Landsbanki to protect only Icelandic savers is of severe detriment to UK creditors, including a large number of retail depositors", sjá Explanatory Memorandum to The Landsbanki Freezing Order 2008 No. 2668, 7. mgr.

10 Select Committee on Merits of Statutory Instruments, Twenty-Ninth Report, Instruments drawn to the special attention of the house, kafla B, nmgr. 3 <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/ldmerit/178/17803.htm>> skoðað 1. september 2013.

11 Sjá bréf breska fjármálaráðuneytis til Steingríms J. Sigfússonar fjármálaráðherra, undirritað af Clive Maxwell, HM Treasury, 11. febrúar 2009 <<http://www.forsaetisraduneyti.is/media/island/frettir/42.pdf>> skoðað 2. september 2013.

12 Sjá Explanatory Memorandum to The Landsbanki Freezing (Revocation) Order 2009, 2009 No. 1392. Ítarleg umfjöllun um aðdraganda og setningu tilskipunar, sem og samskipti íslenskra stjórnvalda við bresk yfirvöld, er að finna í skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis (nmgr. 3), Bindi 7, kafla 20.4. Sjá einnig House of Commons Treasury Committee (nmgr. 3).

mótmæla lögsögu heldur svara stefnunni og samþykkja lögsögu í verki með slíkri þátttöku (*forum prorogatum*). Slík leið felur í sér ákveðinn pólitískan þrýsting, þó svo að slík mál birtist ekki á málaskrá dómstólsins nema gagnaðili samþykki lögsöguna. Tvö nýleg mál hjá dómstólnum komu til kasta hans með þessum hætti, *Certain Criminal Proceedings in France* og *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*.¹³

3.2. Almenn yfirlýsing um samþykki lögsögu dómstólsins

Ríki geta gefið út almenna einhliða yfirlýsingu til SB þar sem þau samþykkja lögsögu dómstólsins, sbr. 2. mgr. 36. samþykktar dómstólsins. Slíkt samþykki gildir gagnvart þeim ríkjum sem hafa gefið út samskonar yfirlýsingu. Bretland hefur gefið slíka almenna yfirlýsingu,¹⁴ en Ísland getur ekki nýtt sér hana þar sem það hefur ekki gefið út slíka almenna yfirlýsingu sjálf. Ísland getur hins vegar hvenær sem er gefið út slíka yfirlýsingu en vegna fyrirvara í yfirlýsingu Bretlands gæti Ísland ekki hafið mál gegn Bretlandi fyrir dómstólnum fyrr en ári eftir að slík yfirlýsing væri gefin út. Að sama skapi myndi slík yfirlýsing af Íslands hálfu opna lögsögu gagnvart öðrum ríkjum sem hafa gefið út slíka yfirlýsingu (í dag hafa 70 ríki gefið út yfirlýsingu) og þau gætu þ.a.l.

höfðað mál gegn Íslandi. Ríkjum er heimilt að gera fyrirvara við slíkar yfirlýsingar, bæði hvað varðar tíma og efni.¹⁵ Ef Ísland gefur út almenna yfirlýsingu um lögsögu dómstólsins hefur Bretland óneitanlega ákveðið svigrúm til að bæta við fyrirvörum við sína yfirlýsingu, þar sem ár þarf að líða þar til Ísland gæti höfðað mál gegn þeim. Á slíka nýja fyrirvara reyndi t.d. í *Fisheries Jurisdiction* fyrir Alþjóðadómstólnum en því máli var vísað frá dómstólnum vegna skorts á lögsögu.¹⁶

3.3. Samþykki í alþjóðasamningum

Ríki geta samþykkt lögsögu Alþjóðadómstólsins fyrirfram í alþjóðasamningum. Þá er oft um að ræða fyrirliggjandi ákvæði í fjölþjóðasamningi þar sem aðildarríki samningsins samþykkja að vísa deilu um túlkun eða framkvæmd þess tiltekna samnings til Alþjóðadómstólsins.¹⁷ Skoða þarf vel hvort hugsanlegar málsástæður Íslands vegna tilskipunar falli undir einhvern slíkan samning. Sú lögsaga yrði hinsvegar takmörkuð þar sem þegar lögsaga dómstólsins byggist á slíkum ákvæðum er efnislögsaga hans bundin við túlkun og framkvæmd viðkomandi samnings. Þess má geta að Bretland er aðili að Evrópusamningi um friðhelgi ríkja, en hann gefur Alþjóðadómstólnum lögsögu í deilumálum samningsaðila.¹⁸ Ísland er

13 *Certain Criminal Proceedings in France* (Republic of Congo v. France); *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 177.

14 Sjá yfirlýsingu Bretlands á heimasíðu dómstólsins, dags. 5. júlí 2004, *Jurisdiction: Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory* <<http://www.icjci.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3&code=GB>> skoðað 2. september 2013.

15 Sjá t.d. fyrirvara Noregs um að samþykki þess taki ekki til tiltekinnna úrlausnarefna á sviði hafréttar, sjá yfirlýsingu Noregs á heimasíðu dómstólsins, dags. 25. júní 1996, *Jurisdiction: Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory*, <<http://www.icjci.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3&code=NO>> skoðað 2. september 2013.

16 *Fisheries Jurisdiction* (Spain v. Canada), *Jurisdiction of the Court*, Judgment, I. C.J. Reports 1998, p. 432. Kanada breytti yfirlýsingu sinni rétt áður en Spánn höfðaði málið og útilokaði mál tiltekinn efnis, sama efnis og deila ríkjanna varðaði.

17 Sem dæmi um samninga sem innihalda slíkt ákvæði, og Ísland er aðili að, er Alþjóðasamningur um ræðissamband (kjörfrjáls bókun), Samningur gegn pyndingum og annarri grimmilegri, ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu (30. gr.) og Alþjóðasamningur um afnám alls kynþáttamisréttis (22. gr.); Alþjóðasamningur um ræðissamband (samþykktur 24. apríl 1963, tók gildi 19. mars 1967) Stjtið. C. 8/1978, 596 U.N.T.S 261; Samningur gegn pyndingum og annarri grimmilegri, ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu (samþykktur 10. desember 1984, tók gildi 26. júní 1987) Stjtið. C. 19/1996, 1465 U.N.T.S. 85; Alþjóðasamningur um afnám alls kynþáttamisréttis (samþykktur 21. desember 1965, tók gildi 4. janúar 1969) Stjtið. C. 14, 1968, 660 U.N.T.S. 195. Yfirlit yfir samninga sem gefa Alþjóðadómstólnum lögsögu er að finna á heimasíðu dómstólsins <<http://www.icj-ci.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=4>> skoðað 4. ágúst 2013.

18 *European Convention on State Immunity* (samþykktur 15. maí 1972, tók gildi 11. júní 1976) 1495 U.N.T.S. 181.

hinsvegar ekki aðili að þeim samning.

Þá eru einnig sérstakir fjölþjóða-samningar um friðsamlega úrlausn deilumála þar sem samningsaðilar samþykkja fyrirfram að vísa deilum á sviði þjóðaréttar til úrlausnar dómstólsins, sbr. t.d. Samningur Evrópuráðsins um friðsamlega úrlausn deilumála.¹⁹ Bretland er aðili að þeim samning en Ísland hefur ekki fullgilt þann samning.²⁰ Þá geta ríki samþykkt fyrirfram lögsögu dómstólsins í tvíhliða samningum. Ísland hefur fullgilt slíka tvíhliða samninga við ríki þar sem fyrirfram er samþykkt lögsaga Alþjóðadómstólsins, hvort sem er almennt um deilur á sviði þjóðaréttar eða um tiltekið efni. Lögsaga Alþjóðadómstólsins í málum Þýskalands og Bretlands gegn Íslandi byggðist einmitt á slíkum samningum.²¹ Í tilefni af Alþingishátíðinni á Þingvöllum 1930 voru tvíhliða samningar um friðsamlega úrlausn deilumála gerðir við hin Norðurlöndin og þar var Fasta Alþjóðadómstólnum gefin lögsaga í deilum er féllu undir reglugerð þess dómstóls.²² Hvað varðar deilur milli Bretlands og Ísland þá var undirritaður samningur árið 1905 um friðsamlega úrlausn deilumála. Höfundur er ekki kunnugt um aðra samninga milli Íslands og Bretlands sem færa Alþjóðadómstólnum í Haag hugsanlega

lögsögu vegna tilskipunarinnar.

Samningur Íslands og Bretlands 1905/1937

Til skoðunar kemur að byggja lögsögu á ofangreindum samningi milli Danmerkur og Bretlands frá 25. október 1905. Samkvæmt samningnum, og breytingum á honum samþykktum af utanríkisráðherra Bretlands og sendiherra Danmerkur fyrir hönd Íslands, dags. 22. mars 1937, þá skal deilum milli aðila vísað til Fasta Alþjóðadómstólsins [hér eftir nefndur samningur Íslands og Bretlands 1905/1937].²³ Samanber formála samningsins, þá var hann upphaflega gerður á grundvelli Haag sáttmálans um friðsamlega úrlausn deilumála frá 1899.²⁴ Hér að neðan verður gerð grein fyrir helstu álitaeftum er vakna um gildi og innihald samnings Íslands og Bretlands 1905/1937.

Samkvæmt 37. gr. samþykktar Alþjóðadómstólsins skal málum sem samkvæmt samningum milli aðila átti að vísa til Fasta Alþjóðadómstólsins vísað til Alþjóðadómstólsins í Haag.²⁵ Samkvæmt ákvæðinu færast því samþykki fyrir lögsögu fyrrnefnds dómstóls í samningi Íslands og Bretlands 1905/1937 yfir til Alþjóðadómstólsins í Haag. Hins vegar, vegna orðalags 37. gr. um að þetta taki til samninga á milli aðila sem eru aðilar að

19 European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes, (samþykktur 29. apríl 1957, tók gildi 20. apríl 1958) 320 U.N.T.S 243. Danmörk, Noregur, Holland og Svíþjóð eru t.d. aðilar að þessum samning.

20 Lögsaga í nýlegu máli fyrir dómstólnum á milli Þýskalands og Ítalíu byggði á þessum samning. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), dómur 12. febrúar 2012.

21 Dómstóllinn taldi sig hafa lögsögu í málunum á grundvelli Exchange of Notes frá 1961 en þar höfðu samningsaðilar gefið dómstólnum lögsögu ef upp kæmi deila um útfærslu fiskveiðulögsögu Íslands, Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973, p. 3; Fisheries Jurisdiction Case (Federal Republic of Germany v. Iceland) (Jurisdiction of the Court) Judgment of of 2 February 1973. Sjá greinargóða lýsingu á málunum í Guðmundur S. Alfreðsson, „Útfærsla íslensku fiskveiðilögsögunnar í 50 mílur og dómsaga Alþjóðadómstólsins“ í Steingrímur Jónsson (ritstj.), Ólafsbók (1983) 331-358.

22 Sjá t.d. samning Íslands og Noregs, Samningur um lausn

deilumála með friðsamlegum hætti (staðfestur 27. júní 1930, gildistaka 6. febrúar 1932) Sí 259, og samning Íslands og Svíþjóðar, Samningur um lausn deilumála með friðsamlegum hætti (staðfestur 27. júní 1930, gildistaka 10. febrúar 1932) Sí 291.

23 Sáttmáli um gerðardóm, gildistaka 22. mars 1937, Sí 188; Convention between Great Britain and Iceland renewing for a Period of five Years dating from May 4, 1926, the Arbitration Convention signed at London on October 25, 1905, and renewed by the Conventions of March 3, 1911, May 3, 1916, and May, 1922. Signed at London, June 4, 1926, LNTS, Volume LXI (1927), No. 1433, 189. <<http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/treaties/TS1/1906/5>> skoðað 3. júní 2013.

24 Þess má geta að á árunum 1904 til 1914 voru yfir 100 slíkir samningar gerðir, þar af 16 af hálfu Bretlands. Ítarleg umfjöllun um þessa samninga og síðari breytinga á þeim er að finna í H. Lauterpacht, The Function of Law in the International Community, (Oxford: Clarendon Press 1933).

25 Fasti Alþjóðadómstóllinn lagðist af við slit Þjóðabandalagsins, og Alþjóðadómstóllinn var stofnaður með sáttmála SP.

samþykkt Alþjóðadómstólsins (e. as between the parties to the present Statute) þá hefur sú spurning vaknað hvort þetta eigi við um samninga sem Ísland er aðili að þar sem ríkið var ekki stofnaðili SÞ og þar með á þeim tíma ekki aðili að samþykkt Alþjóðadómstólsins. Í minnisblaði Þjóðrættarfræðings í utanríkisráðuneytinu, dags. 1. desember 2008, kemur fram að þetta sama álitamál hafi komið upp við túlkun samnings Íslands og Noregs frá 1930 og að samkvæmt áliti tveggja erlendra ráðgjafa var þessi tímagjá ekki talin girða fyrir að túlka bæri þann samning þannig að upphafleg tilvísun til Fasta Alþjóðadómstólsins fæli nú í sér tilvísun til Alþjóðadómstólsins.²⁶ Með hliðsjón af dómum Alþjóðadómstólsins í máli *Serbíu og Svartfjallalands gegn Hollandi* og í máli *Serbíu og Svartfjallalands gegn Belgíu* telur höfundur að sú staðreynd að Ísland var ekki stofnaðili SÞ og því ekki aðili að samþykktinni 1945 skipti hér litlu og samningur Íslands og Bretlands 1905/1937 falli undir ákvæðið hvað þetta varðar. Í dómunum sagði Alþjóðadómstóllinn eftirfarandi:

As regards jurisdiction, when a treaty providing for the jurisdiction of the Permanent Court is invoked in conjunction with Article 37, the Court has to satisfy itself, inter alia, that both the Applicant and the Respondent were, at the moment when the dispute was submitted to it, parties to the Statute. As the Court observed in the Barcelona Traction case, “three conditions are actually stated in the Article. They are that there should be a treaty or convention in force;

that it should provide (i.e., make provision) for the reference of a ‘matter’ (i.e., the matter in litigation) to the Permanent Court; and that the dispute should be between States both or all of which are parties to the Statute.” (I.C.J. Reports 1964, p. 32.)²⁷

Það er auðvitað skilyrði, skv. 37. gr. samþykktar Alþjóðadómstólsins að viðkomandi samningur sé í gildi. Í framangreindu minnisblaði kemur fram að samningur Íslands og Bretlands 1905/1937 er enn á skrá um samninga Íslands við önnur ríki „en leita yrði staðfestingar Bretlands á gildi hans til þess að fá fullvissu um það“.²⁸ Ljóst er að samningurinn var endurnýjaður reglulega fyrstu áratuginu en þá gildi um hann 5 ára gildistímabil.²⁹ Hinsvegar var samningnum síðan breytt árið 1937 á þann veg að tiltekinn gildistími var tekinn út og samningur skyldi gilda án tímamarka þar til honum yrði sagt upp. Eins og hann stendur nú skal því samningurinn gilda þar til einu ári eftir slíka tilkynningu (e. „it shall continue to be in force without limit of time until one year from the date on which such notice is given“). Eins og áður greinir er samningurinn í útgáfu utanríkisráðuneytis á skrá um samninga Íslands við erlend ríki (miðað við 1. janúar 2005), á lista yfir tvíhliða samninga við önnur ríki.³⁰ Þá er samningurinn í gagnagrunni breska utanríkisráðuneytis yfir samninga, án athugasemda.³¹ Breska utanríkisráðuneytið gerir eftirfarandi fyrirvara við birtingar:

The UK has not attempted to define the current

26 THH, 1. desember 2008 (nmgr. 4), 7. mgr.

27 Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Netherlands), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 1011, 124. mgr. Sjá samhljóða tilvitnun í Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 279, 125. mgr.

28 THH, 1. desember 2008 (nmgr. 4), 4. mgr.

29 Sjá t.d. reglulegar tilkynningar á heimasíðu utanríkisráðuneytis Bretlands, Foreign & Commonwealth Office, Treaties, <<http://www.fco.gov.uk/en/treaties>> skoðað 4. júní 2013.

30 Skrá um samninga Íslands við erlend ríki (miðað við 1. janúar 2005), <<http://www.utanrikisraduneyti.is/media/>

Thjodrettarfr/samningaskra01012005.doc> skoðað 3. september 2013.

31 Convention between the United Kingdom and Denmark providing for the Settlement by Arbitration of Certain Classes of Questions which may arise between the Two Governments, Treaty Series 005/1906 : Cd. 2921; Exchange of Notes between His Majesty's Government in the United Kingdom, Canada, the Commonwealth of Australia and New Zealand and the Government of Iceland for the Further Renewal of the Arbitration Convention of October 25, 1905; UN Reg United; Treaty Series TS 021/1937 : Cmd. 5448, <<http://www.fco.gov.uk/en/treaties/treaties-landing/records/10800/10843>> skoðað 3. september 2013.

*status of each and every treaty. However, where a treaty has according to our records clearly been terminated or superseded, these are indicated. Where no termination information is given, current status may be subject to legal interpretation. We regret that we are unable to provide legal opinion on these and related matters.*³²

Samkvæmt meginreglu þjóðaréttar um gildi samninga, *pacta sunt servanda*, eru ströng skilyrði fyrir uppsögn þeirra og lokum, sbr. t.d. mál *Bretlands gegn Íslandi* fyrir Alþjóðadómstólnum og ákvæði Vínarsamning um milliríkjasamninga frá 1969.³³ Því verður að ætla að samningur Íslands og Bretlands 1905/1937 sé í gildi þar sem ekki verður séð að annar hvort aðilinn hafi sagt honum upp.³⁴ Af aðgengilegum opinberum gögnum verður ekki séð að slík uppsögn hafi átt sér stað.³⁵

Í samningi Íslands og Bretlands 1905/1937 eru nokkrir fyrirvarar við lögsögu. Meðal þeirra er sá fyrirvari að ekki megi hefja mál hjá dómstólnum nema fyrst hafi verið reynt að leysa deilu með diplómátskum

leiðum. Ísland þyrfti því að sýna fram á að reynt hafi verið að leysa úr deilunni með samningaviðræðum áður en mál er höfðað. Í slíkum tilvikum þarf samkvæmt dómaframkvæmd Alþjóðadómstólsins að sýna fram á „at the very least[,] a genuine attempt by one of the disputing parties to engage in discussions with the other disputing party, with a view to resolving the dispute“.³⁶ Þá telur Alþjóðadómstóllinn slíkt skilyrði eingöngu uppfyllt „when there has been a failure of negotiations, or when negotiations have become futile or deadlocked“.³⁷

Þá er fyrirvari í samningi Íslands og Bretlands 1905/1937 þess efnis að deila megi ekki varða grundvallarhagsmuni, sjálfstæði eða heiður samningsaðila, eða hagsmuni þriðja aðila (d. livsinteresser, uafhængighed eller ære; e. vital interests, the independence, or the honour). Fyrirvarinn endurspeglar varfærni þess tíma þar sem ríki voru að taka sín fyrstu skref varðandi skuldbindandi úrlausn alþjóðlegra deilumála. Fyrirvara þessa efnis má sjá í 9. gr. Haag sáttmálsins frá 1899 um

32 Sjá <<http://www.fco.gov.uk/en/publications-and-documents/treaties/uk-treaties-online/user-guidance/>> skoðað 3. september 2013.

33 Vienna Convention on the Law of Treaties (samþykktur 23. maí 1969, tók gildi 27. janúar 1980) 1155 U.N.T.S. 331. Ísland hefur ekki fullgilt Vínarsamninginn um milliríkjasamninga og er hann því ekki skuldbindandi fyrir ríkið (Bretland fullgilti hann 25. júní 1971). Þá gildir samningurinn bara um milliríkjasamninga sem ríki gera eftir að samningurinn tekur gildi gagnvart þeim, sbr. 4. gr. samningsins. Hinsvegar eru mörg af ákvæðum samningsins um gildi og lok milliríkjasamninga talin endurspeglar venjurétt, sbr. t.d. Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland) (nmgr. 21), 18, og Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7. Sjá einnig M. N. Shaw, *International Law* (6. útgáfa, Cambridge University Press 2008), 903; Vincent Chapaux, „Article 54 Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions or by consent of the parties“ í Olivier Corten og Pierre Klein (ritstj.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary* (Oxford University Press 2011) 1237.

34 Sjá þó fræðilega mótbáru við gildi samninga á grundvelli úrelðingar (desuetude/obsolescence), Marcelo G. Kohen og Sarah Heathcote, „Article 42 Validity and continuance in force of treaties“, í Olivier Corten og Pierre Klein (ritstj.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary* (Oxford University Press 2011) 1022. Slík mótbára er þó umdeild í þjóðarétti, sama heimild.

35 Á heimasíðu Alþjóðadómstólsins í Haag er listi yfir

samninga sem gefa dómstólnum lögsögu og framangreindur samningur er ekki á þeim lista. Sú staðreynd að samningur er ekki á þessum lista hefur engin áhrif á gildi hans, sbr. fyrirvara þess efnis á heimasíðu dómstólsins. Sem dæmi um samninga sem eru ekki heldur á þeim lista, eru samningar Íslands við Danmörk, Finnland, Noreg og Svíþjóð um aðferðir við gerð deilumála, undirritaðir á 1000 ára afmælishátíð á Þingvöllum 1930. Í fiskveiðudeilu Bretlands og Íslands fyrir Alþjóðadómstólnum 1973/1974 vísaði Bretland ekki í þennan samning heldur var lögsaga eingöngu byggð á samningi ríkjanna um lögsögu Alþjóðadómstólsins í deilum er varða útfærslu fiskveiðilögsögu. Sem dæmi um afráttarlausa tilkynningu Bretlands á uppsögn samnings svipaðs efnis frá þessum tíma, sjá uppsögn við General Act for the Pacific Settlement of International Disputes 1928, frá 8. febrúar 1974, aðgengilegt í gagnabanka SP (UNTS), <<http://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=567&lang=en>> skoðað 3. september 2013.

36 Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment of 1 April 2011, par. 157.

37 Sama heimild, mgr. 159. Sem dæmi um nýlegt mál þar sem reyndi á að samningaumleitani höfðu verið reyndar áður en málið kom til dómstólsins, sjá Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal), I.C.J., Judgment 20 July 2012, 57-59 mgr.

lögsögu rannsóknarnefnda, þó svo að hann sé ekki í 16. gr. sáttmálans um takmörkun á lögsögu Alþjóðadómstólsins. Samanber það sem að framan greinir var gríðarlegur fjöldi samninga gerður á grundvelli Haag sáttmálans frá 1899, m.a. Samningur Danmerkur og Bretlands 1905. Með tilkomu Fasta Alþjóðadómstólsins 1922 féllu margir þessara samninga úr gildi, sérstaklega í þeim tilfellum þar sem ríki samþykktu einhliða lögsögu hins nýja dómstóls, eða síðar Alþjóðadómstólsins (1945), með almennri yfirlýsingu, eða vegna nýrri samninga um úrlausn deilumála.³⁸ Flest ríki höfðu ekki fyrirvara sambærilegan þeim sem er í samningi Íslands og Bretlands 1905/1937 í einhliða yfirlýsingum um samþykki Fasta Alþjóðadómstólsins, eða Alþjóðadómstólsins, og þau fáu sem slíkt gerðu drögu þá síðar til baka. Fyrirvari 9. gr. Haag sáttmálans var ekki tekinn upp í samþykkt Fasta Alþjóðadómstólsins eða Alþjóðadómstólsins, og einungis var sett það skilyrði að dómstóllinn myndi aðeins dæma um lagaleg ágreiningsefni (e. legal disputes), sbr. orðalag 36. gr. samþykktar Alþjóðadómstólsins. Sá fyrirvari átti m.a. að koma í veg fyrir að dómstóllinn dæmdi um deilur sem væru einungis pólitísks eðlis. Sá fyrirvari hefur reynst skammvinnur, þar sem dómstóllinn hefur í framkvæmd ítreakað talið að engu skipti hvort mál sé pólitískt, svo lengi sem það varði lagalegan ágreining.³⁹

Það er Alþjóðadómstólsins að meta framangreindan fyrirvara, en ekki ríkjanna, sbr. 6. mgr. 36. gr. samþykktar dómstólsins. Ljóst er að vandasamt verk væri fyrir höndum þar sem samningur Íslands og Bretlands 1905/1937 er gamall og í samræmi við reglur þjóðaréttar um túlkun samninga

þyrfti að skoða fyrirvarann í samhengi við umhverfi þess tíma og fleiri atriði, sbr. 31. gr. Vínarsamnings um milliríkjasamninga.⁴⁰ Einnig getur síðari þróun komið til skoðunar í því mati, sbr. dóm Alþjóðadómstólsins í *Gabčíkovo-Nagymaros Project*.⁴¹ Frá því að samningur Íslands og Bretlands 1905/1937 var gerður er ljóst að mikið vatn hefur runnið til sjávar varðandi úrlausn dómstóla og lögsögu þeirra og ríki hafa falið alþjóðadómstólum bindandi lögsögu í málefnum er varða grundvallarhagsmuni og sjálfstæði. Má þar nefna núverandi lögsögu Alþjóðadómstólsins, mannréttindadómstóla, EFTA dómstólsins, dómstóls Evrópusambandsins og deilumálastofnun Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar. Í þessu sambandi skal þess einnig getið að Bretland hefur gengið hvað lengst allra ríkja í að samþykkja lögsögu alþjóðadómstóla. Með vísan til þess sem að framan segir þá hefur Bretland látið SÞ í té almenna yfirlýsingu um samþykki fyrir lögsögu Alþjóðadómstólsins í Haag, sem sérhvert ríki getur þá nýtt sér sem hefur gefið út sams konar yfirlýsingu. Á fyrstu árum Fasta Alþjóðadómstólsins, og síðar Alþjóðadómstólsins, hafði Bretland sett efnislega fyrirvara við yfirlýsingu sína til SÞ um almenna lögsögu dómstólanna. En Bretland hefur nú fallið frá þeim öllum, m.a. fyrirvaranum um málefni er varðar öryggi landsins (e. national security), en Bretland féll frá þeim fyrirvara árið 1958. Þess ber einnig að geta að Bretland er eina ríkið af þeim fimm sem eiga fast sæti í öryggisráði SÞ sem samþykkir almenna lögsögu Alþjóðadómstólsins með einhliða yfirlýsingu.

Ef lögsögu yrði mótmælt af hálfu Bretlands með vísan til einhvers af

³⁸ Sjá H. Lauterpacht (nmgr. 24) kafli II.

³⁹ Sjá Takane Sugihara, „The Judicial Function of the International Court of Justice with Respect to Disputes Involving Highly Political Issues“, í A.S. Muller, D. Raic og J.M. Thuránszky (ritstj.), *The International Court of Justice – Its Future Role after Fifty Years* (Martinus Nijhoff Publishers 1997).

⁴⁰ 31-32. gr. Vínarsamnings um milliríkjasamninga eru taldar endurspegla venjurétti, sjá t.d. Application of the Convention

on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) I.C.J. Reports 2007, 160. mgr. Sjá einnig umfjöllun M. N. Shaw (nmgr. 33), 933.

⁴¹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia) (nmgr. 33). Við túlkun á samningi tók dómstóllinn tillit til síðari þróunar í umhverfisrétti.

framangreindum fyrirvörum er það dómstólsins að skera úr um hvort þeir eigi við, sbr. 6. mgr. 36. gr. samþykktar dómstólsins. Samanber hér framfar, þá yrði dómstóllinn að huga að mörgu við mat á fyrirvörunum. Þekktur fræðimaður og fyrrverandi dómari við Alþjóðadómstóllinn telur jafnvel að dómstóllinn hafi gert allt til að forðast að meta eldri samninga byggða á 37. gr. samþykktar dómstólsins.⁴² Í ljósi þess ráðleggur hann ríkjum að byggja fyrst á öllum öðrum mögulegum lögsöguákvæðum, áður en reynt verði að byggja lögsögu á slíkum samningum.⁴³

4. ÖNNUR SKILYRÐI ALÞJÓÐADÓMSTÓLSINS

Jafnvel þó að lögsaga sé fyrir hendi kann mál að teljast ótækt til efnismeðferðar fyrir Alþjóðadómstólum af öðrum ástæðum. Eitt skilyrði fyrir slíku málsmeðferðarhæfi er að til staðar sé deila milli aðila, sbr. 38. gr. samþykktar dómstólsins. Bretland gæti haldið því fram að það skilyrði sé ekki uppfyllt þar sem tilskipunin sé ekki lengur í gildi. Í slíku sambandi eru málsástæður og kröfur aðila skoðaðar nákvæmlega, sbr. það sem var gert *Nuclear Tests cases*. Í því máli voru einnig skoðuð vel öll samskipti aðila í samningaferlinu. Að því mati loknu taldi Alþjóðadómstóllinn málsókn ekki uppfylla framangreint skilyrði þar sem Frakkland hafði þá þegar gefið út yfirlýsingar um að það myndi hætta kjarnorkutilraunum en helsti tilgangur Nýja Sjálands í samningaviðræðum og kröfugerð fyrir dómnum hafði verið að fá

Frakkland til að hætta slíkum tilraunum.⁴⁴ Í *Case concerning the Northern Cameroons* var þetta skilyrði ekki heldur talið uppfyllt.⁴⁵

Hvað varðar málsmeðferðarhæfi verður einnig að hafa í huga að ef einhverjar málsástæður Íslands varða brot á íslenskum ríkisborgurum/lögadílum þá koma til skoðunar skilyrði um tæmingu innanlandsúrræða. Þegar ríki hyggst höfða mál á hendur öðru ríki vegna brota á eigin ríkisborgurum og lögadílum þá er það almennt skilyrði að innanlandsúrræði hafi verið tæmd. Alþjóðadómstóllinn í Haag hefur fylgt skilyrðinu um tæmingu innanlandsúrræða mjög strangt eftir, sbr. t.d. *Interhandel málið*.⁴⁶ Í þessu sambandi er þó áhugavert að sjá afstöðu dómstólsins til þessa atriðis í *Avena and Other Mexican Nationals*, en þar taldi dómurinn ekki þörf á að þetta skilyrði væri uppfyllt þegar um væri að ræða samtímis brot á ríkisborgurum og ríki (í þessu tilvikinu voru réttindi beggja varin af Alþjóðasamningi um ræðissamband).⁴⁷

Alþjóðadómstóllinn í Haag er ekki með tímafresti hvað varðar málsókn (málshöfðunarrest) eftir að deila hefst. Sumar deilur sem koma fyrir dómstóllinn eru jafnvel áratuga gamlar. Við málshöfðun í slíkum málum kann hins vegar að reyna á hvort ríki hafi frá því að deila kom upp gefið eftir kröfur á hendi deiluaðila, sbr. *Case concerning the Temple of Preah Vihear*.⁴⁸

Ef Ísland kys að samþykkja almenna lögsögu dómstólsins, sbr. 2. mgr. 36. gr. samþykktar dómstólsins, og nýta þannig almenna samþykki Bretlands fyrir lögsögu dómstólsins, sbr. umfjöllunina hér að framan, þá myndi slík yfirlýsing getað

42 Bruno Simma og Daphne Richmond, „Article 37“, í Andreas Zimmermann og fl. (ritstj), *Statute of the International Court of Justice* (Oxford University Press 2005) 663.

43 Sama heimild, bls. 671.

44 *Nuclear Tests* (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457.

45 „Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963: I.C.J. Reports 1963, p. 15.

46 *Interhandel Case*, Judgment of March 21st, 1959: I.C.J.

Reports 1959, p. 6.

47 *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 12, 40. mgr.

48 *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C.J. Reports 1962, p. 6.

49 *Mavrommatis Palestine Concessions* (Greece v. United Kingdom), Judgment of August 30, 1924 (jurisdiction), 1924 PCIJ, Series A, No. 2, p. 6, at 35.

virkað afturvirk, sbr. *Mavrommatis málið*.⁴⁹ Samkvæmt fyrirvara við yfirlýsingu Bretlands gæti dómstóllinn haft lögsögu yfir máli milli ríkjanna einu ári eftir yfirlýsingu Íslands. Bretland er ekki með aðra fyrirvara varðandi tíma og svo lengi sem Ísland gerir ekki heldur slíkan fyrirvara í sinni yfirlýsingu gæti dómstóllinn því átt lögsögu í deilu ríkjanna þótt hún hafi komið upp áður en Ísland samþykkti lögsögu dómstólsins.

5. LÖGSAGA ALÞJÓÐADÓMSTÓLSINS *RATIONE MATERIAE*

Alþjóðadómstóllinn í Haag hefur mjög víðtæka lögsögu hvað deilufni varðar og dæmir samkvæmt alþjóðasamningum, venjum og meginreglum laga, sbr. 38. samþykktar dómstólsins. Þessi rúma lögsaga er mjög frábrugðin lögsögu annarra alþjóðadómstóla sem eru bundnir af tilteknum sáttmálum, sbr. t.d. Mannréttindadómstól Evrópu (Mannréttindasáttmáli Evrópu), EFTA dómstóllinn (EES samningurinn) og úrskurðarnefndir Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (Marakessamningurinn um stofnun Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar). Eins og fram kemur hér að ofan geta aðilar ákveðið að takmarka lögsögu Alþjóðadómstólsins í Haag, t.d. með fyrirvörum við samþykkt dómstólsins varðandi ákveðnar gerðir deilumála, eða takmarkað lögsöguákvæði í samningi við deilur um efndir þess tiltekna samnings. Þá geta ríki samið um það sín á milli að gefa öðrum alþjóðadómstólum „einkarétt“ á að dæma um túlkun á tilteknum samningum. Samkvæmt 55. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu getur t.d. einungis Mannréttindadómstóll

Evrópu dæmt um túlkun og framkvæmd Mannréttindasáttmála Evrópu og samkvæmt 344. gr. Sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins (SSESB) getur dómstóll Evrópusambandsins einungis dæmt um túlkun og framkvæmd SSESB.

Á Íslandi hefur m.a. verið rætt að setning tilskipunarinnar hafi hugsanlega verið brot á 40. gr. EES-samningsins um frjálst flæði fjármagns. Því þarf að svara því hvort Alþjóðadómstóllinn í Haag geti dæmt um slíka málsástæðu. Samanber frammar má einungis Evrópudómstóllinn dæma um túlkun og framkvæmd SSESB, sbr. 344. gr. þess sáttmála. Aðildarríki Evrópusambandsins eru skuldbundin af framangreindu ákvæði gagnvart hvert öðru og geta því ekki látið aðra alþjóðadómstóla dæma um deilufni sem heyrir undir sáttmálann, sbr. t.d. *Mox Plant málið*.⁵⁰ Hins vegar eru Evrópusambandið og EES tvö aðskilin lagakerfi og hér er um að ræða deilu milli eins EFTA EES ríkis og annars ESB ríkis sem heyrir undir EES samninginn.⁵¹ EES samningurinn hefur ekkert sambærilegt ákvæði um „einkalögsögu“ eins og ESB sáttmálinn um starfshætti Evrópusambandsins. SSESB sáttmálinn hefur ákvæði um lögsögu ESB dómstólsins í deilumálum milli tveggja ESB ríkja (259. gr.), en hvorki þar né í EES samningnum eru ákvæði um beina lögsögu ESB dómstólsins eða EFTA dómstólsins varðandi deilu ESB ríkis og EFTA ríkis. Hins vegar eru ákvæði í III. gr. EES samningsins, um lausn deilumála en þau kveða ekki á um bindandi lögsögu.⁵² Byggt á framangreindu hefur Alþjóðadómstóllinn í Haag rúma lögsögu og getur dæmt um alla alþjóðasamninga, sem EES samningurinn óneitanlega er. Vissulega yrði það án fordæma að Alþjóðadómstóllinn

⁵⁰ ECJ, C-459/03, Commission of the European Communities v Ireland [2006] ECR-I 04635.

⁵¹ Sjá Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079 og Opinion 1/92 [1992] ECR I-2821.

⁵² Sjá einnig Þórdís Ingadóttir, „The EEA Agreement and

homogeneous jurisprudence: The two pillar role given to the EFTA Court and the Court of Justice of the European Communities“, í *Yearbook of International Law and Jurisprudence*, Vol. 2, 2002.

í Haag dæmdi um skuldbindingar samkvæmt EES samningnum en með vísan til framangreinds má færa rök fyrir því að lögsagan sé engu að síður fyrir hendi.⁵³

Þá ber að ítreka það að Alþjóðadómstóllinn í Haag dæmir samkvæmt þjóðarétti, sbr. 38. gr. samþykktar dómstólsins. Það myndi ekki koma til úrlausnar dómstólsins hvort tilskipunin hafi verið í samræmi við landsrétt, enda myndi slík niðurstaða ekki skipta máli um efnisatriði málsins fyrir dómstólnum. Það er grundvallarregla þjóðaréttar að innanlandslöggjöf getur aldrei verið réttlætning fyrir að standa ekki við alþjóðaskuldbindingar, sbr. 27. gr. Vínarsamnings um milliríkjasamninga.⁵⁴

6. SKAÐABÆTUR

Alþjóðadómstóllinn í Haag hefur lögsögu til að dæma skaðabætur. Samkvæmt þjóðarétti skal ríki sem brýtur gegn alþjóðaskuldbindingum bæta það tjón sem af því hlýst, sbr. t.d. *Factory at Chorzow* málið og venjurétt.⁵⁵ Þegar ríki gera kröfu um greiðslu skaðabóta fyrir Alþjóðadómstólnum er kröfugerð oftast þannig háttáð að óskað er eftir dómi um skyldu ríkis til greiðslu skaðabóta (þ.e. um bótaskyldu að þjóðarétti), en ríkjunum er látið eftir að leysa álitafni um upphæð bótanna í samningum sín á milli.⁵⁶ Alþjóðadómstóllinn dæmir hins vegar um bætur ef ekki semst og þess er krafist. Það er sjaldgæft að dómurinn dæmi um upphæð bóta; það hefur aðeins

gerst tvisvar í sögu dómstólsins eða í *Corfu Channel* og *Ahmadou Sadio Diallo*.⁵⁷ Hygðist Ísland krefjast skaðabóta, bæri það sönnunarbyrði um tjón og orsakatengsl. Hér má geta þess, að Alþjóðadómstólsins hafnaði kröfu um skaðabætur í málinu *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, þrátt fyrir að dæma viðkomandi ríki fyrir brot á alþjóðaskuldbindingum, og gerði strangar kröfur til sönnunar á tjóni og orsakatengslum.⁵⁸

7. NIÐURSTAÐA

Alþjóðadómstóllinn í Haag hefur viðtækustu lögsögu allra alþjóðadómstóla hvað varðar ríki og deiluefni. Ísland getur hinsvegar að takmörkuðu leyti nýtt sér lögsögu dómstólsins. Þar sem ríkið hefur ekki samþykkt almenna lögsögu dómstólsins með yfirlýsingu getur það ekki nýtt sér slíka beina dómstólaleið gagnvart þeim ríkjum sem hafa gefið út slíka yfirlýsingu, þar á meðal Bretlands. Að sama skapi hefur Ísland ekki fullgilt Samning Evrópuráðsins um fríðsamlega úrlausn deilumála, en aðildarríki þess samnings hafa gefið dómstólnum lögsögu í deilum við aðildarríki þess samnings. Bretland er aðildarríki að þeim samning.

Ísland getur hugsanlega byggt lögsögu Alþjóðadómstólsins á samningi Íslands og Bretlands frá árinu 1905/1937. Ekki verður séð að aðrir samningar veiti lögsögu

53 Þess má geta að í viðtali við RÚV hvatti fyrirverandi forseti Alþjóðadómstólsins í Haag deiluaðila til að láta dómstólinn skera úr um ágreiningsatriði. Sjá viðtal við Rosalyn Higgins, 11 nóvember 2008, aðgengilegt á <http://http.ruv.traumar.is/static.ruv.is/geyma/vidtali/vidtali_rosalyn_higgins.wmv> skóðað 1. febrúar 2013.

54 Sjá einnig skýra dómafrákvæmd Alþjóðadómstólsins í Haag um þetta efni: *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion of 26 April 1988, 57 mgr.; *LaGrand Case, Germany v. United States of America*, Judgment of 27 June 2001, 90.-91. mgr.

55 *Factory at Chorzow, Jurisdiction*, 1927, P.C.I.J., Series A, No.

9, p. 21. Sjá einnig drög Alþjóðalaganefndar SP um ábyrgð ríkja, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, U.N. Doc. Supplement No. 10 (A/56/10), chp. IV.E.1, kafli II.

56 Sjá t.d. *Armed Activities on the Territory of Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168.

57 *Corfu Channel Case*, Judgment of December 15th, 1949, I.C.J. Reports 1949, p. 244; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment of 19 June 2012.

58 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 Feb. 2007, para. 373.

vegna beitingu tilskipunar, en Ísland hefur líka þann fræðilega möguleika að ná samkomulagi við Bretland um lögsögu dómstólsins í þessu eina máli, eða samþykkt lögsögu dómstólsins einhliða með almennri yfirlýsingu og nýtt sér þannig samsvarandi yfirlýsingu Bretlands. Hvað varðar síðasta kostinn þá mun Ísland að sama skapa opna beina dómstólaleið fyrir ríki gagnvart Íslandi sem hafa gefið út slíkar almennar yfirlýsingar.

Lögsaga byggð á samningi Íslands og Bretlands 1905/1937 er ekki sjálfgefin. Um gamlan samning er að ræða og efni hans lýsandi fyrir samninga þess tíma. Þó nokkrir fyrirvarar eru settir við lögsögu dómstólsins, m.a. um undanfarandi samningaumleitanir og takmörkun á efni er varðar grundvallarhagsmuni eða sjálfstæði ríkis. Ef lögsögu dómstólsins yrði mótmælt með vísan til þessara fyrirvara er það dómstólsins að dæma um slíkt en ljóst er að um vandasamt verk yrði fyrir höndum. Jafnvel þótt samningurinn gæti verið grundvöllur lögsögu, þá geta önnur atriði komið í veg fyrir málsmeðferðarhæfi, t.d. ef talið er að deila sé ekki lengur til staðar.

Alþjóðadómstóllinn nýtur sérstöðu meðal alþjóðadómstóla hvað varðar lögsögu yfir deiluefnum, en hann dæmir samkvæmt alþjóðasamningum, venjum og meginreglum laga, sbr. 38. samþykktar dómstólsins. Þessi rúma lögsaga gefur málsaðilum mikið svigrúm hvað varðar málsástæður. Ísland gæti því byggt málsástæður sínar bæði á venjurétti og samningum. Að mati

höfundar er EES samningurinn þar á meðal. Þá hefur dómstóllinn lögsögu til að dæma skaðabætur, þó svo að ríki hafi til þessa lítið nýtt sér þá lögsögu.

Að lokum skal það ítrekað að fæst deilumál milli ríkja er ráðið til lykta fyrir dómstólum. Skoðun og skilningur á öllum úrræðum til úrlausnar slíkum deilumálum er þó mikilvægur þáttur í farsælum málalyktum. Lögsaga Alþjóðadómstólsins í Haag er þar á meðal.