

# Tímarit

---

# LÖGRÉTTU

---

2. hefti - 14. árg. 2018

## Skipan dómara

» Arnar Þór Jónsson, Þórhildur Líndal  
*Eilíf uppspretta ágreinings?*

» „Við val á milli hæfra umsekjenda ræður að lokum almenn skynsemi“. Viðtal við Björn Bjarnason og Ögmund Jónasson

» Þórhildur Líndal  
*Málstofa á Lagadeginum 2018*

» Dr. Davíð Þór Björgvinsson  
*Um hvað snýst Landsréttarmálið?*

## Annað efni

» Arnar Þór Jónsson  
*Rökræða er samvinna*

» Svala Ísfeld Ólafsdóttir og Snædís Ósk Sigurjónsdóttir  
*„Ákærður maður vinnur ekki stærri sigur í dómsal en að vera sýknaður.“ Endurupptaka Guðmundar- og Geirfinnsmálsins*

» Svala Ísfeld Ólafsdóttir  
*Kynferðisbrot í brennidepli*

» „Er almennt ekki refsíglöð og aðhyllist ekki stranga refsipólítík“ Viðtal við Sigríði Á. Andersen

» Ragnar Baldursson  
*Kynbundnar takmarkanir á þátttökurétti í íþróttum*

» Íris Björk Ármannsdóttir og Hafliði K. Lárusson  
*Veðsetning hugverkaréttinda. Gildandi réttur og kröfur viðskiptalífsins*

» Dr. Andri Fannar Bergþórsson  
*Hver er kjarni markaðsmisnotkunar?*

» Sindri M. Stephensen  
*Hve bindandi er dómsorð við aðför?*

Ábyrgðarmaður: *Arnar Þór Jónsson*

Útgefandi: *Tímarit Lögrétta*

Prentvinnsla: *Litlaprent ehf.*

[ritstjorn@timarit.logretta.is](mailto:ritstjorn@timarit.logretta.is)

[www.timarit.logretta.is](http://www.timarit.logretta.is)

ISBN 978-9979-72-750-7

ISSN 1670-5300

Ritryndar greinar í tölublaði þessu hafa staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt leiðbeiningar- og ritrynireglum Tímarits Lögrétta.

---

## Ritstjórn

---

Arnar Þór Jónsson ritstjóri

Svala Ísfeld Ólafsdóttir ritstjóri

Eiríkur Elís Þorláksson

Sigríður Árnadóttir

Stefán Eiríksson

---

## Framkvæmdastjóri

---

Þór Jónsson

---

## Heiðursritnefnd

---

Bryndís Hlöðversdóttir

Davíð Þór Björgvinsson

Guðmundur Alfreðsson

Ingibjörg Benediksdóttir

Ingveldur Einarsdóttir

Jakob Þ. Möller

Jóhann Hjartarson

Ragnar Aðalsteinsson

Ragnheiður Harðardóttir

Ragnhildur Helgadóttir

Sigríður Friðjónsdóttir

Símon Sigvaldason

---

## Útgáfustjóri

---

Brynjar Freyr Garðarsson

---

## Útgáfunefnd

---

Esther Ýr Óskarsdóttir

Óttar Ásbjörnsson

Björn Róbert Sigurðarson

---

## Umbrot

---

Litlaprent ehf.

---

## Ljósmyndari

---

Hjalti Þór Davíðsson

Myndir frá Lagadegi 2018  
koma frá Lögmannafélagi Íslands

Mynd af Sindra M. Stephensen  
kemur frá honum sjálfum

Myndir á bls. 19–23 koma frá  
Haraldi Jónassyni ljósmyndara  
Morgunblaðsins

---

## Prentvinnsla

---

Litlaprent ehf.



Kynferðisbrot í  
brennidepli

128



Kynbundnar  
takmarkanir á  
þátttökurétti í íþróttum

140

4 » Frá ritstjóra  
Rökræða er samvinna

18 » Svala Ísfeld Ólafsdóttir og Snædís Ósk Sigurjónsdóttir  
„Ákærður maður vinnur ekki stærri sigur í dómsal en að vera  
sýknaður.“ Endurupptaka Guðmundar- og Geirfinnsmálsins

### Skipan dómara

32 » Arnar Þór Jónsson, Þórhildur Líndal  
Eilíf uppspretta ágreinings? Um skipun dómara á Íslandi

86 » Þórhildur Líndal  
Málstofa um skipun dómara á Lagadeginum 2018

106 » Arnar Þór Jónsson  
Við val á milli hæfra umsækjenda ræður að lokum almenn  
skynsemi. Viðtal við Björn Bjarnason og Ögmund Jónasson

118 » Dr. Davíð Þór Björgvinsson  
Um hvað snýst Landsréttarmálið?



Veðsetning  
hugverkaréttinda

176



Hver er kjarni  
markaðsmisnotkunar?

238

---

### Annað efni

**128 »** Svala Ísfeld Ólafsdóttir  
Kynferðisbrot í brennidepli

**132 »** Svala Ísfeld Ólafsdóttir  
„Er almennt ekki refsiglöð og aðhyllist ekki stranga refsipólitík“  
Viðtal við Sigríði Á. Andersen dómsmálaráðherra

**140 »** Ragnar Baldursson  
Kynbundnar takmarkanir á þátttökurétti í íþróttum

**176 »** Íris Björk Ármannsdóttir og Hafliði Kristján Lárusson  
Veðsetning hugverkaréttinda. Gildandi réttur og kröfur  
viðskiptalífsins

**238 »** Dr. Andri Fannar Bergþórsson  
Hver er kjarni markaðsmisnotkunar?

**296 »** Sindri M. Stephensen  
Hve bindandi er dómsorð við aðför?

## Frá ritstjóra

# Rökræða er samvinna

---

» **Arnar Þór Jónsson** fyrrv. dósent við lagadeild HR

---

**I** sambýli manna eru árekstrar óhjákvæmilegir. Ágreiningur í einhverri mynd hefur verið viðfangsefni allra mannlegra samfélaga að fornu og nýju. Til að forðast árekstra og útkljá ágreining hefur hvert einasta samfélag sem sögur fara af komið sér upp félagslegum reglum. Reglur eru forsenda þess að menn geti lifað friðsamlega saman. Reglurnar einar og sér eru þó til lítils gagns ef meðlimir samfélagsins telja þær ekki skuldbindandi. Án reglna eða ef of margir brjóta reglurnar leysist samfélag manna upp í óreiðu. Við slíkar aðstæður getur enginn búið til langframa. Til að forðast slíkt óbærilegt ástand þurfa hinar félagslegu reglur að vera skýrar og auðskiljanlegar. Til að auka líkur á að almenningur fylgi reglum þurfa þær jafnframt að teljast þjóna skynsamlegum tilgangi.

Eftirfarandi línur er ætlað að höfða til hyggjuvits lesenda. Þeim er ætlað að áréttu að ofangreindar staðreyndir, um viðvarandi árekstra

og ágreining, knýja alla skynsama menn til að iðka og verja vitræna rökræðu með þeim rökum að það væri heimskulegt að gera það ekki!

Með því að ekkert samfélag getur þrífist án reglna eru augljósir hagsmunir við það bundnir að send séu skýr skilaboð þess efnis að brot á reglum hafi alvarlegar afleiðingar í för með sér. Án slíkra afleiðinga og viðurlaga er viðbúið að samfélagsgerðin hrynji til grunna. Meðan menn eru sammála um að rétt sé að viðhalda reglu, fyrirsjáanleika og friði er ekki annars að vænta en að rík áhersla sé lögð á að ágreiningur sé leystur skjótt og örugglega. Í því skyni hafa menn reynt ýmsar aðferðir í aldanna rás. Kreddur, hindurvitni, bókstafstrú og ströng hugmynda- eða kenningakerfi hafa löngum verið nýtt í því skyni að hafa stjórn á „múgnum“ og þagga niður í þeim sem ekki vilja ganga í takt. Önnur aðferð, sem menn hafa beitt í því skyni að halda uppi röð og reglu, er miðstýrt ríkisvald. Í námi sínu og störfum beinist athygli lögfræðinga mjög að temprun ríkisvaldsins. Á ögurstundum í persónulegu og pólitísku lífi borgaranna þurfa þeir iðulega að reiða sig á þekkingu lögfræðinga gagnvart ægivaldi ríkisins. Minni gaumur hefur verið gefinn að þeim ógnum sem einstaklingum, fjölskyldum og samfélaginu öllu kann að stafa af múgæsingarmönnum og vandlæturum, sem gera tilkall til valda og áhrifa með því að höfða til tilfinninga fremur en rökhusunar.

Með hliðsjón af ýmsu því sem bregður fyrir í fjölmiðlaumræðu er uggvænlegt til þess að hugsa að almenningur standi berskjaldaður gagnvart atlögum lýðskrumara og múgæsingarmanna. Slíkir menn beita gamalreindum aðferðum til að afla sér fylgis, þ.e. að höfða til tilfinninga á borð við reiði og ótta fremur en að skírskota til staðreynda, rökhusunar, dómgreindar og forsjálni. Dómstólar gegna lykilhlutverki þegar greiða þarf fyrir friðsamlegri lausn deilumála. Að sama marki er stefnt með starfrækslu úrskurðarnefnda, stjórnarsýslustofnana og embætta á borð við ríkissáttasemjara. Á þeim vettvangi sem hér um ræðir gegna lögfræðingar alls staðar lykilhlutverki. Menntunar sinnar vegna bera lögfræðingar mikla ábyrgð á því að ferlið renni eftir beinum brautum í átt til úrlausnar. Svo á að heita að lögfræðingar séu sérfræðingar í því að leiða mál til lykta á grundvelli laga. Til þess beita þeir röksemdum og rökhusun. Af því leiðir að allir lögfræðingar

þekkja þann skaða sem rökvillur geta framkallað. Með sama hætti má lögfræðingum vera ljóst að rökleysa, útufrásuningur og gerviröksemdir eru ótraust vopn í rökraðum. Þegar menn grípa til slíkra vopna, sem svo hæglega geta snúist í höndum þeirra, er það til marks um rökþrot. Málflutningsmaður sem verður uppvís að svo lélegum starfsháttum er ekki starfi sínu vaxinn og hefur brugðist skyldum sínum gagnvart umbjóðendum sínum og gagnvart dómstólunum. Með því að bregðast hlutverki sínu með svo afdráttarlausum hætti hefur hann reynst ótrúr þjónn laga og réttar. Lögmaður sem farið hefur fram úr sjálfum sér í þessum efnum hefur sýnt að hann misskilur hlutverk sitt í grundvallaratriðum, því lögmaður er ekki að keppa við aðra í mælskulist. Málflutningur snýst ekki um rökbrellur, heldur um rökraðu, þar sem keppt er að því að setja fram bestu rökin. Þetta síðastnefnda er augljóst þegar haft er í huga að allt starf dómstóla og annarra úrskurðaraðila hlýtur einatt að miða að því marki að leiða fram réttar staðreyndir í því skyni að færast nær sannleikanum. Þetta viðfangsefni nær bæði til málsatvika og lagaraka. Þegar þessi grunnur hefur verið afmarkaður með málflutningi og andsvörum, spurningum og svörum, er unnt að meta gildi þeirra staðhæfinga sem settar hafa verið fram. Þegar hin gildu rök standa ein eftir skoðar dómari innbyrðis vægi þeirra og leiðir þannig fram hina sterkustu niðurstöðu sem völ er á, oftast með afleiðslu (lat. deductio). Í umhverfi, sem mótað er af slíkum starfsaðferðum, velja menn orð sín af kostgæfni, höfða til rök hugsunar fremur en tilfinninga, eru meðvitaðir um þann skaða sem óábyrg framgangur getur haft á orðspor þeirra, sýna mótherjum sínum kurteisi, gæta stillingar í málflutningi og hófsemi í orðavali, fylgja þeim leikreglum sem marka ramma utan um deilur málsaðila, eru meðvitaðir um skyldur sínar gagnvart umbjóðendum sínum og gagnvart lögunum, ræða um málefni en ekki persónur, halda tilfinningalegri fjarlægð frá ágreiningsefnum og virða endanlega niðurstöðu þegar hún liggur fyrir. Fleira mætti nefna, en þessi upptalning er þó nógu löng til að sýna mikilvægi þess að við öll, þar á meðal blaðamenn og stjórnarmálamenn, tileinkum okkur þessar reglur í lífi og starfi.

Dómstólar eiga ekki að vera eini vettvangur þjóðfélagsins þar sem lögmál rökfræði eru virt, þar sem rökfærslur þurfa að halda vatni,



þar sem rökfesta og rökvísí hafa ákvarðandi áhrif og ráða úrslitum. Eða hvað? Beitum við falsrökum í daglegum samskiptum okkar og rökræðum? Byggjum við málflutning okkar á staðreyndum eða kreddum? Á traustum rökum eða tilfinningalegri afstöðu? Höfum við framselt skynsemi okkar, dómgreind og tjáningarfrelsi í hendur annarra? Frammi fyrir sumu því sem sett er fram á vettvangi stjórn mála getur sú spurning verið áleitin hvort vert sé að taka aftur upp kennslu í rökfræði, eins og gert var á miðöldum, til að undirbúa nemendur undir frekara nám og starf. Með því móti mætti mögulega forða almenningi frá „fréttaflutningi“ sem ruglar fremur en leiðbeinir, sem formyrkvar hugann fremur en að upplýsa hann, sem framkallar dýrleg viðbrögð fremur en forsjálni. Þetta mætti í raun kalla þjóðfélagslega nauðsyn, þ.e. að þjálfá fólk í að gera greinarmun á gagnrýnni hugsun og rétttrúnaði, sannindum og lygi, staðreyndum og afbökunum, raunsæi og fagurgala, röksemdum og blekkingum. Með þessu móti kæmi samræða í stað kappræðu.

Getum við ekki öll gert betur að þessu leyti, sérstaklega í ljósi þess að tími okkar og orka eru takmarkaðar auðlindir? Væri í því tilliti ekki gott að geta forðast „ys og þys út af engu“ og geta rætt efnislega um mikilvæg mál? Væri ekki æskilegt að nálgast erfið viðfangsefni af yfirvegun fremur en að láta yfirdrifnar tilfinningar ráða för? Viljum við að ákvarðanir séu teknar í blindni eða með upplýstum hætti?

Augljóst má telja að stefnumarkandi ákvarðanir ber að taka á grundvelli skynsemi en ekki í hugsunarleysi, á upplýstum grunni en ekki í blindni. Rökræða er aðferð til að skerpa sýn á viðfangsefni með því að leggja mismunandi röksemdir á vogarskálar, bera þær saman og komast að niðurstöðu út frá því sem hægt er að staðreyna. Í þessu ljósi má sjá að rökræðan er samvinna.

Er ósanngarnt að stjórn málamenn og aðrir, sem tjá sig á opinberum vettvangi, virði þá undirstöðureglu íslensks réttar að sakaðir menn fái að njóta vafans þar til sekt er sönnuð? Vilji einstakir borgarar, þingmenn, blaðamenn eða fjölmiðlar taka sér dómsvald hlýtur a.m.k. að mega gera þá lágmarkskröfu að sá, sem sest í dómarsætið, kynni sér málið áður en dómur er felldur. Í því birtist ekki síst nauðsyn þess

að hlustað sé á varnir þess sem sökum er borinn. Ræðupúlt Alþingis er ekki dómarasæti og kastljós fjölmiðlanna ekki heldur. Það er gild ástæða fyrir því að ákærvaldið er lögum samkvæmt falið hinu opinbera en ekki almennum borgurum.

Lögfræðingar gegna þýðingarmiklu hlutverki í að minna á framangreindar staðreyndir, en fólk þarf ekki að vera löglært til þess að skilja mikilvægi þessara atriða, því einmitt þetta ræður á endanum úrslitum um hvort við teljumst búa í siðmenntuðu samfélagi eður ei. Eins og Þorgeir ljósvetningagoði benti á árið 1000 og margir hafa síðan áréttað getum við ekki haft tvenn lög í landinu. Í því samhengi sem hér um ræðir blasir við að grunnreglur þær sem gilda um dómstóla, þ. á m. um réttláta málsmeðferð, eru jafnframt skuldbindandi fyrir þá sem baða sig í kastljósi fjölmiðla. Annað hvort höldum við uppi réttarríki eða verðum gerræði að bráð. Sérhver borgari ber víðtæka ábyrgð í þessu tilliti. Með hverju ógætilegu orði er vegið að þessum undirstöðum reglu og friðar. Um þetta gilda sömu lögmál og gilt hafa um aldir: Enginn getur réttlætt sjálfan sig; dramb er falli næst; sá sem með sverði vegur, mun með sverði veginn verða; sá sem neitar að hlustar á sjónarmið annarra getur sjálfur ekki vænst áheyrnar.

Frammi fyrir sleggjudómum og rökbrellum, sem ætlað er að blekkja og afvegaleiða, verða fylgismenn rökhugsunar að halda augum og eyrum og síðast en ekki síst huga sínum opnum. Fremur en að ræða um persónur má ræða um málefni og hugmyndir. Í stað hroka og sjálfsréttlætningar ber að iðka auðmýkt. Sé þetta ekki gert og æsingamönnum gefinn laus taumur er grafið undan allri samfélagsgerðinni. Þetta er það sem er verst við „framlag“ óbeislaðra manna í athugasemdakerfum vefmiðla. Þetta er það sem er ógeðfelledast við órökstuddar ásakanir og dylgjur úr ræðupúlti Alþingis og í ljósvakamiðlum.

Brot gegn einum í þessu samhengi er brot gegn öllum. Um leið er það brot gegn okkur sjálfum því sagan sýnir að enginn er betur settur á tímum óaldar og lögleysu.

Arnar Þór Jónsson

The image shows the exterior of a modern, white building with large glass windows. The word "LANDSRÉTTUR" is prominently displayed in large, dark red, serif capital letters on the white facade. In the foreground, a large, dense evergreen tree with green needles and reddish-brown cones partially obscures the lower part of the building. The sky is overcast and grey.

LANDSRÉTTUR

# Efni blaðsins

Þetta hefti Tímarits Lögréttu geymir fjölbreytt og áhugavert efni. Þema blaðsins er skipun dómara, en umræða um fyrirkomulag, verklag og ábyrgð við *skipun dómara* í nýstofnaðan Landsrétt hefur verið fyrirferðarmikil í íslensku samfélagi. Alls fjórar greinar fjalla um það efni.

Arnar Þór Jónsson, dómari við Héraðsdóm Reykjavíkur og Þórhildur Líndal, aðstoðarmaður dómara við sama dómstól, ríða á vaðið með grein sem þau nefna *Eilíf uppspretta ágreinings?* Þá er finna viðtal sem Arnar Þór tók við tvo fyrrverandi dómsmálaráðherra, þá Björn Bjarnason og Ögmundur Jónasson, þar sem þeir velta fyrir sér hvaða aðferð sé heillavænlegust þegar skipa þarf dómara og til hvaða atriða eigi að líta. Þórhildur Líndal, sem sat sérstaka málstofu um skipun dómara á Lagadeginum 2018, skrifar um það sem þar kom fram og gerir ítarlega grein fyrir framsöguerindum og umræðum í kjölfarið. Loks er að finna umfjöllun dr. Davíðs Þórs Björgvinssonar um svonefnt „Landsréttarmál“, sem nú liggur fyrir Mannréttindadómstólnum og skýrir fyrir lesendum um hvað það snýst. Davíð Þór var sjálfur dómari við Mannréttindadómstól Evrópu frá 2004 til 2013 og hefur þar af leiðandi góðar forsendur til að útskýra feril málsins innan dómstólsins og hvaða þýðingu kæran hefur.

Guðmundar- og Geirfinnsmálið svonefnda, sem fylgt hefur íslensku þjóðinni í rúm 44 ár, var endurupptekið í Hæstarétti 13. og 14. september síðastliðinn. Í grein eftir Svölu Ísfeld Ólafsdóttur og Snædís Ósk Sigurjónsdóttur er gerð grein fyrir ferli málsins, allt frá



*Ritstjóri á spjalli við útgáfunefnd Tímarits Lögréttu í Grasagarðinum.*

Því að ákæður voru gefnar út í desember 1976 og mars 1977 og þar til dómur féll í endurupptökumálinu í Hæstarétti 27. september 2018.

Kynferðisbrot eru áfram í brennidepli og hefur kastljósið beinst að þolendum brotanna að undanfögnu. Til að ræða það tók Svala Ísfeld Ólafsdóttir viðtal við Sigríði Á. Andersen dómismálaráðherra, en Sigríður hefur lagt fram sérstaka aðgerðaáætlun um meðferð kynferðisbrota í réttarvörslukerfinu og stóð fyrir ráðstefnu, í samstarfi við Háskólann í Reykjavík og Háskólann á Akureyri, í maílok 2018 þar sem áhersla var ekki síst lögð á þarfir þolenda og hvernig kerfið geti mætt þeim.

Dá eru fjórar ritrýndar fræðigreinar í blaðinu. Ragnar Baldursson lögmaður, sem nýlega útskrifaðist með LL.M gráðu í alþjóðlegum íþróttarétti frá De Montfort University (DMU) í Leicester í Bretlandi, skrifar áhugaverða grein um takmarkanir á rétti til þátttöku í íþróttum er byggja á kyni íþróttamanna.

Dr. Andri Fannar Bergþórsson skrifar um markaðsmisnotkun í grein sinni *Hver er kjarni markaðsmisnotkunar?* Andri greinir og rökstyður hvaða skilyrði þurfa að vera fyrir hendi til að háttsemi falli undir markaðsmisnotkun, eins og það er skilgreint í gildandi löggjöf um verðbréfavíðskipti og hvernig það verður skilgreint þegar nýtt evrópuregluverk hefur verið innleitt hér á landi.

Haflíði Kristján Lárusson lögmaður og Íris Björk Ármannsdóttir lögfræðingur skrifa grein á sviði hugverkaréttar, nánar tiltekið um veðsetningu hugverkaréttinda. Þau leitast við að svara hvort þörf sé á réttarbótum vegna veðsetningar hugverkaréttinda hér á landi og hverjar kröfur viðskiptalífsins séu í því sambandi.

Sindri M. Stephensen, aðstoðarmaður dómara við EFTA dómstólinn, skrifar grein á sviði fullnusturéttarfars. Þar reifar hann dóm Hæstaréttar frá 31. ágúst 2016 í máli nr. 450/2016 er laut m.a. að skýringu á dómsorði við fjárnám. Settar eru fram hugleiðingar um það hvort forsendur dómsins samrýmist þeim greinarmun sem lög gera á launakröfum annars vegar og skattkröfum hins vegar.

Myndirnar sem prýða blaðið eru teknar af ljósmyndara tímaritsins Hjalta Þór Davíðssyni. Þær eru allar teknar í Grasagarðinum í Laugardal þar sem sumarið hefur vakið gróðurinn til lífsins.

Svala Ísfeld Ólafsdóttir og Arnar Þór Jónsson

# Tímamót

Snemma árs 2014 buðum við fram krafta okkar til að lyfta ásjúnd Tímarits Lögréttu og efla útgáfu þess. Tíu ára afmæli tímaritsins stóð fyrir dyrum og tímabært að endurskoða útgáfu blaðsins. Með samþykki deildarfundar lagadeildar HR tókst samstarf milli okkar og Lögréttu, félags laganema við HR, sem leiddi til gagnberra breytinga á reglum um útgáfu blaðsins. Síðan þá hefur tímaritið orðið eftirsóttur vettvangur til birtingar á fræðigreinum.

Fyrir utan að breyta broti, útliti og framsetningu tímaritsins tók ritstjórn upp þá nýbreytni að hafa sérstakt þema í hverju blaði. Fyrsta tölublaðið, sem kom út eftir þessar umfangsmiklu breytingar, var 10 ára afmælishefti blaðsins. Til að gera það sem veglegast var ákveðið að helga það íslenskum dómurum sem hafa starfað við alþjóðlega dómstóla. Útkoman varð rúmlega tvö hundruð blaðsíðna umfjöllun um alþjóðlega dómstóla sem Ísland er aðili að og þá dómara sem við þá hafa starfað í gegnum tíðina. Þetta er mikilvæg samantekt og heimild um þennan hóp dómara og á sinn hátt framlag til varðveislu sögunnar.

Annað framlag til réttarsögunnar er að finna í tölublaði frá 2015, en sú útgáfa var helguð konum við Hæstarétt Íslands. Einungis fjórar konur hafa verið skipaðar dómara við æðsta dómstól þjóðarinnar frá stofnun hans 1920. Tekið var viðtal við þær hverja og eina auk þess sem teknar voru af þeim ljósmyndir inni í aðaldómsal Hæstaréttar. Vitum við ekki til þess að slík mynd hafi áður verið tekin. Fróðlegt var að taka viðtal við þær allar á sama tíma, fá þær til að líta yfir farinn veg og segja frá lífi sínu og starfi.

Auk þessara tveggja umfjöllunarefna sem nefnd eru hér að framan hafa tölublöð tímaritsins frá 2014 verið helguð tjáningarfrelsi og hatursorðræðu (1. hefti 11. árg. 2015), endurskoðun stjórnarskrárinnar (2. hefti 12. árg. 2016), hinu nýja millidómstigi Landsrétti sem tók til starfa í ársbyrjun 2018 (1.-2. hefti 13. árg. 2017) og íslenskum bótarétti (1. hefti 14. árg. 2018). Þetta hefti er tileinkað skipun dómara, en skipan dómara við Landsrétt hefur haft eftirmál sem enn sér ekki fyrir endann á. Þá er gaman að nefna að í einu tölublaðanna er að finna umfjöllun um list í dómsal II í Hæstarétti með tilheyrandi viðtölum við arkitekta hússins og högglistamanninn Svövu Bjarnadóttur ásamt fallegum ljósmyndum (1.-2. hefti 13. árg. 2017).

Á kveðjustund langar okkur til að þakka öllum þeim sem lagt hafa sitt af mörkum til að efla Tímarit Lögréttu og styrkja það í sessi. Við færum Eiríki Elís Þorlákssyni, dósent við lagadeild HR, Stefáni Eiríkssyni, stundakennara við lagadeild HR, fyrrverandi lögreglustjóra á höfuðborgarsvæðinu og nú borgarritara, og Sigríði Árnadóttur, aðstoðarsaksóknara við embætti Héraðssaksóknara, sem setið hafa í ritnefnd með okkur, bestu þakkir fyrir samstarfið. Einnig ber að þakka öllum laganemum sem setið hafa í útgáfunefnd tímaritsins á þessu tímabili. Þeir eru allmargir þar sem hver útgáfunefnd starfar aðeins ár í senn. Úr þessum hópi má þó sérstaklega nefna Sólveigu Erlu Oddsdóttur, sem útskrifaðist með BA gráðu frá lagadeild HR 2015. Hún var útgáfustjóri á þeim tíma sem tímaritið gekk í gegnum útlits- og efnisbreytingarnar og sýndi einstakan áhuga, eljusemi og ósérhlífni við að efla tímaritið og tryggja að breytingarnar tækjust vel.

Þór Jónssyni, framkvæmdastjóra ritsins á þessu tímabili, þökkum við ánægjulegt og gefandi samstarf. Það voru forrættindi að hafa laganema, sem jafnframt var reyndur fjölmiðlamaður, um borð. Þór, sem hefur starfað við íslenska fjölmiðla um áratugaskeið, lagði m.a. til fjölda viðtala og gaf ómælt af tíma sínum og vinnu.

Til viðbótar fær Dóróthea Svavarsdóttir, grafískur hönnuður, sem hannaði nýtt útlit blaðsins, sérstakar þakkir. Hún sinni því af alúð og áhuga í frítíma sínum. Ekki viljum við gleyma ljósmyndara tímaritsins, Hjalta Þór Davíðssyni, nema við Listaháskóla Íslands. Hjalti hefur verið





*Tímarit Lögréttu fyrir og eftir útlitsbreytingu í tilefni af 10 ára afmæli blaðsins.*

einstaklega liðlegur að mæta hvert sem er – hvenær sem er – eftir þörfum ritstjóra og höfundu efnis til að taka myndir. Án hans hefði tímaritið aldrei orðið jafn glæsilegt og aðlaðandi og raun ber vitni.

Höfundum eru færðar sérstakar þakkir fyrir þeirra framlag. Án þeirra væri Tímarit Lögréttu ekki fag tímarit. Loks viljum við nefna gott samstarf við Litlaprent ehf. og í því sambandi taka fram hve greiðan aðgang við höfðum ávallt að Sigrúnu Sæmundsdóttur prentsmiði, sem allt vildi fyrir okkur gera.

Eftir að hafa lagt tímaritinu lið í tæp fimm ár þökkum við fyrir okkur og óskum Tímariti Lögréttu langlífis, en framtíð þess er væntanlega ekki síst háð því að það færist að öllu leyti yfir í rafrænt birtingarform og að vel takist til við þá yfirfærslu.

**Svala Ísfeld Ólafsdóttir og Arnar Þór Jónsson**



Útgáfustjórn Tímarits Lögréttu.  
F.v.: Björn Róbert Sigurðarson, Esther Ýr Óskarsdóttir  
og Brynjar Freyr Garðarsson. Óttar Ásbjörnsson vantar á myndina.



# „Ákærður maður vinnur ekki stærri sigur í dómsal en að vera sýknaður“

## Endurupptaka Guðmundar- og Geirfinnsmálsins

### I.

Guðmundar- og Geirfinnsmálið, sem fylgt hefur íslensku þjóðinni í rúm 44 ár, er án efa eitt þekktasta sakamál Íslandssögunnar. Upphaf þess má rekja til laugardagsins 26. janúar 1974. Það kvöld fór Guðmundur Einarsson, sem þá var 18 ára gamall og bjó í foreldrahúsum í Blesugróf í Reykjavík, á dansleik í Alþýðuhúsinu í Hafnarfirði. Til hans hefur ekkert spurst síðan þá.

Nokkrum mánuðum síðar, nánar tiltekið þriðjudagskvöldið 19. nóvember sama ár, hvarf annar maður, Geirfinnur Einarsson, sem þá var 32 ára gamall fjölskyldumaður, í Keflavík. Hann fór frá heimili sínu um eða eftir kl. 22 þetta kvöld. Til hans hefur heldur ekkert spurst nú tæpum 44 árum síðar.

### II.

Undir lok árs 1975 og snemma árs 1976 tóku böndin að berast að nokkrum ungmennum og grunur vaknaði um að þau kynnu



*Greinarhöfundar hlýða á málflutning fyrir Hæstarétti.*

að vera viðriðin hvarf þessara manna, annars eða beggja eða eftir atvikum búa yfir vitneskju þar um. Þau voru Erla Bolladóttir, Sævar Marínó Ciesielski, Kristján Viðar Viðarsson, nú Júlíusson, Albert Klahn Skaftason, sem öll voru tvítug að aldri og Tryggvi Rúnar Leifsson sem þá var 24 ára. Síðar var Guðjón Skarphéðinsson bendlaður við hvarf Geirfinns, en hann var þá 32 ára gamall.

Ákæru voru gefnar út á hendur þeim í desember 1976 og í mars 1977. Svo fór að með dómi Sakadóms Reykjavíkur frá 19. desember 1977 og dómi Hæstaréttar frá 22. febrúar 1980 í máli nr. 214/1978 voru Kristján Viðar, Sævar Marínó og Tryggvi Rúnar sakfelldir fyrir að hafa orðið Guðmundi Einarssyni að bana og Albert Klahn sakfelldur fyrir að tálma rannsókn á broti hinna. Kristján Viðar, Sævar Marínó og Guðjón voru sakfelldir fyrir að hafa orðið Geirfinni Einarssyni að bana og þá voru Kristján Viðar, Sævar Marínó og Erla sakfelld fyrir rangar sakargiftir.

### III.

Sævar Marinó lést 12. júlí 2011, en áður hafði hann í tvígang farið fram á endurupptöku málsins. Hæstiréttur hafnaði beiðnum hans með ákvörðunum frá 1997 og 1999. Í seinni beiðninni hafði Sævar Marinó m.a. stutt endurupptöku máls síns með því að leggja fram niðurstöður almennra rannsókna á fólkskum eða óáreiðanlegum framburðum. Í ákvörðun Hæstaréttar var m.a. á það bent að slíkar almennar rannsóknir gætu ekki einar og sér orðið grundvöllur endurupptöku og tekið fram að Sævar Marinó hefði ekki óskað eftir að sérstök rannsókn yrði gerð á áreiðanleika skýrslna sem hann hafi gefið fyrir lögreglu og dómi við rannsókn og meðferð málsins.

Segja má að þessi ummæli Hæstaréttar séu í vissum skilningi upphafið á þeirri atburðarás sem lauk með nýjum dómi Hæstaréttar 27. september 2018, þar sem Kristján Viðar, Sævar Marinó, Tryggvi Rúnar og Guðjón voru sýknaðir af manndrápsákærunum og Albert Klahn sýknaður af því að tálma rannsókn.

Erla Bolladóttir hafði einnig óskaði eftir endurupptöku málsins í maí 2000, að því er varðaði sakfellingu hennar fyrir rangar sakargiftir. Þeirri beiðni hafnaði Hæstiréttur með ákvörðun í júní 2000.

### IV.

Í október 2011 tilkynnti þáverandi innanríkisráðherra, Ögmundur Jónasson, um skipun starfshóps til að „fara yfir“ Guðmundar- og Geirfinnsmálið. Hópnum var falið að fara yfir málið í heild sinni en sérstaklega þá þætti sem lytu að rannsókninni og framkvæmd hennar á sínum tíma. Auk þess var hópnum falið að taka til athugunar þau gögn sem komið höfðu fram á síðustu árum.

Starfshópurinn skipuðu þau Arndís Soffía Sigurðardóttir lögfræðingur, formaður, Haraldur Steinþórsson lögfræðingur og Jón Friðrik Sigurðsson prófessor í sálfræði. Þá störfuðu með hópnum þau Gísli H. Guðjónsson prófessor í réttarsálfræði og Valgerður María Sigurðardóttir lögfræðingur.



*Verjendur hinna ákærðu. Fremri röð f.v.: Oddgeir Einarsson hrl., Jón Steinar Gunnlaugsson hrl. og Jón Magnússon hrl. Aftari röð f.v.: Guðjón Ólafur Jónsson hrl. og Ragnar Aðalsteinnsson hrl.*

Starfshópurinn skilaði skýrslu til innanríkisráðherra í mars 2013. Í 19. kafla hennar var að finna niðurstöður sálfræðilegs mats á áreiðanleika framburðar dómfelltra og annarra sakborninga í málinu. Sálfræðingarnir Gísli H. Guðjónsson og Jón Friðrik Sigurðsson komust að þeirri niðurstöðu að það væri hafið yfir allan skynsamlegan vafa að framburðir Kristjáns Viðars, Sævars Marinós, Tryggva Rúnars, Alberts Klahn og Erlu, bæði hjá lögreglu og fyrir dómi, hafi verið óáreiðanlegir. Þá væri hafið yfir skynsamlegan vafa að framburðir Guðjóns, bæði hjá lögreglu og fyrir dómi, væru falskir.

## V.

Rúmu ári síðar eða þann 26. júní 2014 fóru Guðjón og Erla fram á endurupptöku málsins hjá endurupptökunefnd. Erfingjar Sævars Marinós annars vegar og Tryggva Rúnars hins vegar fóru fram á endurupptöku málsins 12. mars 2015 og Albert Klahn 31. mars 2015. Innanríkisráðherra setti Davíð Þór Björgvinsson, prófessor og fyrrverandi dómara við Mannréttindadómstól Evrópu, sem sérstakan ríkissaksóknara til þess að fara með framangreind mál og veita endurupptökunefnd umsögn um viðhorf embættis ríkissaksóknara til endurupptökubeiðnanna.



*Frá vinstri: Davíð Þór Björgvinsson, Viðar Már Matthíasson, Helgi Jónsson, Þorgeir Örlygsson, Ólafur Þörkur Þorvaldsson, Greta Baldursdóttir og María Káradóttir, aðstoðarmaður dómara.*

Settur ríkissaksóknari skilaði umsögnum sínum í júní og júlí 2015. Var það niðurstaða hans að rök stæðu til að málið yrði endurupptekið og á það lagður nýr dómur, þar sem m.a. yrði tekin afstaða til þess hvaða gildi nýtt sálfræðimat hefði við mat á áreiðanleika játninga dómfelldu og framburða annarra sakborninga.

## VI.

Við meðferð á beiðni um endurupptöku getur endurupptökunefnd, samkvæmt 3. mgr. 230. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála, beint því til ríkissaksóknara að hann hlutist til um rannsókn á nánar tilgreindum atriðum eða að aflað verði sönnunargagna fyrir héraðsdómi. Á meðan fyrrnefndar endurupptökubeiðnir voru til meðferðar hjá endurupptökunefnd nýtti nefndin þessa heimild nokkrum sinnum.





Þannig hlutaðist settur ríkissaksóknari til um öflun gagna frá Þjóð-skjalasafni Íslands, Hæstarétti Íslands og innanríkisráðuneytinu. Þá hafði hann samband við rannsóknarstofu þýsku ríkislögreglunnar til þess að kanna hvort hún hefði sönnunargögn í Guðmundar- og Geirfinnsmáli enn í vörslu sinni, en svo reyndist ekki vera.

Endurupptökunefnd beindi því jafnframt til setts ríkissaksóknara að afla sönnunargagna fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur með skýrslutökum af fyrrnefndum meðlimum starfshóps um Guðmundar- og Geirfinnsmál, ráðgjafa hópsins og starfsmanni. Ragnar Aðalsteinsson, talsmaður Guðjóns og Erlu, óskaði eftir því að jafnframt yrðu teknar skýrslur af Erni Höskuldssyni, Sigurbirni Víði Eggertssyni og Eggerti N. Bjarnasyni fyrir dómi, en þeir unnu allir að rannsókn málsins á sínum tíma. Skýrslutökurnar fóru fram í Héraðsdómi Reykjavíkur í janúar 2016.



### *Ágrip málsins.*

Þá beindi endurupptökunefnd því til setts ríkissaksóknara að taka til skoðunar hvort ástæða væri til þess að hefja rannsókn á tiltekinni ábendingu sem varðaði Guðmundarmálið. Settur ríkissaksóknari fól lögreglunni á höfuðborgarsvæðinu að rannsaka ábendinguna. Við rannsókn málsins voru m.a. teknar skýrslur af vitnum og tveir menn yfirheyrðir um mögulega vitneskju þeirra um afdrif Guðmundar Einarssonar. Rannsókn lögreglu lauk í ágúst 2016 og þótti ekki ástæða til þess að rannsaka ábendinguna frekar í tengslum við endurupptökumálin. Fleiri ábendingar voru rannsakaðar sem ekki er ástæða til að rekja hér.

### **VII.**

Endurupptökunefnd kvað upp úrskurði sína 24. febrúar 2017, þar sem hún féllst á beiðnir Kristjáns Viðars, Sævars Marinós, Tryggva Rúnars, Alberts Klahn og Guðjóns um endurupptöku hæstaréttarmálsins nr. 214/1978 hvað varðar sakfellingar þeirra fyrir aðkomu þeirra að hvarfi Guðmundar Einarssonar og Geirfinns Einarssonar. Nefndin féllst aftur á móti ekki á beiðnir Kristjáns Viðars, Sævars Marinós og Erlu um endurupptöku málsins hvað varðar sakfellingar þeirra fyrir rangar sakargiftir.

## Ferill Guðmundar- og Geirfinnsmálsins í tímaröð

26. jan. 1974	Guðmundur Einarsson hverfur.
19. nóv. 1974	Geirfinnur Einarsson hverfur.
12. des. 1975	Sævar Marinó og Erla eru handtekin og úrskurðuð í gæsluvarðhald í tengslum við póstsvikamálið.
20. des. 1975	Erla er fyrst yfirheyrd í tengslum við hvarf Guðmundar Einarssonar.
21. des. 1975	Sævar Marinó er fyrst yfirheyrdur í tengslum við hvarf Guðmundar Einarssonar.
23. des. 1975	Kristján Viðar, Tryggvi Rúnar og Albert Klahn eru úrskurðaðir í gæsluvarðhald í tengslum við rannsókn á hvarfi Guðmundar Einarssonar.
21. jan. 1976	Sævar Marinó er fyrst yfirheyrdur í tengslum við hvarf Geirfinns Einarssonar.
12. nóv. 1976	Guðjón er úrskurðaður í gæsluvarðhald vegna Geirfinnsmálsins.
8. des. 1976 og 16. mars 1977	Ákæru gefnar út.
19. des. 1977	Dómur Sakadóms Reykjavíkur.
22. feb. 1980	Dómur Hæstaréttar í máli nr. 214/1978.
15. júlí 1997	Hæstiréttur hafnar beiðni Sævars Marinós um endurupptöku.
18. mars 1999	Hæstiréttur hafnar beiðni Sævars Marinós um endurupptöku.
22. júní 2000	Hæstiréttur hafnar beiðni Erlu um endurupptöku.
1. maí 2009	Tryggvi Rúnar deyr.
12. júlí 2011	Sævar Marinó deyr.
7. okt. 2011	Innanríkisráðherra skipar starfshóp til að fara yfir Guðmundar- og Geirfinnsmálið.

21. mars 2013	Starfshópurinn skilar ráðherra skýrslu sinni.
26. júní 2014	Guðjón og Erla fara fram á endurupptöku.
12. mars 2015	Erfingjar Tryggva Rúnars og Sævars Marinós fara fram á endurupptöku.
31. mars 2015	Albert Klahn fer fram á endurupptöku.
3. okt. 2014, 15. apríl og 6. maí 2015	Davíð Þór Björgvinsson er settur ríkissaksóknari til þess að fara með framangreind mál og veita endurupptökunefnd umsögn um viðhorf embættis ríkissaksóknara til endurupptökubeiðnanna.
1. júní og 2. júlí 2015	Settur ríkissaksóknari skilar endurupptökunefnd umsögnum sínum.
17. des 2015	Settur ríkissaksóknari fer fram á endurupptöku málsins til hagsbóta fyrir Kristján Viðar.
24. feb. 2017	Endurupptökunefnd fellst á beiðni Kristjáns Viðars, Sævars Marinós, Tryggva Rúnars, Alberts Klahn og Guðjóns um endurupptöku hvað varðar sakfellingar þeirra fyrir aðkomu þeirra að hvarfi Guðmundar Einarssonar og Geirfinns Einarssonar. Ekki fallist á beiðni Kristjáns Viðars, Sævars Marinós og Erlu um endurupptöku hvað varðar sakfellingar þeirra fyrir rangar sakargiftir.
22. des. 2017	Ágrip málsins afhent Hæstarétti.
21. feb. 2018	Settur ríkissaksóknari skilar greinargerð til Hæstaréttar.
Maí–júní 2018	Verjendur skila greinargerðum.
13.–14. sept. 2018	Málflutningur í Hæstarétti.
27. sept. 2018	Dómur Hæstaréttar í endurupptökumáli nr. 521/2017.

## VIII.

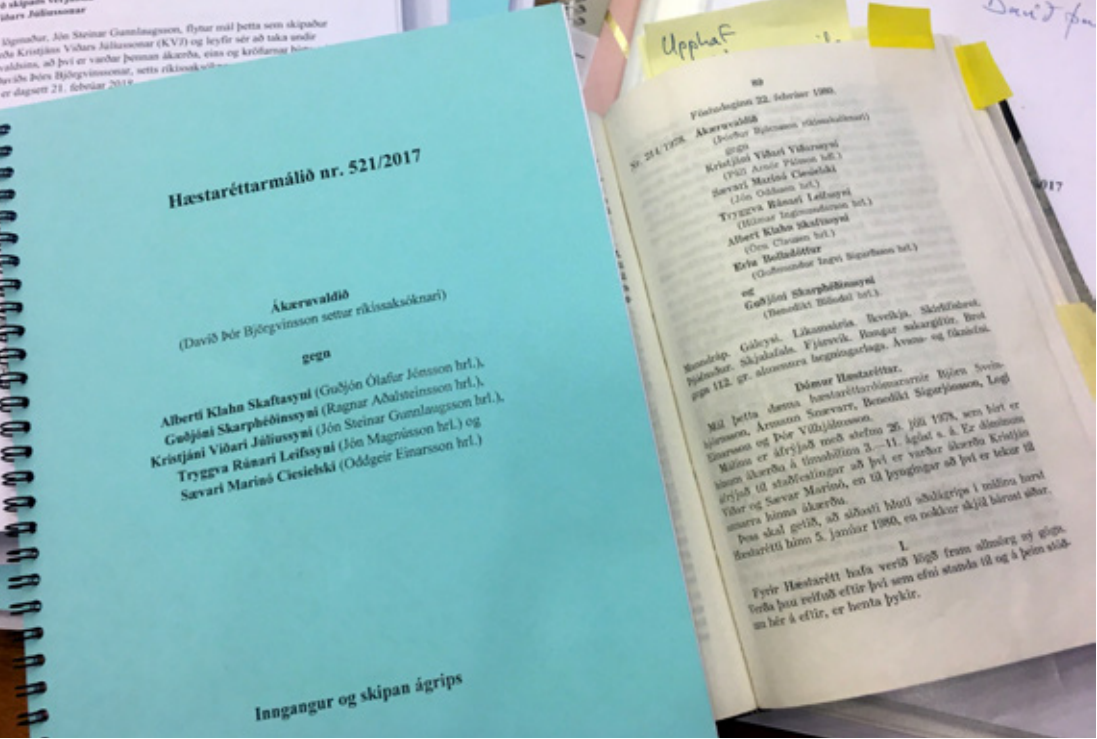
Í samræmi við 4. mgr. 232. gr. laga um meðferð sakamála var farið með málið eins og áfrýjunarstefna hefði verið gefin út á þeim tíma þegar endurupptaka var ráðin. Settur ríkissaksóknari gaf út fyrirköll, sem voru birt lögmonnum Kristjáns Viðars, Sævars Marinós, Tryggva Rúnars, Alberts Klahn og Guðjóns og send Hæstarétti í ágúst 2017. Í desember sama ár afhenti settur ríkissaksóknari Hæstarétti ágrip málsins sem taldi um 20.000 blaðsíður og skilaði síðan greinargerð sinni til Hæstaréttar í febrúar 2018. Skipaðir verjendur dómfelldu skiluðu greinargerðum sínum í maí og júní sama ár.

## IX.

Málflutningur fór fram í Hæstarétti 13. og 14. september 2018. Hann var óvenjulegur fyrir þær sakir að bæði ákærvaldið og verjendur gerðu sömu kröfur: Að dómfelldu yrðu sýknaðir af ákærum um manndráp. Líklega er það einsdæmi að ákærvaldið fari fram á að látnir menn verði sýknaðir en Tryggvi Rúnar lést 1. maí 2009 og Sævar Marinó 12. júlí 2011, eins og áður kom fram.

Settur ríkissaksóknari byggði sýknukröfu sína aðallega á því að ítarleg greining málsins í úrskurðum endurupptökunefndar hafi gefið á sannfærandi hátt til kynna að ýmsar þær forsendur sem Hæstiréttur hafði gefið sér þegar dómur var kveðinn upp á sínum tíma hafi verið veikar. Til að mynda hafi forsendur Hæstaréttar um áreiðanleika játninga dómfelldu verið veikar, svo sem um það hvenær játningar komu fram, hversu langt þær gengu á hverjum tímamarki og hvenær þær voru fyrst dregnar til baka. Þá hafi verið ljóst að í dómi Hæstaréttar hafi við mat á gildi játninga ekki verið tekið tillit til þess að allir dómfelldu, nema Albert Klahn, sættu gríðarlega löngu gæsluvarðhaldi í einangrun eða allt að ríflega tveimur árum. Játningar í Geirfinnsmálinu hafi þannig ekki legið fyrir fyrir en Sævar Marinó og Kristján Viðar höfðu verið tæpt ár í einangrun.

Úrskurðir endurupptökunefndar hafi jafnframt leitt í ljós að harðræðið, sem dómfelldu máttu sæta, hafi verið meira og tíðara en forsendur Hæstaréttar gerðu ráð fyrir. Einangrun og meðferð þeirra



í gæsluvarðhaldi hafi ekki fengið það vægi við mat á gildi játinga og framburða sem sönnunargagna sem rétt hefði verið.

Þá hafi úrskurðirnir leitt í ljós, einkum með skoðun á fangelsisdagbókum, að fjöldi yfirheyrslna, viðtala og samprófana hafi verið verulega umfram það sem áður hafi verið vitað og brot á reglum um meðferð opinberra mála mun algengari og víðtækari en Hæstiréttur hafði vitneskju um.

Einnig hafi gríðarlegur fjöldi yfirheyrslna og margar samprófanir, sem voru með öllu óskráðar, gert að verkum að örðugt hafi verið að greina hvað í framburði dómfelldu var frá þeim sjálfum komið og hvað hafi verið borið á milli þeirra af rannsóknarmönnum, en endurupptökunefnd taldi sig hafa margar vísbendingar um slík vinnubrögð. Ennfremur var aðgengi sakborninga að réttargæslumönnum og verjendum takmarkað og á köflum verulegar skordur settar við því.

Ákærvaldið taldi því eðlilegt að skilja niðurstöðu endurupptökunefndar þannig, að nefndin liti svo á að verulegar líkur hafi verið leiddar að því að sönnunarmat í málinu hafi ekki verið í samræmi

við þá meginreglu sakamálaréttarfars, sem fram kom í þágildandi 108. gr. laga nr. 74/1974, um meðferð opinberra mála, að fram hafi verið komin sönnun um sekt dómfelldu sem ekki yrði véfengd með skynsamlegum rökum. Ákærvaldið var sammála þessari niðurstöðu og voru sýknukröfurnar í málinu á því reistar.

## X.

Hæstiréttur kvað upp nýjan dóm í Guðmundar- og Geirfinnsmálinu fimmtudaginn 27. september 2018 með dómi í máli nr. 521/2017. Voru dómfelldu sýknaðir af ákæru um aðild að hvarfi bæði Guðmundar Einarssonar og Geirfinns Einarssonar. Í forsendum dómsins segir:

Af hálfu ákærvaldsins er þess krafist að dómfelldu verði sýknaðir af þeim sakargiftum, sem þeir voru sakfelldir fyrir í áður nefndu hæstaréttarmáli og endurupptaka málsins tekur til. Leiðir af lögum að dómfelldu verða þegar á grundvelli kröfugerðar ákærvaldsins sýknaðir af þessum sakargiftum eins og nánar greinir í dómsorði.

Ekki voru allir sáttir við þessar forsendur Hæstaréttar fyrir sýknunni og hefðu viljað sjá ítarlegri rökstuðning. Þó er bent á að í greinargerð setts ríkissaksóknara fyrir Hæstarétti og í málflutningi var lýst forsendum ákærvaldsins fyrir sýknukröfunum. Eru þessar forsendur í þeim skilningi hin efnislegu rök fyrir þeirri niðurstöðu sem fékkst með dómi Hæstaréttar.

Við hæfi er að enda þessa samantekt á lokaorðum setts ríkissaksóknara í síðari ræðu hans við aðalmeðferð málsins í Hæstarétti: „Ákærður maður vinnur ekki stærri sigur í dómsal en að vera sýknaður.“

Svala Ísfeld Ólafsdóttir dósent við lagadeild HR og sérfræðingur í dómismálaráðuneytinu  
Snædís Ósk Sigurjónsdóttir aðstoðarmaður setts ríkissaksóknara í Guðmundar- og Geirfinnsmálinu

# Skipan dómara





SRÉTTUR

# Eilíf uppspretta ágreinings?

## Um skipun dómara á Íslandi

---

- » **Arnar Þór Jónsson** héraðsdómari
  - » **Þórhildur Líndal** aðstoðarmaður dómara við Héraðsdóm Reykjavíkur
- 

**Útdráttur**  
Í greininni er sjónum beint að forsögu, þróun og framkvæmd réttarreglna um skipun dómara í ljósi þeirra deilna sem staðið hafa um málið hér á landi undanfarin ár. Fjallað er um þær breytingar sem gerðar voru á þágildandi dómstólalögum nr. 15/1998 með lögum nr. 45/2010 og hvort telja megi að þær hafi verið til bóta. Í opinberri umræðu um skipun dómara hér á landi er iðulega bent á að ekki ríki deilur um málið í nágrenni löndum okkar og einkum bent á Danmörku til samanburðar. Af því tilefni er fjallað nokkuð um danskar réttarreglur um þetta efni. Leitað verður svara við því og settar fram hugleiðingar um hvort rétt sé að öllu leyti að bera Ísland saman við Danmörku í þessu samhengi og hvort samanburður við önnur ríki kunni að vera nærtækari, sérstaklega varðandi hvernig endurskoðunarvaldi dómstóla gagnvart löggjafanum er beitt.



- 1 Inngangur
- 2 Opinber umræða um skipun dómara
- 3 Traust á íslenskum dómstólum
- 4 Um framkvæmd við skipun dómara á Íslandi og aðdragandann að setningu laga nr. 45/2010
- 5 Framkvæmdin fyrir gildistöku laga nr. 45/2010
- 6 Um framkvæmd á Íslandi og í öðrum norrænum ríkjum
  - 6.1 Inngangur
  - 6.2 Núverandi framkvæmd í Danmörku með hliðsjón af framkvæmd í Noregi
  - 6.3 Breytingar á framkvæmdinni í Danmörku árið 1999 og framkvæmd fyrir þann tíma
  - 6.4 Samanburður á þeim breytingum sem lög nr. 402/1998 og lög nr. 45/2010 höfðu í för með sér
- 7 Er rétt að leggja Ísland og Danmörku að jöfnu þegar kemur að skipun dómara?
- 8 Ályktanir

## 1 Inngangur

Umræða um skipun dómara hefur verið áberandi í þjóðfélaginu undanfarin misseri í kjölfar skipunar dómara í Landsrétt sumarið 2017 sem var um margt einstök, enda engin fordæmi fyrir því að viðlíka fjöldi dómara hafi áður verið skipaður í einu lagi hér á landi. Eins og þekkt er vék dómsmálaráðherra frá mati dómnefndar um hæfni fjögurra umsækjenda í Landsrétt og reyndi þannig á atbeina Alþingis að því skipunarferli er gildir um dómara þegar svo háttar til í fyrsta sinn síðan lög nr. 45/2010 voru sett. Sitt sýndist hverjum um ágæti þess að ráðherra skyldi víkja frá tillögum nefndarinnar og var opinber umræða um málið iðulega hvöss og óvægin í garð þeirra er hlut áttu að máli og síst til þess fallin að skapa traust á dómskerfinu. Bæði var deilt um málið í söllum Alþingis, í fjölmiðlum og fyrir dómstólum en tveir umsækjendur um embætti landsréttardómara, sem dómnefnd hafði metið hæfasta til að gegna þar embætti, höfðuðu mál gegn ríkinu til greiðslu skaða- og miskabóta, þar sem þeir voru ekki á lista ráðherra yfir þá sem hann lagði til að skipaðir yrðu í réttinn. Með dómum Hæstaréttar í málum réttarins nr. 591/2017 og 592/2017 var fallist á greiðslu miskabóta þeim til handa sökum þess að málsmeðferð ráðherra var talin hafa brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 og lauk þar með einum þætti þessa máls.<sup>1</sup>

Í grein þessari er ætlunin að gera grein fyrir þeim réttarreglum sem gilda hér á landi um skipun dómara, forsögu þeirra, þróun og framkvæmd, svo og þýðingu þeirra fyrir traust á dómstólum. Fyrst og fremst er um lýsingu á þeim réttarreglum að ræða sem hér eru fyrir hendi og samanburð við tiltekin önnur réttarkerfi. Fjallað verður um það traust sem dómstólar verða að njóta í samfélaginu og þann hnekk sem það kann að hafa beðið í skugga þeirra deilna sem staðið hafa um skipun dómara hér á landi undanfarin 15 ár. Þá verður gerð tilraun til að svara þeirri spurningu hvort sú framkvæmd sem viðhöfð er við skipun dómara á Íslandi sé til þess fallin að stuðla að þessu

<sup>1</sup> Þegar þetta er ritað hafa tveir aðrir umsækjendur úr þessum hópi höfðað bóta- mál á þessum grundvelli. Jafnframt er beðið afgreiðslu Mannréttindadómstóls Evrópu á máli sem varðar skipun Landsréttar, nánar tiltekið að vegna annmarka á málsmeðferð við skipun dómara hafi kærandi ekki notið réttlátrar málsmeðferðar.

trausti. Jafnframt verður gerð grein fyrir þeim breytingum sem gerðar voru á skipunarferlinu með lögum nr. 45/2010, markmiðum þeirra breytinga og hvort þær hafi náð tilgangi sínum, meðal annars því að auka það traust sem mikilvægt er að dómskerfið njóti. Til samanburðar verður einnig varpað ljósi á það hvernig skipun dómara er háttað í Danmörku sem er eitt þeirra ríkja sem Íslendingar vilja gjarnan bera sig saman við og leitast við að svara þeirri spurningu hvort sá samanburður sé að öllu leyti raunhæfur. Þá verður stuttlega vikið að framkvæmdinni í Noregi til samanburðar. Að lokum verður enn fremur leitað svara við því hvort íslenskir dómstólar eigi hugsanlega meira sameiginlegt með bandarískum dómstólum en þeim dönsku, einkum með hliðsjón af virkara endurskoðunarvaldi dómstóla hér á landi með athöfnum löggjafans en tíðkast hefur í Danmörku.<sup>2</sup>

## 2. Opnber umræða um skipun dómara

Það er síður en svo nýlunda hér á landi að ráðherra hafi verið sakaður um að skipa dómara á grundvelli pólitískra skoðana sinna. Skipanir í embætti dómara hafa oft og tíðum verið umdeildar á Íslandi og einkennst af miklum ágreiningi. Til dæmis urðu slíkar deilur skömmu eftir sl. aldamót vegna skipunar í tvö embætti við Hæstarétt árin 2003 og 2004 og ritaði Hrafn Bragason, fyrrverandi dómari við Hæstarétt Íslands, grein af því tilefni í Tímarit lögfræðinga árið 2006 um veitingu embætta hæstaréttardómara. Í grein Hrafnis kemur fram að Hæstiréttur hefði lengi orðið að búa við það að deilt hafi verið um skipun dómara við réttinn. Ekki þurfi að vera óeðlilegt að menn hafi ólíkar skoðanir á vali á æðstu embættismönnum. Flestum muni þó líklega vera ljóst að vegna stöðu réttarins þurfi umræða um skipun dómaranna að fara fram á faglegum grunni og að gæta þurfi hófs í deilum um skipunina, eigi traust almennings til réttarins ekki að bíða skaða af. Þá kemur fram í máli Hrafnis að deilur um síðustu embættisveitingar við réttinn hefðu ekki fullnægt þessum skilyrðum svo sem kunnugt væri.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Í greininni sem hér birtist eru settar fram hugleiðingar um orsakavalda út frá sjónarhóli lögfræðinnar sem hugsanlega gætu orðið öðrum hvatning til nánari skoðunar með aðferðum annarra fræðigreina, svo sem stjórnmálafræði.

<sup>3</sup> Hrafn Bragason: „Veiting embætta Hæstaréttardómara“. (2006) 55 Tímarit lögfræðinga, 104.

Í kjölfar umdeilda skipana dómara á árunum 2003–2007 við Hæstarétt og í héraðsdóm sem hlutu mikla gagnrýni, bæði á Alþingi og í opinberri umræðu, voru reglur um skipun dómara og hlutverk dómnefndar um hæfni umsækjenda endurskoðaðar og var dómstólalögum breytt með lögum nr. 45/2010 í núverandi horf með nýrri grein, 4. gr. a.<sup>4</sup> Með lögum nr. 45/2010, sem nánar verður vikið að hér á eftir, var þannig reynt að koma til móts við þá gagnrýni sem þágildandi skipunarferli hafði hlotið, t. a. m. með því að styrkja aðkomu Alþingis að því ferli. Í ljósi „Landsréttarmálsins“ og eftirmála þess, meðal annars niðurstöðu Hæstaréttar í málum réttarins nr. 591/2017 og 592/2017 þykir sýnt að töfralausnin er enn ófundin og þær breytingar sem leiddar voru í lög nr. 45/2010 hafa þannig hvorki leyst né heldur dregið úr deilum um skipun dómara á Íslandi. Í viðleitni til að bregðast við gagnrýni sem breytingar þær er lög nr. 45/2010 höfðu í för með sér var lagt fram á Alþingi vorið 2016 frumvarp til laga um breytingu á 4. gr. a í eldri lögum um dómstóla nr. 15/1998. Þar var meðal annars lagt til að fjölgað yrði í dómnefndinni um tvo þannig að alls sjö menn ættu þar sæti. Einnig var lagt til að nefndin skyldi í umsögn sinni til ráðherra greina frá hvaða þremur umsækjendum úr hópi hæfra umsækjenda hún mælti með í dómaraastöðu. Í frumvarpinu kemur fram að með því séu lagðar til ákveðnar breytingar til að bæta úr tilteknum ágöllum á lögum nr. 45/2010, enda væri ljóst að þrátt fyrir að hið nýja fyrirkomulag hefði að meginstefnu til reynst vel hefði ekki náðst það markmið að skapa nægilegt traust eða sátt um þær reglur sem giltu um skipun dómara hér á landi. Frumvarp þetta hlaut hins vegar ekki brautargengi á þinginu þannig að ekkert varð af umræddum lagabreytingum.<sup>5</sup> Raunar má því segja að engin einföld lausn sé í sjónmáli um hvernig heppilegast sé að haga skipunarferlinu, þ.e. hvort æskilegast sé að sérstök dómnefnd um mat á hæfni umsækjenda fari í reynd með ákvörðunarvaldið eða pólitískur ráðherra eins og verið

<sup>4</sup> Björg Thorarensen: „Svigrúm og ábyrgð/ábyrgðarleysi ráðherra við skipun dómara“. (2018) 71 Úlfjótur, 156.

<sup>5</sup> Sjá drög að frumvarpi til laga um breytingu á lögum um dómstóla nr. 15/1998 (fjölgun dómara, reglur um skipun dómara), dagsett 17. mars 2016 <<https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir-2016/Frumvarp-til-laga-um-breytingu-a-logum-um-domstola.pdf>> sótt 6.6.2018.

hefur, eða hvort einhver þriðji valkostur komi til álíta í þessum efnum, svo sem eins og að kjósa um dómara í almennum kosningum.

Umræðan um ferlið sem er viðhaft um skipun dómara er holl og nauðsynleg, enda eru dómstólar ekki hafnir yfir gagnrýni frekar en Alþingi og þær stofnanir þjóðfélagsins er fara með framkvæmdarvaldið. Augljóst er að það er mikilvægt að vel takist til þegar kemur að því að skipa í embætti dómara og að vanda þarf valið, svo tryggt verði að hver og einn dómari standist kröfur réttarríkisins um óháð og hlutlaust dómsvald, sem og faglega þekkingu og færni í starfi.<sup>6</sup> Aðhald er öllum nauðsynlegt og því er uppbyggileg og gagnrýnin umræða um framkvæmd við skipun dómara af hinu góða og til þess fallin að stuðla að bættum vinnubrögðum.

Hins vegar er einnig mikilvægt að menn sýni ábyrgð í orðavali og framgöngu sinni í umræðu um málefnið á opinberum vettvangi þannig að ekki sé grafið undan stofnunum sem mega kallast burðarstoðir réttarríkis, lýðræðis og mannréttinda en þar falla dómstólarnir vissulega undir. Opinber umræða um þessi mál hefur oft og tíðum einkennst af miklum tilfinningahita og vakið upp spurningar um hver eða hverjir það séu sem stýri henni og hvort þeir sem „fari í manninn“ frekar en málefnið hafi á einhvern hátt greiðari aðgang að umræðunni en aðrir. Þarna er hlutur fjölmiðla ekki síst mikilvægur en á stundum virðist sem umfjöllun þeirra sé of tilfinningadrifin og á kostnað rökhugsunar og almennrar skynsemi. Því er nauðsynlegt að allir þátttakendur í opinberri umræðu nálgist málin hlutlægt og af yfirvegun þannig að umræðan einkennist ekki af ýkjum, uppnámi, aukaatriðum, rangtúlkunum og misskilningi. Með því að laganám miðar beinlínis að því að dýpka skilning manna á réttarkerfinu og auka yfirsýn á því sviði mega lögfræðingar ganga að því vísu að orðræða þeirra um þessi efni þurfi að standast öllu strangari mælikvarða en framlag flestra annarra.

---

<sup>6</sup> Sigríður Ingvarsdóttir: „Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“. (2004) 53 Tímarit lögfræðinga, 466.



### 3. Traust á íslenskum dómstólum

Með vísan til mikilvægis dómstóla í stjórnskipun okkar þurfa þeir augljóslega að njóta sérstaks trausts almennings. Almennt er viðurkennt í lýðræðisríkjum að mikilvægt sé að dómstólar njóti lögmætrar viðurkenningar, ekki bara í þröngum lagalegum skilningi heldur einnig að úrskurðir þeirra séu viðurkenndir og virtir af þorra fólks.<sup>7</sup> Óheppilegt er því að mikill styr standi um það ferli sem viðhaft er þegar að því kemur að skipa dómara, enda verða slíkar deilur svo sem fyrr segir seint taldar til þess fallnar að skapa það traust sem nauðsynlegt er að dómstólar njóti. Vantraust er lamandi, veikir samskipti manna á milli, rýrir lífsgæði þeirra og tálmar viðskiptum. Þá getur vantraust í garð dómstóla jafnvel leitt til þess að almennir borgarar leiti síður réttar síns fyrir þeim svo sem þeim er þó tryggður skýlaus réttur til, sbr. 70. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944.

Eitt af meginmarkmiðum eldri dómstólalaga nr. 15/1998 var að auka traust á dómstólunum. Þess er beinlínis getið í II. kafla athugasemda með frumvarpinu sem varð að þeim lögum að megingiltgangur þess sé að „styrkja stöðu og sjálfstæði dómstólanna sem þriðju valdstoð ríkisins og meðal annars auka þannig tiltrú almennings á starfsemi þeirra“. Þá kemur einnig fram í athugasemdunum að í stjórnskipun ríkisins sé gert ráð fyrir sjálfstæðum og óháðum dómstólum og verði sjálfstæði þeirra og hlutleysi að vera hafið yfir allan vafa. Því sé ekki nægjanlegt að sjálfstæðið og hlutleysið sé tryggt í reynd, heldur verður það þannig að vera sýnilegt hverjum sem er.<sup>8</sup>

Reglulegar kannanir hafa verið gerðar héraendis síðustu ár, þar sem traust almennings til stofnana samfélagsins hefur verið mælt. Rétt er að taka fram að þar hefur raunar ekki verið spurt beint um traust til

<sup>7</sup> Gunnar Helgi Kristinsson: „Stjórnsýsla dómstólanna. Skýrsla unnin af dr. Gunnari Helga Kristinssyni, prófessor við Háskóla Íslands, fyrir dómstólaráð“. Maí 2011, bls. 21. Sjá <<https://www.heradsdomstolar.is/library/Files/Skyrslur/Stj%C3%B3rn%C3%BDsla%20d%C3%B3mst%C3%B3lanna>> sótt 2.5.2018.

<sup>8</sup> Alþingistíðindi, 1997–1998, A-deild, þskj. 176 – 176. mál.

dómstóla, heldur til „dómskerfisins“.<sup>9</sup> Þótt þessi orðalagsmunur geti hugsanlega valdið skekkju í svörum hlýtur að mega ganga út frá því að niðurstöðurnar gefi a.m.k. einhverja vísbendingu um það traust sem dómstólarnir njóta.

Í skýrslu Gunnars Helga Kristinssonar, prófessors í stjórn málafræði, fyrir dómstólaráð frá árinu 2011 er ítarlega fjallað um það traust sem almenningur ber til íslenskra dómstóla. Mælingar á trausti til dómskerfisins hér á landi hafa sýnt að dómstólar njóta ekki nægilegs trausts og til að mynda mun minna trausts en dómstólar á hinum Norðurlöndunum. Í skýrslunni kemur fram að aðeins einu sinni frá árinu 1999 hefði traust til dómskerfisins hér á landi mælst yfir 45% en það var árið 2002 er það mældist 46%. Til samanburðar mældist traust til dómskerfisins tæplega 80% í Danmörku árið 1999 og um 86% í Noregi árið 2007.<sup>10</sup> Minnst traust í garð dómskerfisins hér á landi mældist árin eftir efnahagshrunið haustið 2008, en traustið mældist 30% árið 2009 og 31% árið 2010. Næstu árin á eftir jókst traustið aftur jafnt og þétt og varð mest 43% árin 2014 og 2015. Traustið minnkaði niður í 32% árið 2016 en jókst síðan aftur í 43% árið 2017.<sup>11</sup> Samkvæmt nýjustu mælingum um traust almennings til stofnana sem gerð var í febrúar 2018 mældist traust til dómskerfisins 36% og hafði þannig minnkað um 7% frá fyrra ári.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Gunnar Helgi Kristinsson: „Stjórnsýsla dómstólanna. Skýrsla unnin af dr. Gunnari Helga Kristinssyni, prófessor við Háskóla Íslands, fyrir dómstólaráð“. Maí 2011, bls. 21. Sjá <<https://www.heradsdomstolar.is/library/Files/Skyrslur/Sj%C3%B3rn%C3%BDsla%20d%C3%B3mskerfisins%2011.pdf>> sótt 2.5.2018.

<sup>10</sup> Sama heimild, bls. 22-23. Það kann að vera rétt að taka fram í þessu sambengi að í skýrslu Gunnars Helga, bls. 21, kemur fram að Norðurlöndin einkennist af mjög miklu trausti á dómskerfinu sem hvergi í heiminum sé meira. Íslenskir dómstólar njóti minna trausts en dómstólar annars staðar á Norðurlöndum en séu um miðbikið þegar litið sé til Norður-Evrópu í heild. Á heildina litið megi segja að traust á íslenska dómskerfinu sé viðunandi í alþjóðlegu sambengi en ekki eins mikið og annars staðar á Norðurlöndunum.

<sup>11</sup> Sjá nánar skýrsluna „Traust til stofnana og embætta 2017“ sem Gallup gerði fyrir Dómstólaráð, bls. 9-10. Sjá <<https://heradsdomstolar.is/library/Files/arsskyrslur/Traust%20til%20d%C3%B3mskerfisins%202017.pdf>> sótt 1.5.2018.

<sup>12</sup> Sjá mælingar Þjóðarpúls Gallup, sem hér er stuðst við, um traust til stofnana samfélagsins frá febrúar 2018: <<https://www.gallup.is/frettir/landhelgisgaeslan-nytur-mests-trausts-almennings/>> sótt 2.5.2018.

Tölur þessar gefa vísbendingu um að traust til dómstóla taki breytingum frá ári til árs og út frá tölfræðinni einni er erfitt að fullyrða nokkuð um líklega þróun í þeim efnum. Í fyrrnefndri skýrslu Gunnars Helga Kristinssonar frá árinu 2011 lýsir hann því yfir að það sé sérstakt áhyggjuefni að traust í garð dómstólanna hefði ekki aukist í kjölfar setningar laga um dómstóla nr. 15/1998 og að þau virtust þannig ekki hafa náð þeim tilgangi sínum.<sup>13</sup> Vissulega er skýrsla hans rituð þegar traust almennings til dómstóla mældist í sögulegu lágmarki árin rétt eftir hrun en samkvæmt framansögðu er ljóst að traust til þeirra hefur mest mælst 43% á nýliðnum árum þannig að taka má undir þetta viðhorf.

Í ljósi þessa sætir eflaust engri furðu að eitt meginmarkmiðið sem fram kemur í frumvarpi til nýrra dómstólalaga nr. 50/2016, sem tóku gildi hinn 1. janúar 2018, er eins og hinna eldri laga, að auka traust á dómstólunum en þar er víða vikið að mikilvægi þess að styrkja ásýnd dómstólanna og að auka traust almennings til þeirra. Meðal þeirra atriða sem þar eru nefnd og eiga að stuðla að auknu trausti er stofnun nýs millidómstigs, Landsréttar, að sérstök skrá um aukastörf dómara skuli gerð opinber, að álit nefndar um dómaraströf verði birt opinberlega í því skyni að stuðla að gegnsæi og trausti, að fyrirkomulagi um setningar dómara verði breytt og þær að mestu afnumdar og að ákvæði verði sett í lög um lausn dómara frá embætti um stundarsakir.<sup>14</sup> Hér er því miður ekki ráðrúm til að fjalla nánar um þessar breytingar en ljóst er að það verkefni að viðhalda og stuðla að auknu trausti í garð dómskerfisins er síður en svo lokið og þarfnast stöðugt árvekni. Tíminn einn mun svo leiða í ljós hvort þessar breytingar koma til með að auka traust í garð dómskerfisins til lengri tíma.

<sup>13</sup> Gunnar Helgi Kristinsson: „Stjórnsýsla dómstólanna. Skýrsla unnin af dr. Gunnari Helga Kristinssyni, prófessor við Háskóla Íslands, fyrir dómstólaráð“. Maí 2011, bls. 21. Sjá <<https://www.heradsdomstolar.is/library/Files/Skyrslur/Stj%C3%B3rns%C3%BDsla%20d%C3%B3mst%C3%B3lanna>> sótt 2.5.2018.

<sup>14</sup> Alþingistíðindi, 2015–2016, A–deild, þskj. 1017 – 615. mál.

## 4. Um framkvæmd við skipun dómara á Íslandi og aðdragandann að setningu laga nr. 45/2010

Í 13. og 21. gr. nýrra dómstólalaga nr. 50/2016 er kveðið á um að forseti Íslands skipi dómara við Hæstarétt og Landsrétt ótímabundið í embætti samkvæmt tillögu ráðherra. Þannig fer forseti Íslands með skipunarvaldið að forminu til hvað skipun hæstaréttar- og landsréttardómara varðar meðan ráðherra hefur ákvörðunarvald um hver verður skipaður í embættið í reynd. Fyrirkomulag þetta er í samræmi við ákvæði stjórnarskrárinnar um að forseti Íslands sé ábyrgðarlaus á stjórnarathöfnum samkvæmt 11. gr. hennar og láti ráðherra framkvæma vald sitt, sbr. 13. gr. hennar. Þá kemur fram í 29. gr. dómstólalaga að ráðherra skipi héraðsdómara ótímabundið og er þannig ekki kveðið á um að forseti Íslands skipi þá líkt og hæstaréttar- eða landsréttardómara. Ráðherra fer þannig einn með skipunarvaldið þegar skipun í embætti héraðsdómara er annars vegar.

Í kjölfar þess að Alþingi samþykkti tillögur ráðherra um tilnefningu 15 umsækjenda í embætti dómara við Landsrétt voru hafðar uppi efasemdir á opinberum vettvangi um að sú málsmeðferð sem viðhöfð var á Alþingi við atkvæðagreiðsluna, stæðist lög. Nánar tiltekið var bent á að sú tilhögun að tillögur um umsækjendur væru bornar upp í einu lagi til samþykktar en ekki hvert og eitt nafn væri í andstöðu við skýrt orðalag bráðabirgðaákvæðis IV. í lögum nr. 50/2016. Við þetta tækifæri sendi forseti Íslands frá sér yfirlýsingu þar sem fram kom að hann hefði látið kanna sérstaklega hvort málsmeðferðin stæðist lög og niðurstaðan verið sú að sú væri raunin. Jafnframt var bent á í yfirlýsingunni að undirritun forseta, sem staðfesting á stjórnarathöfnum löggjafarvalds og framkvæmdarvalds, væri að öllu jöfnu formlegs eðlis og sjálfsgöð, enda væri skýrt tekið fram í stjórnarskrá að forseti væri ábyrgðarlaus á stjórnarathöfnum og léti ráðherra framkvæma vald sitt. Sú staða gæti þó vissulega komið upp að forseti þyrfti að íhuga hvort hann vildi staðfesta stjórnarathafnir.<sup>15</sup> Af þessu má ráða að forseti Íslands, sem að öllu jöfnu fer með hið

<sup>15</sup> Sjá yfirlýsingu forseta Íslands í tilefni skipunar dómara við Landsrétt, dagsetta 8. júní 2017. <[https://www.forseti.is/media/2392/y2017\\_06\\_08\\_yfirlýsing.pdf](https://www.forseti.is/media/2392/y2017_06_08_yfirlýsing.pdf).> sótt 10.6.2018.

formlega skipunarvald, geti áskilið sér rétt til að hafna tillögu ráðherra um skipun dómara, til dæmis við þær aðstæður að einhverjir meiri háttar ágallar væru á undangenginni málsmeðferð. Frammi fyrir slíkum afbrigðum mætti halda því fram að skipunarvald forseta sé ekki alfarið formlegs eðlis heldur geti hann með þessu móti haft efnisleg áhrif á skipunarferlið.

Í III. kafla laga nr. 50/2016 er mælt fyrir um það fyrirkomulag sem viðhafa skal við skipun dómara hér á landi og gildir það jafnt um hæstaréttardómara, landsréttardómara og héraðsdómara. Ákvæðin, sem nú eru í 11. og 12. gr. hinna nýju laga, svara til ákvæða 4. gr. a þágildandi laga um dómstóla nr. 15/1998 sem var bætt við þau lög með lögum nr. 45/2010, sbr. 2. gr. frumvarps til þeirra laga. Um aðdraganda setningar laganna er þess að geta að í mars 2009 var skipuð nefnd þriggja manna í því skyni að endurskoða reglur um skipun dómara hér á landi og gera tillögur að úrbótum á því sviði. Nefndin skilaði í framhaldinu niðurstöðum sínum í skýrslu, dagsettri 7. október 2009. Þar var fjallað um framkvæmd við skipun dómara í öðrum ríkjum, meðal annars í Danmörku og Noregi. Þá var einnig rakið að haustið 2005 hefði eftirlitsmaður Evrópuráðsins með mannréttindum skilað skýrslu um heimsókn sína til Íslands í júlí sama ár.<sup>16</sup> Í skýrslu hans kæmi fram að eftirlitsmanninum hefði verið gerð grein fyrir deilum um nýlegar skipanir dómara hér á landi og lýst fyrir honum hvaða aðferð væri viðhöfð þegar embætti væru veitt. Þá væru í skýrslunni gerðar tillögur til úrbóta vegna skipunar hæstaréttardómara og bent á að tryggja yrði samkvæmt 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sem hefði lagagildi á Íslandi, sbr. lög nr. 62/1994, að Hæstiréttur væri sjálfstæður dómstóll og sýndi að hann væri óháður framkvæmdar- og löggjafarvaldi. Í þessu sambandi hefði eftirlitsmaðurinn bent á tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins nr. R (94) 12 um sjálfstæði, skilvirkni og hlutverk dómara frá 13. október 1994 sem lýstu því hvernig standa bæri að skipun dómara í því skyni að tryggja sjálfstæði og hlutleysi

<sup>16</sup> Skýrsla nefndar dómsmálaráðherra um endurskoðun reglna um skipun dómara frá 7. október 2009, bls. 12–13. <[https://www.stjornarradid.is/media/innanrikis-raduneyti-media/media/frettir/Skyrsla\\_nefndar\\_um\\_skipan\\_domara\\_okt09.pdf](https://www.stjornarradid.is/media/innanrikis-raduneyti-media/media/frettir/Skyrsla_nefndar_um_skipan_domara_okt09.pdf)> sótt 1.5.2018 og Hrafn Bragason „Veiting embætta hæstaréttardómara“. (2006) 55 Tímarit lögfræðinga, 103–104.

dómstóla í anda 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Þar sem dómarrar væru skipaðir af ráðherra hér á landi yrði að tryggja skipunarferli sem væri óháð ríkisstjórn og að eingöngu hlutlæg sjónarmið hefðu áhrif á ákvörðunina. Þá sé ríkisstjórnin hvött í skýrslu eftirlitsmannsins til að endurskoða reglur um skipun hæstaréttardómara í samræmi við framangreind tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins, svo og í samræmi við nýlegar lagabreytingar og framkvæmd í öðrum norrænum ríkjum, svo sem í Danmörku og Noregi.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Skýrsla nefndar dómsmálaráðherra um endurskoðun reglna um skipun dómara frá 7. október 2009, bls. 12–13. <[https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir/Skyrsla\\_nefndar\\_um\\_skipan\\_domara\\_okt09.pdf](https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir/Skyrsla_nefndar_um_skipan_domara_okt09.pdf)> sótt 1.5.2018. Einnig Hrafn Bragason „Veiting embætta hæstaréttardómara“. (2006) 55 Tímarit lögfræðinga, 103–104 og Report by Mr. Alvaro Gil-Robles Commissioner for Human Rights on his visit to the Republic of Iceland 4.–6. July 2005. (Strasbourg, 14. December 2005), bls. 5–7 og 22. <<https://rm.coe.int/16806db877>> sótt 10.6.2018. Fyrir utan tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins um sjálfstæði, skilvirkni og hlutverk dómara frá 13. október 1994 og vísað er til í skýrslu eftirlitsmanns Evrópuráðsins með mannréttindum, hafa fjölmörg önnur alþjóðleg viðmið um skipun dómara verið sett á undanförunum árum. Í erindi sínu á Lagadeginum 2018, sem fjallað er um annars staðar í blaðinu, gerði Ragnhildur Helgadóttir, prófessor í stjórnskipunarrétti, grein fyrir helstu alþjóðlegum viðmiðum og reglum sem á þessu sviði gilda. Þar ber helst að nefna grundvallarreglur um sjálfstæði dómstóla sem Allsherjarþing Sameinuðu þjóðanna samþykkti hinn 29. nóvember 1985, (Basic principles on the independence of the Judiciary), Sáttmála dómenda í Evrópu frá júlí 1998, (European charter on the statute for judges), tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins um sjálfstæði, skilvirkni og ábyrgð dómenda frá 17. nóvember 2010, (Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities). Einnig má nefna skýrslu Feneyjarnefndarinnar um skipun dómara frá 2007 (European commission for democracy through law (Venice Commission) Judicial appointments) og skýrslu sömu nefndar um sjálfstæði dómstóla frá 2010 (European commission for democracy through law (Venice Commission) Report on the independence of the judicial system, part I: The independence of judges), sem og skýrslu Evrópuráðsins um sjálfstæði og hlutleysi dómenda aðildarríkja ráðsins frá 2017 (Report on judicial independence and impartiality in the Council of Europe member States in 2017). Eins og Ragnhildur gerði grein fyrir í erindi sínu þá gera hinar evrópsku reglur og viðmið ráð fyrir að skipun dómara eigi að vera í höndum sjálfstæðs stjórnvalds og vera í sem mestri fjarlægð frá áhrifum stjórnmalanna. Þá nefndi Ragnhildur í umfjöllun sinni nokkra dóma alþjóðlegra dómstóla þar sem reynt hafði á lögmati skipunar dómara, til að mynda dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Ninn–Hansen gegn Danmörku, dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Ilatovskiy gegn Rússlandi, ákvörðun EFTA–dómstólsins frá 14. febrúar 2017 í máli E-21/2016 og dóm hins almenna dómstóls Evrópudómstólsins í máli T-639/16 P.

Í niðurstöðum skýrslu endurskoðunarnefndarinnar frá 2009 var meðal annars lagt til að reglum um skipun dómara hér á landi yrði breytt þannig að sömu reglur yrðu látnar gilda um skipun hæstaréttardómara og héraðsdómara og að fjölgað yrði í dómnefnd til að meta hæfni umsækjenda um embætti dómara úr þremur í fimm eða sex manns. Þá var lagt til að fellt yrði niður ákvæði 4. mgr. 4. gr. þágildandi dómstólalaga nr. 15/1998 um umsögn Hæstaréttar. Í staðinn gæfi rétturinn umsögn til dómnefndar um hverjar þarfir hans væru hverju sinni. Þessar breytingar voru til samræmis við þá skipan sem viðhöfð var í Danmörku og innleiddar höfðu verið þar í landi með breytingum á dönsku réttarfarslögunum árið 1999<sup>18</sup> og vikið verður nánar að síðar.

Þá taldi endurskoðunarnefndin jafnframt að ekki væri rétt að taka skipunarvaldið úr höndum ráðherra þar sem sú leið hefði ekki verið farin í Danmörku og Noregi en þar í landi væri nær óhugsandi að ráðherra færi gegn álitu dómnefndar þótt ekki væri það bindandi. Nefndin lagði þannig til að skipunarvaldið yrði áfram hjá ráðherra en ákvæði hann að skipa annan einstakling en dómnefnd hefði mælt með, yrði hann að bera tillögu um skipun annars hæfs umsækjanda fyrir Alþingi. Samþykkti Alþingi tillögu ráðherra gæti hann skipað viðkomandi dómara, annars væri ráðherra bundinn af niðurstöðu dómnefndar.<sup>19</sup> Þá lagði nefndin jafnframt til að samþykki aukins meirihluta alþingismanna þyrfti til að koma í slíkum tilvikum, þ.e.  $\frac{3}{4}$  hluta, svo að ráðherra gæti skipað þann umsækjanda, ella teldist

<sup>18</sup> Sjá ítarlega umfjöllun um lagabreytinguna í Danmörku árið 1999 í bók Jens Peter Christensen: *Domstolene – den tredje statsmagt*. (Magtudredningen, 2004), bls. 69–89. [https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1\\_domstolene\\_-\\_den\\_tredje\\_statsmagt.pdf](https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1_domstolene_-_den_tredje_statsmagt.pdf) sótt 1.5.2018. Einnig í grein Sigríðar Ingvarsdóttur: „Um dómssvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“. (2004) 53 Tímarit lögfræðinga, 488 og í grein Eiríks Tómassonar: „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“ *Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. (Bókaútgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, 2008), bls. 217. Sjá jafnframt Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen: *Dansk Statsret*. (Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2012), bls. 101.

<sup>19</sup> Skýrsla nefndar dómsmálaráðherra um endurskoðun reglna um skipan dómara. 7. október 2009, bls. 15–16. <[https://www.stjornarradid.is/media/innanrikis-raduneyti-media/media/frettir/Skyrsla\\_nefndar\\_um\\_skipan\\_domara\\_okt09.pdf](https://www.stjornarradid.is/media/innanrikis-raduneyti-media/media/frettir/Skyrsla_nefndar_um_skipan_domara_okt09.pdf)> sótt 1.5.2018.

hann bundinn af niðurstöðu dómnefndar. Hér væri um nokkurs konar neyðarhemil að ræða sem líkur væru á að feldi ráðherra frá því að skipa ómálefnalega í embætti, vitandi að Alþingi skærast þá í leikinn. Benti nefndin á að máli skipti hvernig málsmeðferð yrði á Alþingi svo að flokkspólitík kæmi sem minnst við sögu.<sup>20</sup>

Í frumvarpi til laga nr. 45/2010 kemur fram að það sé samið á grundvelli tillagna endurskoðunarnefndarinnar frá 2009 og eru þar raktar reglur um tilhögun á skipun dómara í Danmörku og Noregi, líkt og hjá nefndinni.<sup>21</sup> Þannig liggur fyrir að talsvert var litið til fyrirkomulagsins í þessum tveimur löndum við setningu laga nr. 45/2010. Með þeim voru því annars vegar gerðar breytingar á skipan nefndar til að meta hæfni umsækjenda um embætti héraðsdómara, sbr. þágildandi 2. mgr. 12. gr. laga nr. 15/1998 og var í 1. mgr. 4. gr. a mælt fyrir um samsetningu hennar. Þær breytingar voru gerðar helstar að fjölgað var í nefndinni um tvo og skyldi hún nú meta hæfni bæði umsækjenda um embætti hestaréttardómara og héraðsdómara. Allt var þetta í samræmi við tillögur endurskoðunarnefndarinnar.

Þá voru hins vegar settar reglur í 3. mgr. 4. gr. a um hvernig standa bæri að skipun dómara og meðal annars bætt við nýmæli um aðkomu Alþingis að þeirri framkvæmd, en um það ákvæði hefur hvað mestur styr staðið í kjölfar „Landsréttarmálsins“, svo sem nánar verður vikið að hér á eftir. Þar var mælt fyrir um þá meginreglu að óheimilt væri að skipa í dómaraembætti mann sem dómnefnd hefði ekki talið hæfastan meðal umsækjenda. Sá fyrirvari var þó gerður að frá þessu mætti víkja samþykkti Alþingi tillögu dómsmálaráðherra um heimild til að skipa í embættið annan nafngreindan umsækjanda.

Ákvæði 4. gr. a eldri laga um dómstóla nr. 15/1998, sbr. lög nr. 45/2010, hljóðaði því svo:

---

<sup>20</sup> Skýrsla nefndar dómsmálaráðherra um endurskoðun reglna um skipan dómara. 7. október 2009, bls. 15. <[https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisradu-neyti-media/media/frettir/Skyrsla\\_nefndar\\_um\\_skipan\\_domara\\_okt09.pdf](https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisradu-neyti-media/media/frettir/Skyrsla_nefndar_um_skipan_domara_okt09.pdf)> sótt 1.5.2018 og erindi Bjargar Thorarensen á Lagadeginum 2018.

<sup>21</sup> Alþingistíðindi, 2009–2010, A-deild, þskj. 698 – 390. mál.



**4. gr. a.** Dómsmálaráðherra skipar fimm menn í dómnefnd til að fjalla um hæfni umsækjenda um embætti hæstaréttardómara og héraðsdómara. Tveir nefndarmanna skulu tilnefndir af Hæstarétti, þar af annar þeirra sem formaður nefndarinnar, og skal að minnsta kosti annar þeirra ekki vera starfandi dómari. Tilnefnir dómstólaráð þriðja nefndarmanninn en Lögmannafélag Íslands þann fjórða. Fimmti nefndarmaðurinn skal kosinn af Alþingi. Varamenn skulu tilnefndir og skipaðir á sama hátt. Skipunartími í nefndina er fimm ár en þó þannig að skipunartími eins manns rennur út hvert ár. Sami maður verður ekki skipaður í sæti aðlmanns í nefndinni oftár en tvisvar samfleytt.

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

□ Óheimilt er að skipa í dómaraembætti mann sem dómnefnd hefur ekki talið hæfastan meðal umsækjenda, hvort heldur einn eða samhliða öðrum. Frá þessu má þó víkja ef Alþingi samþykkir tillögu dómsmálaráðherra um heimild til að skipa í embættið annan nafngreindan umsækjanda sem fullnægir að mati dómnefndar öllum skilyrðum 2. og 3. mgr. 4. gr. Ráðherra skal þá leggja slíka tillögu fyrir Alþingi innan tveggja vikna frá því að umsögn dómnefndar er afhent honum eða innan þess tíma frá því að Alþingi kemur næst saman eftir að umsögn er fengin og verður tillaga að vera samþykkt innan mánaðar frá því að hún er lögð fram, ella er ráðherra bundinn af umsögn dómnefndar.

Í 11. gr. nýrra dómstólalaga nr. 50/2016 er mælt fyrir um samsetningu dómnefndar til að fjalla um hæfi umsækjenda um embætti dómara og hefur ákvæðið tekið nokkrum breytingum frá tíð laga nr. 15/1998, sbr. eldra ákvæði 1. mgr. 4. gr. a laganna. Nú hefur meðal annars verið bætt við lagagreinina skilyrðum um að tilnefningaraðilar gæti að kynjasjónarmiðum þegar kemur að því að tilnefna aðila til setu í nefndinni, auk þess sem ráðherra skuli gæta að því að jafnréttislögum sé framfylgt við skipun í nefndina. Nú hljóðar 11. gr. laga nr. 50/2016 svo:

□ Ráðherra skipar fimm aðalmenn og jafnmarga varamenn í dómnefnd til að fjalla um hæfni umsækjenda um embætti hæstaréttardómara,

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

□ Dómnefndin hefur aðstöðu hjá dómstólasýslunni.

Áður nefnt nýmæli í lögum nr. 45/2010 um þátt Alþingis í því ferli sem gildir um skipun dómara, sbr. 3. mgr. 4. gr. a eldri dómstólalaga nr. 15/1998, var tekið nánast óbreytt inn í hin nýju dómstólalög nr. 50/2016. Ákvæði 1. og 2. mgr. 12. gr. þeirra laga svara til 2. og 3. mgr. 4. gr. a laga nr. 15/1998.

Þá vaknar sú spurning hvort markmiðið með þeim breytingum hafi verið að láta Alþingi hafa beina aðkomu að því ferli er gildir um skipun dómara og hvort þær breytingar hafi almennt verið til bóta. Í athugasemdum með 12. gr. við frumvarp til dómstólalaga nr. 50/2016 er um skýringar við lagagreinina vísað til athugasemda með 2. gr. í greinargerð við frumvarp það er varð að lögum nr. 45/2010 um breytingar á þágildandi lögum um dómstóla nr. 15/1998.<sup>22</sup> Í almennum athugasemdum með því frumvarpi kemur fram að mikilvægt sé að styrkja stöðu og sjálfstæði dómstólanna og tryggja sem best að þeir verði óháðir hinum tveimur þáttum ríkisvaldsins sem þeir hafi eftirlit með. Þá var aftur vitnað til markmiðs dómstólalaga nr. 15/1998, sem áður hefur verið vikið að, um að styrkja stöðu og sjálfstæði dómstólanna í því skyni að auka tiltrú almennings á starfsemi þeirra og að tryggja í sem ríkustum mæli að þeir væru

<sup>22</sup> Alþingistíðindi, 2015–2016, A-deild, þskj. 1017 – 615. mál.

óháðir hinum tveimur þáttum ríkisvaldsins, enda yrði sjálfstæði þeirra og trúverðuleiki að vera öllum sýnilegur.<sup>23</sup>

Í erindi Bjargar Thorarensen, prófessors í stjórnskipunarrétti, á Lagadeginum 2018 fjallaði hún um aðkomu Alþingis að þeirri framkvæmd er gildir um skipun dómara og lesa má um hér annars staðar í blaðinu. Þar rakti hún meðal annars störf fyrrgreindrar endurskoðunarnefndar sem skipuð var árið 2009 og gerði að umtalsefni að flestir þeir umsagnaraðilar sem leitað hefði verið til á sínum tíma hefðu talið rétt að Alþingi kæmi á einn eða annan hátt að skipunarferlinu, svo sem greindi í skýrslu nefndarinnar. Í umsögn lagadeildar Háskólans í Reykjavík hefði komið fram að dómsmálaráðherra skyldi að jafnaði skipa þann umsækjanda hæstaréttardómara sem valnefnd teldi hæfastan eða einhvern þeirra sem valnefnd teldi jafn hæfa. Vildi ráðherra skipa annan umsækjanda um stöðuna en valnefndin hefði talið hæfastan gæti hann borið tillögu um skipun annars hæfs umsækjanda undir Alþingi. Samþykkti meirihluti alþingismanna tillögu dómsmálaráðherra gæti ráðherra skipað þann umsækjanda hæstaréttardómara sem Alþingi samþykkti en teldist ella bundinn af niðurstöðu meirihluta valnefndar. Þá var lagt til að aðrar reglur giltu um skipun héraðsdómara. Af hálfu Lögmannafélags Íslands hefði verið lögð áhersla á að tryggja bæri að fagleg sjónarmið yrðu ávallt ráðandi við skipun dómara. Sama fyrirkomulag skyldi gilda um skipun hæstaréttardómara og héraðsdómara og ein nefnd yrði skipuð af Alþingi til að meta hæfni umsækjanda og tilnefna dómara úr þeirra röðum. Formlegt skipunarvald yrði áfram í höndum dómsmálaráðherra en þó þannig að ráðherra bæri að fara að tilnefningu nefndarinnar. Þá kæmi einnig til greina að Alþingi færi með skipunarvaldið. Loks hefði komið fram í umsögn Dómarafélags Íslands að lögð væri áhersla á að niðurstöður hæfnisnefndarinnar væru bindandi gagnvart veitingarvaldinu. Ætti að fara gegn niðurstöðum hennar þyrfti veitingarvaldið að leita atbeina Alþingis.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Alþingistiðindi, 2009–2010, A–deild, þskj. 698 – 390. mál.

<sup>24</sup> Skýrsla nefndar dómsmálaráðherra um endurskoðun reglna um skipan dómara frá 7. október 2009, bls. 11–12. Sjá [https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir/Skyrsla\\_nefndar\\_um\\_skipan\\_domara\\_okt09.pdf](https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir/Skyrsla_nefndar_um_skipan_domara_okt09.pdf) sótt 1.5.2018 og erindi Bjargar Thorarensen á Lagadeginum 2018 á málstofu um skipun dómara, sem lesa má um hér annars staðar í blaðinu.

Þá studdi meirihluti allsherjarnefndar Alþingis einnig tillöguna um að dómsmálaráðherra yrði gert að afla samþykkis Alþingis til að geta skipað annan mann í embætti en þann sem dómnefndin hefði mælt með við meðferð þingsins á frumvarpi sem síðar varð að lögum nr. 45/2010. Í álitni nefndarinnar kom fram að meirihluti hennar teldi þessa tilhögun til þess fallna að skapa ákveðið jafnvægi milli dómnefndar og ráðherra. Þá hefði nefndin rætt hvort rétt væri að leggja til að ráðherra þyrfti aukinn meirihluta þingsins í stað einfalds meirihluta. Að mati meirihluta nefndarinnar væri mjög fátítt að krafist væri aukins meirihluta Alþingis og að skapast hefðu ákveðnar venjur og hefðir um að meirihluti væri nægilegur nema skýrt væri kveðið á um annað. Nógu viðurhlutamikið væri fyrir ráðherra ef hann vildi fara gegn ráðleggingum dómnefndar að þurfa að leggja tillögu sína um það fyrir Alþingi og fá samþykki einfalds meirihluta fyrir henni. Að endingu kom fram að meirihluti allsherjarnefndar teldi að frumvarpið væri til þess fallið að styrkja sjálfstæði dómstólanna gagnvart framkvæmdarvaldinu og að það væri mjög mikilvægt til þess að unnt væri að skapa sátt í samfélaginu um þessi mál. Þá væri með frumvarpinu einnig komið til móts við þá gagnrýni sem komið hefði fram síðustu misseri vegna skipunar í embætti dómara. Með þessu yrði tryggt eins og kostur væri að tilhögun á skipun dómara yrði gegnsæ og byggð á hlutlægum viðmiðum.<sup>25</sup>

Þannig er ljóst að flestir voru sammála í aðdraganda setningar laga nr. 45/2010 um breyting á dómstólalögum nr. 15/1998 að rétt væri að láta Alþingi koma að framkvæmd við skipun dómara í þeim tilvikum er ráðherra kysi að fara ekki að tillögum dómnefndar og að meginmarkmiðið með þessum breytingum hefði eftir sem áður verið að auka traust og efla sjálfstæði dómstólanna. Svo sem rakið hefur verið lagði endurskoðunarnefndin til í niðurstöðum skýrslu sinnar árið 2009 að samþykki  $\frac{3}{4}$  hluta Alþingis þyrfti til að koma ætti að víkja frá tillögum dómnefndar um hæfi umsækjenda um embætti dómara.<sup>26</sup> Hins vegar var fallið frá skilyrðinu um aukinn

<sup>25</sup> Alþingistíðindi, 2009–2010, A-deild, þskj. 1045 – 390. mál.

<sup>26</sup> Skýrsla nefndar dómsmálaráðherra um endurskoðun reglna um skipan dómara, 7. október 2009, bls. 15–16. Sjá <<https://www.stjornarradid.is/media/innanrikis->

meirihluta við þinglega meðferð málsins og litið svo á að samþykki einfalds meirihluta þingsins væri nægjanlegt. Þar með varð ekkert úr hugmyndinni um að aðkoma Alþingis skyldi vera eins konar neyðarhemill til að fæla ráðherra frá því að skipa dómara í embætti á ómálefnalegum grundvelli.<sup>27</sup> Færði meirihluti allsherjarnefndar Alþingis ekki önnur rök fyrir því en þau sem að framan greinir um að hefðir og venjur styddu þá niðurstöðu að skilyrði um aukinn meirihluta væri óþarft og nægilega viðurhlutamikið væri fyrir ráðherra að þurfa að fá samþykki einfalds meirihluta þingsins við þessar aðstæður.<sup>28</sup> Aðrar ástæður þess að horfið var frá þessu skilyrði hafa m.a. verið nefndar þær að ætti að gera slíka kröfu um samþykki aukins meirihluta þingsins væri hætta á því að atkvæðagreiðsla um skipun dómara yrði notuð í pólitískum hrossakaupum alþingismanna úr mismunandi flokkum í alls ótengdum málum.<sup>29</sup>

Þá verður næst vikið að bráðabirgðaákvæði IV. í lögum nr. 50/2016 um dómstóla en auk þess sem ákvæði 2. og 3. mgr. 4. gr. a laga nr. 15/1998 voru tekin nánast óbreytt inn í hin nýju lög eins og fyrr segir, sbr. lög nr. 45/2010, var einnig sett sérstakt ákvæði í bráðabirgðaákvæði nr. IV. um fyrstu skipanir dómara í Landsrétt.

1. og 2. mgr. ákvæðisins mæla fyrir um eftirfarandi:

---

raduneyti-media/media/frettir/Skyrsla\_nefndar\_um\_skipan\_domara\_okt09.pdf> sótt 1.5.2018. Í grein sinni „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi“ (*Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands*, 2008, bls. 224–227) lagði Eiríkur Tómasson, fyrrverandi hæstaréttardómari og þáverandi prófessor við lagadeild Háskóla Íslands, einnig til að þessi leið yrði farin.

<sup>27</sup> Sbr. einnig umfjöllun Bjargar Thorarensen á Lagadeginum 2018.

<sup>28</sup> Alþingistíðindi, 2009–2010, A-deild, þskj. 1045 – 390. mál og erindi Bjargar Thorarensen á Lagadeginum 2018.

<sup>29</sup> Eiríkur Tómasson: „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“ *Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. (Bókaútgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, 2008) bls. 223–224. Eiríkur nefnir þetta atriði í tengslum við þá hugmynd að forseti Íslands skipi dómara eftir tillögu forsætisráðherra og tilnefningin sé háð samþykki atkvæða 2/3 hluta Alþingis hverju sinni. Þá vék Birgir Ármannsson, alþingismaður, einnig að þessu atriði á Lagadeginum 2018 í umræðum á málstofu um skipun dómara sem eina ástæðu þess að horfið var frá skilyrðinu um samþykki aukins meirihluta alþingismanna við skipun dómara.

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

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

Sama regla gildi þannig um fyrstu skipanir dómara í Landsrétt og gilda um skipanir dómara almennt, þ.e. að vildi ráðherra víkja frá álitum dómnefndarinnar um hvaða umsækjendur teldust hæfastir og skipa annan umsækjanda sem uppfyllti öll almenn hæfisskilyrði laganna, þyrfti samþykki Alþingis að koma til. Þá var sett nýmæli þar sem mælt var fyrir um að við fyrstu skipanir dómara í Landsrétt skyldi ráðherra bera sérhverja skipun fyrir Alþingi til samþykktar. Í frumvarpi því sem varð að nýjum dómstólalögum nr. 50/2016 segir um þetta ákvæði að í ljósi þess að skipaðir yrðu samtímis 15 dómara væri eðlilegt að tryggja aðkomu fleiri en eins handhafa ríkisvalds að því.<sup>30</sup> Í nefndarálitum meirihluta allsherjar- og menntamálanefndar við meðferð frumvarps sem varð að lögunum kemur hins vegar fram að brýnt sé að vanda vel alla málsmeðferð við skipun dómara, sem og mikilvægi þess að staðinn sé vörður um sjálfstæði dómstólanna og tryggt að þeir verði ekki fyrir óeðlilegum afskiptum annarra handhafa ríkisvaldsins.<sup>31</sup> Björg Thorarensen hefur bent á að í þessu felist ákveðin mótsögn<sup>32</sup> og verður tekið undir það sjónarmið hér. Ekki fer vel saman að tala

<sup>30</sup> Alþingistíðindi, 2015–2016, A-deild, þskj. 1017 – 615. mál.

<sup>31</sup> Alþingistíðindi, 2015–2016, A-deild, þskj. 1315 – 615. og 616. mál.

<sup>32</sup> Sjá áðurnefnda umfjöllun um erindi Bjargar Thorarensen á Lagadeginum 2018.

annars vegar um mikilvægi þess að dómstólar séu sjálfstæðir og varðir fyrir óeðlilegum afskiptum annarra handhafa ríkisvalds, en gefa á sama tíma í skyn að þegar að eins stóru verkefni kemur og að skipa 15 dómara við nýtt dómstig í einu lagi, sé eðlilegt að þingið hafi eftirlit með framkvæmdarvaldinu, nánar tiltekið nefnd þeirri sem falið er það hlutverk að meta hæfni umsækjenda um embætti dómara og skipuð er að hluta til aðilum sem dómstólar tilnefna. Hvort í þessu felist ætlun um að löggjafarvaldið veitti ráðherra fremur aðhald hér en nefndinni skal ósagt látið. Í ljósi þess sem að framan greinir er þó heldur á reiki hvert markmiðið með aðkomu Alþingis í framangreindu bráðabirgðaákvæði átti að vera og hvernig það átti að vera til þess fallið að stuðla að auknu sjálfstæði dómstóla, sbr. ummæli meirihluta allsherjar- og menntamálanefndar.

Setning laga nr. 45/2010 sem breyttu reglum um skipun dómara hér á landi höfðu það að markmiði að draga úr pólitískum áhrifum ráðherra á skipun dómara og auka traust á dómstólunum, eins og rakið hefur verið. Fræðimenn, svo sem Björg Thorarensen, hafa vakið athygli á mikilvægi þess að vandað sé til verka við skipunarferlið, ekki síst til að viðhalda trausti almennings á dómstólunum. Þá ber að tryggja að lögin ein ráði hver niðurstaða dómsmála verði og að fagleg hæfni umsækjenda um dómaraembætti og málefnaleg sjónarmið ráði úrslitum við mat á því hver verði skipaður dómari en ekki pólitísk sannfæring umsækjenda eða hagsmunir annarra handhafa ríkisvaldsins.<sup>33</sup> Þá hafa Björg og aðrir fræðimenn jafnframt bent á að hafi pólitísk öfl áhrif á skipun dómara geti skuldbindingar dómara við slík öfl grafið undan sjálfstæði þeirra til að takast á við álitæfni um stjórnskipulegt gildi laga, auk þess sem þær grafa undan tiltrú á að þeir njóti nægilegs sjálfstæðis.<sup>34</sup> Eins og atvik þróuðust

<sup>33</sup> Björg Thorarensen: „Dómstólaeftirlit með Alþingi: Breytt valdahlutföll í stjórnskipuninni“. (2016) 12 Stjórnmal og stjórnsýsla, 35. <<http://www.irpa.is/article/view/a.2016.12.1.2/pdf>> sótt 14.3.2018.

<sup>34</sup> Björg Thorarensen: „Dómstólaeftirlit með Alþingi: Breytt valdahlutföll í stjórnskipuninni“. (2016) 12 Stjórnmal og stjórnsýsla, 35. <<http://www.irpa.is/article/view/a.2016.12.1.2/pdf>> sótt 14.3.2018 og Eiríkur Tómasson: Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“, *Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. (Bókaútgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Ísland, 2008), bls. 214–215.

við skipun dómara í Landsrétt verður seint sagt að þau hafi þjónað vel því markmiði að auka traust og efla sjálfstæði dómstólanna, sbr. umfjöllunina í frumvarpi til laga nr. 45/2010. Enn hefur því ekki tekist að skapa þá sátt um skipun dómara, sem stefnt var að, sbr. áður nefnt nefndarálit meirihluta allsherjarnefndar Alþingis.

**5. Framkvæmdin fyrir gildistöku laga nr. 45/2010**

Í fyrstu lögnum um Hæstarétt Íslands, nánar tiltekið í Lögum um hæstarjett nr. 22/1919 frá 6. október 1919, var mælt fyrir um það í 4. gr. laganna að konungur veitti embætti við réttinn. Þá hefur allt frá tíð þeirra laga verið mælt fyrir um hæfisskilyrði hæstaréttardómara, sbr. 6. gr. laganna. Þar kom fram að svokallað dómaraþróf væri meðal hæfisskilyrða þeirra sem sæktust eftir embætti við réttinn, nánar tiltekið að dómaraefni hefði fyrstur greitt dómsatkvæði í fjórum málum. Með lögum nr. 111/1935 var þetta ákvæði felld niður og í lögum nr. 112/1935, sem var önnur löggjöfin um Hæstarétt Íslands, var í staðinn bætt við nýmæli um að leita skyldi umsagnar dómsins um dómaraefni áður en embætti við réttinn væri veitt.<sup>35</sup>

Miklar umræður urðu um afnám hins svonefnda dómaraþrófs á Alþingi og bent á að með því væri enn verið að auka vald dómsmálaráðherra og horfið inn á þá braut að gera dómsvaldið háðara framkvæmdarvaldinu. Dómaraþrófið hefði gert að verkum að enginn gæti orðið dómari í Hæstarétti nema bæði rétturinn og dómsmálaráðherra væru því samþykkir og þótti mörgum eðlilegt að við skipun dómara í réttinn væri fyrirkomulagið með þeim hætti að enginn tæki þar sæti, nema þeir sem bæði Hæstiréttur og dómsmálaráðherra væru sammála um að ættu þangað erindi. Þá þótti rétt að Hæstiréttur segði álit sitt á þeim, er þar vildu verða dómendur, sbr. greinargerð með lögum nr. 111/1935, þar sem fram kom að veitingarvaldinu gæti orðið nokkur styrkur að þeirri umsögn, því að dómendur í Hæstarétti væru oft næstir manna til að gefa upplýsingar um dómarahæfileika þeirra

<sup>35</sup> Guðrún Erlendsdóttir: „Innri starfsemi Hæstaréttar Íslands“. (1995) 44 Tímarit lögfræðinga, 23.



sem um embætti í Hæstarétti sæktu. Þannig var Hæstarétti í upphafi tryggð nokkur íhlutun um það hverjir gætu hlotið skipun í embætti dómara við réttinn.<sup>36</sup>

Í lögum nr. 57/1962, sem voru þau þriðju sem sett voru um Hæstarétt Íslands, var ákvæðið um hæfisskilyrði dómara nokkuð sambærilegt og í lögum nr. 112/1935 þótt það tæki einhverjum breytingum. Helst ber að nefna að með lögum nr. 57/1962 var nú kveðið á um í 2. gr. þeirra að forseti Íslands skipaði dómara í stað konungs áður. Jafnframt var afnumin undantekningarregla sem verið hafði í síðari málslið 1. tl. 1. mgr. 6. gr. laga nr. 112/1935 um að heimilt væri að skipa mann dómara við réttinn þrátt fyrir að hann hefði hlotið 2. einkunn á lagaprófi en í lögum nr. 22/1919 hafði verið gerð krafa um að dómaraefni hefði hlotið 1. einkunn á lagaprófi. Meginreglan um að dómaraefni hefði hlotið 1. einkunn á lagaprófi stóð því eftir óbreytt.

Ákvæði 3. mgr. 5. gr. laga nr. 57/1962 um að leita skyldi umsagnar Hæstaréttar um dómaraefni áður en dómaraembætti við réttinn væri veitt hélst óbreytt allt frá gildistíð laga nr. 112/1935 og fram til gildistíðar laga nr. 75/1973 um Hæstarétt Íslands, sem voru fjórðu heildarlögin um réttinn. Í þeim lögum stóð ákvæði 1. mgr. 5. gr. um hæfisskilyrði dómaraefna jafnframt óbreytt frá gildistíð eldri laga nr. 57/1962 og allt þar til árið 1991. Þá var 4. tl. 1. mgr. 5. gr. laganna breytt með 162. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, sem mælti fyrir um brottfall ýmissa ákvæða úr lögum nr. 75/1973 og breytingar á þeim. Lögin tóku gildi 1. júlí 1992 og voru breytingar helst gerðar á 3. mgr. ákvæðisins um þá starfsreynslu sem gert var að skilyrði að dómaraefni byggju að.

Með setningu eldri dómstólalaga nr. 15/1998 voru lög um Hæstarétt Íslands nr. 75/1973 felld úr gildi og var ákvæðum um hæfisskilyrði hæstaréttardómara breytt og nýtt ákvæði 4. gr. laga nr. 15/1998 í II. kafla laganna kom í staðinn. Þar voru þær breytingar helstar gerðar

<sup>36</sup> Guðrún Erlendsdóttir: „Innri starfsemi Hæstaréttar Íslands“. (1995) 44 Tímarit lögfræðinga, 23-24 og Pétur Kr. Hafstein: „Hæstaréttardómara“. (1995) 44 Tímarit lögfræðinga, 29.

að skilyrðið um að dómaraefni hefði hlotið 1. einkunn á lagaprófi var endanlega afnumið og aðeins gerð krafa um að viðkomandi hefði lokið embættisprófi í lögfræði eða háskólaprófi í grein sem metin væri jafngild. Lágmarksaldur dómaraefna var hækkaður úr 30 árum í 35 ár og jafnframt var mælt fyrir um að viðkomandi skyldi vera með íslenskan ríkisborgararétt, væri svo á sig kominn andlega og líkamlega að hann væri fær um að geta gegnt embættinu, auk þess að vera lögráða og hafa aldrei misst forræði á búi sínu. Þá var mælt fyrir um í 5. tl. 2. mgr. 4. gr. laga nr. 15/1998 að dómaraefni hefði hvorki gerst sekt um refsivert athæfi sem telja mætti svívirðilegt að almenningsáliti né sýnt af sér háttsemi sem gæti rýrt það traust sem dómara yrðu almennt að njóta. Óverulegar breytingar voru gerðar á þeirri starfsreynslu sem krafist var að dómaraefni byggju að en nýmæli sett í 8. tl. 2. mgr. 4. gr. um að viðkomandi teldist vera hæfur til að gegna embættinu í ljósi starfsferils síns og lögfræðilegrar þekkingar. Ákvæði um að dómsmálaráðherra skyldi leita umsagnar Hæstaréttar áður en skipað yrði í dómaraembætti hélst nánast óbreytt í 4. mgr. 4. gr. laganna, nema mælt var fyrir um að umsögn dómsins skyldi lúta að hæfi og hæfni umsækjenda til að gegna embættinu. Þá var bætt við í 4. mgr. 4. gr. nýmæli um að umsækjanda um embætti hæstaréttardómara yrði ekki veitt embættið kæmi fram í umsögn réttarins það álit að hann fullnægði ekki skilyrðum 5. eða 8. tölulíðar 2. mgr. 4. gr.

Með dómstólalögum nr. 15/1998 voru þannig ýmsar breytingar gerðar á hæfisskilyrðum sem giltu um umsækjendur um embætti hæstaréttardómara og settar mun ítarlegri reglur en verið hafði, bæði um almennt hæfi dómara og hvernig standa bæri að vali á dómurum til að tryggja að fagleg hæfni réði úrslitum um skipun í dómaraembætti.<sup>37</sup>

Um skipun héraðsdómara giltu aðrar reglur en um skipun hæstaréttardómara og var í III. kafla laga nr. 15/1998 mælt fyrir um skipun héraðsdómara, sbr. 12. gr. laganna. Þar kom fram að dómsmálaráðherra

---

<sup>37</sup> Björg Thorarensen: „Svigrúm og ábyrgð/ábyrgðarleysi ráðherra við skipun dómara.“ (2018) 71 Úlfjótur, 155.

skipaði héraðsdómara en ekki forseti Íslands. Hæfisskilyrði voru öll þau sömu og giltu um hæstaréttardómara nema að lágmarksaldur umsækjenda um embætti héraðsdómara skyldi vera 30 ár en ekki 35 ár og ekki voru gerðar eins ríkar kröfur um starfsreynslu umsækjenda. Þá var heldur ekki að finna ákvæði sambærilegt við áðurnefndan 8. t. 2. mgr. 4. gr. laga nr. 15/1998.

Í 2. mgr. 12. gr. laga nr. 15/1998 var síðan mælt fyrir um dómnefnd til að meta hæfni umsækjenda um embætti héraðsdómara. Þar kom fram að dómsmálaráðherra skyldi skipa þrjá menn í dómnefnd til þriggja ára í senn til að fjalla um hæfni umsækjenda um embætti héraðsdómara. Einn nefndarmanna skyldi vera tilnefndur af Hæstarétti og væri hann formaður nefndarinnar. Dómarafélag Íslands tilnefndi annan mann í nefndina úr röðum héraðsdómara en Lögmannafélag Íslands þann þriðja úr hópi starfandi lögmannna. Varamenn skyldu tilnefndir og skipaðir á sama hátt. Skipunartími í nefndina væri þrjú ár, en þó þannig að skipunartími eins manns rynni út hvert ár. Þá yrði sami maður ekki skipaður í sæti aðalmanns í nefndinni oftar en tvisvar samfleytt. Í 3. mgr. 12. gr. laganna var loks kveðið á um að dómnefndin skyldi láta dómsmálaráðherra í té skriflega og rökstudda umsögn um umsækjendur um embætti héraðsdómara. Að öðru leyti skyldi ráðherra setja nánari reglur um störf nefndarinnar.

Um uppruna nefndar til að fjalla um hæfni umsækjenda um embætti héraðsdómara er þess að geta að nefndinni var fyrst komið á fót með 5. gr. laga nr. 92/1989 um aðskilnað dómssvalds og umboðssvalds í héraði (síðar lög um framkvæmdarvald ríkisins í héraði) eða tæpum áratug áður en eldri dómstólalög nr. 15/1998 tóku gildi. Í athugasemdum með 5. gr. í frumvarpi til laga nr. 92/1989 kom fram að megintilgangur þessa nýmælis væri að styrkja sjálfstæði dómstólanna og auka traust almennings á því að dómarar væru óháðir handhöfum framkvæmdarvaldsins. Þessi ákvæði færðust síðar meir yfir í lög nr. 15/1998, svo sem að framan greinir.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Björg Thorarensen: „Svigrúm og ábyrgð/ábyrgðarleysi ráðherra við skipun dómara.“ (2018) 71 Úlfjótur, 155 og Alþingistíðindi, 1988–1989, A-deild, þskj. 204 – 182 mál.

Eins og áður er minnst á urðu nokkrar umdeildar skipanir bæði hæstaréttar- og héraðsdómara upp úr sl. aldamótum, nánar tiltekið árin 2003, 2004 og 2007, til þess að framangreindar reglur um skipun hæfnisnefndarinnar voru endurskoðaðar. „Landsréttarmálið“ árið 2017 er því síður en svo fyrsta málið þar sem deilt er um skipun dómara hér á landi. Eiríkur Tómasson nefnir það í grein sinni „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi“ sem kom út árið 2008 að þrátt fyrir hið yfirlýsta markmið dómstólalaganna frá 1998 um að styrkja stöðu og sjálfstæði dómstólanna mætti draga í efa að það hefði tekist sem skyldi, að minnsta kosti ef litið væri til þess hvernig staðið hefði verið að skipun dómara hin síðari ár. Þá kemur fram í máli Eiríks að gagnstætt því sem tíðkast hefði í Danmörku og Noregi mætti segja að ekki væri lengur meginreglan hér á landi að dómsmálaráðherra færi eftir tillögum hinna faglegu umsagnaraðila þegar kæmi að skipun í embætti dómara.<sup>39</sup>

Árið 2003 risu deilur í þjóðfélaginu vegna skipunar dómara í Hæstarétt en þar ákvað ráðherra að víkja frá umsögn réttarins um hvaða umsækjendur um embættið teldust hæfastir og leggja til annan nafngreindan umsækjanda. Í rökstuðningi ráðherra kom fram að lagt hefði verið til grundvallar við skipunina að umsækjandinn hefði þekkingu í Evrópurétti og að slík þekking væri nauðsynleg fyrir starfsemi réttarins. Þessi skipun varð tilefni þess að þrír aðrir umsækjendur sem voru taldir hæfastir í umsögn Hæstaréttar kvörtuðu til umboðsmanns Alþingis.

*SUA 3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003.*

Árið 2003 leituðu þrír umsækjendur um embætti hæstaréttardómara til umboðsmanns Alþingis yfir þeirri ákvörðun dómsmálaráðherra að leggja til við forseta Íslands að annar umsækjandi yrði skipaður í embætti dómara við Hæstarétt. Kvartanirnar byggðu allar að megin stefnu til á því að við umrædda skipun í embætti dómara við Hæstarétt hefði ákvörðun dómsmálaráðherra ekki verið nægilega undirbúin með vísan til jafnræðisreglu og rannsóknarreglu stjórn-sýsluréttar. Þá var því haldið

<sup>39</sup> Eiríkur Tómasson: „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“ *Afmálsrit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. (Bókaútgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, 2008), bls. 220–221.

fram að sá umsækjandi sem hlaut embættið hefði ekki verið hæfasti umsækjandinn eða jafnhæfur þeim sem báru fram kvartanirnar. Að mati þeirra hefði ákvörðunin því hvorki byggst á málefnalegum né lögmætum sjónarmiðum. Jafnframt var því haldið fram að rökstuðningur dómsmálaráðherra vegna skipunarinnar hefði ekki verið í samræmi við kröfur stjórnssýslulaga nr. 37/1993 um efni rökstuðnings.

Umboðsmaður ákvað að afmarka athugun sína á kvörtununum við tiltekin atriði sem lutu að undirbúningi ákvörðunar ráðherra við skipunina og beina athugun sinni sérstaklega að sjónarmiði um þekkingu umsækjenda á Evrópurétti sem ráðherra vísaði til í rökstuðningi sínum til þeirra. Niðurstaða umboðsmanns var sú að ráðherra hefði verið rétt að afla upplýsinga um hvort umsækjendur hefðu sérstaka þekkingu á þessu réttarsviði og eftir atvikum að hvaða marki reynt hefði á slíka þekkingu í störfum þeirra. Að mati umboðsmanns hefði málið ekki verið upplýst nægjanlega hvað þetta atriði varðaði áður en ákvörðun var tekin um hver yrði skipaður í embættið og hefði málsmeðferðin að þessu leyti því ekki verið í samræmi við 10. gr. stjórnssýslulaga nr. 37/1993. Þá taldi umboðsmaður jafnframt að skort hefði á að fullnægjandi upplýsingar hefðu legið fyrir um hvernig staðið var að samburði milli umsækjenda um önnur atriði sem ætla yrði að dómsmálaráðherra hefði litið til samkvæmt rökstuðningi hans til þeirra.

Árið 2004 urðu aftur miklar umræður í þjóðfélaginu um skipun dómara við Hæstarétt þar sem settur dómsmálaráðherra ákvað annað árið í röð að fara ekki eftir umsögn Hæstaréttar um hvaða umsækjendur um embættið teldust hæfastir heldur leggja til grundvallar að reynsla af lögmannsstörfum og málflutningi réði úrslitum við mat á því hvaða umsækjandi skyldi skipaður. Hlaut þessi skipun mikla opinbera gagnrýni en varð þó ekki tilefni til kvartana annarra umsækjenda til umboðsmanns Alþingis eða málshöfðana fyrir dómstólum. Öðru máli gegndi um skipun héraðsdómara við Héraðsdóm Norðurlands eystra árið 2007 en þá kvörtuðu tveir umsækjendur um embættið til umboðsmanns Alþingis yfir skipun setts dómsmálaráðherra í embættið. Umsækjandi sem þótti að mati dómnefndar um hæfi umsækjenda um dómarastörf standa aftar en þeir sem hæfastir voru metnir var skipaður í embættið og vísaði ráðherra í rökstuðningi sínum fyrir skipuninni sérstaklega til reynslu þess sem skipaður var

af starfi hans sem aðstoðarmaður dóms- og kirkjumálaráðherra um rúmlega fjögurra ára skeið.

*SUA 5220/2008 og 5230/2008.*

Tveir umsækjendur um embætti héraðsdómara við Héraðsdóm Norðurlands eystra leituðu til umboðsmanns vegna skipunar setts dómsmálaráðherra í embættið í desember 2007. Annar þeirra taldi að skipunin hefði ekki verið nægilega vel undirbúin með vísan til jafnræðisreglu og rannsóknarreglu stjórnarsýsluréttar, sbr. 10. og 11. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Einnig taldi hann að skipunin hefði ekki byggst á málefnalegum, gildum og löglegum sjónarmiðum miðað við umsögn og álit sérstakrar dómnefndar sem starfaði eftir 12. gr. laga nr. 15/1998 um dómstóla og metur hæfni umsækjenda. Þá taldi umsækjandinn jafnframt að rökstuðningur setts ráðherra í bréfi til hans hefði ekki verið í samræmi við 22. gr. stjórnarsýslulaga um efni rökstuðnings.

Hinn umsækjandinn taldi að ráðherra hefði ekki sinnt rannsóknarskyldu sinni sem skyldi og sniðgengið álit dómnefndarinnar án þess að hafa aflað sérstakra skýringa frá henni um það hvers vegna þeim umsækjanda er skipaður var í embættið hefði verið raðað svo neðarlega í flokk sem raun bar vitni. Þá taldi umsækjandinn að settur ráðherra hefði virt að vettugi regluna um að stjórnvaldi sem fari með skipunarvald beri að velja þann hæfasta úr hópi umsækjenda til að gegna opinberu embætti sem auglýst sé laust til umsóknar og að sá sem skipaður var gæti naumast hafa talist hæfastur til starfans með tilliti til venjubundinna sjónarmiða um hæfni umsækjenda til að gegna slíku embætti.

Í skýringum sínum til umboðsmanns tók settur ráðherra einkum fram að hann hefði talið að umsögn lögbundinnar dómnefndar um hæfni umsækjenda hefði verið ógagnsæ og lítt rökstudd. Þá hefði innra ósamræmis gætt í mati nefndarinnar á starfsreynslu umsækjenda og því hefðu verið vandkvæði á því að reisa ákvörðun um skipun í embættið alfarið á umsögninni. Umboðsmaður taldi að fyrst ráðherra hefði talið að framangreindir gallar væru á umsögn dómnefndarinnar hefði honum borið í samræmi við rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga að óska eftir að nefndin fjallaði aftur um málið og léti honum í té nýja umsögn þar sem bætt væri úr þessum annmörkum áður en hann tæki ákvörðun í málinu. Þá hefði einnig verið rétt, með tilliti til athugasemda ráðherra, að óska eftir að nefndin skýrði frekar hvað hefði ráðið mati

hennar á starfsreynslu eins umsækjandans sem aðstoðarmanns dóms- og kirkjumálaráðherra í samanburði við mat á annarri starfsreynslu. Í álitinu var jafnframt vísað til þess að mat á hæfni umsækjenda um opinbert embætti þyrfti að byggjast á samanburði milli þeirra og þá um þau atriði og sjónarmið sem lög og reglur kveði á um eða veitingarvaldshafinn ákveði að leggja til grundvallar ákvörðun sinni.

Það varð niðurstaða umboðsmanns að ekki hefði verið lagður fullnægjandi grundvöllur í samræmi við reglur stjórnisýsluréttarins að ákvörðun setts dómsmálaráðherra um að skipa þennan tiltekna umsækjenda í embætti héraðsdómara við Héraðsdóm Norðurlands eystra. Þá voru í álitinu að auki gerðar athugasemdir við að efni rökstuðnings ráðherra til annarra umsækjenda fyrir skipun í embættið hefði ekki uppfyllt kröfur 1. mgr. 22. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993.

Í kjölfar þessa ákvað annar af þeim umsækjendum sem kvörtuðu til umboðsmanns Alþingis árið 2007 vegna framangreindrar skipunar að höfða mál fyrir dómstólum gegn bæði settum ráðherra og ríkinu til greiðslu skaða- og miskabóta sökum skipunarinnar.

*Hrd. 412/2010.*

G höfðaði mál gegn ríkinu og settum dóms- og kirkjumálaráðherra í kjölfar þess að G hlaut ekki skipun í embætti héraðsdómara. Í umsögn dómnefndar samkvæmt 12. gr. laga nr. 15/1998 um dómstóla kom fram að G og tveir aðrir umsækjendur hefðu staðið öðrum framur og verið mjög vel hæfir til að gegna embættinu. Á, sem þá var settur dóms- og kirkjumálaráðherra, skipaði aftur á móti umsækjanda sem nefndin taldi að staði framangreindum umsækjendum að baki þrátt fyrir að sá teldist hæfur til að gegna embætti héraðsdómara.

Í dómi meirihluta þriggja dómara Hæstaréttar var rakið að með lögum nr. 15/1998, eins og þau voru þá úr gærði gerð, hefði rannsóknarskyldu stjórnisýslulaga í verulegum atriðum verið létt af dóms- og kirkjumálaráðherra við skipun í embætti héraðsdómara, en hún þess í stað lögð á herðar dómnefndar, sem skipuð væri með tilliti til þess að tryggt yrði að sérþekking væri þar fyrir hendi um mat á hæfni umsækjenda. Hefði ráðherra talið efni til að víkja frá álitni dómnefndarinnar hefði verið óhjákvæmilegt að ákvörðun hans yrði reist á frekari rannsókn, þar sem meðal annars yrði tekið tillit til fyrirmæla hans sjálfs í reglum um störf dómnefndarinnar. Ekkert þótti hins vegar

fram komið um frekari rannsókn ráðherra eða annarra á hans vegum á atriðum sem vörðuðu veitingu embættisins. Að mati Hæstaréttar hefði ráðherra mátt vera kunnugt að rannsókn hans hefði verið með öllu ófullnægjandi til að upplýsa málið nægilega svo að honum væri fært að taka aðra ákvörðun um hæfni umsækjenda en dómnefnd, sem skipuð var sérfróðum mönnum. Var þetta metið honum til sakar.

Þar sem ekkert lá fyrir um að G hefði staðið nær en aðrir umsækjendur sem taldir voru hæfastir til að hljóta embættið voru ráðherra og íslenska ríkið sýknuð af kröfu G um viðurkenningu á skaðabótaskyldu vegna fjártjóns hans. Þrátt fyrir að ráðherra hefði ekki látið orð falla til að vega að persónu eða æru G taldi meirihluti Hæstaréttar að ekki yrði litið fram hjá því að ráðherra hefði mátt vera ljóst að gerðir hans gætu að ófyrirsynju bitnað á orðspori G og orðið honum þannig að meini. Ráðherra hefði hins vegar gengið fram án þess að skeyta nokkuð um þessa augljósu hættu. Skilyrðum b-liðar 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993 var því talið fullnægt og breytti engu þar um að G hefði ekki átt lögvarinn rétt á að hljóta embættið. Varð niðurstaða meirihluta Hæstaréttar því sú að ráðherra og íslenska ríkið voru í sameiningu dæmd til að greiða G miskabætur.

Í sératkvæði minnihluta réttarins eða tveggja dómara af fimm varð niðurstaðan hins vegar sú að sýkna einnig af kröfu G um miskabætur þar sem ekki var talið að hann ætti lögvarinn rétt til að hljóta embættið þrátt fyrir að dómnefnd samkvæmt þágildandi 12. gr. laga nr. 15/1998 hefði skipað honum ásamt tveimur öðrum fremst meðal umsækjenda. Af þessum sökum var að mati minnihluta réttarins ekki vegið að æru eða persónu G með því einu að ráðherra hefði veitt einum af fjórum öðrum umsækjendum embættið og gat í því sambandi engu breytt að þeim umsækjanda hafi verið raðað lægra í álit dómnefndar. Hvorki við veitingu embættisins né í skýringum, sem ráðherra gaf á síðari stigum á ákvörðun sinni, var vikið orðum að G sem að mati minnihluta réttarins gætu horft honum til álitshnekkis, heldur snerist umfjöllun ráðherra um að færa rök fyrir því að dómnefnd hafi ekki metið að verðleikum þann umsækjanda, sem varð fyrir valinu. Að mati minnihluta Hæstaréttar gat G af þessum sökum hlutlægt séð ekki talist hafa sætt meingerð af hendi ráðherra, sem beindist gegn æru hans eða persónu þannig að varðað gæti miskabótum samkvæmt b-lið 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga.



Síðastgreindur dómur var kveðinn upp 14. apríl 2011 en þá höfðu nýjar reglur um skipun dómara samkvæmt lögum nr. 45/2010 þegar tekið gildi.

## 6. Um framkvæmd á Íslandi og í öðrum norrænum ríkjum

### 6.1 Inngangur

Ágreiningsefni um skipun dómara hafa verið afar sjaldgæf í þeim ríkjum sem skyldust eru Íslandi með tilliti til stjórnskipunar og reglna um dómsvaldið, öfugt við þá þróun sem átt hefur sér stað í þessum efnnum hér á landi sl. 15 ár og vikið hefur verið að hér að framan.<sup>40</sup> Iðulega er litið til annarra Norðurlanda við lagasetningu hér á landi, einkum til Danmerkur og Noregs, en engin tilviljun er að litið er til þessara tveggja ríkja því réttarkerfi okkar er í megindráttum sniðið eftir fyrirmyndum sem þangað hafa verið sóttar. Sem dæmi um þetta má benda á stjórnarskrá okkar sem Íslendingar þáðu á sínum tíma að gjöf frá Danakonungi en af því leiðir að stjórnskipun okkar á uppruna sinn í þeirri dönsku og svipar enn í ýmsum atriðum til hennar.<sup>41</sup> Þó ber að hafa í huga að mikilvægur greinarmunur er á stjórnskipunarframkvæmd í þessum ríkjum þrátt fyrir hinar sameiginlegu rætur. Verður nú vikið að framkvæmd þeirri er viðhöfð er í Danmörku og Noregi um skipun dómara, einkum í Danmörku.

### 6.2 Núverandi framkvæmd í Danmörku með hliðsjón af framkvæmd í Noregi

Í 42. gr. dönsku réttarfarlaganna (retsplejeloven) er mælt fyrir um að þjóðhöfðingi skipi dómara með fast sæti við dómstóla landsins,

<sup>40</sup> Björg Thorarensen: „Svigrúm og ábyrgð/ábyrgðarleysi ráðherra við skipun dómara“. (2018) 71 Úlfjótur, 153.

<sup>41</sup> Eiríkur Tómasson: „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“ *Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. (Bókaútgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, 2008), bls. 220–221.

að tillögu dómsmálaráðherra.<sup>42</sup> Í 43. gr. laganna er nánar mælt fyrir um skipun dómara þar í landi. Í lagagreininni segir að við skipun þeirra skuli leggja höfuðáherslu á lögfræðilega þekkingu og persónulega eiginleika umsækjenda. Þá skuli við matið litið til þess hvort umsækjandi eigi fjölbreytilegan lögfræðilegan starfsferil að baki og auk þess tekið tillit til þess að við dómstólinn skuli vera dómáram með ólíkan lögfræðilegan starfsferil.<sup>43</sup>

Þá er í 43. gr. a sömu laga kveðið á um sérstaka umsagnarnefnd eða dómnefnd (dommerudnævnelsesráð) sem skuli gera tillögu til ráðherra um hver úr hópi umsækjenda um dómárástöðu skuli hljóta embættið. Tillaga ráðsins skal vera rökstudd, sbr. 17. gr. reglugerðar um störf nefndarinnar.<sup>44</sup> Í 43. gr. b er mælt fyrir um skipun ráðsins en þar kemur fram að í því skuli sitja sex menn, nánar tiltekið þrjú dómáram frá hverju hinna þriggja dómstiga, þ.e. Hæstarétti, Eystra- og Vestra landsrétti og héraðsdómstólunum. Dómendurnir skuli tilnefndir af dómendum á hlutaðeigandi dómstigi, þ.e. Hæstarétti, Landsréttunum tveimur og dönsku dómárasamtökunum. Þá skuli sitja í nefndinni einn lögmaður, tilnefndur af Lögmannafélaginu og síðan tveir fulltrúar almennings, einn sem tilnefndur er af sambandi danskra sveitarfélaga og annar af samtökum frjálsra félagasamtaka í Danmörku (dansk folkeoplysnings samráð). Formaður dómnefndarinnar skal vera sá hæstaréttardómáram sem tilnefndur er í hana og ræður atkvæði hans úrslitum ef atkvæði falla jöfn. Fulltrúar almennings í ráðinu skyldu samkvæmt athugasemdum með lögunum vera víðsýnir einstaklingar

<sup>42</sup> Eiríkur Tómasson: „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“ *Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. (Bókauktgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, 2008), bls. 216 og Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen: *Dansk Statsret*. (Jurist- og Ökonomforbundets Forlag, 2012), bls. 100–101.

<sup>43</sup> Sigríður Ingvarsdóttir: „Um dómásvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“. (2004) 53 Tímarit lögfræðinga, 488–489.

<sup>44</sup> Eiríkur Tómasson: „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“ *Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. (Bókauktgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, 2008), bls. 217 og Sigríður Ingvarsdóttir: „Um dómásvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“. (2004) 53 Tímarit lögfræðinga, 489. Sjá einnig nánar reglugerð um störf dönsku hæfnisnefndarinnar eða „Bekendtgørelse om forretningsorden for Dommerudnævnelsesrådet“.

sem tilbúnir væru til að helga sig starfanum, auk þess að búa yfir vinnuþreki og persónulegum heilindum.<sup>45</sup>

Svo stuttlega sé vikið að framkvæmd við skipun dómara í Noregi til samanburðar er þess að geta að samkvæmt 55. gr. norsku dómstóla-laganna skipar konungur dómara, en ríkisstjórnin ber fram tillögu dómsmálaráðherra um skipunina. Með breytingu á lögnum árið 2001, sem tóku gildi 7. maí 2002, var komið á fót sérstöku tilnefningarráði (innstillingsráð) sem leggur mat á umsækjendur áður en skipað er í embætti dómara, þar á meðal hæstaréttardómara. Í ráðinu eiga sæti sjö menn, þrjú dómara, einn lögmaður, einn lögfræðingur í opinberri þjónustu og tveir fulltrúar almennings sem ekki eru lögfræðir. Þannig mynda dómara minni hluta ráðsins. Konungur skipar menn í ráðið til fjögurra ára í senn og er heimilt að skipa þar sama mann í mesta lagi tvisvar. Ráðið mælir með þremur umsækjendum, skipar þeim í röð eftir hæfni og rökstyður þá niðurstöðu. Ráðið gefur álit um umsækjendur til Hæstaréttar og kynnir það réttinum áður en forseti Hæstaréttar gefur sitt álit beint til ráðuneytisins eftir að hafa ráðfært sig við dómara. Ríkisstjórnin er ekki bundin af tillögu ráðsins. Vilji ríkisstjórnin skipa einhvern sem ekki er tilnefndur af ráðinu verður, áður en það er gert, að óska eftir umsögn ráðsins um þann umsækjanda. Þá kemur fram í 2. mgr. 55. gr. norsku dómstóllaganna að tilnefna skuli sem dómara einstaklinga, sem standast ríkar kröfur um faglega hæfni og persónulega eiginleika. Jafnframt eigi að velja dómara úr hópi lögfræðinga sem hafa mismunandi starfsreynslu að baki.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Jens Peter Christensen: *Domstolene – den tredje statsmagt.* (Magtudredningen, 2004), bls. 79–80. <[https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1\\_domstolene\\_-\\_den\\_tredje\\_statsmagt.pdf](https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1_domstolene_-_den_tredje_statsmagt.pdf)> sótt 1.5.2018. Sjá einnig Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen: *Dansk Statsret.* (Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2012), bls. 101 og Eirík Tómasson: „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“ *Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands.* (Bókaútgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, 2008), bls. 217.

<sup>46</sup> Sjá nánar 55. gr. og 55. gr. a-c í norsku dómstóllögnum. Einnig skýrsla nefndar dómsmálaráðherra um endurskoðun reglna um skipan dómara frá 7. október 2009, bls. 10. <[https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir/Skyrsla\\_nefndar\\_um\\_skipan\\_domara\\_okt09.pdf](https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir/Skyrsla_nefndar_um_skipan_domara_okt09.pdf)> sótt 1.5.2018 og drög að frumvarpi til laga um breytingu á lögum um dómstóla nr. 15/1998 (fjölgun dómara, reglur um skipun dómara), dagsett 17. mars 2016. <<https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir-2016/Frumvarp-til-laga-um-breytingu-a-logum-um-domstola.pdf>> sótt 6.6.2018.

Rýmisins vegna verður þetta látið duga um framkvæmd við skipun dómara í Noregi og sjónum áfram beint að framkvæmdinni í Danmörku.

### 6.3 Breytingar á framkvæmdinni í Danmörku árið 1999 og framkvæmd fyrir þann tíma

Framangreint ákvæði um sérstaka dómnefnd sem gerir tillögu til ráðherra um skipun dómara kom inn í dönsku réttarfarslögin með breytingum sem gerðar voru á þeim með lögum frá 26. júní 1998 nr. 402/1998. Lagabreytingarnar, sem tóku gildi 1. júlí 1999, voru liður í endurbótum á því kerfi sem verið hafði við lýði í Danmörku þegar kom að tilnefningu í embætti dómara.<sup>47</sup> Þótt ákvörðunarvald um skipun dómara sé að dönskum rétti í höndum ráðherra var áður fyrr sá háttur hafður á að dómstólarnir sjálfir létu ráðherra í té umsögn um þá sem til greina komu í embætti dómara og höfðu þannig í reynd úrslitaáhrif á það hver hlaut tilnefningu sem dómari. Samkvæmt fastri venju aflaði dómsmálaráðherra umsagnar frá dómstólunum sjálfum við skipun dómara. Þannig lét Hæstiréttur ráðherra í té álit við skipun hæstaréttardómara og forsetar hinna dómstiganna tveggja, þ.e. Landsréttar og héraðsdómstólanna þegar kom að skipun dómara á þeim dómstigum. Tillögum dómstólanna um hver skyldi hljóta embætti dómara var samkvæmt áralangri venju nær undantekningarlaust fylgt af ráðherra.<sup>48</sup>

Á 20. öld kom það aðeins einu sinni fyrir að ráðherra ákvað að skipa annan mann en þann sem Hæstiréttur Danmerkur hafði talið hæfastan. Það gerðist árið 1961 þegar ráðherra ákvað að tilnefna embættismann, sem lokið hafði doktorsprófi og starfað sem lagaprófessor. Sá

<sup>47</sup> Jens Peter Christensen: *Domstolene – den tredje statsmagt.* (Magtudredningen, 2004), bls. 79. <[https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1\\_domstolene\\_-\\_den\\_tredje\\_statsmagt.pdf](https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1_domstolene_-_den_tredje_statsmagt.pdf)> sótt 1.5.2018. Einnig Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen: *Dansk Statsret.* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012), bls. 101.

<sup>48</sup> Jens Peter Christensen: *Domstolene – den tredje statsmagt.* (Magtudredningen, 2004), bls. 76. <[https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1\\_domstolene\\_-\\_den\\_tredje\\_statsmagt.pdf](https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1_domstolene_-_den_tredje_statsmagt.pdf)> sótt 1.5.2018. Einnig Eiríkur Tómasson: „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“ *Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands.* (Bókaútgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, 2008), bls. 216.

umsækjandi sem Hæstiréttur hafði mælt með, dómari við Landsrétt, var skipaður næst þegar laust embætti var auglýst við réttinn. Tvö önnur dæmi eru þó til í danskri réttarsögu þar sem til stóð af hálfu ráðherra að skipa annan mann en Hæstiréttur Danmerkur hafði mælt með en atvik þróuðust með þeim hætti að ýmist var útnefningin dregin tilbaka eða dómaraefnið sjálft dró sig í hlé.<sup>49</sup> Almennit hefur þannig ríkt friður um skipun dómara í Danmörku og jafnvel talið að þar í landi sé nær óhugsandi að ráðherra fari gegn álitni nefndarinnar, þrátt fyrir að það sé ekki bindandi.<sup>50</sup>

Það fyrirkomulag að dómstólarnir réðu því nánast alfarið sjálfir hverjir væru skipaðir dómamar var á sínum tíma gagnrýnt í Danmörku og laut gagnrýnin einkum að því að þetta fyrirkomulag gerði að verkum að dómamar, og einkum þá hæstaréttardómamar, væru margir hverjir með sama faglega bakgrunninn og þar afleiðandi of einsleitir hópur. Þannig hefðu þeir margir byrjað feril sinn í danska dómsmálaráðuneytinu, síðan starfað sem dómamar á lægri dómstigum áður en þeir svo að endingu tækju sæti í Hæstarétti Danmerkur. Sökum þessa og einnig í ljósi alþjóðlegrar réttarþróunar á þessu sviði<sup>51</sup> var skipuð nefnd 11. mars árið 1993 til að endurskoða þágildandi réttarreglur um danska dómstóla, þ. á m. um tilhögun á því ferli sem gildi um skipun dómara. Nefndin skilaði álitni sínu árið 1996 og í framhaldinu voru sett áðurnefnd lög

<sup>49</sup> Jens Peter Christensen: *Domstolene – den tredje statsmagt*. (Magtudredningen, 2004), bls. 76–77. <[https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1\\_domstolene\\_-\\_den\\_tredje\\_statsmagt.pdf](https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1_domstolene_-_den_tredje_statsmagt.pdf)> sótt 1.5.2018. Einnig Eiríkur Tómasson: „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“ *Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. (Bókaútgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, 2008), bls. 216.

<sup>50</sup> Skýrsla nefndar dómsmálaráðherra um endurskoðun reglna um skipan dómara frá 7. október 2009, bls. 15. <[https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir/Skyrsla\\_nefndar\\_um\\_skipan\\_domara\\_okt09.pdf](https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir/Skyrsla_nefndar_um_skipan_domara_okt09.pdf)> sótt 1.5.2018.

<sup>51</sup> Þær evrópsku reglur um skipun dómara sem voru að þróast á þessum tíma voru til dæmis tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins nr. R(94) 12 frá 13. október 1994 um sjálfstæði, skilvirki og hlutverk dómenda (Council of Europe Committee of Ministers recommendation No. R (94) 12 of the committee of ministers to member states on the independence, efficiency and role of judges) og Sáttmáli dómenda í Evrópu frá 1998 (European charter on the Statute for judges).

nr. 402/1998 um breytingar á dönsku réttarfarslögunum um skipun dómara, sem tóku eins og fyrr greinir gildi árið 1999.<sup>52</sup>

Í kjölfar þeirra umbóta sem gerðar voru á tilnefningarferlinu í Danmörku árið 1999 er nú gert ráð fyrir að dómnefndin, sem falið er að meta hæfni dómara, sbr. 43. gr. a dönsku réttarfarslaganna, geri tillögur um skipun þeirra en samkvæmt 16. gr. áðurnefndrar reglugerðar um störf nefndarinnar má hún aðeins gera tillögu um einn umsækjanda um sérhvert laust dómaraembætti. Gengið er að því vísu að ráðherra fari eftir þeirri tillögu og leggi síðan til við þjóðhöfðingiann að sá sem nefndin eða meirihluti hennar geri tillögu um, verði skipaður í embætti dómara. Valdheimildum ráðherra í þessu efni er afar þröngur stakkur skorinn því í raun getur hann aðeins gert tvennt – ýmist farið eftir tillögu nefndarinnar eða hafnað henni. Kjósi hann að gera hið síðarnefnda eru engar lagaheimildir fyrir hendi sem gera honum kleift að tilnefna annan einstakling úr hópi umsækjanda að eigin vali. Hendur ráðherra eru þannig í reynd nánast bundnar. Af hálfu danska dómsmálaráðuneytisins var einnig tekið fram í frumvarpi til áðurnefndra breytingarlaga að gert væri ráð fyrir því að það yrði aðeins í undantekningartilvikum að ráðherra fylgdi ekki tillögum dómnefndarinnar og að í slíkum tilvikum skyldi hann upplýsa laganefnd danska þjóðþingsins (folketingets retsudvalg) þar um.<sup>53</sup>

Markmið þessara breytinga voru í meginatriðum þrenns konar. Í fyrsta lagi að treysta sjálfstæði dómstólanna gagnvart handhöfum framkvæmdarvaldsins. Í öðru lagi að gera aðdragandann að skipun

<sup>52</sup> Jens Peter Christensen: *Domstolene – den tredje statsmagt.* (Magtudredningen, 2004), bls. 75–79. <[https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1\\_domstolene\\_-\\_den\\_tredje\\_statsmagt.pdf](https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1_domstolene_-_den_tredje_statsmagt.pdf)> sótt 1.5.2018. Einnig Eiríkur Tómasson: „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“ *Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands.* (Bókaútgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, 2008), bls. 213–214 og 217.

<sup>53</sup> Eiríkur Tómasson: „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“ *Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands.* (Bókaútgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, 2008), bls. 217 og Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen: *Dansk Statsret.* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012), bls. 101.

dómara gegnsærri en áður hafði tíðkast og loks í þriðja lagi að stuðla betur að því að dómara, ekki þá síst hæstaréttardómara, ættu fjölbreytilegri starfsferil að baki en verið hafði. Endurspeglast þriðja og síðasta markmiðið vel í orðalagi 43. gr. dönsku réttarfarlaganna.<sup>54</sup> Danskir fræðimenn hafa bent á að nú sé tryggt með lögum að dómstólar hafi úrslitaáhrif á það hverjir verði skipaðir dómara. Þegar fyrir gildistöku þessara laga hafi aðstaðan þó verið sú að dómstólarnir höfðu í raun þetta vald. Nú hafi verið búið svo um hnútana að formlega hafi verið komið í veg fyrir að ráðherra geti tilnefnt umsækjanda um embætti dómara að eigin vali. Í reynd sé þó enginn munur nú og á fyrra ástandi. Hin raunverulega nýjung sem þær umbætur er fylgi stofnun dómnefndarinnar hafi haft í för með sér, sé sú að dómstólarnir séu ekki lengur öruggir um að sá aðili sem þeir tilnefni hljóti skipun í embætti dómara. Að þessu leyti hefði dregið úr sjálfstæði dómstólanna, þar sem þeir hafi nú minni áhrif á skipunarferlið en áður á meðan því mætti halda fram að samfélagsleg áhrif á það væru meiri.<sup>55</sup> Skilja verður þetta sem svo að hér sé vísað til samsetningar dómnefndarinnar þar sem aðeins þrjú nefndarmenn af sex eru tilnefndir af hálfu dómstólanna, sbr. það sem áður greinir.

#### 6.4 Samanburður á þeim breytingum sem lög nr. 402/1998 og lög nr. 45/2010 höfðu í för með sér

Ljóst er að þær breytingar sem gerðar voru með lögum nr. 45/2010 hér á landi voru um margt áþekkar þeim breytingum sem Danir innleiddu með lögum nr. 402/1998. Til að mynda var ekki lengur gert ráð fyrir umsögn dómstóla um umsækjendur í báðum löndum og á Íslandi var ákveðið að fjölga í hæfnisnefndinni og breyta samsetningu hennar í átt að því sem tíðkaðist í Danmörku. Þá var farið eftir þeirri tilhögun dönsku hæfnisnefndarinnar að láta hana fjalla um umsækjendur á báðum dómstigum en nefnd um hæfni dómara

<sup>54</sup> Eiríkur Tómasson: „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“ *Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. (Bókaútgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, 2008), bls. 217–218.

<sup>55</sup> Jens Peter Christensen: *Domstolene – den tredje statsmagt*. (Magtudredningen, 2004), bls. 85–86. <[https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1\\_domstolene\\_-\\_den\\_tredje\\_statsmagt.pdf](https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1_domstolene_-_den_tredje_statsmagt.pdf)> sótt 1.5.2018. Einnig Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen: *Dansk Statsret*. (Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012), bls. 101–102.

samkvæmt 3. mgr. 12. gr. eldri dómstólalaga nr. 15/1998 hafði fram til þess aðeins fjallað um umsækjendur um embætti héraðsdómara á meðan Hæstiréttur skilaði sérstakri umsögn um umsækjendur sem þar sóttu um.

Hins vegar er enn mikilvægur greinarmunur á íslenskri og danskri löggjöf þegar kemur að skipun dómara og felst hann fyrst og fremst í því að í Danmörku er ráðherra í reynd bundinn af umsögn nefndarinnar og engin lagaákvæði fyrir hendi sem heimila honum að víkja frá álitum hennar, t. a. m. með fulltingi þjóðþingsins, líkt og opnað var fyrir hér á landi með lögum nr. 45/2010. Má því segja að skipunarvaldið liggja í reynd hjá dómnefndinni í Danmörku þrátt fyrir að ráðherra fari með það að nafninu til. Hér á landi er skipunarvald ráðherra á hinn bóginn mjög virkt ef svo má að orði komast, enda telur ráðherra sig almennt ekki vera bundinn af álitum nefndarinnar þrátt fyrir að gert sé ráð fyrir því að honum sé óheimilt, án aðkomu Alþingis, að gera tillögu til forseta um annan mann en þann sem dómnefnd hefur metið hæfastan, sbr. orðalag 2. mgr. 12. gr. laga nr. 50/2016. Þá er sá greinarmunur einnig fyrir hendi í tilhöggun landanna tveggja í þessu efni að eingöngu er heimilt að tilnefna einn umsækjanda um embætti dómara hæfastan í Danmörku, eins og rakið hefur verið að framan, á meðan engar slíkar hömlur eru settar á hér á landi, sbr. 1. mgr. 12. gr. laga nr. 50/2016.

Hugmyndir um að svipta ráðherra ákvörðunarvaldinu með því að mæla fyrir um að hann verði bundinn af umsögn hæfnisnefndar þannig að svigrúm hans til mats þegar hann tekur ákvörðun um skipun dómara, verði í raun ekkert, hafa ekki hlotið hljómgrunn hér á landi.<sup>56</sup> Í því sambandi hefur verið bent á að ráðherra beri bæði

---

<sup>56</sup> Áður var vikið að frumvarpi innanríkisráðherra frá 2016 þar sem ákveðnar tillögur voru gerðar á breytingum á þágildandi dómstólalögum nr. 15/1998 í því skyni skapa frekari sátt um þær reglur sem gilda um skipun dómara. Breytingarnar fólst sem fyrr segir í því að fjölga í dómnefndinni úr fimm í sjö og jafnframt færa í lög að nefndin skyldi greina frá því í umsögn sinni til ráðherra hvaða þremur umsækjendum úr hópi hæfra umsækjenda hún mælti með í embætti dómara. Í athugasemdum við lagafrumvarpið kom fram að gagnrýnt hefði verið að með því að dómnefndin setti einn umsækjanda öðrum framur í umsögn sinni, líkt og hún hefði heimild til, væri ákvörðunarvald um skipun dómara í raun á hendi



lagalega og pólitíska ábyrgð á gjörðum sínum, ólíkt dómnefndinni, sem axli enga ábyrgð á ákvörðunum sínum. Það hefur þótt orka tvímælis að með því að færa raunverulegt skipunarvald með þessum hætti yfir til dómnefndar og að ráðherra væri undantekningarlaust skylt að fara eftir álitni hennar, væri ábyrgðin á skipun dómara í reynd hjá stjórnvaldi sem ekki er ábyrgt gagnvart þinginu. Ábyrgðin á skipun dómara þurfi þannig að vera hjá þeim sem beint eða óbeint sækir umboð sitt til þjóðarinnar. Hins vegar hefur sú skoðun verið ráðandi, t. a. m. í Danmörku, að þrátt fyrir að umsagnir dómnefndar séu ekki formlega bindandi og skipunin sé á hendi framkvæmdarvaldsins, hefur þótt æskilegast að fylgja tillögum nefndarinnar, enda hafi það nær ávallt verið gert.<sup>57</sup>

## 7 Er rétt að leggja Ísland og Danmörku að jöfnu þegar kemur að skipun dómara?

• Eins og vikið hefur verið að er Danmörk eitt þeirra landa sem Íslendingar líta helst til þegar kemur að lagasetningu og við „viljum helst bera okkur saman við“ í þessu tilliti, eins og það er stundum orðað. Að framan hafa verið raktar núgildandi reglur um skipun dómara í báðum löndum og reynt að varpa ljósi á ríkjandi framkvæmd við skipun dómara í tímans rás og gera grein fyrir þeim lagabreytingum sem leiddu til gildandi réttarreglna á þessu sviði. Ljóst

---

nefndarinnar og þar með hjá stjórnvaldi sem hvorki bæri ábyrgð gagnvart Alþingi né öðrum handhöfum ríkisvaldsins. Markmið frumvarpsins væri sérstaklega að tryggja að raunverulegt vald til ákvörðunar um skipun í embætti dómara lægi ekki hjá dómnefndinni heldur hjá ráðherra með því að hann hefði alla jafna val á milli þriggja hæfra umsækjenda að undangengnu faglegu mati dómnefndar. Með því væri jafnframt tryggt að dómnefndin þyrfti ekki að gera upp á milli umsækjenda um dómaraembætti sem stæðu því sem næst jafnir heldur kæmi það í hlut ráðherra sem bæri stjórnskipulega ábyrgð á skipun dómara. Frumvarpið var sem fyrr segir ekki samþykkt. Sjá <<https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir-2016/Frumvarp-til-laga-um-breytingu-a-logum-um-domstola.pdf>> sótt 6.6.2018.

<sup>57</sup> Jón Steinar Gunnlaugsson: „Skipun hæstaréttardómara. Er breytinga þörf?“ (2006) 55 Tímarit lögfræðinga, 198, Björg Thorarensen: „Svigrúm og ábyrgð/ábyrgðarleysi ráðherra við skipun dómara“ (2018) 71 Úlfjótur, 158 og Eiríkur Tómasson: „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“ *Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. (Bókaútgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, 2008), bls. 226.

er að reglur um skipun dómara eru um margt áþekkar í löndunum tveimur en þó alls ekki alveg eins þegar betur er að gáð. Engu að síður er iðulega vísað til Danmerkur þegar rætt er um skipun dómara á Íslandi og þeirrar staðreyndar að almennt standi engar deilur um þær skipanir þar í landi á meðan þær eru algengar hér landi.

Þótt Íslendingar hafi sannarlega oft sótt sér fyrirmyndir til Danmerkur þá vaknar sú spurning hvort samanburður í þessu tilliti sé að öllu leyti réttlætanlegur? Væri ef til vill réttara að bera íslenskt réttarkerfi saman við réttarkerfi ríkja sem ekki er eins vinsælt að „bera okkur saman við“, t.d. hið bandaríska? Í fljótu bragði virðist vera hægt að svara þeirri spurningu neitandi, enda er bandarísk stjórnskipun og réttarfar mun fjarskyldara íslenskum rétti en hinar dönsku rætur sem áður var vísað til. En hvað þann samanburð varðar kann að leika vafi á því hvort rétt sé að gera sömu kröfur til Íslands og Danmerkur þegar vikur að umræðunni um skipun dómara og dómskerfi landanna tveggja og með því binda sömu væntingar til íslensks réttarkerfis og dansks. Sú spurning er áleitin hvort meðvitund um norrænar fyrirmyndir laga og stjórnskipunar geti leitt til þess að Íslendingum yfirjáist mikilvægur greinarmunur á íslenskum og dönskum dómstólum í þessu tilliti. Eitt er að vilja bera sig saman við einhvern eða einhverja. Annað er að vera í reynd samanburðarhæfur.

Dómstólar hér á landi hafa í meginatriðum sömu völd og dómstólar í Danmörku, til dæmis þegar kemur að því að skera úr um hvort almenn lög standist stjórnarskrá og þá til að veita löggjafanum visst aðhald ef talið er að hann hafi farið út fyrir stjórnskipuleg valdmörk sín. Heimildir dómstóla til að endurskoða hvort almenn lög samrýmist stjórnarskrá hafa á Íslandi líkt og í Danmörku mótast í meðförum almennra dómstóla á grundvelli óskráðra reglna. Þannig hafa íslenskir og danskir dómstólar verið álitnir réttbærir til að fara með þessar heimildir og hvílir endurskoðunarvald dómstóla á grundvelli órofa stjórnskipunarvenju sem ekki verður aflögð nema með stjórnarskrárbreytingu. Þá hefur þróunin hér á landi, sem og á hinum Norðurlöndunum, verið í átt að auknu eftirlitshlutverki

dómstóla gagnvart löggjafarvaldinu undanfarna áratugi.<sup>58</sup> Þegar skoðað er hvernig íslenskir dómstólar annars vegar og danskir dómstólar hins vegar, hafa beitt þessu valdi, kemur mikilvægur greinarmunur í ljós. Danskir dómstólar hafa verið mun varfærnari í beitingu valdsins en hinir íslensku sem birtist best í þeirri staðreynd að Hæstiréttur Danmerkur hefur aðeins einu sinni komist að þeirri niðurstöðu að almenn lög brjóti í bága við dönsku stjórnarskrána (grundloven). Það var í svokölluðu Tvind-máli í dómi réttarins frá 19. febrúar 1999.<sup>59</sup>

UfR. 1999:841 H.

Málið fjallaði um deilur nokkurra einkarekinna grunnskóla í Danmörku sem kennd eru við Tvind-skólasamtökin við menntamálaráðuneytið en samtökin höfðu notið opinberra fjárframlaga frá danska ríkinu. Einn skólanna í umræddum samtökum höfðaði mál gegn stjórnvöldum og gerði þær dómkrafaðar að ráðuneytið viðurkendi að 7. gr. laga nr. 506/1996 frá 12. júní 1996 um breyting á lögum um lýðháskóla, heimavistarskóla o.fl., gildi ekki um hina einkareknu skóla en með lögnum hafði verið tekið fyrir opinber fjárframlög til nokkurra slíkra skóla. Í dóminum komst Hæstiréttur Danmerkur að þeirri niðurstöðu að áður nefnd 7. gr. laga nr. 506/1996 bryti í bága við 3. mgr. 3. gr. dönsku stjórnarskrárinnar um þrískiptingu ríkisvaldsins, nánar tiltekið þá reglu að dómendur færu með dómsvaldið, og að með lagasetningunni hefði verið gripið inn í réttarágreining skólans við menntamálaráðuneytið. Nánar tiltekið var tekið fram í dóminum að í athugasemdum við frumvarp það er varð að lögum nr. 506/1996 að rökin fyrir lagasetningunni væru þau að menntamálaráðherra, með hliðsjón af ákveðnum rannsóknum, treysti því ekki að skólarnir myndu nota hin opinberu framlög í samræmi við lög. Með 7. gr. voru skólarnir þannig sviptir rétti til að sækja um framlög samkvæmt almennum reglum sem um þá giltu sem og um aðra skóla er stóðu utan Tvind-samtakanna. Hæstiréttur færði rök fyrir því að löggjafarvaldið hefði með lögnum tekið af skarið um þær deilur sem skólarnir áttu í við

<sup>58</sup> Björg Thorarensen: „Dómstólaeftirlit með Alþingi: Breytt valdahlutföll í stjórnskipuninni“. (2016) 12 Stjórnsmál og stjórnssýsla, 23, 28 og 32. <<http://www.irpa.is/article/view/a.2016.12.1.2/pdf>> sótt 14.3.2018 og Sigurður Líndal: *Um lög og lögfærði*. (Hið íslenska bókmenntafélag, 2002), bls. 163.

<sup>59</sup> Björg Thorarensen: „Dómstólaeftirlit með Alþingi: Breytt valdahlutföll í stjórnskipuninni“. (2016) 12 Stjórnsmál og stjórnssýsla, 29–30. <<http://www.irpa.is/article/view/a.2016.12.1.2/pdf>> sótt 14.3.2018.

stjórnvöld og með því lýst þeirri skoðun sinni að skólarnir færu ekki eftir þeim skilyrðum sem sett voru fyrir styrkveitingum. Þá kom einnig fram í niðurstöðu réttarins að með slíku inngripi löggjafans sem hafði þær afleiðingar að komið var í veg fyrir að Tvínd-skólarnir fengju skorið úr um rétt sinn til opinberra fjárframlaga fyrir dómstólum, hefði verið tekin ákvörðun um og bundinn endir á raunverulegan réttarágreining.<sup>60</sup>

Með vísan til þessarar niðurstöðu lýsti Hæstiréttur því yfir að áfrýjanda, sem var einn þeirra skóla sem löggin áttu að taka til, bæri að virða þau að vettugi. Danskir fræðimenn hafa bent á dóminn sem dæmi um að endurskoðunarvald dómstóla þar í landi sé orðið virkara og sýnilegra á undanförunum árum en lengi vel voru dómstólar þar í landi afar hikandi við að beita því.<sup>61</sup> Ástæður þess að Hæstiréttur Danmerkur hefur verið jafn varfærinn í þessum efnum og raun ber vitni og að aðeins eitt dæmi sé til um að hann hafi komist að þeirri niðurstöðu að almenn lög fari í bága við stjórnarskrá, kann að vera að rekja til vandaðri lagasetningarháttá í Danmörku en hér á landi, eins og vikið verður að hér á eftir. Engu að síður er þetta atriði sem getur skipt nokkru máli í umræðum um skipun dómara á Íslandi og pólitísk afskipti af þeim.

Þróunin hérlendis hefur einnig verið í átt að virkara aðhaldi dómstóla með löggjafarvaldinu líkt og í Danmörku. Á hinn bóginn hafa íslenskir dómstólar dæmt mun oftár en hinir dönsku að almenn lög brjóti gegn ákvæðum stjórnarskrár. Í grein sinni „Dómstólaeftirlit með Alþingi: Breytt valdahlutföll í stjórnskipuninni“ sem kom út árið 2016 rekur Björg Thorarensen þróun endurskoðunarvalds dómstóla á Íslandi og í Danmörku og hvernig valdahlutföllin í stjórnskipuninni hafi færst til hér á landi og í átt að auknu eftirliti dómstóla með

---

<sup>60</sup> Björg Thorarensen: „Dómstólaeftirlit með Alþingi: Breytt valdahlutföll í stjórnskipuninni“. (2016) 12 Stjórnmal og stjórnsýsla, 30 <<http://www.irpa.is/article/view/a.2016.12.1.2/pdf>> sótt 14.3.2018 og Jens Peter Christensen: *Domstolene – den tredje statsmagt*, (Magtudredningen, 2004), bls. 17–18. <[https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1\\_domstolene\\_-\\_den\\_tredje\\_statsmagt.pdf](https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1_domstolene_-_den_tredje_statsmagt.pdf)> sótt 1.5.2018.

<sup>61</sup> Jens Peter Christensen: *Domstolene – den tredje statsmagt*, (Magtudredningen, 2004), bls. 7, 16 og 18. <[https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1\\_domstolene\\_-\\_den\\_tredje\\_statsmagt.pdf](https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1_domstolene_-_den_tredje_statsmagt.pdf)> sótt 1.5.2018.

Alþingi. Þá er rakið að síðan árið 1943 hafi Hæstiréttur Íslands vikið almennum ákvæðum laga til hliðar í 20 dómum þar sem þau þóttu fara í bága við mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar að mati meirihluta réttarins hverju sinni. Nánar tiltekið hafi það verið gert átta sinnum á árunum 1943–1994 og tólf sinnum frá 1995–2014 í kjölfar þess að mannréttindasáttmáli Evrópu var lögfestur hér á landi með lögum nr. 62/1994 og mannréttindakafla stjórnarskrárinnar var breytt, sbr. stjórnskipunarlög nr. 97/1995. Þetta sé aðeins lítil hluti þeirra mála þar sem Hæstiréttur hafi endurskoðað hvort lög samrýmist stjórnarskránni en engu að síður séu þetta nokkuð mörg tilvik, einkum samanborið við það sem tíðkast hefði í Danmörku. Þá bendir Björg á að Hæstiréttur Danmerkur hefði til samanburðar aldrei fallist á að almenn lög brytu í bága við mannréttindaákvæði stjórnarskrár en mannréttindasáttmáli Evrópu hefði verið lögfestur þar í landi árið 1992 með lögum nr. 285/1992 eða tveimur árum áður en það var gert hér á landi. Þannig mætti réttilega halda því fram að nú sé oftar borið undir dómstóla en áður hér á landi hvort almenn lög brjóti í bága við stjórnarskrá. Þá gangi dómstólar hreinna til verks þegar þeir gegni endurskoðunarhlutverki sínu, meðal annars með því að endurskoða hvort löggjafinn hafi byggt á málefnalegum sjónarmiðum við setningu laga og gætt jafnræðis og meðalhófs þegar mannréttindi séu takmörkuð. Þá væru dómsniðurstöður jafnan betur rökstuddar nú en áður tíðkaðist.<sup>62</sup>

Þannig er ljóst að mun virkara aðhald og eftirlit dómstóla með löggjafanum er fyrir hendi hér á landi en í Danmörku og hefur Hæstiréttur Íslands þannig í sögulegu samhengi ekki verið jafn varfærinn í beitingu endurskoðunarvaldsins eins og Hæstiréttur Danmerkur. Varðandi mögulegar skýringar á þessu vekur Björg Thorarensen á því athygli í fyrrnefndri grein, að sú staðreynd að á rétt rúmunum tveimur áratugum hafi Hæstiréttur dæmt í tólf málum að lagaákvæði brjóti í bága við stjórnarskrá, bendi til þess að lagasetningu kunní að vera ábótavant hér á landi. Að mati hennar leiði hið aukna

<sup>62</sup> Björg Thorarensen: „Dómstólaeftirlit með Alþingi: Breytt valdahlutföll í stjórnskipuninni“. (2016) 12 Stjórnsmál og stjórnýssla, 24, 30–32 og 42–44. <<http://www.irpa.is/article/view/a.2016.12.1.2/pdf>> sótt 14.3.2018.

aðhald sem felst í eftirliti dómstóla með Alþingi til þess að löggjafinn þurfi að gæta betur að því við lagasetningu að grundvallarsjónarmiða um mannréttindi sé gætt. Skýringa kunni einnig að vera að leita í nýjum mannréttindakafla stjórnarskrárinnar sem lögfestur var árið 1995 en Björg vill engu slá föstu í því efni.<sup>63</sup>

Hvað samanburð við bandarískan rétt varðar þá er skipun dómara í Bandaríkjunum háttað þannig að forseti Bandaríkjanna skipar hæstaréttardómara að undangengnu samþykki öldungadeildar bandaríska þingsins. Þar hefur verið hefð fyrir því að forsetinn tilnefni pólitískan samherja sinn í Hæstarétt og er því vart við öðru að búast en að pólitískir andstæðingar forsetans vinni gegn þeirri tilnefningu. Hefur sú og verið raunin. Í Danmörku hefur engin hefð verið fyrir því að ríkisstjórnin eða dómsmálaráðherra blandi pólitískum sjónarmiðum inn í skipunarferli dómara, enda var venjan lengi vel sú að fylgt var þeirri tillögu um útnefningu dómara sem dómstólarnir gerðu um skipun þeirra. Það hlutverk var síðar meir falið dómnefnd þeirri sem sett var á fót með lögum nr. 402/1998, eins og áður hefur verið rakið, og hefur þessi framkvæmd þannig fyrst og fremst þótt stuðla að því að dómarar séu tilnefndir aðeins á grundvelli faglegrar hæfni og persónulegra verðleika sinna. Líkt og danskir og íslenskir dómstólar hafa bandarískir dómstólar heimildir til að endurskoða hvort almenn lög samrýmist stjórnskipunarlögum og sé svo ekki, að víkja þeim ákvæðum þá til hliðar sem teljast fara á svig við stjórnarskrá. Hins vegar er mikill munur á því hvernig endurskoðunarvaldinu hefur verið beitt í Danmörku annars vegar og í Bandaríkjunum hins vegar. Eins og fyrr segir hafa danskir dómstólar farið afar varlega í beitingu þess á meðan Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur í tímans rás haft meiri tilhneigingu til að beita endurskoðunarvaldinu með virkum og pólitískum hætti. Þannig hefur Hæstiréttur þar í landi vikið til hliðar almennum lögum í fjölda mála þar sem ekki var augljóst fyrirfram að gildandi lög kynnu að brjóta í bága við stjórnarskrá. Frægasta dæmi þess er án efa mál Roe gegn Wade frá 22. janúar 1973 þar sem Hæstiréttur Bandaríkjanna komst að þeirri niðurstöðu að almenn lög sem

<sup>63</sup> Björg Thorarensen: „Dómstólaeftirlit með Alþingi: Breytt valdahlutföll í stjórnskipuninni“. (2016) 12 Stjórnsmál og stjórnslá, 43–44.

gerðu fóstureyðingar refsiverðar færu í bága við stjórnarskrávarinn rétt þungaðra kvenna til að gangast undir fóstureyðingu.<sup>64</sup>

Óvíst er nákvæmlega hverjar skýringarnar eru á því að endurskoðunarvald dómstóla með athöfnum löggjafans hér á landi er mun virkara en í Danmörku, þ.e. hvort þeirra kunni að vera að leita í lakari lagasetningu en tíðkast þar í landi eða hvort hinn nýi mannréttindakaflí stjórnarskrárinnar frá 1995 hefur haft þessi áhrif. Hverjar sem skýringarnar á þessum greinarmun á íslenskum og dönskum dómstólum eru, þá er hægt að slá því föstu að íslenskir dómstólar séu að þessu leyti til mun pólitískari en hinir dönsku. Í þessu tilliti standa þeir nær því sem tíðkast hefur í bandarískri lagaframkvæmd, þar sem Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur haft mótandi áhrif í ýmsum efnun, svo sem að framan er rakið. Sé litið á þær deilur sem skapast hafa um skipun dómara á Íslandi í þessu ljósi þá er kannski ekki óeðlilegt þótt pólitískir ráðherrar kunni að vilja hafa áhrif á það hverjir hljóti skipun í dómaraembætti hér á landi.

Vegna aukinna áhrifa frá Mannréttindadómstól Evrópu hafa undanfarin ár verið uppi raddir í Danmörku um að Hæstiréttur þar í landi taki upp harðari afstöðu þegar leyst er úr því hvort almenn lög samrýmist mannréttindaákvæðum stjórnarskrár og þar með gera endurskoðunarvald dómstóla virkara en tíðkast hefur hingað til í Danmörku. Eflaust myndu breytingar í þá átt stuðla að því að skipun í embætti dómara yrði um leið pólitískari þar í landi en verið hefur. Hins vegar hafa danskir fræðimenn verið þeirrar skoðunar að réttast sé að halda núverandi fyrirkomulagi við skipun dómara, enda stuðli það að því að dómara séu einvörðungu skipaðir á grundvelli málefnalegra og faglegra sjónarmiða og þannig séu þeir sjálfstæðir og alls óháðir duttlungum stjórnmalanna. Þá stuðlar kerfið einnig að stjórnarskrárvörðu sjálfstæði dómstóla gagnvart löggjafarvaldinu sem hefur grundvallarþýðingu þegar kemur að því hlutverki dómstóla að veita borgurunum vernd gegn valdniðslu.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Michael Hansen Jensen: „Udnævnelse af højesteretsdommere i Danmark og USA“. (2010) 11 Retten Rundt nr. 3.

<sup>65</sup> Michael Hansen Jensen: „Udnævnelse af højesteretsdommere i Danmark og USA“. (2010) 11 Retten Rundt nr. 3.

## 8. Ályktanir

Hér að framan hefur sú framkvæmd sem viðhöfð er við skipun dómara hér á landi og í Danmörku verið rakin og fjallað um þær breytingar sem gerðar voru á henni, annars vegar hér á landi með lögum nr. 45/2010 og hins vegar í Danmörku með lögum nr. 402/1998. Breytingar í báðum löndum miðuðu að því að bregðast við gagnrýni sem skipunarferlið hafði hlotið og jafnframt að því að auka traust á dómstólunum og stuðla að frekara sjálfstæði þeirra. Í ljósi nýlegra deilna um skipun dómara í Landsrétt og mælinga á trausti almennings til dómskerfisins undanfarin ár sem fjallað hefur verið um að framan, þykir sýnt að enn hefur ekki tekist að auka traust í garð dómstóla hér á landi og það þrátt fyrir þær breytingar sem gerðar voru á skipunarferlinu með lögum nr. 45/2010. Ekki hefur náðst sátt um hugsanlegar breytingar á núverandi löggjöf um efnið svo sem reynt var að gera vorið 2016 og áður hefur verið nefnt.

Einnig verður tekið undir það viðhorf sem t. a. m. Björg Thorarensen hefur lýst og rakið er að framan, að þær breytingar sem gerðar voru á skipunarferlinu með framangreindum lögum, einkum þá að opna fyrir aðkomu Alþingis að því, hafi ekki verið til bóta. Þær hafa enda leitt til þess að skipun dómara og sú framkvæmd sem þar býr að baki er orðin enn pólitískari en áður, þrátt fyrir að markmið laganna hafi verið að auka sjálfstæði dómstólanna og vernda þá gegn afskiptum annarra þátta ríkisvaldsins. Þá þarf engum að koma á óvart að slíkar leiðir séu nýttar þegar þær á annað borð eru komnar í lög eins og þá sem opnað var fyrir með setningu laga nr. 45/2010 um aðkomu Alþingis að skipunarferlinu, sem heimilar ráðherra með tiltölulega auðveldum hætti að víkja frá mati hæfnisnefndarinnar, einkum í ljósi þess að aðeins þarf samþykki einfalds meirihluta þingsins.

Margsinnis hefur verið á það bent í opinberri umræðu á Íslandi að friður ríki um skipun dómara í Danmörku og spurt hvers vegna svo geti ekki verið hér. Hugsanlega kann skýringanna að einhverju marki að vera að leita í því að danskir dómstólar beiti endurskoðunarvaldinu með öðrum hætti en hinir íslensku. Aftur á móti getur þeirra einnig verið að leita í ýmsum öðrum þáttum, svo sem í ólíkri stjórnmalamenningu landanna tveggja og afstöðu ráðherra



til valdheimilda sinna en hér á landi hefur staða ráðherra almennt verið sterk vegna hefðar fyrir meirihlutastjórnnum. Eins og að framan hefur verið rakið er e.t.v. ekki fyllilega raunhæft að bera Ísland saman við Danmörku að öllu leyti í þessu tilliti. Skynsamlegt væri að hafa það í huga við opinbera umræðu um þessi mál hér á landi. Að sumu leyti kunna íslenskir dómstólar að eiga meira sameiginlegt með bandarískum dómstólum um þetta efni en þeim dönsku. Hér hefur jafnframt komið fram að reglurnar um skipun dómara á Íslandi og í Danmörku eru ekki eins líkar og margur gæti haldið við fyrstu sýn. Þó ber að áréttta að hér hafa fyrst og fremst verið settar fram ákveðnar hugleiðingar um þennan greinarmun sem er á löndunum tveimur í þessu efni, sem kann að skýrast af fjölmörgum öðrum þáttum en stjórnskipun og réttarfari, og yrði betur rannsakaður með aðferðum annarra fræðigreina en lögfræði.

Ljóst er að störf og framkvæmd nefndar til að meta hæfni umsækjenda samkvæmt 11. gr. núgildandi laga um dómstóla nr. 50/2016 eru ekki yfir gagnrýni hafin og ávallt verður hægt að deila um niðurstöður hennar. Þrátt fyrir það og jafnvel þótt rökstuðningur ráðherra hafi að sumu leyti verið málefnalegur þegar hann ákvað að víkja frá mati dómnefndar við skipun dómara í Landsrétt, þá er þessi togstreita sem skapast hefur á milli ráðherra og dómnefndar óheppileg og opinber umræða um málið oft og tíðum til þess fallin að draga úr trausti á dómstólunum. Nú er ekki mælt fyrir um það í lögum hér á landi að aðeins megi tilnefna einn umsækjanda um hvert laust embætti dómara líkt og reglan er í Danmörku. Undanfarið hefur hæfnisnefndin íslenska hins vegar tilnefnt nákvæmlega jafn marga hæfa umsækjendur um embætti dómara í umsögnum sínum og þau embætti eru sem auglýst hafa verið laus til umsóknar. Bent hefur verið á að æskilegast væri að nefndin tilnefndi fleiri umsækjendur um hvert laust embætti dómara og mæti þá þar með jafnhæfa sem gæfi ráðherra þannig ákveðið svigrúm til að velja úr þeim hópi. Hefði nefndin til dæmis metið 20 jafnhæfa umsækjendur úr hópi þeirra 33 sem sóttu um embætti dómara við Landsrétt í stað einmitt 15 umsækjenda, hefði ráðherra fengið meira svigrúm til mats og ekki komið til þess að málið yrði borið undir Alþingi. Þó er óvíst að þessi leið sé fallin til þess að skapa sátt um málið en svo sem rakið hefur verið hafa tilraunir til að breyta

lögum í þessa átt ekki hlotið brautargengi með vísan til sjónarmiða um að þá væri búið að veita ráðherra óheftar valdheimildir til að velja úr umsækjendum um embætti dómara. Ekki verður felldur dómur hér um hvaða leið er æskilegust í þessu efni. Ljóst er hins vegar að enn hefur ekki tekist að skapa sátt um ferlið hér á landi þrátt fyrir tilraunir í þá átt og ekki er vilji fyrir hendi til að taka skipunarvaldið úr höndum ráðherra. Hér verður ekki gerð nein tillaga að töfralausn um málið en sýnt þykir að Íslendingar þurfa e.t.v. enn að spyrja sig að því hvernig þeir vilji haga framkvæmdinni við skipun dómara til frambúðar og hvort gera eigi frekari breytingar þar á.

## Heimildaskrá

Alþingistiðindi

Björg Thorarensen: „Dómstólaeftirlit með Alþingi: Breytt valdahlutföll í stjórnskipuninni“ (2016) 12 Stjórnmal og stjórnsýsla 23–45

Aðgengilegt á <<http://www.irpa.is/article/view/a.2016.12.1.2/pdf>> sótt 14.3.2018

Björg Thorarensen: „Svigrúm og ábyrgð/ábyrgðarleysi ráðherra við skipun dómara“ (2018) 71 Úlfjótur 153–163

Christensen, J.P., Albæk Jensen, J. og Hansen Jensen, M.: *Dansk Statsret*. (Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012)

Christensen, J.P.: *Domstolene – den tredje statsmagt*. (Magtudredningen, 2004)

Aðgengilegt á <[https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1\\_domstolene\\_-\\_den\\_tredje\\_statsmagt.pdf](https://unipress.dk/media/14542/87-7934-852-1_domstolene_-_den_tredje_statsmagt.pdf)> sótt 1.5.2018

Drög að frumvarpi til laga um breytingu á lögum um dómstóla nr. 15/1998 (fjölgun dómara, reglur um skipun dómara), dagsett 17. mars 2016.

Aðgengilegt á <<https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir-2016/Frumvarp-til-laga-um-breytingu-a-logum-um-domstola.pdf>> sótt 6.6.2018

Guðrún Erlendsdóttir: „Innri starfsemi Hæstaréttar Íslands“ (1995) 44 Tímarit lögfræðinga 22–29

Gunnar Helgi Kristinsson: „Stjórnsýsla dómstólanna. Skýrsla unnin af dr. Gunnari Helga Kristinssyni, prófessor við Háskóla Íslands, fyrir dómstólaráð“ Maí 2011 Aðgengilegt á <<https://www.heradsdomstolar.is/library/Files/Skyrslur/Stj%C3%B3rn%C3%BDsla%20d%C3%B3mst%C3%B3lanna>> sótt 2.5.2018

Eiríkur Tómasson: „Hvernig á að standa að skipun dómara í réttarríki eins og Íslandi?“ *Afmælisrit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. (Bókaútgáfan Codex, 2008) 205–227

Hansen Jensen, M.: „Udnævnelse af højesteretsdommere i Danmark og USA“ (2010) 11 Retten Rundt nr. 3 Aðgengilegt á <<http://www.domstol.dk/om/publikationer/HtmlPublikationer/Retten%20Rundt/Retten%20Rundt%203/kap04.htm>> sótt 21.3.2018

Hrafn Bragason: „Veiting embætta Hæstaréttardómara“ (2006) 55 Tímarit lögfræðinga 103–116

Jón Steinar Gunnlaugsson: „Skipun hæstaréttardómara. Er breytinga þörf?“ (2006) 55 Tímarit lögfræðinga 193–198

Mæling Þjóðarpúls Gallup, um traust til stofnana samfélagsins frá febrúar 2018. <<https://www.gallup.is/frettir/landhelgisgaeslan-nytur-mests-trausts-almennings/>> sótt 2.5.2018

Pétur Kr. Hafstein: „Hæstaréttardómarar“ (1995) 44 Tímarit lögfræðinga 29–39

Report by Mr. Alvaro Gil-Robles Commissioner for Human Rights on his visit to the Republic of Iceland 4.-6. July 2005. (Strasbourg, 14. December 2005) Aðgengilegt á <<https://rm.coe.int/16806db877>> sótt 10.6.2018

Sigríður Ingvarsdóttir: „Um dómssvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“ (2004) 53 Tímarit lögfræðinga 465-499

Sigurður Líndal: *Um lög og lögfræði* (Hið íslenska bókmenntafélag, 2002)

Skýrsla nefndar dómsmálaráðherra um endurskoðun reglna um skipan dómara. 7. október 2009. Aðgengilegt á <[https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir/Skyrsla\\_nefndar\\_um\\_skipan\\_domara\\_okt09.pdf](https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir/Skyrsla_nefndar_um_skipan_domara_okt09.pdf)> sótt 1.5.2018

„Traust til stofnana og embætta 2017“. Skýrsla sem Gallup gerði fyrir Dómstólaráð 2017 Aðgengilegt á <[https://heradsdomstolar.is/library/Files/arsskyrslur/Traust%20til%20d%C3%B3mskerfisins%202017%20-%20Copy%20\(1\).pdf](https://heradsdomstolar.is/library/Files/arsskyrslur/Traust%20til%20d%C3%B3mskerfisins%202017%20-%20Copy%20(1).pdf)> sótt 1.5.2018

„Yfirlýsing forseta Íslands vegna skipunar dómara í Landsrétt“. 8. júní 2017 <[https://www.forseti.is/media/2392/y2017\\_06\\_08\\_yfirlýsing.pdf](https://www.forseti.is/media/2392/y2017_06_08_yfirlýsing.pdf)> sótt 10.6.2018

## Lagaskrá

Lög nr. 22/1919 um hæstarjett

Lög nr. 111/1935 um breyting á lögum um hæstarjett nr. 22/1919

Lög nr. 112/1935 um hæstarétt

Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944

Lög nr. 57/1962 um Hæstarétt Íslands

Lög nr. 75/1973 um Hæstarétt Íslands

Lög nr. 92/1989 (um aðskilnað dómssvalds og umboðssvalds í héraði, síðar lög um framkvæmdarvald ríkisins í héraði)

Lög nr. 91/1991 um meðferð einkamála

Lög nr. 62/1994 um Mannréttindasáttmála Evrópu

Lög nr. 97/1995 um breyting á Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944

Lög um dómstóla nr. 15/1998

Lög nr. 45/2010 um breyting á lögum um dómstóla nr. 15/1998

Lög nr. 50/2016 um dómstóla

### **Erlend löggjöf**

Dönsku réttarfarslögin (lov om rettens pleje, retsplejeloven. Að stofni til frá 1916, tóku gildi 1919)

Lög nr. 402/1998 um breyting á dönsku réttarfarslögnum

Reglugerð um störf nefndar um skipun dómara (Bekendtgørelse om forretningsorden for Dommerudnævnelsesrådet)

Norsku dómstólalögin (lov om domstolene, domstolloven. Að stofni til frá 1915, tóku gildi 1927)

### **Dómar Hæstaréttar Íslands**

Hrd. 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010

Hrd. 19. desember 2017 í máli nr. 591/2017

Hrd. 19. desember 2017 í máli nr. 592/2017

### **Dómar Hæstaréttar Danmerkur**

UfR. 1999:841 H. 19. febrúar 1999

### **Álit umboðsmanns Alþingis**

Samantekt umboðsmanns Alþingis í málum nr. 3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003

Samantekt umboðsmanns Alþingis í málum nr. 5220/2008 og 5230/2008

### **Abstract**

This article discusses the background, development and execution of Icelandic law relating to the appointment of judges. The article refers especially to recurrent debates on the appointment of judges, which have been highly prominent in Iceland for many years. Of special interest are recent amendments to the relevant laws, in particular provisions which were enacted in 2010 and led to more direct involvement of the legislature in the procedure in question. The authors ponder whether a direct comparison to Denmark is always applicable, due to particular developments in Icelandic jurisprudence.

DISCOVERY SE

# HÆFARI OG ÖFLUGRI

landrover.is



ABOVE & BEYOND



## LAND ROVER DISCOVERY SE DÍSIL, SJÁLFSKIPTUR.

Nýr Discovery er hæfari og öflugri en nokkru sinni fyrr. Yfirbygging úr áli gerir hann allt að 490 kg léttari. Endurbætt Terrain Response® drifkerfi og loftþúðafjöðrun sem gerir öikumanni kleift að hækka bílinn upp og ná allt að 28,3 cm veghæð og 90 cm vaðhæð er alger sérstaða í þessum flokki bíla.

### LAND ROVER

HESTHÁLSI 6-8, 110 REYKJAVÍK  
SÍMI: 525 6500

VELKOMIN Í REYNSLUAKSTUR

# Málstofa um skipun dómara

## Lagadagurinn 2018

Umræðan um skipun dómara hefur verið áberandi undanfarið í kjölfar skipunar dómara í Landsrétt sumarið 2017 og þeirrar ákvörðunar ráðherra að víkja frá mati nefndar um hæfni dómara vegna þeirra skipana. Á Lagadeginum 2018 var málstofa helguð þessari umræðu og voru frummælendur þær Ragnhildur Helgadóttir, prófessor í stjórnskipunarrétti við Háskólann í Reykjavík og Björg Thorarensen, prófessor í stjórnskipunarrétti við Háskóla Íslands. Við pallborð sátu þau Ingibjörg Þorsteinsdóttir, formaður Dómarafélags Íslands og Reimar Pétursson, formaður Lögmannafélags Íslands. Málstofunni stýrði Benedikt Bogason hæstaréttardómari.

Í máli Benedikts Bogasonar, sem opnaði málstofuna, kom fram að enginn ágreiningur væri meðal manna um að skipa bæri hæfasta umsækjandann um embætti dómara hverju sinni. Hins vegar hefðu deilur staðið um skipunarvaldið og gagnrýnt hvernig ráðherra færi með það vald. Sitt sýndist hverjum, bæði hvernig skipunarvaldinu væri fyrir komið lögum samkvæmt og hvern ætti að skipa í embætti hverju sinni. Einnig vék Benedikt að því að ekki hefði verið jafnmikið





álitamál í nágrannalöndum okkar hvernig skipun dómara skyldi vera háttáð og deilur ekki staðið um málefnið. Þá benti Benedikt á að umræðan hér á landi um þessi mál hefði á köflum ekki verið til þess fallin að skapa traust á dómsvaldinu.

Fyrst tók til máls Ragnhildur Helgadóttir. Í erindi sínu beindi hún einkum sjónum að evrópskum reglum og viðmiðum um skipun dómara, sem hlotið hefðu meiri athygli en áður undanfarin ár í tengslum við umræðu um málefni dómara, t. a. m. í Tyrklandi, Póllandi og Ungverjalandi. Í erindi sínu fjallaði Ragnhildur nánar tiltekið um hvernig og á hvaða grundvelli skuli skipa dómara samkvæmt hinum evrópsku viðmiðum og reglum. Þá var einnig vikið að þýðingu þessara reglna fyrir umræðuna á Íslandi og að tillögum til úrbóta á þessu sviði. Ragnhildur nefndi í þessu sambandi grundvallarreglur um sjálfstæði dómstóla sem Allsherjarþing Sameinuðu þjóðanna samþykkti 29. nóvember 1985, 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins um sjálfstæði, skilvirkni og ábyrgð dómara frá 17. nóvember 2010, skýrslu Evrópuráðsins um sjálfstæði

og hlutleysi dómenda aðildarríkja ráðsins frá 2017, sáttmála dómenda í Evrópu frá júlí 1998 og skýrslur Fenejarnefndarinnar frá 2007 og 2010, annars vegar um skipun dómara og hins vegar um sjálfstæði dómenda. Að 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu undanskilinni væru tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins frá 2010 einna mikilvægust að mati Ragnhildar.

Í upphafi erindisins vék Ragnhildur stuttlega að skipun dómara hér á landi en núverandi kerfi var komið á með lögum nr. 45/2010. Í greinargerð með frumvarpi til þeirra laga var vísað í grundvallarreglur Sameinuðu þjóðanna um sjálfstæði dómstóla, tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins frá 2010 og Sáttmála dómenda í Evrópu frá júlí 1998. Í greinargerðinni væri rakið að taka þyrfti tillit til fjölda atriða þegar settar væru reglur um skipun dómara. Mikilvægt væri að styrkja stöðu og sjálfstæði dómstólanna og tryggja sem best að þeir væru óháðir hinum tveimur þáttum ríkisvaldsins sem þeir hefðu eftirlit með. Ragnhildur ítrekaði að reglur um skipun dómara væru settar í þeim tilgangi að tryggja sjálfstæði dómara en ekki réttindi þeirra sjálfra og þannig með það að leiðarljósi að tryggja grundvallarmannréttindi. Sem fyrr segði hefðu dómstólar eftirlit með öðrum greinum ríkisvaldsins og því væri mjög brýnt að tryggja sjálfstæði dómenda. Allt tengdist þetta meginreglunni um réttláta málsmeðferð fyrir dómi, sbr. 70. gr. stjórnarskrárinnar, og 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Fram kom að í inngangsorðum tilmæla ráðherranefndarinnar frá 2010 væri lögð áhersla á að sjálfstæði dómstóla fæli ekki í sér nein forréttindi fyrir dómarana sjálfa heldur væri ætlað að tryggja virðingu fyrir mannréttindum og frelsi einstaklinga og stuðla þannig að tiltrú þeirra á dómskerfinu. Í 44. gr. tilmæla ráðherranefndarinnar kæmi einnig fram að tryggja bæri að dómamar væru skipaðir á grundvelli verðleika sinna, hæfni og getu til að leysa úr lagalegum álitafnum og til að beita lögnum á þann hátt að gætt yrði að mannlegri reisn. Þá væri jafnframt mælt fyrir um það í Sáttmála dómenda í Evrópu frá 1998 að umsækjendur skyldu valdir á grundvelli hæfileika sinna til að meta sjálfstætt og með hlutlausum hætti þau lagalegu úrlausnarefni sem vísað yrði til þeirra og til að beita lögnum af virðingu fyrir mannréttindum.

Varðandi þá málsmeðferð sem viðhafa ætti við skipun dómara vakti Ragnhildur einkum athygli á 46.-48. gr. tilmæla ráðherranefndarinnar. Í 46. gr. kæmi fram að það stjórnvald sem tæki ákvarðanir um skipun dómara skyldi vera óháð framkvæmdar- og löggjafarvaldi. Til að tryggja sjálfstæði þess skyldi stór hluti meðlima stjórnvaldsins eða nefndarinnar vera dómarar sem aðrir úr þeirra stétt veldu þar til setu. Í 47. gr. tilmælanna væri síðan mælt fyrir um að í þeim tilvikum, þar sem lög gerðu ráð fyrir að skipunarvaldið væri í höndum þjóðhöfðingja, ríkisstjórnar eða löggjafarvalds, ætti sjálfstætt stjórnvald, skipað hæfum einstaklingum, sem að töluverðu leyti kæmu úr dómskerfinu, að hafa heimildir til að tjá sína skoðun um skipun dómara og gera tillögu sem veitingarvaldshafi í sérhverju tilviki myndi fylgja í framkvæmd. Þá kæmi fram í 48. gr. áðurnefndra tilmæla að meðlimir þess stjórnvalds, sem mælt væri fyrir um í 46. og 47. gr., skyldu hafa fjölbreyttan bakgrunn. Starfshættir og vinnubrögð stjórnvaldsins eða nefndarinnar skyldu vera gagnsæ, enda þyrfti að veita umsækjendum aðgang að ákvörðunum hennar, væri þess óskað. Sá umsækjandi sem þannig ekki hlyti brautargengi ætti að eiga rétt á því að andmæla ákvörðuninni eða að minnsta kosti þeirri framkvæmd sem viðhöfð var er hún hafi verið tekin.

Í máli Ragnhildar kom fram að það kæmi á óvart hvað tilmæli þessi væru afdráttarlaus, einkum hvað framkvæmdarvaldið snerti. Í tilmælunum kæmi skýrt fram að í sjálfstæði dómstóla fælist að þeir skyldu vera óháðir öðrum greinum ríkisvaldsins og afskiptum stjórnmalamanna. Ástæður fyrir þeirri tilhögun væru meðal annars þær að nauðsynlegt væri að takmarka afskipti annarra greina ríkisvaldsins til að koma í veg fyrir að dómarar væru skipaðir á grundvelli stjórnmalaskoðana eða pólitískra afskipta. Í skýrslu Evrópuráðs dómara frá 2017 kæmi fram að markmiðið væri að halda stjórnmalunum í sem mestri fjarlægð frá dómskerfinu og því ferli sem viðhaft er við skipun dómara, framgangi þeirra í starfi, flutningi í starfi, beitingu agaviðurlaga á hendur þeim eða brottvikningu úr starfi.

Þá gerði Ragnhildur grein fyrir hinum hlutlægu sjónarmiðum sem líta bæri til við skipun dómara og fjallað væri um í skýrslu Feneyjarnefndarinnar frá 2010 um sjálfstæði dómenda. Samkvæmt



*Frá vinstri: Benedikt Bogason hæstaréttardómari, Björg Thorarensen prófessor, dr. Ragnhildur Helgadóttir prófessor og forseti lagadeildar Háskólans í Reykjavík, Reimar Pétursson þáverandi formaður Lögmannafélags Íslands og Ingibjörg Dorsteinsdóttir formaður Dómarafélags Íslands.*

skýrslunni skyldi einkum horfa til persónulegra verðleika og hæfni dómaraefnis þegar að skipun þeirra kæmi. Við mat á verðleikum einstakra umsækjenda um embætti dómara skyldi ekki aðeins líta til hæfni þeirra til að greina lögfræðileg vandamál eða námsafreka, heldur einnig horfa til persónulegra verðleika þeirra svo sem dómgreindar, samskiptahæfni og skilvirkni í starfi. Ragnhildur benti á að málið vandaðist þegar beita ætti slíkum sjónarmiðum. Þá kæmi fram í skýrslu Feneyjarnefndarinnar um skipun dómara frá 2007 að fulltrúar dómstóla ættu ekki að vera allsráðandi þegar kæmi að tilnefningu aðila í nefndir um mat á hæfni umsækjenda um embætti dómara. Æskilegt væri að slík stjórnvöld væru blönduð, þ.e. að nefndin væri að stórum hluta til skipuð fulltrúum dómara en einnig skyldu eiga þar sæti fulltrúar sem þjóðþingið tilnefndi, sem og aðrir einstaklingar með viðeigandi menntun í lögfræði. Mikilvægt væri að dómskerfið



væri öllum opið sem hæfir teldust. Jafnvægi í menntun og bakgrunni þeirra sem skipuðu slík stjórnvöld væri nauðsynlegt til að gæta jafnvægis milli sjálfstæðis og sjálfstjórnar dómsskerfisins annars vegar og ábyrgðar þess hins vegar. Þannig væri ástæða til að sporna við of einsleitum dómnefndum til að koma í veg fyrir samtryggingu dómara á þessu sviði og þá sérstaklega því að agaviðurlögum yrði ekki beitt þegar við ætti sökum hennar. Slík stjórnvöld skyldu því, auk dómara, einnig skipa lögmennt, háskóla fólk og annað fagfólk á þessu sviði, en slíkt fyrirkomulag væri til þess fallið að auka traust á kerfinu.

Þá véc Ragnhildur að því að allir væru sammála um að það bæri að skipa hæfustu umsækjendurna um dómaraembætti, án mismununar. Jafnvel í rótgrónum lýðræðisríkjum, þar sem framkvæmdarvaldið færi með skipunarvaldið, væri lagt til grundvallar að ráð eða nefnd sem

í sæti fagfólk, dómarmar eða fulltrúar þeirra, sem og fulltrúar kjörnir af löggjafarþinginu, færi með ákvörðunarvald um meðal annars val á dómaraefnum. Þá legði Feneyjarnefndin til að slíkri nefnd yrði komið á fót þar sem það hefði enn ekki verið gert. Ávallt væri hægt að deila um ákveðin atriði eins og hvernig framkvæmd innan slíkra nefnda væri háttað og alltaf hægt að bæta hana. Að mati Ragnhildar væri nauðsynlegt að halda umræðunni um skipun dómara innan þessa ramma, enda hvorki raunhæft né æskilegt að fara út fyrir hann.

Þá lauk Ragnhildur umfjöllun sinni á því að minnst á störf sambærilegra nefnda erlendis. Hún fjallaði um mikilvægi þess að störf slíkra nefnda væru gagnsæ og nefndi sem dæmi um það skýrslu dönsku hæfnisnefndarinnar (Dommerudnævnelsesráded) þar sem greint væri frá því hvernig staðið hefði verið að verki við val á dómaraefnum hjá nefndinni. Allar upplýsingar sem veittu innsýn í og opnuðu fyrir það hvernig vinnubrögðum nefnda sem þessara sé háttað, væru að hennar mati til bóta, enda þá líklegra að almenningur gæti fylgst með hvort þar væri unnið eftir bestu getu. Þá nefndi Ragnhildur leiðir til úrbóta á þessu sviði sem gætu til dæmis falist í því að fá fagfólk á sviði mannauðsstjórnunar til liðs við nefnd um mat á hæfni dómara til að taka saman reynslu umsækjenda, enda gæti verið erfitt að gæta jafnræðis um fjölmargar umsóknir sem settar væru upp á mismunandi hátt og þar sem látið sé mismikið með reynslu umsækjenda. Þá gæti jafnframt verið æskilegt að leggja ýmis próf fyrir dómaraefni en slík próf væru iðulega notuð við mannráðningar hjá ríkinu og það veki upp spurningar að hafa þar dómara undanskilda.

Að lokum nefndi Ragnhildur nokkra dóma alþjóðlegra dómstóla þar sem reynt hefði á lögmæti skipunar dómara, meðal annars dóma Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Ninn–Hansen gegn Danmörku, og í máli Ilatovskiy gegn Rússlandi, ákvörðun EFTA–dómstólsins frá 14. febrúar 2017 í máli E-21/2016 og dóm hins almenna dómstóls Evrópu dómstólsins í máli T-639/16 P. Hún taldi skýrt af dómunum að hinar evrópsku reglur og viðmið um hvernig skipa bæri dómara væru nátengd 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu og 70. gr. stjórnarskrárinnar um rétt almennings til réttlátrar málsmeðferðar

fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstól, sem og 59. gr. hennar, um að skipun dómvaldsins verði eigi ákveðin nema með lögum.

Þá steig Björg Thorarensen næst í pontu en í erindi sínu fjallaði hún fyrst og fremst um aðkomu Alþingis að ferlinu við skipun dómara, annars vegar í þeim tilvikum er ráðherra ákveður að víkja frá umsögn dómnefndar um hæfasta umsækjandann og gera tillögu til Alþingis um heimild til að skipa annan umsækjanda og hins vegar í ljósi skilyrðisins um að Alþingi skyldi samþykkja tillögu dómsmálaráðherra um fyrstu skipun 15 dómara í Landsrétt. Þá fjallaði Björg einnig um forsögu ákvæða dómstólalaga um efnið og þær röksemdir sem lágu að baki því að fela Alþingi þetta verkefni, hvernig þingið hefði tekist á við það í maí 2017 og síðast en ekki síst hvernig þessi tilhögun félli að fyrir mælum 2. gr. stjórnarskrárinnar um verkaskiptingu handhafa ríkisvaldsins og 70. gr. hennar um sjálfstæði dómvaldsins.

Í máli Bjargar kom fram að 2. mgr. 12. gr. dómstólalaga, sem mæli fyrir um aðkomu Alþingis, hefði komið inn í eldri lög um dómstóla nr. 15/1998 með lögum nr. 45/2010. Til efni og tilurð þess að ákvæðið var sett í lög mætti rekja til gagnrýni á skipanir dómara á árunum 2003–2007 en í nokkrum álitum umboðsmanns Alþingis og í dómi Hæstaréttar nr. 412/2010 hefði verið staðfest að annmarkar hefðu verið á undirbúningi og rannsókn mála þannig að brotið hafi í bága við rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Í kjölfar þess hefði nefnd þriggja manna verið komið á fót árið 2009 í því skyni að gera tillögur að setningu nýrra reglna um skipun hæstaréttar- og héraðsdómara.

Í nefndinni hefði m.a. verið rætt það kerfi sem viðhaft væri við skipun dómara í Bandaríkjunum. Forseti Bandaríkjanna skipi dómara en hann verði að fá samþykki öldungardeildarinnar áður og sé þetta fyrirkomulag rótgróið í stjórnskipan Bandaríkjanna frá setningu stjórnarskrárinnar árið 1787. Í skýrslu nefndarinnar hefði komið fram að reynsla þeirra ríkja þar sem þingið kæmi að útnefningu dómara benti til þess að pólitísk sjónarmið gætu oft haft veruleg áhrif á útnefninguna og skapað þannig hættu á að efast yrði um sjálfstæði

og óhlutdrægni dómara. Nefndin hefði þannig ekki talið þetta vænlegan kost og álitid vafasamt að láta þingið hafa þarna aðkomu, því það yrði það traust sem dómstólar þyrftu að hafa. Þessi afstaða væri í fullu samræmi við viðhorf Evrópuríkja og vitnaði Björg um það til skýrslu Fenejarnefndarinnar frá 2007. Þess vegna hafi komið á óvart að nefndin skyldi gera tillögu um hið gagnstæða.

Björg fjallaði nánar um áðurnefnda skýrslu nefndarinnar frá 2009 og afstöðu umsagnaradila sem leitað var til við samningu hennar. Þar hefði vakið athygli að í umsögn Dómarafélags Íslands, Lögmannafélags Íslands og Lagadeildar Háskólans við Reykjavík hafi komið fram sú afstaða að æskilegt væri að þingið kæmi að skipun dómara. Þá benti hún á að nefndin hefði lagt til að aukinn meirihluti alþingismanna þyrfti að samþykka tillögu ráðherra um að víkja frá vali hæfnisnefndar. Samþykkti aukinn meirihluti alþingismanna tillögu ráðherra gæti hann skipað þann umsækjanda sem Alþingi samþykkti, annars teldist hann bundinn af niðurstöðu nefndarinnar.

Björg lýsti því markmiði nefndarinnar með þessari tillögu að aðkoma Alþingis yrði eins konar neyðarhemill í því skyni að fæla ráðherra frá því að skipa ómálefnalega í embætti, myndi hann vita að Alþingi kæmi þá til sögunnar. Þannig hefði tillögum nefndarinnar verið fylgt við setningu laga nr. 45/2010 en þó aðeins að hluta til, enda hefði skilyrðið um samþykki aukins meirihluta þingsins fallið út. Í lögskýringargögnum með lögunum kemur fram það viðhorf að rétt þætti að ganga út frá því að nægilegt yrði að tillaga ráðherra fengi fylgi meirihluta á Alþingi en yrði gerð krafa um aukinn meirihluta, svo sem nefndin gerði tillögu um, gæti það haft í för með sér að dómnefndin færi með veitingarvaldið en ekki ráðherra. Þannig hefði neyðarhemilshugmyndin orðið að engu og í raun búið í haginn til að koma pólitískum böndum á dómarskipanir að mati Bjargar.

Þá fjallaði Björg um þá sérreglu nýju dómstólalaganna að þegar ráðherra gerði tillögu um skipun í embætti dómara við Landsrétt í fyrsta sinn skyldi hann leggja tillögu sína um sérhverja skipun fyrir Alþingi til samþykktar. Röksemdir fyrir þessu hefðu verið þær að í



ljósi þess að skipaðir yrðu samtímis 15 dómara væri eðlilegt að tryggja aðkomu fleiri en eins handhafa ríkisvalds að því. Jafnframt hefði komið fram í ummælum í nefndaráli um frumvarp til laga um dómstóla að brýnt væri að vanda vel alla málsmeðferð við skipun dómara og áréttað mikilvægi þess að staðinn væri vörður um sjálfstæði dómstólanna og að tryggt væri að þeir yrðu ekki fyrir óeðlilegum afskiptum annarra handhafa ríkisvaldsins. Að mati Bjargar væri ekki skýrt hvers vegna eðlilegt hafi þá þótt að setja þessa sérreglu um afskipti Alþingis með áðurnefndu nýmæli og að í þessu fælist ákveðin þversögn, en engar frekari skýringar myndust á þessu í lögskýringargögnum.

Þá beindi Björg næst sjónum sínum að því ferli sem fór í hönd þegar kom að skipun dómara í Landsrétt og meðferð Alþingis á tillögum ráðherra um skipun dómara í réttinn. Reynt hefði á samspil beggja reglna um aðkomu Alþingis, þ.e. annars vegar regluna um aðkomu þess í þeim tilvikum er ráðherra ákvæði að víkja frá áli nefndar um hæfni dómara og hins vegar regluna sem nýmælið fól í sér um að bera þyrfti hverja skipun dómara í Landsrétt undir Alþingi fyrir sig.

Björg benti á að óvissa hefði ríkt um hvernig undirbúa hefði átt málið hjá Alþingi og hvert hlutverk þess nákvæmlega væri. Auk þess hefði tíminn verið afar naumur en stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd hefði aðeins haft tvo daga til stefnu til að fara yfir málið. Niðurstaðan hafi orðið sú að nefndin tók til skoðunar hvernig meðferð ráðherra á málinu hefði verið. Í áli meirihluta nefndarinnar hafi komið fram að við þá athugun hefði meðal annars verið litið til þess hvort ráðherra hefði gætt réttra vinnubragða og undirbúið ákvörðun sína í samræmi við reglur stjórnisýsluréttar, hvort viðeigandi samanburður umsækjenda hefði verið gerður með hliðsjón af þörfum Landsréttar og verkefnum hans og hvort ráðherra hefði byggt tillögu sína á málefnalegum sjónarmiðum. Af hálfu meirihlutans hafi þannig komið fram að Alþingi færi með eftirlit með framkvæmd ráðherra á málinu. Meirihluti stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar Alþingis hafi síðan fallist á tillögu ráðherra um tilnefningar einstakra dómara í Landsrétt, þ.m.t. um að breyta út frá tillögu dómnefndar, eftir að hafa fjallað um þær forsendur sem lágu að baki ákvörðun ráðherra. Í áli



minnihluta nefndarinnar hafi hins vegar komið fram miklar efasemdir um undirbúning ráðherra á málinu, svo sem hvort rannsóknarskyldu hefði verið sinnt og hvort málsmeðferð hennar stæðist skoðun. Tíminn hafi þótt óhóflega skammur og hafi minnihlutinn lagt til að málinu yrði frestað svo Alþingi gæti sinnt hlutverki sínu. Í áliti minnihlutans hafi einnig komið fram að málið varðaði heildarskipun á nýjum dómstól sem falið væri nýtt og mikilvægt hlutverk í dómskerfi landsins og markaði ákveðin tímamót í réttarsögunni. Því væri það grundvallaratriði og eðlileg krafa að vandað væri til verka og skipun dómara hafin yfir allan vafa.

Björg benti á að tillaga meirihlutans hefði verið borin upp og samþykkt í einu lagi þrátt fyrir lagafyrirmæli um annað og vísað í þingskaparlög um það mál. Telja hafi mátt öruggt að þetta fengist samþykkt í krafti þingmeirihluta og niðurstaðan fyrirsjáanleg. Gagnrýndi Björg þetta í erindi sínu og taldi að ákvæði laga nr. 45/2010 um að hleypa Alþingi að málinu hefðu verið stórlega vanhugsuð, enda forsendurnar að baki aðkomu þingsins að skipun dómara ekki fyllilega ljósar. Björg lýsti

jafnframt ugg yfir þeim viðbrögðum dómsmálaráðherra við dómum Hæstaréttar frá 19. desember 2017, þar sem tveimur umsækjendum um embætti dómara við Landsrétt voru dæmdar miskabætur, að setja þyrfti verklagsreglur í dómsmálaráðuneytinu um aðdraganda þess að ráðherra legði tillögu fyrir þingið um að víkja frá dómnefndarálitum. Taldi Björg að setning slíkra reglna á vegum ráðuneytisins gæti verið enn betur til þess fallin að treysta í sessi að Alþingi og þar með ráðherra gæti farið framhjá álitum nefndarinnar.

Þá varpaði Björg fram spurningum um stjórnskipulega þýðingu á aðkomu Alþingis að skipun dómara. Ótvírætt væri að skipun dómara, eins og annarra embættismanna, væri stjórnarathöfn samkvæmt 20. gr. stjórnarskrárinnar, þ.e. á forræði framkvæmdarvaldsins, og samkvæmt 13. og 14. gr. hennar gerði ráðherra tillögu um skipun til forseta og bæri ábyrgð á ákvörðuninni. Að mati Bjargar væri nú svo komið að ákvæði dómstólalaga með skilyrðum um íhlutun Alþingis í skipun dómara væru á villigötum og hefðu raskað verkaskiptingu þeirri er 2. gr. stjórnarskrárinnar mælti fyrir um og þannig skapað óvissu um valdmörk stjórnvalda. Því til viðbótar lyti málið að grundvallarspurningum um sjálfstæði dómvaldsins, sbr. 70. gr. stjórnarskrárinnar, og beinum pólitískum afskiptum annarra þátta ríkisvaldsins af skipun dómara. Fyrirmæli um handhöfn valds í jafn mikilvægu tilliti og þessu hlytu að þurfa að koma fram í stjórnarskrá en ekki almennum lögum eftir því hvernig pólitískir vindar blésu hverju sinni. Að mati Bjargar væri ólíklegt að vilji stæði til að breyta stjórnarskrá í þessa átt, enda hefði reynst erfitt að fá menn til að ræða breytingar á öðrum ákvæðum hennar, hvað þá breytingu í þessa veru.

Að lokum velti Björg vöngum yfir því hvers vegna þessar deilur stæðu um skipun dómara á Íslandi og hví þessi togstreita væri til staðar um hver færi með skipunarvaldið og bæri ábyrgð á skipun dómara. Hún benti á að óumdeilt væri í nágrannaríkjunum að ráðherra færi með þetta vald samkvæmt stjórnarskrá og bæri ábyrgðina en að hann virti á hinn bóginn niðurstöður hæfnisnefndar. Þetta vandamál væri þannig óþekkt á hinum Norðurlöndunum, enda ríki hefðir og venjur alla jafna um þetta efni í þróuðum lýðræðisríkjum. Hins

vegar stæði um það ágreiningur og órói þar sem lýðræðið væri enn óstöðugt, eins og til dæmis í ýmsum ríkjum Austur-Evrópu, t. a. m. Póllandi, Ungverjalandi og Rúmeníu. Vandinn hér á landi snerist að mati Bjargar ekki um lög og reglur. Málið snerist um traust og sýn stjórnámálanna á stöðu dómsvaldsins en til lengri tíma yrðu afleiðingar af þessum deilum til skaða fyrir samfélagið því grafið væri undan trausti almennings til dómstóla og rétti manna til réttlátrar málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum dómstól.

Eftir erindi þeirra Ragnhildar og Bjargar tóku þau Ingibjörg Þorsteinsdóttir, formaður Dómarafélagsins og Reimar Pétursson, þáverandi formaður Lögmannafélagsins, þátt í pallborðsumræðum ásamt framsögumönnum um málið.

Í máli Ingibjargar kom fram að þau átök sem við stæðum frammi fyrir í þessu efni væru að hennar mati togstreita um völd fremur en skortur á skýrum reglum. Í ýmsum ríkjum í kringum okkur væru reglurnar ekkert betri eða skýrari en framkvæmdin þó í föstum skorðum og óumdeild. Eftirlitsstofnanir hefðu því ekki haft áhyggjur af því þótt ekki væru ítarlega útfærð ákvæði í lögum um efnið. Ingibjörg benti á að menn hefðu talið að bætt hefði verið úr ágöllum og togstreitu sem ríkti um skipun dómara hér á landi með lögum nr. 45/2010 en annað hefði komið á daginn. Í því sambandi velti hún upp þeirri spurningu hvort eitthvað skorti á þroska Íslendinga í að geta talist þróað lýðræðisríki í þessum efnum en að hennar mati væri enn nokkuð svigrúm til frekari þroska þar. Vandamálið fælist að nokkru leyti í því að valdhafar vildu ekki una því að valdi þeirra væru settar þær skorður sem væri einmitt tilgangurinn með hæfnisnefndinni. Vandamálið væri þannig að miklu leyti til fylgið í þessari togstreitu.

Þá kom fram hjá Ingibjörgu að ef til vill hefði verið ástæða til að skoða nánar hugmyndina um aðkomu Alþings að skipun dómara á sínum tíma. Þá teldi hún að ekki hefði verið heppilegt að fella út þá tillögu sem upphaflega var gerð í frumvarpi til laga nr. 45/2010 um að samþykki aukins meirihluta alþingsmanna þyrfti að koma til, ætti að víkja frá mati hæfnisnefndarinnar. Þá séu engin merki þess

að það eigi að setja sérstakar reglur fyrir Alþingi þegar kemur að skipun dómara. Skaðinn varðandi skipun Landsréttardómara væri þegar skeður og nauðsynlegt að horfast í augu við það. Afleiðingin hefði verið sú að trúverðugleiki dómskerfisins hefði beðið hnekki og leita þyrfti leiða til að bæta úr því. Ljóst væri að huga þyrfti nánar að umræddum reglum um aðkomu Alþingis.

Varðandi þær leiðir sem mögulegt væri að fara í því skyni að auka fagleg vinnubrögð hæfnisnefndarinnar benti Ingibjörg á að hægt væri að nota í ríkara mæli aðstoð frá sérfræðingum á sviði mannráðninga og ef til vill fjölbreyttari aðferðir, til dæmis að hafa tiltekinn reynslutíma í embætti eða leggja fyrir umsækjendur hæfnispróf eða eitthvað þessháttar. Allt væri þetta þó þýðingarlaust væru menn ekki sammála um verkefni nefndarinnar og teldu ráðherra ekki vera bundinn af niðurstöðu hennar. Álitu menn að skipun dómara væri pólitísk ákvörðun þjónaði enn fremur engum tilgangi að ræða einhverjar leiðir til að auka á fagmennsku hjá nefndinni. Þá vék Ingibjörg að nýlegu frumvarpi um endurupptökunefnd þar sem gert væri ráð fyrir að nefndin ætti ekki að upplýsa hvaða einn umsækjanda hún teldi hæfastan heldur tilgreina tvo og kvað það sína skoðun að slíkt ákvæði fengi varla staðist. Þá væri nauðsynlegt að mati Ingibjargar að sátt skapadist um málið þannig að ráðherra myndi í reynd una niðurstöðum hæfnisnefndarinnar.

Þá tók Reimar Pétursson næstur til máls og benti á mikilvægi þess að réttarríkið ætti að stýrast af lögum. Dómarar mættu ekki beita geðþóttu við úrlausn dómsmála heldur ættu að fara eftir lögunum. Í þessu fælist þá líka að ráðherra væri jafnframt skylt að gera það í embættisfærslu sinni. Pólitískur stuðningur ætti ekki að leiða til þess að menn færu ekki eftir lögunum. Þrátt fyrir að lög gætu boðið upp á ákveðið svigrúm til mats og ráðherrarn hafi við slíkar aðstæður horft til ýmissa sjónarmiða gætu þeir þó ekki beitt eigin geðþóttu. Þegar það væri fastmótað hvaða reglur lög hefðu að geyma hefði ráðherra í raun ekkert svigrúm til mats. Í þeim reglum sem giltu um skipun dómara væri lítið slíkt svigrúm og yrði ráðherra einfaldlega að fylgja lögunum þegar þessar reglur væru annars vegar.

Þá benti Reimar á að bæði í stjórnarskránni og mannréttindasáttmála Evrópu væru ákvæði um að um skipan dómvalds bæri að fara í samræmi við lög og hefðu alþjóðlegir dómstólar mælt fyrir um að fylgja bæri þeim lögum í hvívetna. Málið snérist um mannréttindi og í ljósi þeirrar meginreglu að lög skuli vera fyrirsjáanleg verði menn að geta treyst því að skipun dómara fari eftir lögum en ekki geðþótta. Skýrt þyrfti að vera hvert dómara sæktu vald sitt. Nú stæðu yfir deilur um skipun dómara í Landsrétt í kjölfar dóma Hæstaréttar í desember sl., þar sem staðfest var að skipun ráðherra hefði farið í bága við lög og tveimur umsækjendum um embætti dómara dæmdar miskabætur. Skort hefði á umræðu um hvort núgildandi skipun bryti í bága við mannréttindi þeirra sem ættu mál fyrir Landsrétti en til að mynda sæti nú fjöldi manna eða hefði setið í gæsluvarðhaldi í óvissu um hvort þeir sem dæmdu í málum þeirra væru í reynd réttir handhafar dómvalds. Mál hefði verið höfðað fyrir dómstólum til að fá úr þessu skorið en ekki sæi fyrir endann á því hvenær þeirri óvissu yrði endanlega eytt. Þá kvaðst Reimar að endingu harma þá aðstöðu sem við værum þarna komin í.

Því næst fóru fram umræður í sal. Í máli framsögumanna kom meðal annars fram að það væri grundvallaratriði svo unnt væri að byggja upp traust á því kerfi sem ríkti um skipun dómara að allir hlutadeigandi þyrftu að vanda til verka. Jafnframt var bent á að engar deilur stæðu um stóran hluta skipana dómara og þær yllu engum vafa, enda ávallt horft meira til þeirra mála sem deilur stæðu um. Þá benti Björg Thorarensen á að þýðingarlaust væri að breyta reglum í sífellu ef þær breytingar næðu ekki tilgangi sínum. Hafa bæri í huga að sú aðstaða sem fyrir hendi var er 15 dómara voru skipaðir í einu lagi í Landsrétt hefði verið fordæmalaus og kæmi ekki til með að endurtaka sig. Enn hefði þó verið hnútukast í fjölmiðlum milli ráðherra og hæfnisnefndarinnar í janúar sl. í kjölfar skipunar átta héraðsdómara. Umhugsunarefni væri hvort enn ætti að breyta reglum um skipun dómara og hvert stefndi almennt í þeim efnun. Til að mynda væri óljóst hvort Alþingi hygðist setja sérstakar reglur um hvernig fara bæri að þegar íhlutun þess væri nauðsynleg. Jafnframt væri álitamál hversu langt ætti að ganga við að setja hæfnisnefndinni verklagsreglur

en nauðsynlegt væri að setja einhverjar skýrar reglur um hvernig framkvæmdinni væri best háttað.

Þá nefndi Ingibjörg Þorsteinsdóttir að stæði til þess vilji að skapa meiri frið um málið, væri hægt að gera eitt og annað, eins og til dæmis að setja reglur um að ráðherra hefði rýmri tíma en þær tvær vikur sem lög áskildu að hann hefði til að fara yfir mat hæfnisnefndarinnar en kvartað hefði verið yfir því að þessi tími væri of knappur. Þá þyrfti að skoða vel aðkomu Alþingis að málinu en að mati Ingibjargar hefði sýnt sig að hún þjónaði ekki hlutverki sem einhvers konar gæðastjórnun eða öryggisventill á störf nefndarinnar.

Þá var samsetning nefndarinnar sem falið er það hlutverk að meta hæfni dómara samkvæmt 11. gr. núgildandi dómstólalaga nr. 50/2016 einnig rædd talsvert og það sjónarmið sem oft hefur borið á góma í umræðunni að ekki væri æskilegt að dómarar ættu að hafa þar mikil ítök, m. ö. o. ættu dómarar ekki að ráða því hverjir yrðu skipaðir dómarar. Nefnt var að það breyttist gjarnan í tímans rás hvað mönnum þætti athugavert við samsetningu nefndarinnar og það gæti ýmist verið að ekki væri gætt að kynjasjónarmiðum eða að of margir dómarar ættu sæti í nefndinni. Í máli Reimars Péturssonar kom fram að árið 2015 hefði Lögmannafélagið lagt til að fjölgað yrði í hæfnisnefndinni í átta manns í umsögn sinni um frumvarp um breytingar á dómstólalögum sem dagað hefði uppi á þinginu. Nauðsynlegt væri að nefndin væri skipuð á sem breiðustum grundvelli og eftir því sem fleiri ættu þar sæti væri erfiðara að halda því fram að klíkuskapur réði för. Hvað vinnubrögð nefndarinnar snerti þá mætti hún bæta þau og til þess væri ríkt svigrúm, enda væri enn ekki búið að finna hina fullkomu leið til að standa að slíku hæfnismati líkt og henni væri falið.

Þá kvaddi sér hljóðs úr sal Guðrún Björk Bjarnadóttir, sem á sæti sem varamaður í hæfnisnefndinni að tilnefningu Lögmannafélagsins, og tók undir að nauðsynlegt væri að fá starfsmann til liðs við nefndina sem menntaður væri á sviði mannauðsstjórnunar. Að hennar mati vantaði sárlega sérþekkingu á þessu sviði í nefndina, enda byggju

nefndarmenn ekki að menntun á þessu sviði. Þá kom fram í máli Guðrúnar að hún teldi ekki heppilega skipan að nefndin tilnefndi fleiri en einn hæfan umsækjanda um sérhvert embætti dómara því þá væri valdið endanlega komið til ráðherra sem veldi einfaldlega úr. Nefndin hefði á sínum tíma metið 15 ákveðna einstaklinga hæfasta til að hljóta skipun í embætti dómara við Landsrétt og að mati nefndarinnar hefði þótt æskilegra að ráðherra þyrfti ekki að velja úr umsækjendum. Þá þóttu Guðrúnu þau sjónarmið ráðherra um að nefndin hefði ekki tilnefnt jafnmarga karla og konur undarleg, enda hefði því verið hafnað að setja ákvæði um kynjasjónarmið í þær reglur sem nefndin starfaði eftir.

Næstur tók til máls úr sal Birgir Ármannsson, alþingismaður. Hann benti á að lagabreytingin árið 2010 þar sem ákveðið var að hleypa Alþingi að málinu hefði átt sér ákveðna forsögu en drögin að frumvarpi því sem varð að lögum nr. 45/2010 hefðu byggst á niðurstöðum nefndar sem skipuð var árið 2009 og Guðrún Erlendsdóttir veitti forstöðu. Hugmyndin um að krefjast samþykkis aukins meirihluta þingmanna skyldi ráðherra ákveða að fara gegn niðurstöðum hæfnisnefndarinnar hlaut ekki hljómgrunn hjá þinginu með vísan til sjónarmiða um að með því væri verið að fela minnihluta á þingi vopn í hendi, ekki endilega þegar kæmi að atkvæðagreiðslu um skipun dómara, heldur almennt til að nota í pólitískum hráskinnaleik um einhver önnur málefni. Þá kom fram hjá Birgi að þetta sjónarmið hefði vegið þungt og raunar ráðið úrslitum um að horfið var frá því að gera samþykki aukins meirihluta alþingismanna að skilyrði eins og upphaflegt frumvarp til laga nr. 45/2010 hefði gert ráð fyrir.

Þá beindi Birgir þeirri spurningu til framsögumanna og þátttakenda í pallborði hvaða leið væri að þeirra mati æskilegust, ef gera ætti breytingar á þeim reglum sem settar voru með lögum nr. 45/2010, t. a. m. hvort þau teldu að setja ætti skýrar reglur um að niðurstaða hæfnisnefndar skyldi ráða og aðkoma ráðherra yrði þá eingöngu formleg en ekki efnisleg eða hvort skilja mætti orð þeirra svo að þau teldu aðkomu Alþingis ónaðsynlega og hvort afstaða þeirra væri sú að fella bæri úr lögum ákvæði sem mæltu fyrir um þátt þingsins í ferlinu.



Í máli Bjargar Thorarensen kom fram að vissulega væri óheppilegt ef atkvæðagreiðsla um skipun dómara yrði að einhvers konar skiptimynt á þinginu en öll mál gætu raunar orðið það. Þá taldi hún, svo sem að framan greinir, að núverandi fyrirkomulag um íhlutun Alþingis stæðist vart stjórnarskrá og því væri heppilegast að afnema ákvæði um aðkomu þess úr lögum. Hin leiðin væri að breyta stjórnarskrá þannig að reglur um aðkomu þingsins samrýmdust betur ákvæðum stjórnarskrár. Varðandi það hvort æskilegt væri að setja reglur um að niðurstöður hæfnisnefndarinnar yrðu á einhvern hátt bindandi taldi Björg það hugsanlega vera heppilega lausn en vildi þó ekki alveg slá því föstu. Að hennar mati væri hin gamla leið æskilegust, að ráðherra færi formlega með skipunarvaldið en virti um leið niðurstöður hæfnisnefndar.

Ragnhildur Helgadóttir nefndi að þrátt fyrir að meginreglan skyldi vera sú að ráðherra færi að niðurstöðu nefndarinnar þyrfti þó að vera einhver leið fyrir hann til að geta neitað að skipa einstakling dómara sem honum þætti ótækt að skipa, t. a. m. ef sá hinn sami hefði gerst sekur um að misbeita valdi sínu eða aðra háttsemi sem dómara væri ekki sæmandi. Þá kom fram hjá Ræimari Péturssyni að hefði dómnefndin skilað álitum sem unnið væri lögum samkvæmt þá teldi hann svigrúm ráðherra til að skipa einhvern annan umsækjanda en þann sem tilnefndur væri nánast ekkert vera. Hugsanlega væri hægt að setja reglu um að ráðherra bæri einfaldlega að fara eftir álitum nefndarinnar, nema það væri ekki unnið í samræmi við lög. Málið myndi þó vandast ef þær aðstæður sem Ragnhildur lýsti væru fyrir hendi en þá væri komin upp önnur staða.

Þegar síga fór á seinni hluta málstofunnar fóru fram nokkrar umræður í sal varðandi það nýmæli sem sett var í bráðabirgðaákvæði IV. í dómstólalög nr. 50/2016 um að þegar ráðherra gerði tillögu um skipun í embætti dómara við Landsrétt í fyrsta sinn, skyldi hann leggja tillögu sína um hverja skipun fyrir Alþingi til samþykktar. Voru framsögumenn spurðir að því hvort Alþingi hefði að þeirra mati verið heimilt að víkja frá fyrrnefndu lagaákvæði, með því að leggja fram þingsályktunartillögu þess efnis að allar fimmtán tillögurnar

yrðu bornar upp í einu lagi, með þeim fyrirvara að unnt yrði að greiða atkvæði um sérhvern umsækjanda, kæmi fram sérstök ósk um það frá þingmönnum. Í þessu sambandi barst umræðan einnig að niðurstöðum fyrrnefndra dóma Hæstaréttar frá 19. desember sl. þar sem talið var að ráðherra hefði borið að gera sjálfstæða tillögu um þá fjóra umsækjendur sem hún lagði til en voru ekki meðal þeirra 15 sem dómnefnd hafði metið hæfasta. Þá hefði rétturinn ekki fundið að þeirri málsmeðferð að tillaga ráðherra um hina 11 umsækjendurna yrði borin upp í einu lagi við atkvæðagreiðslu á þinginu, svo framarlega sem tækifæri gæfist til þess að greiða atkvæði um hvern og einn umsækjanda, kæmi fram ósk um slíkt. Ljóst er að þarna hefðu fyrrnefnt bráðabirgðaákvæði dómstólalaga og ákvæði þingskaparlaga vegist á. Þær Björg og Ragnhildur kváðust þeirrar skoðunar að réttara hefði verið að hvert og eitt nafn hefði verið borið undir Alþingi svo sem fyrrnefnd lög mæltu fyrir um. Þá kom fram hjá Björgu að í hið minnsta hefði átt að bera nöfn þeirra fjögurra einstaklinga, sem dómnefnd mat ekki hæfasta, upp til samþykktar þingsins og kváðst þar vera sammála dómum Hæstaréttar.

Nokkrar umræður sköpuðust um atriðið í sal þar sem menn lýstu sig ýmist sammála eða ósammála því að fara hefði átt að svosem bráðabirgðaákvæðið mælti fyrir um. Í því sambandi var meðal annars bent á að það hefði verið rétt innan þingsins hvernig haga ætti atkvæðagreiðslu um málið og öllum ljóst að sérhver þingmaður gæti krafist sérstakrar atkvæðagreiðslu um hvern og einn umsækjanda. Þar sem engin nánari fyrirsmæli hafi komið fram í ákvæðum dómstólalaga um hvernig haga bæri atkvæðagreiðslu, kæmi sú staða upp sem fyrir hendi var í Landsréttarmálinu, hafi þótt eðlilegast að tilhögun hennar væri í samræmi við ákvæði þingskaparlaga og reglur um innri starfsemi þingsins. Á móti benti Björg Thorarensen á að í bráðabirgðaákvæði dómstólalaga hefði verið um sérreglu að ræða sem rétt hefði verið að gengi framar ákvæðum þingskaparlaga.

Í lok málstofunnar kom fram í máli framsögumanna og þátttakenda í pallborðsumræðum að vonir stæðu til þess að jafnvægi kæmist á í opinberri umræðu um skipun dómara. Þá væri jafnframt mikilvægt

að hlutverki og tilgangi hæfnisnefndar yrði almennt meiri gaumur gefinn. Landsréttarmálið varpaði ljósi á veikleika í því kerfi sem við byggjum við og hugsanlega væri sú framkvæmd sem nú væri við lýði of flókin, einkum hvað snerti hlutverk Alþingis í ferlinu. Jafnframt komu fram sjónarmið um að hæfnisnefndin þyrfti að bæta vinnubrögð sín og nauðsynlegt væri að þær reglur sem hún starfaði eftir væru bæði einfaldar og skilvirkar. Enn fremur væri nauðsynlegt að viðhorfsbreyting gagnvart málefnum tengdum skipun dómara ætti sér stað í samfélaginu og þá sérstaklega hjá stjórnmalastéttinni sem þyrfti að horfast í augu við hvað fælist í því að geta talist þróað lýðræðisríki. Þá voru þátttakendur í málstofunni nokkuð sammála um að enn væri svigrúm til aukins þroska hjá þjóðinni í þeim efnum og almennt þegar umræðu um skipun dómara bæri að garði.

**Dórhildur Líndal, aðstoðarmaður dómara við Héraðsdóm Reykjavíkur, tók saman**

---

**FJELDSTED & BLÖNDAL**  
*Legal Services since 1909*

# Við val á milli hæfra umsækjenda ræður að lokum almenn skynsemi

---

» Viðtal við Björn Bjarnason og Ögmund Jónasson,  
fyrirverandi dómsmálaráðherra

---

**M**erk tímamót urðu í réttarsögu Íslands þegar Landsréttur tók til starfa í ársbyrjun 2018. Eins og alkunna er risu allmiklar deilur um skipan dómara við réttinn. Ekki aðeins var dómsmálaráðherra, Sigríður Á. Andersen, gagnrýnd fyrir að taka fram fyrir hendur dómnefndar um hæfi umsækjenda um embætti landsréttardómara, heldur sætti dómnefndin sjálf einnig talsverðri gagnrýni fyrir að raða umsækjendum í hæfnisröð á grundvelli matskenndra mælikvarða.

Þar sem mörg þeirra sjónarmiða sem sett voru fram í ofangreindri umræðu skírskotuðu til fyrri tilvika og kölluðust á við eldri umræðu um tengd og hliðstæð álitafni fékk undirritaður tvo fyrirverandi ráðherra, Björn Bjarnason og Ögmund Jónasson, til fundar í því skyni að reyna að varpa nánara ljósi á það sem hér um ræðir.

Björn Bjarnason var dóms- og kirkjumálaráðherra 2003–2009. Ögmundur var dómsmála- og mannréttindaráðherra og samgöngu- og sveitarstjórnarráðherra 2010, og innanríkisráðherra 2011–2013.



*ADJ: Á síðustu árum hafa deilur um skipan í dómaraembætti verið mjög áberandi. Er að ykkar mati hægt að fullyrða að slíkar embættisveitingar séu umdeildari nú en áður? Hvað gæti útskýrt þróun í þá átt?*

**BB:** Frá lýðveldisstofunun hafa af og til risið deilur um skipun í opinber embætti. Stundum hafa þessar deilur verið pólitískar og stundum ópólitískar. Síðari ár hefur þessi ágreiningur iðulega birst sem átök á milli framkvæmdavalds annars vegar og dómssvalds hins vegar. Með breytingum sem gerðar voru á dómstólalögum árið 2010, sbr. lög nr. 45/2010 um breytingar á dómstólalögum nr. 15/1998, var ætlunin að fá löggjafarvaldið í auknum mæli að borðinu í því skyni að jafna leika. Hér koma einnig til sögunnar afskipti Umboðsmanns Alþingis. Þegar ég skipaði Ólaf Bórk Þorvaldsson í embætti hæstaréttardómara árið 2003 tel ég umboðsmann hafa búið til nýja reglu um hvaða viðmið ráðherra ætti að leggja til grundvallar við skipan í dómaraembætti. Sett var fram krafa þess efnis að ráðherra gætti ákveðinna þátta sem kynntir voru til sögunnar eftir að Ólafur Bórkur var skipaður í embætti. Ég tel að eftir aldamótin hafi deilan milli framkvæmda- og dómssvalds hardnað til muna og að henni sé ekki lokið ennþá. Í þessu valdatafli taka fjölmiðlar iðulega stöðu með dómssvaldinu í því skyni að koma höggi á framkvæmdavaldið.

Ef til vill má að einhverju leyti rekja breytingar í þessum efnum til breytinga á lagakennslunni um og eftir síðustu aldamót, þegar hægt var að læra lögfræði við fleiri deildir en lagadeild Háskóla Íslands. Á þessu sviði sem öðrum er gott að til séu fleiri en einn kostur. Það losnaði um einokun og íslenskir lögfræðingar eru nú ekki jafn einsleitur hópur og áður var. Lögfræðingar standa nefnilega sjálfir á bak við þessar deilur. Án atbeina þeirra væru þær ekki jafn hardar og langvinnar. Lögfræðingarnir leggja stjórnmalamönnum og fjölmiðlamönnum til efniviðinn. Hann breytist stundum í tilraunir pólitískra andstæðinga til að toga og teygja málsatvik og lagaákvæði í þeim eina tilgangi að koma höggi á ráðherra hvað sem málsatvikum líður. Rökræðurnar hætta fljótt að snúast um þau.

Dómar Hæstaréttar 19. desember 2017 í málum nr. 591 og 592/2017 um embættisfærslu dómssmálaráðherra, Sigríðar Á. Andersen, þegar

hún vék frá tillögu dómnefndar við skipan í embætti dómara við Landsrétt, voru rangir. Dómarnir byggðu á þeirri forsendu að ráðherra hefði ekki gætt rannsóknarskyldu sinnar, með þessu var komið aftan að dómsmálaráðherra. Skipan dómara er ekki flokkspólitískt mál, heldur spurning um hvernig stjórnskipun við viljum hafa. Fráleitt er að segja að mismunur upp á 0,01 á tilbúnum mælikvarða eigi að ráða úrslitum um hvort menn fái embætti eða ekki. Með þessu er verið að reyna að „sterilísera“ eitthvað sem er ekki hægt að sterilísera. Innan skólakerfisins er sagt að ekki gefi endilega rétta mynd af hæfni nemanda að gefa honum einkunnir á mælikvarðanum 1-10, horfa verði á málið í víðara samhengi. Þegar út á vinnumarkaðinn er komið er hins vegar sett upp excel-skjal til að meta fólk. Síðan á sá sem fær skjalið í hendur að verða bundinn af því upp á punkt og prik. Hvernig getur slíkt talist viðunandi í þessu samhengi?

*ADJ: Getur hugsast að harðvítugar deilur um skipan dómara hér á landi standi í tengslum við það að dómstólar séu í einhverjum skilningi pólitískari hér en t.d. á öðrum Norðurlöndum?*

**BB:** Með því að taka sér vald til að kveða upp „réttarskapandi dóma“ taka dómara sér löggjafarvald. Hvers konar tilhneiging til slíks er skiljanlega mjög umdeild. Hér hafa orðið deilur um þetta meðal lögfræðinga. Mér finnst afstaða áhrifamikilla danskra lögfræðinga hafa verið nokkuð ólík þeirri sem við þekkjum hér og það birtist m.a. nú fyrir nokkrum vikum þegar Danirildu ganga lengst af Norðurlandþjóðunum í því að þrengja möguleika dómara í Mannréttindadómstól Evrópu til að stunda „skapandi dómstörf“. Þetta minnir mig einnig á að Margaret Thatcher, fyrrverandi forsætisráðherra Bretlands, sagði á sínum tíma að ættu dómara að stunda löggjafarstörf ætti að skipa þá á pólitískum forsendum.

**ÖJ:** Umræða um svokölluð skapandi dómstörf hefur farið fram víðar. Í ESB hefur verið rætt um að „gæslumenn réttarkerfisins“ séu orðnir svo harðsnúnir að þeir séu farnir að ganga á hlut lýðræðisins. Ég tel að það sé viss blekking að ímynda sér að dómara séu nokkurn tímann með öllu ópólitískir þótt þar sé stigsmunur og stundum jafnvel eðlismunur á. Í Bandaríkjunum er ferlið við skipan dómara

í Hæstarétt mjög pólitískt og sú staðreynd er ekki falin. Að mínu mati væri heiðarlegra að viðurkenna að allir menn, sem blóðið rennur í, eru pólitískir á einhvern hátt. Ég nefni sem dæmi að þegar ég starfaði á sínum tíma sem fréttamaður á RÚV var rætt um það hvort fréttamenn mættu vera skráðir í stjórnmalaflokk. Ég vildi alls ekki bannfæra slíkt, þótt sjálfur væri ég þá utan flokka og hvergi skráður en þó rammpólitískur og leyndi því aldrei. Ég taldi þá og tel enn að það sé ótvíræður kostur að menn komi hreint til dyra. Síðan á að dæma menn af verkum þeirra, ekki merkimiðum. Þetta á að sjálfsögðu - og ekki síður - við um dómara en aðra.

Að mínu mati þarf að virða eftirtalin atriði í þessu ferli:

1. Reynt sé að velja hæfustu umsækjendur hverju sinni.
2. Jafnræði sé gætt og ástunduð séu fagleg vinnubrögð.
3. Mikilvægt er að sátt ríki, þjóðfélagið viðurkenni það ferli sem fylgt er við val á umsækjendum.
4. Til að gera dómurum störf sín bærileg verður að tryggja við skipan þeirra í embætti að þeir verði ekki háðir þeim sem skipa þá.

Við getum prófað að heimfæra þetta á fyrirkomulagið hér á landi. Lengi vel var það handhafi framkvæmdavalds, það er að segja ráðherra, sem skipaði dómara. Hér sem annars staðar er mikilvægt að fram fari einstaklingsbundið mat. Að sumu leyti getur ráðherra nálgast slík atriði betur en dómnefnd sem raðar umsækjendum samkvæmt excel skjali. Ég vil leggja áherslu á að þótt ákvörðunarvaldið sé falið ráðherra er það ekki sjálfkrafa ávísun á rangláta niðurstöðu. Fráleitt er að halda slíku fram að mínu mati. En um þetta eru skiptar skoðanir og er þá komið að tiltrú samfélagsins. Skortur á slíkri tiltrú var ástæðan fyrir breytingum á dómstólalögum árið 2010. Hugsunin að baki var sú að kalla þurfi fleiri aðila að ferlinu svo ráðherra verði ekki einráður. Eftir þessar lagabreytingar getur ráðherra eftir sem áður gengið gegn ráðleggingum dómnefnda en þarf þá að fara með þær tillögur sínar fyrir þingið. Það sem gerði dómaraskipan sérstaka nú í ársbyrjun 2018 var að skipan í Landsrétt var svo stórfelld, þ.e. verið var að skipa 15 dómara í einu. Ráðherra var annarrar skoðunar en dómnefndin hafði kveðið upp úr með og var gagnrýndur fyrir að





*Í Grasagarðinum í Langardal 28. júní 2018.  
F.v.: Arnar Þór Jónsson, Ögmundur Jónasson  
og Björn Bjarnason.*

hafa ekki rökstutt breytingar sínar nægilega vel. Sumum fannst rök ráðherrans engan veginn standast og sumir gengu svo langt að segja að ráðherrann hefði hvorki átt né mátt hrófla við tillögu dómnefndar. Það hefur ráðherra þó rétt á að gera en með afmarkandi skilyrðum. Allt þetta fléttaðist inn í umræðuna.

**ADJ:** Löggjafinn hefur samkvæmt því sem þú lýsir verið að leitast við að auka traust almennings á því ferli sem hér er viðhaft og í því ljósi má spyrja hvort hugsanlega þurfi enn að ráðast í umbætur á lögum?

**ÖJ:** Já, það er umhugsunarvert. Einn möguleikinn væri sá að gera ráðherrann enn fjarlægari, ef svo má segja. Til álita gæti komið að eftir að dómnefnd hefur skilað sínu álitu gerði stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd Alþingis tillögu til ráðherra sem þá þyrfti að horfa til álits dómnefndar og síðan einnig úrvinnslu stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar, áður en hann léti sína ákvörðun ganga til Alþingis til samþykktar eða synjunar. Með þessu móti væri þingið dregið að málinu á markvissari hátt en gerist í atkvæðagreiðslunni einni um ákvörðun ráðherra.

**ADJ:** *Ef hægt væri að segja að einhver liður í ferlinu hafi brugðist við skipan í Landsrétt, hvaða liður væri það þá?*

**ÖJ:** Ég myndi segja að þar hafi Alþingi fyrst og fremst brugðist. Í höfuðdráttum skiptist þingið þarna í stjórn gegn stjórnarandstöðu. Átakanlegt var að fylgjast með hvernig menn skiptu um skoðun á málinu þegar þeir voru farnir úr stjórnarmeirihluta og komnir í stjórnarandstöðu. Nú hefur þetta gengið svo langt að lögmenn og málsaðilar hafa véfengt hæfi Landsréttardómara til að dæma í þeim málum sem þeim hafa verið úthlutað. Engu að síður eru þeir í embætti með samþykki löggjafarsamkundunnar. Og ekki nóg með þetta því fréttir eru um að fara eigi með það fyrir Mannréttindadómstól Evrópu hvort einstakir dómarar geti talist hæfir óháð vilja Alþingis sem fer með endanlegt vald í þessum málum. Hér þykir mér farið illa með einstaklinga en auk þess er þessi nálgun á vissan hátt stefnumrkandi og það ekki á eftirsóknarverðan hátt, minnir um margt á það versta í bandarísku réttarfari, þar sem iðkað er það sem kalla má „formgalla“

réttarfar. Þar ræðst niðurstaða mála af því hvort formreglum hafi verið fylgt alla leiðina niður í kommusetninguna. Þá er rýnt í smæstu smáatriði til að freista þess að hanka andstæðinginn. Vissulega þarf að virða formið. En þegar það gerist að efnisleg niðurstaða fer að ráðast af forminu einu saman og þá einnig aukaatriðum sem þar er að finna, þá verður sú hætta raunveruleg að dómstólar geti í vissum skilningi orðið viðskila við sjálf markmið réttarríkisins. Þetta gerist þegar efnislegt réttlæti hverfur í skuggann fyrir atriðum, sem rista grunnt og eiga þegar upp er staðið fátt skylt við réttlæti. Þegar andi laganna skiptir ekki lengur máli, hann jafnvel horfinn á braut, þá er illt í efni. Umræðan um réttarkerfið í þessu samhengi öllu hefur verið óvæginn, svarthvít og það sem verst er, farið fram á þröngum pólitískum forsendum. Ég tel slíka nálgun með öllu óviðunandi, því hér er um málefni að ræða sem ekki á að taka afstöðu til á flokks-pólitískum nótum.

**BB:** Ég er sammála því að það sem grefur einna helst undan dómstólunum nú er umræðan um þá, eins og hún hefur þróast. Við stöndum frammi fyrir þeirri staðreynd að ráðherra á hverjum tíma kann að vilja raða umsækjendum um dómaraembætti á annan hátt en dómnefnd. Umræðan fer hins vegar að snúast um allt annað. Gleymum því ekki að það eru lögfræðingarnir sjálfir sem ráða mestu um það hvert umræðan fer. Hún ber of oft merki þess að markmið þess sem talar hafi fremur verið það að komast í fjölmiðla en að leggja eitthvað efnislegt af mörkum. Ýmis mál, svo sem Baugsmálið, hafa nánast verið flutt í fjölmiðlum fremur en fyrir dómi. Þar sem dómara hafa ekki viljað taka þátt í umræðum um dómsmál hefur umræða um dómara og dómstóla verið til þess fallin að veikja þá. Það er sorglegt ef rekja má rætur slíkrar aðfarar til aðila sem vinna sjálfir innan réttarkerfisins. Að mínu mati væri það skref í rétta átt að háskólarnir létu þessi mál meira til sín taka.

**ÖJ:** Þegar ráðherra gerir upp á milli manna þarf það að byggjast á ítarlegum og málefnalega sannfærandi rökstuðningi. Ef ráðherra ætlar að ganga gegn álitum dómnefndar þá hvílir sönnunarbyrðin á ráðherranum. Þetta er lykilatriði sem ekki hefur verið nægilega gætt að og gagnrýnin sem beinst hefur að núverandi dómsmálaráðherra



rætur sínar hér. Réttarkerfið er viðkvæmt og þær reglur sem það hvílir á þarf að virða. Þarna koma ekki aðeins formreglur til álita heldur einnig kröfur sem samfélagið gerir til stjórnámálanna og þeir ættu að gera til sjálfra sín. Ég tel mjög jákvætt að rætt sé um breytni stjórnámálanna. og þá spurt hvað standist siðferði í stjórnámálum. Umræða um siðareglur er því mjög mikilvæg og að mínu mati er hún jafnvel mikil- vægari en efnisreglurnar sjálfar. Umræðan heldur okkur við efnið. Kerfið sem við höfum verið að vinna eftir er í grundvallaratriðum ekki slæmt. Það er framkvæmdin sem þarf að batna. Auðvitað þarf að forðast að excel skjalið taki öll völd. Aðrir þættir, sem ekki passa inn í slíkt skjal þurfa að hafa vægi. Að mínu mati er þetta þó afar vandrötuð leið. Við þekkjum þetta vel við ráðningar í önnur störf, þar sem umsækjendur geta t.d. verið með háar einkunnir, smellpassað í excelskjalið að öllu leyti, en verið vonlausir til vinnu. Slíkt getur reynst sérstaklega erfitt í réttarkerfinu. Þar hlýtur reynsla af verkum viðkomandi og mat á mannkostum að veða þungt ekki síður en formlegar kröfur. Einn umsækjandi hefur skrifað hundrað greinar, annar tíu. En hver voru gæðin?

*ADJ: Vandinn er kannski sá að þetta getur verið erfitt að segja beint út ...*

**BB:** Er lausnin þá ekki sú að sá sem hefur lýðræðislegt umboð fái að taka hina endanlegu ákvörðun? Á dómnefndin að taka öll völd og binda hendur kjörinna ráðherra? Ráðherra þarf að hafa svigrúm, annars er þetta eins og að setja tölur inn í algóritma. Ráðherrann sjálfur þarf að vera sáttur við það sem hann ákveður. Útgangspunkturinn hlýtur að vera sá að skipunarvaldshafar hafi þetta rými.

**ÖJ:** Eitt dæmi sem sýnir hvað þetta er vandmeðfarið er það hvernig menn veljast inn í lögreglustarfið, sem er vafalaust ein mikilvægasta starfsstétt hvers samfélags. Augljóslega er forgangsmál að fá vandaða og góða einstaklinga í þau störf. Með því að gera þetta að háskólanámi var verið að reyna að bæta námið og umgjörð þess, en ég hafði mínar efasemdir á sínum tíma og óttaðist að með þessu væri rutt út mikilvægum mannlegum þátum. Þess vegna var ekki gerð þessi breyting í minni ráðherratið þrátt fyrir kröfur gamalla BSRB félaga minna í lögreglunni. Í lögregluskólanum sem var nátengdur starfsvettvangi

lögglumanna var nefnilega grisjað úr hópi umsækjenda og nema á allt annan hátt en háskólar geta nokkurn tímann gert. Ég átta mig þó á því að þarna erum við komin inn á hættuslóðir geðþóttavalds. En það er vandlifað.

**ADJ:** *Í þessu ljósi er ekki óeðlilegt þótt ýmsir setji fram spurningar og efasemdir um ábyrgð valnefnda og dómnefnda sem skipaðar eru sérfræðingum. Má líta á þetta sem merki um þróun frá lýðræði til „sérfræðingaræðis“?*

**BB:** Það er mjög umhugsunarvert. Ég minnst ábendinga frá Umboðsmanni Alþingis þar sem varað er við þessari þróun. Menn eigi að forðast að skipa nefndir sem taki ákvarðanir sem ekki sé hægt að áfrýja. Að lokum eigi að vera unnt að kalla einhvern til lýðræðis-legrar ábyrgðar á vettvangi stjórnsýslunnar. Þróunin hefur samt verið í þessa veru. Þetta er hluti af stærra máli, þ.e. tilhneigingu til þess að taka mál af hinum pólitíska vettvangi og fela þau sérfræðingum. Þetta er ekki jákvæð þróun, sérstaklega ekki ef ákvarðanir eru teknar án þess að menn vilji svo birta upplýsingarnar að baki niðurstöðunni.

**ÖJ:** Ég er sammála þessu. Að baki öllum ákvörðunum þarf að búa ábyrgð. Þeim sem áhugasamir eru um þetta efni get ég vísað á fáránlega og fádæma ósanngjarna umræðu sem hér hefur farið fram að undanfögnu um kjararáð og ákvarðanir þess, en ráðinu var falið að taka ákvarðanir sem þingmenn áttu að mínu mati sjálfir að taka. Þingmenn eiga að hafa hugrekki til að taka ákvarðanir um kjör sín og standa svo og falla með þeim ákvörðunum. Sannleikurinn er sá að þingið hafði tekið ákvörðun með lagaforskrift sinni en gerðist síðan feimið við hana og vildi ekki kannast við eigin ábyrgð. Af sama toga eru ýmis erfið mál þar sem stjórnálmenn reyna að firra sig ábyrgð með útvistun. Fyrir þá sem eru að leita réttar síns er hins vegar ófært að búa við kerfi án ábyrgðar. Hætt er við því að slíkt kerfi verði ábyrgðarlaust í meira en einum skilningi þess hugtaks.

**BB:** Á sínum tíma studdi ég að komið yrði á fót opinberum hlutafélögum (ohf.). Nú lít ég á það sem alvarleg mistök. Þar var ákveðið að treysta fagmönnum fyrir ákvörðunum á vissum sviðum en svo gerist það aftur og aftur að mikilvæg mál lokast á bak við

þagnarmúr þar sem menn sitja á upplýsingum sem varða allan almenning.

**ÖJ:** Einn þátturinn í því að loka samfélaginu er að loka á lýðræðislega kjörna fulltrúa. Að því sögðu segi ég þó að við megum ekki dæma excel skjalið úr leik af því að það er excel skjal. Vandinn er sá að erfitt getur verið að leggja mat á huglæga þætti. Það má þó ekki valda því að menn séu afgreiddir alfarið á hinum hlutlæga kvarða. Finna verður heppilega blöndu. Ég vona að í framtíðinni reynist Alþingi óháðara í flokkpólisku tilliti.

**BB:** Eitt álitaefnið er hvernig best er fyrir nefnd að tala sig inn á niðurstöðu. Annað er að kynna þá niðurstöðu opinberlega. Alvarlegast er þegar þessar nefndir neita að gera viðunandi grein fyrir niðurstöðum sínum. Er það af því að nefndin var ekki sammála? Má skilja þögnina sem tilraun til að leyna að niðurstaðan geymi þá eftir allt saman mála-miðlun? Sé svo eru upplýsingar um ágreininginn til dæmis til þess fallnar að veikja málstað þeirra sem gagnrýna ráðherra fyrir að fara ekki að vilja nefndarinnar. Við þær aðstæður á ekki að líða formanni nefndar að svara með því að segja að mönnum komi ekki við hvernig niðurstaðan var fengin. Með meiri miðlun upplýsinga kæmi í ljós hve vandasant er að velja á milli hæfra umsækjenda og þar ræður að lokum almenn skynsemi. Að ætla að útiloka hana lofar aldrei góðu.

**Arnar Þór Jónsson**

# Um hvað snýst Landsréttarmálið?

---

» **Dr. jur. Davíð Þór Björgvinsson** prófessor og fyrrverandi dómari við Mannréttindadómstól Evrópu<sup>1</sup>

---

I  
Mannréttindadómstóll Evrópu (MDE) hefur tekið til meðferðar svonefnt „Landsréttarmál“. Málið er að rekja til skipunar dómara við réttinn á síðasta ári. Hér skal þess freistað að skýra í stuttu máli um hvað mál þetta snýst eins og það horfir við MDE. Það gefur jafnframt tækifæri til að skýra um hvað það snýst ekki, sem ekki sýnist vanþörf á, ef marka má umræður og yfirlýsingar sem fram hafa komið fjölmiðlum, m.a. frá stjórnmalamönnum.

Bakgrunnur málsins er sá að snemma á árinu 2017 voru 15 embætti dómara við Landsrétt auglýst til umsóknar. Skyldu þeir hefja störf 1. janúar 2018. Samkvæmt III. kafla laga um dómstóla, nr. 50/2016, starfar sérstök dómnefnd, sem metur hæfi umsækjenda. Í álitni nefndarinnar um hæfni umsækjenda setti hún fram lista með nöfnum 15 einstaklinga sem hún taldi hæfasta til þessara starfa.

---

<sup>1</sup> Höfundur er skipaður dómari við Landsrétt, en er í leyfi frá því embætti meðan hann er settur ríkissaksóknari vegna endurupptöku Guðmundar- og Geirfinnsmáls. Grein þessi birtist fyrst á bloggsíðu höfundar *Juris Prudentia* 1. júlí 2018. Hún er hér prentuð með lítilsháttar breytingum.





Þegar dómsmálaráðherra, Sigríður Á. Andersen, gerði tillögu til Alþingis um þá 15 umsækjendur sem skipa skyldi dómara, vék hún frá niðurstöðum nefndarinnar varðandi fjóra þeirra. Meðal þeirra var A, sem var, ásamt þremur öðrum einstaklingum sem ekki voru á lista dómnefndar, skipuð í embætti dómara. Þá voru ennfremur skipaðir sem dómara 11 aðrir einstaklingar sem voru á upphaflegum lista dómnefndar.

Tveir þeirra, sem teknir voru af lista dómnefndar, höfðuðu mál á hendur íslenska ríkinu og féllu dómur í þessum málum í Hæstarétti í desember 2017.<sup>1</sup> Komst rétturinn að þeirri niðurstöðu að ráðherra hefði brotið gegn 10. gr. stjórnisýslulaga þegar hún ákvað að gera tillögu til þingsins sem vék frá lista þeim yfir umsækjendur sem dómnefnd hafði talið hæfasta, með þeim rökum að hún hefði ekki rannsakað málið nægilega vel áður en þessar breytingar voru gerðar. Talið var að hið sama ætti við um meðferð Alþingis á tillögu ráðherra, þar sem ekki hefði verið bætt úr þeim annmörkum sem málsmeðferð ráðherra var talin haldin. Ríkið var dæmt til að greiða þeim miskabætur. Hér má skjóta því inn til skýringar að ljóst er að ráðherra var ekki óheimilt að breyta út frá lista dómnefndarinnar, heldur var eingöngu talið að hún hefði ekki rannsakað málið nægilega vel áður en hún gerði það.

## II

Víkur þá sögunni að G, en hann hafði verið sakfelldur í héraðsdómi og fyrir Landsrétti fyrir umferðarlagabrot með því að hafa ekið bifreið sviptur ökurétti og undir áhrifum ávana- og fíkniefna.<sup>2</sup> Meðal dómara í máli G fyrir Landsrétti var A. G skaut málinu til Hæstaréttar og krafðist aðallega ómerkingar hins áfrýjaða dóms en til vara að hann yrði sýknaður. Bar hann fyrir sig að skipun A sem dómara, hefði ekki verið í samræmi við lög, svo sem áskilið er í 59. gr. stjórnarskrárinnar og 2. málslið 1. mgr. 6. gr. MSE. Taldi G að hann hefði vegna þessa annmarka á skipun A ekki notið réttlátrar málsmeðferðar fyrir óháðum

<sup>1</sup> Sbr. dóma Hæstaréttar Íslands frá 19. desember 2017 í málum nr. 591/2017 og 592/2017.

<sup>2</sup> Dómur Landsréttar frá 23. mars 2018 í máli nr. 6/2018.

og óhlutdrægum dómstóli, eins og hann ætti rétt til samkvæmt 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinna, sbr. 1. málslið 1. mgr. 6. gr. MSE. Í niðurstöðu Hæstaréttar<sup>3</sup> var m.a. rakið að við skipun dómara við Landsrétt hefði verið fylgt formreglum laga um dómstóla, að öðru leyti en því að við meðferð Alþingis á tillögum dómsmálaráðherra hefðu ekki verið greidd atkvæði um skipun hvers dómara fyrir sig, eins og mælt væri fyrir um í lögum. Það væri þó ekki annmarki sem hefði vægi.

Þá kom til skoðunar í dómi Hæstaréttar hvaða afleiðingar brot á rannsóknarskyldu ráðherra samkvæmt stjórnarsýslulögum ætti að hafa. Í því sambandi var lögð áhersla á að ótímabundin skipun allra dómara 15 við Landsrétt hefði orðið að veruleika við undirritun skipunarbréfa þeirra 8. júní 2017. Þau hefðu öll fullnægt skilyrðum laga um að hljóta skipun í embætti, m.a. í ljósi starfsferils og lögfræðilegrar þekkingar, og hefðu frá þeim tíma notið þeirrar stöðu samkvæmt 61. gr. stjórnarskrárinna að þeim yrði ekki vikið úr embætti nema með dómi. Frá því skipun þeirra tók gildi 1. janúar 2018 hefðu þau samkvæmt stjórnarskránni og lögum um dómstóla jafnframt borið þá höfuðskyldu að fara í embættisverkum sínum einungis eftir lögum. Þeim hefði einnig verið áskilið með lögum sjálfstæði í dómstörfum en jafnframt lagt þeim á herðar að leysa þau á eigin ábyrgð og lúta aldrei boðvaldi annarra í þeim efnum. Á þessum grunni taldi Hæstiréttur að ekki væri næg ástæða til að draga á réttmætan hátt í efa að G hefði, þrátt fyrir annmarka á málsmeðferð dómsmálaráðherra, notið í Landsrétti réttlátrar meðferðar máls síns fyrir óháðum og óhlutdrægum dómendum.

Í mjög stuttu og einfölduðu máli telur Hæstiréttur að þótt ákveðnir annmarkar væru á málsmeðferð ráðherra í aðdraganda skipunar A, sem dómara við Landsrétt, væri A engu að síður lögum samkvæmt skipuð dómari við réttinn og hefði verið talin til þess talin hæf vegna reynslu sinnar og lagaþekkingar og bæri í krafti þess skyldur og nyti réttarstöðu sem slík eins og aðrir dómara.

---

<sup>3</sup> Dómur Hæstaréttar frá 24. maí 2018 í máli nr. 10/2018.

### III

G var ekki sáttur við niðurstöðu Hæstaréttar og kærði málið til MDE þar sem hann taldi meðferðina á máli sínu andstæða 6. gr. MSE. Segir í ákvæðinu að þegar kveða skuli á um réttindi og skyldur manns að einkamálarétti eða um sök, sem hann er borinn um refsivert brot, skuli hann eiga rétt til réttlátrar og opinberrar málsmeðferðar innan hæfilegs tíma fyrir sjálfstæðum og óvilhöllum dómstóli. Segir enn fremur að skipan dómstólsins skuli ákveðin með lögum. Í 2. og 3. mgr. ákvæðisins er síðan mælt nánar fyrir um tiltekin skilyrði, sem þarf að uppfylla til að málsmeðferð í máli einstaklings geti talist réttlát og eru á sakamál einkum höfð í huga. Meðal þess sem þar er nefnt er að maður skuli talinn saklaus uns sekt hans sé sönnuð, að hann skuli hafa rétt til að njóta aðstoðar verjanda, aðstoðar dómtúlks ef við á, rétt til að leiða vitni og almennt næga aðstöðu og tíma til að undirbúa vörn sína. Ekki er deilt um nein slík atriði í málinu.

Kjarninn í kæru G til MDE er sá sami og fyrir Hæstarétti, þ.e. að skipun A, sem sat í dómi í málinu fyrir Landsrétti, hefði ekki verið í samræmi við lög, eins og áskilið væri í 1. mgr. 6. gr. MSE. Vegna þessara annmarka á málsmeðferðinni í aðdraganda skipunar A hefði G ekki notið réttlátrar málsmeðferðar fyrir sjálfstæðum, óháðum og óhlutdrægum dómstóli, sem skipaður væri samkvæmt lögum, eins og hann ætti rétt til samkvæmt 6. gr. MSE.

Þegar kæra berst Mannréttindadómstólnum getur í aðalatriðum tvennt gerst. Í fyrsta lagi, að kæru sé vísað frá án þess að hún sé send því ríki sem hún beinist að til umsagnar. Gríðarlegum fjölda mála sem dómstólnum berast lýkur með þeim hætti. Að því er mál þetta varðar hefur dómstóllinn nú sent málið til umsagnar íslenska ríkisins. Það þýðir að áður en frekari ákvarðanir um framhald þess eru teknar er íslenska ríkinu gefið færi á að taka afstöðu til kærunnar. Má því segja að málið hafi komist í gegnum fyrstu síu. Á hinn bóginn þýðir það ekki að dómstóllinn telji málið tækt til efnismeðferðar, því hann getur ennþá vísað því frá eftir að greinargerðir hafa borist og þá með rökstuddri ákvörðun. Hann getur líka, ef honum sýnast skilyrði til, ákveðið að taka málið til efnismeðferðar og kveðið upp

dóm. Í þeirri stöðu er tveir möguleikar. Annar er sá að dómstóllinn telji að brotið hafi verið gegn 6. gr. MSE og hinn að ekkert slíkt brot hafi átt sér stað.

Í erindi sínu til íslenska ríkisins setur MDE fram tvær spurningar. Hin fyrri er sú hvort G hafi fengið úrlausn síns máls fyrir dómstól hvers skipan var „ákveðin með lögum“. Í því samhengi er sérstaklega óskað eftir afstöðu ríkisins til þess hvaða þýðingu það hafi að Hæstaréttur hafði í dómum sínum frá desember 2017 komist að þeirri niðurstöðu, annars vegar að Alþingi hafi ekki farið að lögum þegar atkvæði voru greidd í þinginu um hverjir skyldu skipaðir dómáttarar og hins vegar að ráðherra hafi ekki sinnt rannsóknarskyldu sinni sem skyldi þegar hún gerði breytingar á listanum. Seinni spurningin lýtur að því hvort G hafi fengið úrlausn máls síns fyrir sjálfstæðum og óvilhöttum dómstól.

Í spurningum MDE er vísað til tveggja fyrri dóma dómstólsins. Annars vegar til Jorgic gegn Þýskalandi<sup>4</sup> og hins vegar til Platoskiy gegn Rússlandi.<sup>5</sup> Þessir dómáttarar, og ýmsir fleiri, bera glögg með sér að þegar talað er um að skipan dómstóls skuli ákveðin með lögum í 6. gr., er ekki einasta átt við að dómstóll sé settur á laggirnar með lögum og starfi samkvæmt lögum, heldur einnig að einstakir dómáttarar sitji þar lögum samkvæmt. Málið gegn Rússlandi snerist þannig í stuttu máli um hvort ólöglærðir meðdómendur, sem sátu í máli, sætu þar lögum samkvæmt. Komst MDE að því að reglur um val og skipan meðdómenda hefðu verið brotnar, þar sem sá er skipaði þá var ekki til þess bær að lögum og seta þeirra í máli hefði því ekki verið samkvæmt lögum. Því hefði ákvæði 1. mgr. 6. gr., um að skipun dóms sé ákveðin með lögum, verið brotin. Í málinu gegn Þýskalandi var deilt um það hvort tiltekinn dómstóll í Þýskalandi hefði lögsögu í máli manns sem sætti ákæru fyrir þátttöku í þjóðarmorðum í stríðinu í Bosnía- Herzegóvínu. MDE taldi álitafnið vera það hvort málsmeðferðin hefði farið fram fyrir dómstól sem ákveðinn hafði verið með lögum.

<sup>4</sup> Dómur MDE frá 12. júlí 2007 í máli nr. 74613/01.

<sup>5</sup> Dómur MDE frá 9. júlí 2009 í máli nr. 6945/04.

Í dóminum í málinu gegn Þýskalandi kemur m.a. skýrt fram að eins og viðkomandi ákvæði sé háttað sé ljóst að dómstóllinn geti dæmt um hvort farið hafi verið að lögum ríkis. Á hinn bóginn sé það eftir sem áður fyrst og síðast hlutverk dómstóla ríkis að túlka landslög og við þeirri túlkun hrófli MDE ekki nema augljóst (*e. flagrant*) sé að hún sé andstæð landslögum. Þetta má einnig orða svo að MDE líti á það sem hlutverk sitt að meta hvort túlkun dómstóla á landslögum sé málefnaleg og styðjist við skynsamleg rök og uni við hana ef svo er.

#### IV

##### **Um hvað snýst málið fyrir Mannréttindadómstólnum?**

Eins og málið liggur fyrir MDE er ekki um það deilt hvort ráðherra hafi brotið lög í aðdraganda skipunar A. Hefur Hæstiréttur slegið því föstu að annmarkar hafi verið á málmeðferð ráðherra og getur ákvörðun MDE, hver sem hún verður, ekki hnekkkt því. Aftur á móti er deilt um hvaða afleiðingar þessir annmarkar á meðferð málsins eigi að hafa þegar metið er hvort G naut í sakamáli, sem rekið var gegn honum, réttlátrar málsmeðferðar fyrir Landsrétti samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE. Í því efni hefur Hæstiréttur einnig slegið því föstu að þessir annmarkar á meðferð ráðherra á málinu hafi ekki í för með sér að lítið verði svo á að G hafi ekki fyrir þær sakir notið réttlátrar málmeðferðar fyrir dómi. A sé skipuð dómari og til þess hafi hún verið hæf vegna menntunnar sinnar, starfsreynslu og lögfræðipækkingar og ekki verði við henni hreyft nema með dómi. A njóti sjálfstæðis í störfum sínum samkvæmt lögum og stjórnarskrá og líti ekki boðvaldi annarra.

Þessi niðurstaða er byggð á túlkun Hæstaréttar á íslenskum lögum og hvaða afleiðingar brot ráðherrans og eftir atvikum þingsins eigi að hafa á stöðu A sem dómara. Niðurstaða Hæstaréttar er sú að brot ráðherrans hafi engin áhrif á stöðu A sem dómara og að þrátt fyrir þetta brot hafi málsmeðferðin í máli G fyrir Landsrétti verið réttlát. Ef tekið er mið af málinu gegn Þýskalandi, sem rakið er að framan, mun MDE þurfa að svara þeirri spurningu hvort þessi túlkun Hæstaréttar sé svo augljóslega andstæð íslenskum lögum að ekki verði við hana unað vegna réttinda G til réttlátrar málsmeðferðar samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE fyrir óvillhóllum og sjálfstæðum dómstól, sem skipaður sé

lögum samkvæmt. Kærandi hlýtur í því efni að byggja á að túlkun Hæstaréttar sé augljóslega röng og augljóslega andstæð íslenskum lögum. Vörn ríkisins hlýtur á hinn bóginn vafalaust að vera reist á því fyrst og fremst að túlkun íslenskra laga, um afleiðingar annmarka á málsmeðferð í aðdraganda skipunar A, sé á valdi íslenskra dómstóla en ekki MDE. Túlkun Hæstaréttar sé ekki reist á geðþótta, hún sé málefnaleg og skynsamleg og á engan hátt augljóslega röng og þannig séu engin knýjandi rök vegna réttinda G til þess að MDE haggi við henni.

Sem fyrr segir getur MDE ennþá vísað málinu frá þar sem það sé ekki tækt til efnismeðferðar. Vera má að menn vilji kveða upp efnisdóm og þá sýkna íslenska ríkið eða dæma því áfelli. Ekki vil ég gerast spámaður í því efni. Hver sem niðurstaðan verður, er alveg ljóst að dómur MDE, jafnvel þótt íslenska ríkið verði sýknað, getur ekki breytt þeirri niðurstöðu Hæstaréttar að ráðherra hafi brotið stjórnsýslulög þegar hann breytti listanum sem lagður var fyrir Alþingi án þess, að álit Hæstaréttar, að rannsaka málið nægjanlega vel. Um þetta dæmir MDE ekki. Þá breytir áfellsdómur, ef svo fer, engu um að dómurinn yfir G stendur óhaggaður, enda er MDE ekki áfrýjunardómstóll, sem getur fellt dóma dómstóla ríkja úr gildi. Sá dómur stendur nema mál G verði endurupptekið eftir þeim reglum sem gilda á Íslandi um endurupptöku mála. Þá hefur áfelli á hendur íslenska ríkinu ekki þau áhrif að úr gildi falli allir dómar sem þeir dómamar, sem ráðherra setti á listann í trássi við álit dómnefndar, hafa átt þátt í að kveða upp. Munu allir þessi dómar standa óhaggaðir eftir sem áður, nema málin verði endurupptekin.

Þá getur áfellsdómur engu breytt um að A, ásamt þeim þremur öðrum dómurum sem ráðherra setti á listann, eru áfram skipuð dómamar við Landsrétt og við þeim verður ekki haggð nema með dómi í máli sem íslenska ríkið höfðar gegn þeim, sbr. 61. gr. stjórnarskrárinnar. Vandséð er aftur á móti á hvaða grundvelli það yrði gert, því þeir einstaklingar sem þessum embættum gegna hafa ekki annað af sér gert en að sækja um embætti sem forseti Íslands skipaði þá að lokum til að gegna. Þá gefur framganga þeirra í starfi hingað til ekkert tilefni til málshöfðunar gegn þeim.

Þetta ber ekki að skilja svo að niðurstaða MDE um áfelli skipti engu máli, nema ef til vill fyrir kæranda sjálfan. Áfellisdómur gæti þannig orðið til þess að þeir, sem telja sig hafa mátt þola órétt vegna setu þessara dómara í málum þeirra fyrir Landsrétti, myndu krefjast endurupptöku, ef þeir telja það í þágu sinna hagsmuna að endurtaka málsmeðferðina. Það er ekki augljóst að þeir hafi áhuga á því með þeirri fyrirhöfn sem því fylgir ef þeir telja ekki líkur á að niðurstaða í máli þeirra breytist þeim í hag.

Áfelli myndi einnig kalla á pólitísk viðbrögð þótt vandséd sé, þegar betur er að gáð, hver þau ættu að vera. Þannig er ekki augljóst að löggjafinn eigi að beita sér fyrir því að mál, sem nefndir fjórir dómara hafa dæmt í, verði endurupptekin enda getur sú staða vel komið upp að aðilar þessara mála kæri sig ekkert um það þar sem þeir geri sér enga von um aðra niðurstöðu hvort sem er. Heimild sem löggjafinn kynni að vilja setja í lög um endurupptöku mála á þessari forsendu yrði í öllu falli að vera á því reist að aðilar gætu nýtt sér hana ef þeir kærðu sig um. Viðbrögð löggjafans ættu þannig ef til vill að miða að því fyrst og fremst að forða sambærilegum brotum í framtíðinni sem kynnu að leiða af setu umræddra dómara í málum. Þetta gæti þó orðið snúið þótt ekki sé fyrir annað en að ríkið getur ekki hróflað við umræddum dómurum sem hafa í hendi skipunarbréf frá forseta lýðveldisins. Af 61. gr. stjórnarskrárinnar leiðir því, eins og fyrir segir, að þeim verður ekki vikið úr embætti nema með dómi og þeir verða heldur ekki fluttir í annað embætti á móti vilja þeirra, nema þegar svo stendur á, að verið sé að koma á nýrri skipun dómstóla. Þessar reglur eru einmitt settar í stjórnarskrá til að tryggja að skipaðir dómara séu sjálfstæðir og óháðir í öllum störfum sínum.

Í lokin skal nefnt að ljóst er að MDE hefur hug á að reka þetta mál hratt og örugglega, enda stutt síðan kæran var send. Af því einu verða þó ekki dregnar neinar skýrar ályktanir um hver niðurstaðan er líkleg til að verða. Fremur ber að túlka þetta svo að MDE telji brýnt að eyða allri óvissu um hvort umræddir dómara geti setið í málum í Landsrétti án þess að það teljist brot á 6. gr. MSE. Það er skynsamleg afstaða og því ber að fagna að lyktir þessa máls séu í sjónmáli.



# Lagadeild **HR**

- BA í lögfræði
- BA í lögfræði með viðskiptafræði sem aukagrein
- ML í lögfræði
- PhD í lögfræði

# Kynferðisbrot í brennidepli

Í sáttmála nýrrar ríkisstjórnar Framsóknarflokks, Sjálfstæðisflokks og Vinstrihreyfingarinnar – græns framboðs, sem undirritaður var 30. nóvember 2017, er rík áhersla lögð á jafnréttismál.<sup>1</sup> Tilgreint er í sérstökum kafla með hvaða hætti ríkisstjórnin hyggst beita sér fyrir auknu jafnrétti kynjanna.<sup>2</sup> Liður í því er að framfylgja nýrri aðgerðaáætlun um úrbætur í meðferð kynferðisbrota og fjármagna hana að fullu.

Í framhaldi af undirritun stjórnarsáttmálans kynnti Sigríður Á. Andersen dómsmálaráðherra 2. febrúar 2018 tillögur að aðgerðum næstu árin um meðferð kynferðisbrota innan réttarvörslukerfisins.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Sáttmáli Framsóknarflokks, Sjálfstæðisflokks og Vinstrihreyfingarinnar – græns framboðs um ríkisstjórnarsamstarf og eflingu Alþingis frá 30. nóvember 2017. Sáttmálinn er aðgengilegur á: <https://www.stjornarradid.is/rikisstjorn/stefnuyfirlýsing/>

<sup>2</sup> Sbr. kaflann „Jafnréttismál“, bls. 29–30 í stjórnarsáttmálanum.

<sup>3</sup> Um meðferð kynferðisbrota innan réttarvörslukerfisins. Tillögur um aðgerðir 2018–2022. Áætlunin er aðgengileg á: <https://www.stjornarradid.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=4404464a-b4d4-11e7-941e-005056bc4d74>



Aðgerðaáætlunin er afrakstur vinnu samráðshóps sérfræðinga, sem þáverandi innanríkisráðherra, Ólöf Nordal, skipaði í mars 2016.<sup>4</sup> Hópurinn hafði það hlutverk að taka til ítarlegrar skoðunar niðurstöður tveggja rannsókna, sem gerðar höfðu verið á meðferð nauðgunarmála hér á landi og koma með tillögur til úrbóta í samræmi við athugasemdir og ábendingar sem þar komu fram.<sup>5</sup>

Í upphafi áætlunarinnar kemur fram að markmiðið með aðgerðunum sé að a) tryggja réttaröryggi borgaranna, b) tryggja vandaða, skilvirka og réttláta málsmeðferð, c) auka traust á réttarvörslukerfinu, d) stytta málsmeðferðartíma og e) tryggja að verkferlar séu skýrir innan eininga réttarvörslukerfisins.

Þá skipaði Katrín Jakobsdóttir forsætisráðherra 20. febrúar 2018 sérstakan stýrihóp um heildstæðar úrbætur að því er varðar kynferðislegt ofbeldi.<sup>6</sup> Í honum sitja sérfræðingar frá fjórum ráðuneytum og er eitt af meginhlutverkum hans að fylgja eftir aðgerðaáætlun dómsmálaráðherra um meðferð kynferðisbrota.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Samráðshópurinn var skipaður átta sérfræðingum: 1) Maríu Rut Kristinsdóttur, þá sérfræðingi í innanríkisráðuneytinu, sem jafnframt var formaður hópsins, 2) Árna Þór Sigmundssyni, þáverandi yfirmanni kynferðisbrotadeildar lögreglunnar á höfuðborgarsvæðinu, 3) Brynjólfi Eyvindssyni lögmanni, 4) Dada Kristjánssyni, þáverandi saksóknara hjá embætti ríkissaksóknara, 5) Eyrúnu B. Jónsdóttur, hjúkrunarfræðingi og verkefnisstjóra Neyðarmóttökunnar, en hún lét af störfum á tímabilinu og kom þá Hrönn Stefánsdóttir hjúkrunarfræðingur í hennar stað, en Hrönn tók við starfi Eyrúnar á Neyðarmóttökunni, 6) Kolbrúnu Benediktsdóttur varahéraðssaksóknara, 7) Sigríði Björk Guðjónsdóttur, lögreglustjóra á höfuðborgarsvæðinu og 8) Sigríði Hjaltested héraðsdómara.

<sup>5</sup> Hér er vísað til tveggja rannsókna, sem unnar voru á vegum EDDU öndvegisseturs í samvinnu við innanríkisráðuneytið, sbr. skýrslu Þorbjargar Sigríðar Gunnlaugsdóttur og Hildar Fjólú Antonsdóttur: *Tilkynntar nauðganir til lögreglu á árunum 2008 og 2009. Um afbrotið nauðgun, sakborning, brotþola og málsmeðferð* (október 2013) og skýrslu Hildar Fjólú Antonsdóttur: *Viðhorf fagaðila til meðferðar nauðgunarmála innan réttarvörslukerfisins og tillögur að úrbótum* (desember 2014).

<sup>6</sup> „Stýrihópur um úrbætur að því er varðar kynferðislegt ofbeldi“. Frétt á *mbl.is* 22. febrúar 2018, sbr. [https://www.mbl.is/frettir/innlent/2018/02/22/skodar\\_urbætur\\_sem\\_varða\\_kynferdislegt\\_ofbeldi/](https://www.mbl.is/frettir/innlent/2018/02/22/skodar_urbætur_sem_varða_kynferdislegt_ofbeldi/)

<sup>7</sup> Formaður hópsins er Halla Gunnarsdóttir, fulltrúi forsætisráðuneytis, en auk hennar eiga sæti í stýrihópnum fulltrúar dómsmálaráðuneytis, velferðarráðuneytis, mennta- og menningarmálaráðuneytis og utanríkisráðuneytis.

Í samvinnu við Háskólann í Reykjavík og Háskólann á Akureyri stóð dómismálaráðuneytið fyrir ráðstefnu 25. maí 2018 undir yfirskriftinni *Kynferðisbrot í brennidepli*. Framsögumenn komu úr röðum fræðimanna innan vísindasamfélagsins og sérfræðinga innan kerfisins.<sup>8</sup>

Í ávarpi sínu í upphafi ráðstefnunnar sagði Sigríður Á. Andersen að það skipti sköpum að þolendur ofbeldisbrota þyrftu ekki að þjást í hljóði heldur sæju sér fært að leita til lögreglu. Ekki gengi að þolendum fyndist ekki aðeins vegið að sér með brotinu sjálfu heldur líka með réttarvörslukerfinu. Við þessu ætlaði hún að bregðast. Þegar hefði verið hafist handa við miklar úrbætur á meðferð kynferðisbrota í réttarvörslukerfinu, sem fælust í að styrkja innviði þess, styrkja stöðu brotaþola og samhæfa þjónustu við brotaþola á landsvísi. Þá þyrfti að rýna lagaumhverfi brotanna með það að markmiði að styrkja stöðu kæranda brotanna. Þá fagnaði Sigríður því að Ístanbúl-samningurinn, samningur Evrópuráðsins um forvarnir og baráttu gegn ofbeldi gegn konum og heimilisofbeldi, hefði verið fullgiltur af Íslands hálfu 26. apríl 2018. Það væri fyrsti bindandi alþjóðasamningurinn sem tæki heildstætt á baráttunni gegn ofbeldi gegn konum.<sup>9</sup>

Hér á eftir fer viðtal við Sigríði Á. Andersen dómismálaráðherra í tilefni af aðgerðaáætlun um meðferð kynferðisbrota og eins vegna #metoo byltingarinnar, enda um skyld efni að ræða.

## Svala Ísfeld Ólafsdóttir

---

<sup>8</sup> <https://www.ru.is/haskolinn/vidburdir-hr/allir-vidburdir/kynferdisbrot-i-brennidepli>

<sup>9</sup> Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, undirritaður í Ístanbúl 11. maí 2011.

# „Er almennt ekki refsiglöð og aðhyllist ekki stranga refsipólítík“

---

» Viðtal við Sigríði Á. Andersen dómismálaráðherra

---

„Vissulega er ánægjulegt að sjá menn þora að stíga fram, tala og segja frá kynferðisbrotum. Ég held að það hafi orðið gríðarleg viðhorfsbreyting. Hjá öllum. Aðstandendum líka. Þannig hefur margt gerst sem auðveldar brotaþolum að stíga fram. Ég held að sú viðhorfsbreyting sem hefur orðið sé jákvæð.“

Við Sigríður Á. Andersen mæltum okkur mót þriðjudaginn 10. júlí 2018 að loknum vinnudegi. Ég vildi kynna mér viðhorf dómismálaráðherra til þróunar á sviði stjórn mála og laga að því er varðar kynferðisbrot.

Klukkan fjögur fæ ég boð um að ráðherrann sé laus og bíði mín. Ég fer rakleiðis upp á fjórðu hæð í dómismálaráðuneytinu og finn Sigríði fyrir í smekklegrri og rúmgóðri skrifstofu hennar. Hún situr við skrifborð og undirritar skjöl í óða önn. Aðstoðarmaður hennar,



Laufey Rún Ketilsdóttir, sem lauk meistaraþrófi í lögfræði frá lagadeild HR, stendur við enda borðsins og bíður þess að Sigríður ljúki við að lesa skjölin yfir og skrifa undir þau. Úti er grámyglulegt veður og rigningarsuddi.

Það er aftur á móti enginn grámygla yfir Sigríði þegar hún snýr sér að mér. Hún heilsar með sólskinsbrosti og við komum okkur þægilega fyrir í sófasetti á skrifstofu hennar. Ég tek eftir því að hún er óvenju vel til höfð. Það lítur út fyrir að hún sé að fara eitthvert sérstakt. Ég hef orð á því.

„Gaman að þú skulir nefna það“, svarar Sigríður. „Maðurinn minn ætlar einmitt að sækja mig núna á eftir. Við erum að fara út að borða í tilefni af 30 ára kærustuparsafmæli okkar. Við kynntumst í Menntaskólanum í Reykjavík og nákvæmlega þennan dag fyrir 30 árum byrjuðum við saman. Ég var þá í þriðja bekk og hann í fimmta.“

---

*Á fyrstu mánuðum nýrrar ríkisstjórnar lagðir þú fram sérstaka aðgerðaáætlun um meðferð kynferðisbrota. Af hverju eru kynferðisbrot í brennidepli?*

„Vinnan hófst hjá forvera mínum, Ólöfu Nordal, sem skipaði samráðshópin 2016. Sjálfsagt hefur það á sínum tíma verið vegna umræðu um dóma í þessum brotaflokk. Það er mikill áhugi á dómum í þessum málum og á kynferðisbrotum almennt. Mennt hafa oft verið ósáttir við dóma. Að mínu mati oft að ósekju þar sem menn þekkja ekki alla forsöguna. Stundum nægir ekki að lesa dómana eingöngu til þess að átta sig á því hvort þeir eru sanngjarnir eða ósanngjarnir. Ég fagnaði því í rauninni að menn tækju til skoðunar aðra þætti en bara dómana, eins og viðbrögð samfélagsins gagnvart þolendum og líka gerendum, eins og kemur fram í aðgerðaáætluninni. Dómarnir hafa verið að þyngjast og það er í takt við þróunina, en menn eru farnir að átta sig betur á hversu skelfilegir glæpir kynferðisbrot eru og afleiðingarnar ömurlegar. Oft skelfilegri heldur en önnur ofbeldisbrot, en kynferðisbrot eru náttúrulega hluti af ofbeldisbrotum. Það er þannig í takt við tíðarandann að kynferðisbrotin skuli nú vera í brennidepli.“



*Hvað er það allra mikilvægasta sem þarf að bæta úr við meðferð brotanna að þínu mati?*

„Rannsókn þarf á öllum tímum að vera skilvirk og það þarf að upplýsa brotþola um gang mála. Ég finn á fólki, sem ég er að taka á móti og deilir reynslusögum sínum, að það hefði ábyggilega verið hægt að koma til móts við það miklu fyrr í kerfinu. Ekki endilega með harðari dómum eða hraðari málsmeðferð, heldur með meiri upplýsingagjöf og útskýringum á ferli máls, þannig að menn viti frá upphafi hvernig ferlið verður.“

*Hvað finnst þér um þvingd refsinga í þessum málaflökki?*

„Hún er oft gagnrýnd. Ég get vel sett mig í spor þeirra sem fylgjast með fréttum af dómum í kynferðisbrotamálum og horfa fyrst og fremst á dæmdan árafjölda. Ég veit aftur á móti að það, að lesa bara fréttir af dómum, er ekki beint til þess fallið að maður átti sig á réttari niðurstöðu í máli. Það er jafnvel ekki einu sinni nóg að lesa dóminn sjálfan, þó maður lúslesi hann. Það dugir stundum ekki til þess að maður átti sig raunverulega á hvað liggur að baki dómsniðurstöðu. Eingöngu dómarrinn er í þeirri aðstöðu að horfa hlutlægt á málið. Hann hefur ekki bara lesið greinargerðir aðila heldur líka hlustað á þá báða, bæði sækjandann og verjandann. Maður verður að treysta dómsvaldinu til þess að gæta samræmis í dómum sínum.

Ég er almennt ekki refsiglöð og aðhyllist ekki stranga refsipólítík. Ég er vissulega á þeirri skoðun að það eigi að taka með skilvirkum hætti á afbrotum og að menn þurfi að afplána sína dóma, en ég er ekki talsmaður þess að þvingja refsingar upp úr öllu valdi. Dómar hafa verið að þingjast jafnt og þétt á undanförunum árum. Ég held að það hafi verið eðlileg þróun í kynferðisbrotamálum, ekki síst í málum er varða brot gegn börnum. Skelfileg brot af því tagi, þar sem menn fengu tiltölulega væga dóma hér áður fyrr – jafnvel bara nokkurra mánaða fangelsi – myndu án efa leiða til margra ára fangelsis í dag. Ég held að þetta sé jákvæð þróun, þótt ég árétti að ég telji ekki að allt sé fengið með því að bæta fleiri árum við þessar refsingar.“



*Æ oftar heyrir krafan um að dæmdir kynferðisbrotamenn sæti sérstöku eftirliti eftir að afplánun er lokið til að tryggja eins og hægt er að þeir brjóti ekki af sér aftur. Hver er þín afstaða til þess?*

„Það er óraunhæft að gera kröfu um að allir kynferðisbrotamenn lúti eftirliti eftir afplánun. Þarna er mjög fin lína milli réttlætis og verulegs ranglætis og auðvelt að ganga á rétt manna. Ekki má gleyma því að þegar menn eru búnir að afplána dóm sinn þá á refsingunni þar með að vera lokið.

Ef það ætti að taka upp svona kerfi þyrfti að mínu mati að gera þá skilyrðislausu kröfu að kveðið yrði á um það í dómi að mönnum yrði gert að lúta eftirliti eftir afplánun, meðferð eða einhvers konar áhættumati. Það getur ekki verið á forræði t.d. fangelsismálayfirvalda

eða heilbrigðisyfirvalda að kveða á um slíkt eftirlit eða áhættumat. Ég skil aftur á móti vel ákall þeirra sem hafa orðið fyrir ofbeldi af þessu tagi, t.d. kynferðisofbeldi í æsku. Ég skil að þeir vilji leita allra leiða til að koma í veg fyrir frekara ofbeldi, en bendi jafnframt á að þetta er vandmeðfarið. Það er einn grundvallarþáttur í okkar réttarríki að frelsi manna verður ekki skert nema með dómi. Þessu yrði aldrei einfalt að koma á og ekki átakalaust. Í þessu sambandi er einnig rétt að líta til þess að við höfum í dag mörg öflug forvarnarúrræði sem ekki voru áður. Aukin vitund okkar allra um birtingarmyndir kynferðisofbeldis skiptir þar mestu.“

*Önnur hlið á umræðu um kynferðisbrot er #metoo byljan. Konur í réttarvörslukerfinu stofnuðu sérstakan hóp og deildu reynslu sinni. Kom það þér á óvart að þær skyldu stíga fram opinberlega?<sup>1</sup>*

„Nei, ekki í ljósi þess sem á undan var gengið. Af hverju ætti það að vera eitthvað annað í þessari stétt en öðrum?“

*Nú hefur þú starfað sem lögmaður og þekkir því vel til starfsumhverfis þeirra. Katrín Johnsen mannfræðingur gerði nýlega áhugaverða rannsókn á þremur lögmannsstofum.<sup>2</sup> Í viðtali við hana í Lögmannablaðinu segir hún að sér hafi komið mest á óvart hvað „karllæg gildi og gamaldags steriótýpískar hugmyndir um kynin“ væru enn ráðandi í lögmannastétt og hvað „konur glími oft við mikið rugl og vanvirðingu“. Þær mæti oft allt öðru viðmóti en karlar í sömu stöðu og búi því í raun við annan veruleika.<sup>3</sup>*

*Hver er þín reynsla? Búa konur í lögmannastétt við annan veruleika en karlar?*

„Það er ekki mín reynsla. Ég var í átta ár í lögmennsku. Áður var ég um árabíl lögfræðingur hjá hagsmunasamtökum í atvinnulífinu,

<sup>1</sup> Svala Ísfield Ólafsdóttir: #MyToo-byltingin. Konur innan réttarvörslukerfisins rjúfa þögnina. Tímarit Lögrétta 1. tfl. 2018, bls. 4–12.

<sup>2</sup> Katrín Johnson: *Persónulegt og pólitískt. Kynjapólitík og hversdagsleiki á þremur lögmannsstofum*. Lokaverkefni til MA-gráðu í mannfræði við félagsvísindadeild Háskóla Íslands. Febrúar 2017. Ritgerðina má finna á slóðinni <https://skemman.is/bitstream/1946/26586/1/Katr%c3%adn%20Johnson%20nytt.pdf>

<sup>3</sup> *Vinnustaðasamkipti og kynjapólitík*. Viðtal við Katrínu Johnson í Lögmannablaðinu, 1. tfl. 2018, bls. 20–24.

Viðskiptaráði Íslands, áður Verslunarráði Íslands, þar sem ég var umkringd karlmönnum. Þegar ég fór svo í lögmennsku fór ég að vinna á fjölmennri lögmennsstofu. Þar störfuðu bæði konur og karlar. Ég upplifði aldrei að konur byggju við eitthvert rugl, eins og þú orðar það, umfram karlana. Lögmenn búa aftur á móti við alls kyns rugl.“

*En þegar þú lítur í kringum þig? Þó að þú hafir ekki búið við það á þinni lögmennsstofu, skynjar þú þennan veruleika kvenlögmanna?*

„Nei, ég get ekki sagt að ég hafi upplifað kynbundið misrétti á mínum vinnustað eða orðið þess sérstaklega vör hjá öðrum. Það er mikið vinnuálag í lögmennsku. Ég horfði á bæði konur og karla sæta því möglunarlaust og oftast af ánægju sem betur fer. Ungt fólk sem lagði mikið á sig og vann myrkranna á milli.“

*Nú tilheyrir þú heimi alþingismanna, þar sem karlar hafa ráðið ríkjum lengst af. Hvernig er að vera kona á Alþingi og í ráðherrastóli?*

„Ég upplifi ekki að það sé munur á því að vera kona eða karl á þingi. Alls ekki. Ég tók fyrst sæti á Alþingi haustið 2008 sem varaþingmaður. Ég get sagt það sama um stjórnmalastarfið. Ég tók fyrst þátt í prófkjöri 2007 og náði mjög góðum árangri. Ég hef alltaf náð góðum árangri í prófkjöri þannig að ég hef ekki upplifað að þetta sé sérstaklega erfitt fyrir konur. Það sem skiptir máli – ef menn vilja koma sér áfram í pólitík – er tengslanet. Fólk stendur auðvitað misvel að vígi hvað það varðar. Mér finnst ekki að konur standi almennt verr að vígi þar en karlar, nema síður sé.“

*Alþingi stóð fyrir „Rakarastofuráðstefnu“ í byrjun febrúar og er það sú fyrsta sem haldin er í þjóðþingi, svo vitað sé. Tókstu þátt í ráðstefnunni?*

„Já, ég held að allir þingmenn hafi gert það.“

*Hvað stendur upp úr eftir þennan dag?*

„Að setjast niður með pólitískum andstæðingum í litlum hópum og hlusta á menn opna sig með sín mál. Það var auðvitað nýstárlegt.“



Mér fannst menn vera einlægir. Annars vegar var skipt í hópa þar sem bara konur voru saman og síðan fórum við í blandaðan hóp. Það má segja að það hafi verið fleiri reynslusögur í kvennahópnum. Þær sögðu meira frá reynslu sinni.“

*Eitthvað sem kom þér á óvart þar?*

„Nei, í rauninni ekki. Konurnar rifjuðu upp gamlar sögur af vinnustað, alveg frá því að þær voru að hefja störf á vinnumarkaðnum og jafnvel bara reynslu úr grunnskóla. Þegar maður settist með körlunum var meira áberandi hvernig þeir settu allt þúður í að lýsa yfir stuðningi við þetta áttak. Rakarastofan var áhugaverð tilraun. Jákvæð að því leyti.“

---

Viðtalinu er lokið og ég þakka Sigríði fyrir að gefa mér af tíma sínum. Eiginmaður hennar er mættur og bíður fyrir utan. Ég stenst ekki mátið – fyrst það er þessi sérstaki dagur í lífi þeirra – og spyr hvað hún kunni best að meta í fari mannsins síns.

„Hversu yfirvegaður og glöggur hann er. Það er alltaf gott að ræða við hann. Hann fylgist vel með og það er þægilegt að fletta upp í honum. Það er fátt sem raskar ró hans,“ segir Sigríður hlæjandi og grípur kápuna sína.

Svala Ísfeld Ólafsdóttir

# Kynbundnar takmarkanir á þátttökurétti í íþróttum

---

» Ragnar Baldursson lögmaður, LL.M.

---

## Útdráttur

Þessi grein fjallar um takmarkanir á rétti til þátttöku í íþróttum er byggja á kyni íþróttamanna. Aðgreining kynjanna í íþróttum þykir sjálfsgöð og virðist henni vera viðhaldið að mestu án nokkurrar gagnrýni. Aðgreiningin er þó ekki eins sjálfsgöð og halda mætti og í sumum íþróttageinum er hún með öllu óþörf og í öðrum geta bestu íþróttakonurnar att kappi við karla á jafningjagrundvelli. Oft er samt sem áður augljós þörf á aðgreiningu kynjanna en þá getur álitafnið um hvers kyns íþróttamaðurinn raunverulega er valdið ágreiningi. Verður í greininni fjallað um álitamál er upp hafa komið í þessu sambandi og grein gerð fyrir þeim flóknu, erfiðu og áleitnu verkefnum er íþróttahreyfingin stendur frammi fyrir í þessum málaflokki.



- 1 Inngangur
- 2 Þáttökuréttur
- 3 Kyn íþróttamanna sem þáttökuskilyrði
  - 3.1 Aðgreining kynjanna í íþróttum
  - 3.2 Karl eða kona?
    - 3.2.1 Intersex
    - 3.2.2 Kynleiðrétting
- 4 Niðurlag



## 1 Inngangur

Samkvæmt grundvallarreglu fjögur í Ólympíusáttmálanum frá 2015 er þátttaka í íþróttum mannréttindi.<sup>1</sup> Hver einstaklingur skal eiga kost á að stunda íþróttir án hvers konar mismununar og í hinum ólympíska íþróttanda er krefst gagnkvæms skilnings í anda vináttu, samheldni og heiðarleika. Grundvallarregla sex, sem löngum hefur verið hornsteinn Ólympíuhreyfingarinnar, mælir fyrir um að tryggja skuli að einstaklingar fái notið þeirra réttinda og frelsis sem kveðið er á um í Ólympíusáttmálanum án nokkurs konar mismununar svo sem á grundvelli kynþáttar, hörundslitar, kyns, kynhneigðar, tungumáls, trúarbragða, pólitískra skoðana eða annarra skoðana, þjóðernis, félagslegrar aðstöðu eða uppruna, fjárhagsstöðu, líkamseinkenna eða annarrar stöðu einstaklingsins.

Í ljósi ofangreindra grundvallarákvæða er ljóst að allar reglur er takmarka rétt einstaklinga til að stunda eða taka þátt í íþróttum verða að vera vel ígrundaðar og hafa sterkar stöðir. Reglur um þátttökurétt eru sjálfsagðar og nauðsynlegar enda verður að vera hægt að stjórna íþróttaviðburðum svo að þeir geti farið fram með skipulögðum og góðum hætti. Mikilvægur þáttur í því er að etja saman íþróttamönnum af sambærilegu getustigi, við góðar aðstæður og á jafnræðisgrundvelli.<sup>2</sup> Þrátt fyrir ofangreindar grundvallarreglur Ólympíusáttmálans er til fjöldi reglna er takmarkar rétt íþróttamanna til þátttöku. Augljósustu reglurnar eru reglur er heimila dómstólum íþróttasambanda að refsa íþróttamönnum með því að dæma þá í keppnisbann. Reglur um þátttökurétt liða eða félaga til keppni í mótum eða deildum geta verið takmarkandi. Sama má segja um reglur um val á keppendum til þátttöku í einstaka verkefnum landsliða, reglur um flokkun fatlaðra íþróttamanna, um þungun, aldur, trúarbrögð, þjóðerni og takmörkun á rétti fatlaðra íþróttamanna til að nota hjálpar- eða stöðtæki. Allar reglur af þessum toga þurfa að samræmast grundvallarreglunum og hafa lögmætan tilgang.

<sup>1</sup> International Olympic Committee, Olympic Charter, 2015.

<sup>2</sup> Michael J Beloff, Marie Demetriou, Tim Kerr, *Sports law* Oxford, U.K.: Hart 2012 3.3.

Íþróttayfirvöld þurfa að huga að lögum, reglum og alþjóðlegum sáttmálum þegar þau setja sér reglur og framfylgja þeim. Þau lög sem koma helst til skoðunar hér á landi þegar fjallað er um takmörkun á þátttökurétti íþróttamanna varða einkum bann við mismunun. Þau mikilvægustu eru Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, lög nr. 10/2008 um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla (jafnréttislög), lög nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu og lög og reglugerðir Evrópusambandsins. Hvítbók framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins um íþróttir frá 2007 (White Paper on Sport) er mjög mikilvæg fyrir íþróttastarf innan Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins og er þar að finna viðurkenningu á sérstöðu íþróttanna svo sem varðandi nauðsyn á aðgreiningu kynjanna í keppnisíþróttum.

Í þessari grein verður einkum horft til réttar þátttakandans til að vera með og sjónum beint að álitaefnum er hafa verið til umfjöllunar á síðustu árum er tengjast kyni íþróttamanna.

Engum vafa er undirorpið að æðstu stofnanir íþróttahreyfingarinnar reyna af fremsta megni að finna sanngjörnstu og bestu lausnirnar í þessum erfiðu málum en svo virðist sem ekki skipti máli hvaða ákvarðanir eru teknar því þær valda allar ágreiningi og sæta gagnrýni frá hagsmunaaðilum, minnihlutahópum og lögfræðingum er hafa mismunandi skoðanir á þessum eldfimu málefnum.

## 2. Þátttökuréttur

Grundvallarstoðir íþróttanna eru óvissa um niðurstöðu og úrslit, jafnt aðgengi að tækifærum og viðeigandi umbun fyrir mannlega þrautseigju og hæfileika. Þetta er hinn raunverulegi kjarni og gildi íþróttanna sem eru háð því að allir hafi jafnan og sanngjarnan rétt til að ná árangri.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Darren Bailey, "The level playing field – fact or fiction?" (2008) 15(3) Sports Law Administration and Practice (SLAP) 4.

Það er grundvallarspurning hverjum skuli leyfð þátttaka í íþróttakeppni en augljóst er að ekki geta allir öðlast keppnisrétt vegna þess að verja verður ofangreindar grundvallarstoðir. Hvort sem takmörkun á þátttökurétti snýst um baráttuna gegn lyfjamisnotkun, kyníþróttamannsins, fötlun hans eða þjóðerni þá eru það sameiginlegir hagsmunir allra sem koma við sögu að reglurnar séu skýrar og rökin að baki þeim traust, þannig að sanngjarnt og eðlilegt jafnvægi sé á milli hagsmuna þátttakandans annars vegar og viðkomandi íþróttar hins vegar.<sup>4</sup> Það er erfitt að viðhalda þessu jafnvægi og geta álitamáli um rétt til þátttöku verið flókin.

Enski lögfræðingurinn Mark James telur íþróttir fela í sér háttsemi sem á nánast öllum öðrum sviðum mannlífsins væri álitin ólögmat mismunun. Í miklum meirihluta íþróttar er einstaklingum mismunað á grundvelli kynferðis með því að meina körlum og konum að keppa hlið við hlið eða keppa hvert gegn öðru. Þar sem kvótar takmarka fjölda keppenda af erlendu þjóðerni sem geta leikið með sama liðinu er hugsanlega um að ræða ólögmat mismunun á grundvelli þjóðernis og í sumum tilvikum eru tæki og lyf sem hefðu að öðrum kosti veitt fötludum íþróttamönnum tækifæri til að keppa við ófatlaða bönnuð á þeim forsendum að þau eru talin leiða til ósanngjarnrar og of mikillar bætingar á árangri íþróttamannsins. Þrátt fyrir þetta er mismunun af þessum toga ekki aðeins látin viðgangast í íþróttum heldur eru ýmis viðhorf er í raun fela í sér mismunun fastmótuð í menningarvitund fólks og almennt viðurkennd.<sup>5</sup>

Megintilgangi keppnisíþróttar verður ekki náð nema með því að tryggja að allir hafi jafnan og sanngjarnan rétt til að taka þátt í keppni og ná árangri. Reglur um þátttökurétt sem tryggja eiga þetta mikilvæga jafnræði geta í ákveðnum tilvikum falið í sér mismunun. Það er mikilvægt að slíkar reglur hafi þann lögmæta tilgang að varðveita grundvallarstoðir íþróttanna og að ekki sé of langt gengið í þeirri viðleitni.

<sup>4</sup> Darren Bailey, "Participation matters – challenges on the road to London 2012" (2011) 18 (4) SLAP 4

<sup>5</sup> Mark James, *Sports Law* 2<sup>nd</sup> edition Palgrave Macmillan 2013, 248.

### 3. Kyn íþróttamanna sem þáttökuskilyrði

Kyn íþróttamanna getur verið skilyrði fyrir því að fá heimild til þátttöku í íþróttum. Meginreglan er að íþróttakeppnir séu kynjaskiptar og er aðgreining kynjanna talin vera hornsteinn þess að allir hafi jafnan og sanngjarnan rétt til að ná árangri. Í sumum íþróttum eru jafnvel leikreglurnar sjálfar mismunandi fyrir konur og karla. Í golfi leika konur af öðrum teigum en karlar, í tennis spila konur ekki eins margar lotur, í fimleikum keppa konur ekki í hringjum, á hesti og æfingar þeirra á slá eru gjörólíkar æfingum karla. Þessar mismunandi reglur stafa af mismunandi líkamsburðum kynjanna.

Nú á tímum þætti óhugsandi að neita konum þátttöku á alþjóðlegum íþróttamótum eingöngu á grundvelli kyns en áður fyrr var konum alfarið bannað að taka þátt í alþjóðlegum mótum, þar með talið Ólympíuleikunum. Jafnvel eftir að banninu var aflétt með reglu 28 í Ólympíusáttmálanum árið 1928 var þróunin mjög hæg í átt að jafnræði og voru reglurnar áfram mjög hamlandi hvað varðar þátttöku kvenna. Samkvæmt reglu 28 var konum aðeins heimilt að taka þátt í Ólympíuleikunum ef reglur viðkomandi alþjóðaíþróttasambands heimiluðu það en jafnframt þurftu slíkar reglur formlega viðurkenningu Alþjóðaólympíunefndarinnar (IOC). IOC felldi reglu 28 ekki úr gildi fyrr en árið 1988.<sup>6</sup> Konur voru aðeins 13% þáttakenda á Ólympíuleikunum í Tókýó árið 1964 og 23% þáttakenda á Ólympíuleikunum í Los Angeles árið 1984. Eftir að regla 28 var felld úr gildi árið 1988 og nýjar reglur settar er stuðlað hafa að aukinni þátttöku kvenna hefur þátttökuhlutfall kvenna á Ólympíuleikum aukist verulega. Á Ólympíuleikunum í London árið 2012 var hlutfall kvenna orðið 44% af heildarfjölda keppenda og jókst í um 45% á Ólympíuleikunum í Ríó de Janeiro árið 2016.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> James A.R. Nafziger, International Sports Law 2nd Edition, Transnational Publishers 2004, 122.

<sup>7</sup> IOC, Factsheet, Women In The Olympic Movement, update June 2016, 1, [https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Factsheets-Reference-Documents/Women-in-the-Olympic-Movement/Factsheet-Women-in-the-Olympic-Movement-June-2016.pdf#\\_ga=2.227687519.3591430.1535104942-411029522.1535104942](https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Factsheets-Reference-Documents/Women-in-the-Olympic-Movement/Factsheet-Women-in-the-Olympic-Movement-June-2016.pdf#_ga=2.227687519.3591430.1535104942-411029522.1535104942)

### 3.1 Aðgreining kynjanna í íþróttum

Ekki er í íslenskum lögum ákvæði sem fjallar sérstaklega um jafnrétti kynjanna í íþróttum og íþróttakeppnum. Samkvæmt 1. mgr. 65. gr. stjórnarskrárinnar skulu allir vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis og í 2. mgr. 65. gr. er kveðið á um að karlar og konur skuli njóta jafns réttar í hvívetna. Íslenska ríkið er aðili að samningi Sameinuðu þjóðanna um afnám allrar mismunar gagnvart konum þar sem meðal annars er kveðið á um að tryggja skuli körlum og konum jafnan rétt til þess að taka virkan þátt í íþróttum og líkamsrækt. Þá er íslenska ríkið einnig aðili að hinum svokallaða Íþróttasáttmála Evrópu (European Sport Charter) þar sem fram kemur í 1. mgr. 4. gr. að engin mismunun á grundvelli kynferðis skuli heimil hvað varðar aðgang að íþróttaaðstöðu eða íþróttaiðkun. Öll eru þessi ákvæði almennt orðuð og taka ekki með beinum hætti á því viðfangsefni sem hér er til umfjöllunar. Samkvæmt 1. mgr. 24. gr. jafnréttislaga er hvers kyns mismunun á grundvelli kyns, hvort heldur bein eða óbein, óheimil. Í 23. gr. laganna er að finna ákvæði er kveður á um að gætt skuli kynjasambættingar við alla stefnumótun og áætlanagerð í skóla- og uppeldisstarfi, þar á meðal íþróttá- og tómstundastarfi og samkvæmt 1. ml. 6. mgr. 23. gr. skal það ráðuneyti er fer með fræðslumál fylgjast með að jafnréttis kynjanna sé gætt í skóla- og uppeldisstarfi sem og í íþróttá- og tómstundastarfi. Ekki er fjallað um aðgreiningu kynjanna í íþróttum í lögnum en hugsanlega veitir ákvæði 2. ml. 1. mgr. 1. gr. laganna vísbendingu í því sambandi, ekki síst þegar börn eiga í hlut, en þar er kveðið á um að allir einstaklingar skuli eiga eiga jafna möguleika til að njóta eigin atorku og þroska hæfileika sína ódád kyni.

Ef litið er til jafnréttislöggjafar í öðrum ríkjum má sjá dæmi um nánari umfjöllun en er að finna í lögum hér á landi. Til dæmis er í Englandi mjög nákvæm löggjöf er tekur til þessa. Eins og hér á landi er mismunum á grundvelli kyns alfarið bönnuð. Þó eru í ensku jafnréttislögnum (Equality Act (EQA)) ákvæði er heimila undantekningar frá banninu þegar kemur að íþróttum. Verður að fallast á að slíkar undantekningar séu nauðsynlegar og eðlilegar upp að vissu marki og má ætla að því ráðuneyti er fer með fræðslumál hér á landi sé nauðugur sá kostur í eftirliti sínu, sbr. 6. mgr. 23. gr. jafnréttislaga,

að hafa svipuð sjónarmið að leiðarljósi við mat á því hvort jafnréttis kynjanna sé gætt í íþróttastarfi hér á landi. Ákvæði 1.– 4. tl. 195. gr. EQA felur í sér undantekningar frá banni við mismunun hvað varðar keppnisíþróttir, leiki eða aðra kynbundna keppnisviðburði. Kynbundin keppni er íþrótt, leikur eða annar viðburður er felur í sér keppni þar sem líkamsstyrkur, þol eða líkamsburðir meðaleinstaklings af öðru kyninu myndi setja hann í ójafna stöðu gagnvart einstaklingum af hinu kyninu við þátttöku í viðburðinum. Sem augljóst dæmi má nefna að sökum þess að almennt lyfta karlar meiri þyngdum en konur er löglegt að aðgreina kynin í keppni í kraftlyftingum.

Undantekningin á ekki við um allar íþróttir heldur á hún aðeins við þegar líkamlegir eiginleikar karlmanna gefa þeim ósanngjarnt forskot á konur eða þegar munur á líkamsburðum karla og kvenna er talinn fela í sér aukna hættu á meiðslum fyrir konur. Undantekningarreglan hefur verið túlkuð þröngt af almennum dómstólum til að draga sem mest úr áhrifum hennar. Í dómi Áfrýjunardómstólsins í vinnuréttarmálum (Employment Appeal Tribunal) í máli *Petty gegn Breska júdósambandinu*<sup>8</sup> hafði sambandið neitað henni um tækifæri til að dæma í enska meistaramótinu í júdó karla, þrátt fyrir að hún væri fullkomlega hæf til þess. Rökstuðningur júdósambandsins fólst í því að konur hefðu hvorki nægjanlegan líkams- né raddstyrk til að geta dæmt í keppni á milli karla. Engin hlutlæg réttlætning á því hvers vegna dómari þyrfti á þessum eiginleikum að halda var lögð fyrir dóminn og var því talið að háttsemi júdósambandsins hefði falið í sér ólögmdæta mismunun.

Í Hvítbók framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins um íþróttir er lagaleg sérstaða íþróttanna innan Evrópu viðurkennd. Í 3. mgr. greinar 4.1. er fjallað um aðgreiningu kynjanna í íþróttum og viðurkennt að hún getur verið nauðsynleg en ljóst er samkvæmt orðalagi lokamálsgreinar greinar 4.1. að reglurnar eru undantekningarreglur er þurfa að hafa lögmdætan tilgang og vera settar til að ná þeim lögmdæta tilgangi.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> *Petty v British Judo Association* [1981] ICR EAT 660.

<sup>9</sup> European commission, White Paper on Sport (2007), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52007DC0391>

Aðgreining kynjanna í íþróttum er ekki sérstaklega heimiluð í lögum hér á landi en eins og annars staðar er hún tilkomin af áralöngum hefðum og venjum. Eins og víðast annars staðar hefur íþróttaförystunni hér á landi verið eftirlátið svigrúm til að ráða sínum málum sjálf þar með talið varðandi reglur um aðgreiningu kynjanna í íþróttakeppnum. Þetta svigrúm er þó ekki ótakmarkað og verður að gera kröfu til þess að reglurnar séu raunhæfar, sanngjarnar og settar í lögmætum tilgangi.

Að sjálfsögðu hafa verið mjög skiptar skoðanir á meðal fræðimanna á þessu sviði og ólík sjónarmið hafa komið fram síðustu áratugin. Ástralski lögfræðingurinn Matthew Bradford benti árið 2005 á að fjölmörg rök hafi verið nefnd til stuðnings aðgreiningu kynjanna í íþróttum sem mörg sækja stoð í gamlar fastmótaðar skoðanir um hvað telst vera kvenlegt og hvað telst vera sönn karlmennska. Sú trú manna að stúlkur muni slasast, drengir muni aðlaga keppnishörku sína að stúlkum, að það sé ekki náttúrulegt eðli kvenna að keppa í íþróttum, að konur eru veikara kynið og svo framvegis hafa verið fastmótaðar skoðanir í hugum margra sem virðist erfitt að vinda ofan af.<sup>10</sup>

Stuðningur við þessi gömlu rótgrónu sjónarmið hefur farið minnkandi og nú eru jafnvel uppi sjónarmið um að aðgreiningin eigi engan rétt á sér. Lindsay Pieper, sérfræðingur í íþróttamannfræði og heimspeki, telur að sagan um kynprófanir sýni að kyn er í raun óskilgreinanlegt fyrirbæri og þess vegna sé aðgreining kynjanna útilokud. Hún telur að aðgreining kynjanna í íþróttum sé skaðlegt, úr sér gengið og líffræðilega rangt flokkunarkerfi. Sameining kynjanna í íþróttakeppni myndi koma í veg fyrir þessa ranglega uppbyggðu flokkun og myndi gera íþróttamönnum kleift að keppa án úreltra takmarkana er byggja eingöngu á læknisfræðilegum sjónarmiðum og úr sér gengnum þjóðfélagslegum hugmyndum. Ef aðgreining kynjanna er sannanlega byggð á röngum forsendum telur Pieper að íþróttayfirvöld verði að íhuga þá möguleika og tækifæri er felast í íþróttum og íþróttakeppnum þar sem bæði kynin taka þátt saman.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Matthew Bradford, "Sport, Gender and Law" (2005) 1-2 International Sports Law Journal (ISLJ) 78.

<sup>11</sup> Lindsay Parks Pieper, "Preserving la difference", (2015) 19(8-9) Sport in Society 1138.

Höfundur virðist sem grundvöllur skoðana Pieper sé tengdur þeim miklu erfiðleikum sem íþróttayfirvöld hafa staðið frammi fyrir vegna mála er tengjast aðgreiningu kynjanna og kynprófunum. Höfundur telur ólíklegt að tillögur Pieper fái meðbyr eða verði taldar raunhæfar. Sérstaklega á það við í íþróttagreinum þar sem meiri líkamsstyrkur karla myndi nær alfarið koma í veg fyrir að konur næðu að ávinna sér þátttökurétt til að keppa á stærstu íþróttaviðburðunum. Vissulega eru þó til íþróttir þar sem engin ástæða er til að aðskilja þátttakendur eftir kyni og augljóslega eru einnig til íþróttir sem liggja þarna á milli þar sem auðvelt er að sjá fyrir sér allra bestu íþróttakonurnar berjast við bestu karlana á jafningjagrunni.

Munur á líkamsstyrk kynjanna er aðallega tilkominn vegna mun meiri framleiðslu karlhormóna hjá körlum frá kynþroskaaldri sem færir þeim mun meiri styrk og kraft en konum er úthlutað frá náttúrunnar hendi. Afleiðingin er sú að aðgreining kynjanna í íþróttum er talin nauðsynleg til þess að tryggja sanngjarna og raunhæfa keppni og til að tryggja að heilsu og öryggi keppenda verði ekki stofnað í hættu.

Að mati höfundar er rétt að benda á í þessu samhengi að krafa um sanngjarna og raunhæfa keppni varðar kjarna íþróttanna. Hún endurspeglar þá undirliggjandi grundvallarþörf að tryggja óvissu um úrslit og að árangur ráðist af þeim gæðum og eiginleikum sem viðkomandi íþrótt byggir á (eins og hæfileikum frá náttúrunnar hendi og þjálfun íþróttamannsins). Það er einmitt þessi grundvallarþörf sem liggur að baki þeim fjölbreyttu flokkaskiptingum sem tíðkast í íþróttum eins og til dæmis aldurs- og þyngdarflokkum og fjölbreyttum flokkum í keppni fatlaðra íþróttamanna.

Enski lögfræðingurinn Liz Riley hefur réttilega bent á að ef konum yrði gert að keppa við karla í öllum íþróttagreinum myndu þær ekki njóta verðskuldaðrar viðurkenningar og virðingar fyrir íþróttaaufrek sín eða fá nauðsynlega hvatningu til að færa þær fórnir sem nauðsynlegar eru til að komast að því hvað þær geta náð langt í raun og veru.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Liz Riley, "The Participation of Trans Athletes in Sport – A Transformation in Approach?" (2017) *LawInSport - Yearbook 2016/17*, kafli. 5.6.



Eftir stendur þá spurningin um hvort rétt væri að eftirláta íþróttakonunum sjálfum að ákveða hvort þær taki þátt í keppni við karlana. Sérstaklega í keppni atvinnumanna í íþróttum ætti slíkt að koma til alvarlegrar skoðunar þar sem oftast er verðlaunafé verulega hærra í keppni karla en kvenna. Heimspekingurinn Jane English sem hefur sérhæft sig í kynjamálum íþróttanna er þeirrar skoðunar að það ætti að heimila konum að „færast upp“ og keppa við karla ef þær óska þess. Þar sem árangur er ekki háður kyni í öllum íþróttum ættu þær að vera ókynbundnar þegar svo er ekki og í sumum kann munurinn á milli kynjanna jafnframt að vera of lítill til að réttlæta aðgreininguna.<sup>13</sup>

Þessi skoðun English kom fram árið 2005 og samræmist skoðun Bradford sem kom fram á svipuðum tíma þar sem hann sagði bestu lausnina felast í því að leyfa konum að keppa við karla ef þær sjálfar kjósa það en samhliða verði að tryggja konum rétt til að keppa innbyrðis án þess að þær þurfi að þola nærveru og samkeppni karla sem að öðrum kosti myndu ráða lögum og lofum í íþróttagreininni.<sup>14</sup> Þetta virðast að mati höfundar sanngjörn og augljós réttindi sem konur ættu að hafa enda eiga hæfileikar og geta einstaklingsins að vera ráðandi þættir þegar ákveðið er á hvaða getustigi hann keppir en ekki kyn hans.

Í þessu sambandi má nefna athyglisvert dæmi. Alþjóðaskíðasambandið hafnaði árið 2012 beiðni LindseyVonn, einni bestu skíðakonu sögunnar í alpagreinum, um að fá að etja kappi við karla í heimsbikarmóti sem fór fram í Lake Louise í Kanada með þeim rökum að einstaklingur af öðru kyninu ætti engan rétt á að keppa við einstaklinga af hinu kyninu og engar undanþágur yrðu veittar frá því. Skortur á hlutlægum rökstuðningi af hálfu skíðasambandsins fyrir aðskilnaði kynjanna í íþróttagreininni var algjör og afstaðan bar merki rótgróinna ranghugmynda um nauðsyn aðgreiningarinnar sem mun örugglega leiða til fjölda málaferla gegn íþróttayfirvöldum í framtíðinni.<sup>15</sup> Vonn lét ekki reyna á rétt sinn fyrir dómstólum.

<sup>13</sup> Jan Boxill, *Sports and ethics: An Anthology* Oxford: Blackwell 2003 226–227.

<sup>14</sup> Matthew Bradford, 82.

<sup>15</sup> Mark James, 257.

Að mati höfundar er engin ástæða til þess að ætla annað en að íþróttakona sem keppir á hæsta stigi sinnar íþróttar geti látið reyna á lögmæti aðskilnaðar kvenna og karla í íþróttinni fyrir dómstólum. Árangur í íþróttum ræðst sjaldan eingöngu á styrk, þoli og líkamsburðum og því ætti ekkert að vera því til fyrirstöðu að heimila íþróttakonu sem óskar eftir að fá að reyna sig gegn bestu þátttakendunum í hennar íþrótt að gera það.<sup>16</sup> Þetta á örugglega við þegar engin hætta er á meiðslum kvenna í átökum við karla í íþróttakeppni vegna mismunar á líkamsburðum.

Þegar þátttaka barna í íþróttum er skoðuð í þessu samhengi getur reynst erfitt að réttlæta aðskilnað kynjanna í íþróttum með sama hætti og þegar um fullorðna íþróttamenn er að ræða. Enginn slíkur munur er á styrk, úthaldi eða líkamsburðum á unga aldri að sérstök nauðsyn er til að vernda stúlkur með því að aðskilja kynin. Hvenær svo rétt og heimilt er að aðskilja kynin kann að vera breytilegt eftir íþróttagreinum.

Ekki er um auðugan garð að gresja í dómaframkvæmd hvað þetta málefni varðar en að mati höfundar er í dómaframkvæmd erlendis hugsanlega að finna vísbendingu í þá átt að breyting hafi orðið á viðhorfum hvað varðar íþróttir barna og að gamalgróin viðhorf séu á undanhaldi. Í því sambandi má benda á tvo dóma, annan frá enska áfrýjunardómstólnum (Court of Appeal) frá árinu 1998 og hinn frá stjórnsludómstól í Ástralíu (Victorian Civil and Administration Tribunal) sem kveðinn var upp árið 2004, þar sem niðurstöðurnar eru gjörólíkar þrátt fyrir að álitamálið hafi verið nánast það sama. Í máli Bennett gegn Enska knattspyrnusambandinu frá 1998 var 11 ára stúlku, er lék knattspyrnu með strákunum í skólanum sínum, bannað að keppa með strákaliði í deildakeppni á vegum enska knattspyrnusambandsins. Áfrýjunardómstóllinn taldi knattspyrnu vera íþrótt þar sem styrkur meðalkonunnar leiddi til þess að hún væri í veikri og ósanngjarnri stöðu gagnvart meðalkarlmanni og að einstaklingsbundnir hæfileikar

---

<sup>16</sup> Mark James, 258.

og líkamsburðir Bennett gætu ekki haft áhrif við úrlausn málsins.<sup>17</sup> Ekkert tillit var tekið til þess að líkamsburðir drengja og stúlkna á þessum tiltekna aldri eru sambærilegir.

Það var hins vegar gert í dómi er kveðinn var upp af stjórnsludómstól í Ástralíu árið 2004 þar sem dæmt var að ekki væri heimilt að banna 13 ára stúlku að keppa í áströlskum fótbolta gegn strákum á sama aldri. Hins vegar taldi dómurinn að unnt væri að banna 14 og 15 ára stúlkum að taka þátt í slíkum kappleikjum.<sup>18</sup> Dómurinn taldi ekki vera raunverulegan mun á styrk, úthaldi og líkamsburðum drengja og stúlkna við keppni í áströlskum fótbolta fyrr en 14 ára aldri væri náð. Þess vegna væri óheimilt að banna 13 ára stúlku að taka þátt.<sup>19</sup> Þessi dómur þótti marka þáttaskil í þessum efnum ekki síst í því ljósi að ástralskur fótbolta er mjög harður leikur mikilla líkamlegra átaka.

Í ensku jafnréttislögunum sem sett voru fjórum árum síðar eða árið 2010 er að finna ákvæði sem fjallar um aðgreiningu kynjanna í íþróttum barna. Þar er mælt fyrir að þegar metið er hvort þátttaka barna í íþrótt, leik eða viðburði eigi að vera háð kyni sé rétt að taka tillit til aldurs og þroska barna sem líkleg eru til að verða keppinautar. Í þessu felst að ef þroski drengja og stúlkna á tilteknum aldri skiptir ekki máli þegar kemur að framkvæmd leiksins eða íþróttarinnar er útilokað að réttlæta mismunun kynjanna með aðgreiningu þeirra.<sup>20</sup>

Áhrifa laganna gætir meðal annars í því að árið 2012 ákvað Enska knattspyrnusambandið að lengja aldursskeiðið sem drengir og stúlkur geta spilað saman í blönduðum liðum upp í U15 ára-aldurshópin. Árið 2014 var þetta enn lengt upp í U16 ára-aldurshópin og frá árinu 2015 hefur stúlkum verið heimilt að leika fyrir blönduð U14-lið, U16-lið og U18-lið áður en þær færast upp í fullorðinsflokk

<sup>17</sup> *Bennett v Football Association and Nottinghamshire Football Association, July 28, 1998, unreported, CA*

<sup>18</sup> *Taylor & Ors v Moorabbin Saints Football League & Football Victoria [2004]VCAT 158.*

<sup>19</sup> Matthew Bradford, 78.

<sup>20</sup> Lewis and Taylor, G2.62.

kvenna.<sup>21</sup> Í Danmörku eru engin aldurstakmörk varðandi blönduð lið, í Hollandi og Sviss eru aldurstakmörkin miðuð við 19 ára aldur og á Ítalíu og í Þýskalandi eru þau miðuð við 17 ára aldur.

Í ljósi grundvallarávæða Ólympíusáttmálans og þeirra laga er vísað var til í upphafi þessa kafla er að mati höfundar vafalaust að konur eiga að njóta sama réttar og karlar þegar kemur að tækifærum til að iðka og taka þátt í íþróttum. Það hefur þó ekki þá þýðingu að konur eigi skilyrðislausan rétt til að taka þátt í keppni með eða við karla því viðurkennt er að aðgreining kynjanna í íþróttum er oft nauðsynleg eins og gerð hefur verið grein fyrir. Það er þó alls ekki öruggt að aðgreiningin eigi í öllum tilvikum rétt á sér eða sé eins sjálfgefin og oft er talið.

Eftir kynþroskaaldur er aðgreiningin lögmæt í þeim íþróttagreinum þar sem líkamlegt atgervi karla veitir þeim ósanngjarna líkamlega yfirburði gagnvart konum. Fyrir kynþroskaaldur telur höfundur þó að í aðgreiningunni kunni að felast ólögmæt takmörkun á tækifærum barna til að njóta eigin atorku og þroska hæfileika sína óháð kyni. Ef stúlkum og drengjum væri heimilað að æfa saman og keppa innbyrðis á meðan ekki er kynbundinn munur á líkamsburðum þeirra fengju þau tækifæri til að takast á við meiri samkeppni og meira krefjandi aðstæður og auka þar með möguleika sína til þess að þroska hæfileika sína og ná herra getustigi í íþróttinni. Ákvæði 2. ml. 1. mgr. 1. gr. jafnréttislaga kann því að hafa áhrif á lögmæti aðgreiningar stúlkna og drengja í íþróttum ekki síst ef ákvæðið er túlkað með hliðsjón af grundvallarsjónarmiðum Ólympíusáttmálans og grundvallarreglum laga og alþjóðlegra sáttmála um jafnan rétt karla og kvenna. Aðgreining kynjanna í íþróttum er undantekning og ber að meðhöndla sem slíka í lagalegum skilningi.

### 3.2 Karl eða kona?

Ætla mætti að þegar búið er að ákveða að aðgreina kynin í tiltekinni íþrótt væri eftirleikurinn auðveldur. Það er þó ekki alltaf einfalt því upp kunna að koma álitamál um hvort tiltekinn íþróttamaður

<sup>21</sup> Rules of the Football Association Limited, í gildi frá 18. maí 2017, regla J.3.

er karl eða kona. Ástæður þessa geta bæði stafað af náttúrulegum orsökum og einnig vegna breytinga sem framkvæmdar hafa verið á líkama viðkomandi einstaklings með skurðaðgerðum og/eða lyfjagjöf. Staðreyndin er sú að þetta er eitt umdeildasta og flóknasta málefnið í íþróttahéiminum í dag hvað varðar þátttökurétt.

Álitamálið er ekki nýtt af nálinni. Stella Walsh keppti fyrir Pólland í 100 metra hlaupi kvenna bæði á Ólympíuleikunum árið 1932 og 1936, þar sem hún vann gullverðlaun á fyrri leikunum og silfurverðlaun fjórum árum síðar. Í kjölfar andláts hennar árið 1980 var skýrt frá því að krufning hafi leitt í ljós að hún var bæði með karl- og kvenlitninga, lítið typpi og eistu og ekki örlaði á líffærum er eingöngu er að finna í konum. Í skilningi laga hafði hún verið karlmaður í lifanda lífi.<sup>22</sup>

Á árum áður voru uppi grunsemdir um að karlmenn dulbúnir sem konur laumuðu sér inn í keppni í kvennaflokki og voru kynpróf í íþróttum upphaflega réttlætt með þeim vafasömu rökum að koma þyrfti í veg fyrir slíkt svindl. Á sjöunda áratug síðustu aldar ákváðu IOC og Alþjóðafjálgsíþróttasambandið (IAAF) að skylda allar konur sem ætluðu sér að taka þátt í keppni á þeirra vegum til að gangast undir kvenleikapróf. Prófin fólu í fyrstu í sér líkamsskoðun á ytri kynfærum en breyttist síðar í X-litningapróf og enn síðar í DNA-próf. Á síðasta áratug síðustu aldar fóru áhyggjur af því að prófin brytu hugsanlega gegn réttindum kvenna vaxandi er leiddi til þess að árið 1999 hætti IOC að krefjast skilyrðislausra kvenleikaprófana. Í dag er magn karlhormónsins testósteróns notað til að ákvarða hvort viðkomandi íþróttamaður telst vera karl eða kona.

### 3.2.1 Intersex

Fjöldi einstaklinga er intersex og fellur hvorki undir hefðbundna skilgreiningu á karli né konu þrátt fyrir að hafa ekki gengist undir kynleiðréttingarmeðferð af neinu tagi. Intersex er skilgreint af Alþjóðaheilbrigðismálastofnuninni sem meðfætt frávik á kyn-

<sup>22</sup> Peter Charlish, 'Gender Recognition Act 2004: Transsexuals in Sport – A Level Playing Field', (2005) 5(2) International Sports Law Review (ISLR) 41.

og æxlunarfærum.<sup>23</sup> Vandamál íþróttahreyfingarinnar hvað þetta varðar endurspeglast í því að frávikin geta verið af misjöfnum toga og mismikil og þarf því að rannsaka hvert tilvik sjálfstætt. Þekktasta dæmið um intersex-einstakling í íþróttahæiminum er Caster Semenya sem átján ára gömul vann til gullverðlauna í 800 metra hlaupi á heimsmeistaramótinu í Berlín árið 2009. Eftir mótið fór fram gríðarleg og óvægin fjölmiðlaumfjöllun um hvort hún væri lífeðlisfræðilega byggð sem karl og ef svo væri hvort það ætti að banna henni að keppa sem kona.<sup>24</sup> Mál Semenya varð að umfangsmiklu lagalegu og siðfræðilegu vandamáli og er án nokkurs vafa ein af stærstu áskorunum sem stjórnendur IOC og IAAF hafa þurft að takast á við í áraradír.

Íþróttalögfræðingurinn Gregory Ioannidis hélt því fram á þessum tíma að skoðun sönnunargagna og greining á staðreyndum málsins leiddi í ljós að IAAF hafi ekki verið og væri enn ekki reiðubúið til að takast á við þarfir einstaklings sem vegna hugsanlegra einstaklingsbundinna líkamseinkenna og líffærafræðilegs afbrigðileika væri orðinn skotspónn opinberrar umræðu.<sup>25</sup> Enski lögfræðingurinn Simon Gardiner tók undir með Ioannidis og sagði að nauðsynlegt væri að IOC og IAAF leystu úr viðfangsefninu á traustum lagalegum grunni er samræmdist alþjóðlegum mannréttindalögum.<sup>26</sup>

Eftir niðurlægjandi umfjöllun og langdregnar rannsóknir lýsti IAAF því yfir þann 6. júlí 2010 að Semenya væri heimilt að keppa sem kona en ekki yrði upplýst um læknisfræðilegar staðreyndir þar sem þær væru trúnaðarmál. Málið hefur að sjálfsögðu vakið upp fjölda stórra spurninga sem enn hefur ekki verið svarað en Mark James á einna erfðast með að setta sig við að með rannsókninni sjálfri var brotið gegn friðhelgi einkalífs ungrar konu með yfirgangssemi og

<sup>23</sup> <http://www.who.int/genomics/gender/en/index1.html>

<sup>24</sup> Simon Gardiner, John O'Leary, Roger Welsh, Simon Boyes and Urvasi Naidoo, *Sports Law* 4th edition Routledge 2012 476.

<sup>25</sup> Gregory Ioannidis, "Gender testing: The Caster Semenya case: Gender verification in sport" (2009) 7(10) *World Sports Law Review* (WSLR).

<sup>26</sup> Simon Gardiner o.fl., 476.

persónulegum hætti og að ekki var gefin nein skýring á því hvers vegna Semenya var ekki lengur „grunuð“ um að vera ekki kona.<sup>27</sup>

Árið 2011 sendi IAAF frá sér reglur og leiðbeiningar er miðuðu að því að koma í veg fyrir þátttöku kvenna með hækkað magn karlhormóna. Samkvæmt þessum reglum var konu aðeins heimilt að taka þátt í frjálisíþróttamótum í kvennaflokki ef hormónamagn mældist undir karlkynsmörkum.<sup>28</sup> IOC setti sambærilegar reglur fyrir Ólympíuleikana í London árið 2012.<sup>29</sup> Í kynningarefni er fylgdi reglunum lýsti IOC því yfir að intersex-íþróttakonur með hækkaða karlhormónaframleiðslu væru mikið áhyggjuefni í keppnisíþróttum. Því var haldið fram að karlhormón hefðu slík bætandi áhrif á frammistöðu kvennanna, einkum á styrk, snerpu og hraða að þau gætu leitt til ósanngjarns forskots í íþróttakeppni við aðrar konur en þetta væri einmitt ein af meginástæðum þess að inntaka slíkra hormóna í því skyni að bæta árangur í íþróttum er bönnuð samkvæmt lyfjareglum Alþjóðalyfjaeftirlitsstofnunarinnar (World Anti Doping Code). Hér er þó ekki um ólögmeta inntöku hormóna að ræða heldur náttúrlega framleiðslu líkamans á hormónum og var reglunum ætlað að greina aðstæður þar sem íþróttakonur teljast ógjaldgengar til þátttöku í kvennaflokki vegna of mikillar framleiðslu líkamans á karlhormónum.<sup>30</sup> Samkvæmt reglunum er óhjákvæmilegt að prófa testósterónmagn í líkamanum og innihalda reglurnar nákvæma lýsingu á því hvernig prófin skuli fara fram, um trúnaðarskyldu, áfrýjunarrétt o.s.frv. Íþróttayfirvöld voru ánægð með niðurstöðuna og virtust almennt telja að þeim hefði tekist að finna lausn er fæli í sér nauðsynlegt og sanngjarnt jafnvægi á milli ólíkra hagsmuna.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Mark James, 252.

<sup>28</sup> IAAF Regulations Governing Eligibility of Females with Hyperandrogenism to Compete in Womens Competition, gr. 6.5. <http://www.iaaf.org/download/download?filename=58438613-aaa7-4bcd-b730-70296abab70c.pdf&urlslug=IAAF%20>

<sup>29</sup> IOC Regulations on Female Hyperandrogenism Games of the XXX Olympiad in London, 2012, [https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions\\_PDFfiles/Medical\\_commission/2012-06-22-IOC-Regulations-on-Female-Hyperandrogenism-eng.pdf](https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions_PDFfiles/Medical_commission/2012-06-22-IOC-Regulations-on-Female-Hyperandrogenism-eng.pdf)

<sup>30</sup> IOC Regulations on Female Hyperandrogenism Games of the XXX Olympiad in London, 2012, inngangur 1.

<sup>31</sup> Darren Bailey, “Participation matters” (2012) 19(2) SLAP 8.

Bandaríski lagaprófessorinn Shawn Crincoli gagnrýndi reglurnar harðlega og færði að mati höfundar fram sterk rök fyrir skoðunum sínum. Crincoli segir reglugerðirnar miða að því að draga ímyndaða línu og ákvarða að kona sem fer yfir línuna hafi yfir of miklu magni karlhormóna að ráða til að mega etja kappi við aðrar konur í íþróttum. Hann heldur því fram að þar sem ekki hafa verið settar reglur um aðrar tegundir náttúrlægs líkamlegs afbrigðileika er veita einstaklingum forskot á aðra keppendur í íþróttum verði að skoða reglur IAAF og IOC sem enn eina tilraunina til að skilgreina hvort keppandi sé kona eða ekki nægjanlega mikil kona til að þess að mega taka þátt í íþróttakeppni á móti öðrum konum. Crincoli fullyrðir að jafnréttislög heimili ekki aðgerðir sem ætlað er að setja konur sem þykja of karlmannlegar í sérstakan flokk í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að þær njóti sömu tækifæra og aðrar konur.<sup>32</sup>

Árið 2014 bannaði Frjálsíþróttasamband Indlands indverska spretthlauparanum Dutee Chand þátttöku í frjálsíþróttamótum eftir að hormónapróf leiddi í ljós að líkami hennar framleiddi testósterónmagn er var yfir settum mörkum samkvæmt reglugerðinni. Chand var því bannað að taka þátt í keppni þangað til testósterónmagnið hafði verið lækkað niður fyrir leyfileg mörk með lyfjameðferð. Chand neitaði hins vegar að gangast undir meðferðina sem hefði tryggt henni þátttökurétt og áfrýjaði þess í stað ákvörðuninni til Alþjóðaíþróttadómstólsins (CAS).<sup>33</sup>

CAS ógilti bannið og treysti sér ekki til að staðfesta að reglugerðirnar næðu yfirlýstum markmiðum sínum og sagði að ekki lægju fyrir fullnægjandi upplýsingar til að staðfesta eða hafna tilgátum IAAF í þessum efnum og lagði sönnunarbyrðina á IAAF. Dómstóllinn sagði að IAAF hefði ekki tekist að sýna fram á með fullnægjandi líkum að umfang reglugerðarinnar takmarkaðist alfarið við að koma í veg fyrir þátttöku íþróttakvenna sem hefðu sömu yfirburði og karlmenn hafa gagnvart íþróttakonum í tilteknum íþróttagreinum.

<sup>32</sup> Shawn Crincoli, 'The IAAF hyperandrogenism regulations and discrimination' (2011) 9(6) WSLR 3.

<sup>33</sup> *Dutee Chand v Athletics Federation of India & The International Association of Athletics Federations*, CAS 2014/A/3759.



CAS treysti sér þannig ekki til að staðfesta lögmæti reglnanna og veitti IAAF tveggja ára frest til að leggja fram frekari sönnunargögn til að sýna fram á hversu mikið forskot „ofurhormónakonur“ hafa í keppni við aðrar konur vegna óeðlilegs magns karlhormóna.<sup>34</sup> Dutee Chand var með ákvörðuninni heimilað að keppa aftur.

Ákvörðun CAS veitti að mati bandaríska lögfræðingsins Seema Patel skýrar vísbendingar um að reglur um þátttökuskilyrði í íþróttum verði að vera byggðar á traustum staðreyndum og sönnunargögnum í stað órökstuddra hugmynda. Þær verða að miða að því að ná lögmætum markmiðum sínum og samræmast grundvallarreglum um sanngirni og jafnrétti. Að auki verða reglur sem leiða til mismununar íþróttafólks að vera réttlætanager samkvæmt lagalegum og siðferðislegum kröfum.<sup>35</sup>

Áður en tveggja ára fresturinn rann út lagði IAAF fram ný sönnunargögn í máli Chand og var málið sett á dagskrá aftur í ágúst árið 2017. Eitt sönnunargagnanna og það sem mest áhersla var lögð á af hálfu IAAF er rannsókn sem gerð var í þeim tilgangi að lýsa og greina áhrif magns karlhormóna og mögulegra áhrifa þess á frammistöðu fremsta íþróttafólks heims. Niðurstaða rannsóknarinnar var að enginn sjáanlegur munur kom fram hjá körlum en íþróttakonur með hátt testósterónmagn njóta umtalsverðs forskots á konur með lágt testósterónmagn í 400 metra hlaupi, 400 metra hindrunarhlaupi, 800 metra hlaupi, sleggjukasti og spjótkesti.<sup>36</sup>

Dutee Chand keppir aðallega í 100 metra hlaupi en athygli vakti að sú grein var ekki tilgreind í niðurstöðum rannsóknarinnar. Rannsóknin gaf því engar vísbendingar um að hækkað magn karlhormóna í Chand hefði áhrif á getu hennar í hennar keppnisgrein og var því ósannað að Chand hagnaðist með nokkrum hætti á hækkuðu magni testósteróns

<sup>34</sup> *Dutee Chand*, mgr. nr. 531 og 548.

<sup>35</sup> Seema Patel, 'The IAAF's Hyperandrogenism Regulations suspended' (2015) 13(8) WSLR 8.

<sup>36</sup> Stéphane Bermon og Pierre-Yves Garnier, 'Serum androgen levels and their relation to performance in track and field: mass spectrometry results from 2127 observations in male and female elite athletes' (2017) 51(17) British Journal of Sport Medicine, <http://bjsm.bmj.com/content/51/17/1309>.

gagnvart keppinautum sínum. Eftir að málinu hafði verið frestað ítrekað að beiðni IAAF virðist sambandið hafa áttað sig á því að málið væri tapað og í stað þess að halda því áfram ákvað IAAF í byrjun maí 2018 að falla frá kröfum sínum á hendur Chand og fella málið niður. Á sama tíma gaf IAAF út nýjar reglur á grundvelli framangreindrar rannsóknar.<sup>37</sup> Dutee Chand hafði því betur í málinu gegn IAAF þar sem nýju reglurnar taka ekki til hennar íþróttagreinar en höfundur virðist reglurnar nú einkum beinast að Semenya sem keppir í 800 og 1500 metra hlaupi. Samkvæmt reglunum þarf Semenya að taka karlhormónalækkandi lyf til að halda magni þeirra í líkama sínum undir viðmiðunarmörkum. Þessi lyf þarf hún að taka í að lágmarki 6 mánuði fyrir keppni og halda magni karlhormóna í líkama sínum undir mörkum allan tímann. Ef hún ákveður að taka ekki lyfin og vill keppa áfram í mótum á vegum IAAF verður hún að keppa gegn körlum.

Nýju reglurnar eru samkvæmt ákvæði greinar 1.1.a settar til að vernda og tryggja jafnan rétt allra til að taka þátt og ná árangri í íþróttum. Höfundur telur einsýnt að reglurnar muni vekja hörð viðbrögð og að ljóst sé að það stefni í ný dómsmál er munu að mestu byggja á sömu sjónarmiðum og álitamálum og voru uppi í máli Dutee Chand.

Rannsóknin sem lögð var fram í máli Chand og nýju reglurnar byggja jafnframt á var að mati höfundar haldin göllum sem eiga hugsanlega eftir að koma IAAF í koll síðar. Í rannsókninni voru aðeins bornar saman konur með lægsta testósterónmagnnið gagnvart konum með hæsta testósterónmagnnið og var niðurstaðan sú að konur með hæsta magnnið höfðu forskot á bilinu 1,78% til 4,53% í framangreindum frjálsíþróttagreinum. Sú staðreynd að rannsóknin miðaðist ekki við konur með meðalmagn eða hærra magn testósteróns er augljós og alvarlegur galli á henni. Þegar horft er á bilið á milli minnsta og mesta forskotsins telur höfundur ljóst að ómögulegt er að alhæfa og að

---

<sup>37</sup> Eligibility Regulations for Female Classification (Athletes with Differences of Sex Development) Hlaða má reglugerðinni niður hédan: <https://www.iaaf.org/about-iaaf/documents/rules-regulations#collapseregulations>

nauðsynlegt er að rannsaka hvern einstakling, hverja íþrótt og hverja keppnisgrein sérstaklega og með mun nákvæmari hætti.

Enski lögmaðurinn Lydia Banerjee hefur bent á að athyglisverðast í þessu öllu að hennar mati er að verið er að reyna að lögfasta reglur og ná tökum á einum afmörkuðum þætti líkamlegs atgervis á sama tíma og fjöldi annarra líkamlegra eiginleika er veita forskot og jafnvel yfirburði í íþróttakeppni hafa ekkert komið til umræðu hvað þá að settar hafi verið reglur til að útiloka viðkomandi einstaklinga frá keppni.<sup>38</sup> Crincoli tekur í sama streng og bendir að auki réttilega á að reglugerðirnar hafi aðeins verið settar til höfuðs konum en ekki körlum. Jafnvel þó að bæði karlar og konur framleiði karlhormón taka reglurnar þannig aðeins til kvenna sem framleiða karlhormón í magni sem sagt er að sé mikið og leiðir til þess að þeim er bannað að keppa við aðrar konur. Eins og Banerjee bendir Crincoli á að engar slíkar reglur hafi verið settar varðandi karla sem framleiða meira magn karlhormóna en aðrir karlmenn. Það eru jafnvel ekki til viðmið um hvað telst mikið eða „of mikið“ þegar kemur að náttúrulegri hormónaframleiðslu karlkynsíþróttamanna í þessu sambandi.<sup>39</sup>

Bæði Banerjee og Crincoli láta sterklega að því liggja að þetta flókna álítaefni ætti ekki eingöngu að snúast um konur og heldur ekki eingöngu um magn karlhormóna og það forskot sem þau hugsanlega veita íþróttamanninum gagnvart andstæðingunum. Það eru óneitanlega til körfuknattleiksmenn sem eru óeðlilega hávaxnir, það eru til Afríkubúar sem búa við aðstæður sem leiða til þess að þeir verða óvenjulega úthaldsmiklir og hvað sem öllu þessu líður þá eru, hafa alltaf verið og verða alltaf til fjöldi íþróttamanna í heimsklassa sem njóta forskots á keppinauta sína vegna „afbrigðileika“ af einhverju tagi.

Dæmi um slíkan einstakling er sundkappinn Michael Phelps sem hefur unnið til 14 gullverðlauna á Ólympíuleikum. Líkami hans er einstakur og margir líkamlegir eiginleikar hans hjálpa honum

<sup>38</sup> Lydia Banerjee, 'Sport, Equality & Discrimination – The Year in Review' (2017) *LawInSport - Yearbook 2016/17* Kafi 5.1.

<sup>39</sup> Shawn Crincoli, "hyperandrogenism", 3.

í sundlauginni. Langur og grannur búkur veitir minni mótstöðu í vatni. Faðmurinn er hvorki meira né minna en 201 sentimetri sem er ekki í nokkru samræmi við 193 sentimetra hæð Phelps og virka armarnir eins og langar stórar árar. Hlutfallslega stuttir fótleggir veita minni mótstöðu í vatninu og auka jafnvel við hröðunina sem risavaxnir fætur hans (stærð 48) keyra áfram eins og sundfit sem hann getur fett lengra en ballettdansari gerir í *pointe*-stöðu og gera honum mögulegt að sveifla fótleggjunum eins og þeir væru sporðar er gefa honum hámarksþrýsting á leið hans í gegnum vatnið.<sup>40</sup>

Keppinautar Phelps hafa ekki krafist læknisfræðilegrar rannsóknar á honum eða kvartað yfir forskotinu sem hann hefur vegna þessara óvenjulegu líkamsburða. Engum hefur dottið í hug að setja Phelps í keppnisbann eða krefja hann um að taka lyf eða gangast undir læknisfræðilegar aðgerðir til að jafna keppnina. Höfundur leyfir sér að varpa fram þeirri spurningu, hvers vegna eigi þá náttúruleg testósterónframleiðsla sumra íþróttakvenna að leiða til annarra viðbragða?

Um áratuga skeið hefur aðeins ein intersex-íþróttakona náð á toppinn í sinni íþrótt og það er Caster Semenya. Hið meinta vandamál er því hugsanlega ekki eins umfangsmikið og alvarlegt í íþróttahiminum og ætla mætti. Bandarísku læknasamtökin hafa sagt að það sé sjálfsagt og eðlilegt að íþróttamenn sem fæddir eru með röskun á kynþroskaferlinu og hafa verið aldir upp sem konur fái að keppa sem konur. Ekki er ólíklegt að rétta svarið sé einmitt þetta, að leyfa íþróttamönnum að keppa í friði eins og þeir eru skapaðir frá náttúrunnar hendi.

„Guð skapaði mig eins og ég er og ég er sátt við sjálfa mig,“ sagði Semenya í viðtali árið 2009. „Ég er eins og ég er og ég er stolt af afrekum mínum.“<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Alan Abrahamson og Michael Phelps, *No Limits* Free Press 2009 67.

<sup>41</sup> NY times, August 18, 2016, <https://www.nytimes.com/2016/08/20/sports/caster-semenya-800-meters.html>

### 3.2.2 Kynleiðrétting

Þegar kemur að íþróttamönnum er gengist hafa undir kynleiðréttingu er regluverkið nokkuð flókið. Eins og staðan er í dag er ekkert samræmi á milli reglna íþróttasambanda um það hvernig er best að takast á við þær áskoranir sem íþróttirnar standa frammi fyrir hvað þetta málefni varðar og engin samræmd nálgun. Í sumum íþróttum eru þessi mál hreinlega ekki á dagskrá eða ekkert um þau fjallað. Í öðrum íþróttum er álitafnið meðhöndlað með fjölbreyttum og ólíkum hætti, allt frá því að vera með mjög takmarkandi og lokað aðgengi fyrir þátttakendur í það að hafa það mjög opið og aðgengilegt.<sup>42</sup>

Ekki er að finna skilgreiningu í íslenskum lögum á einstaklingi sem gengist hefur undir kynleiðréttingu (transsexual). Samkvæmt 3. gr. laga nr. 57/2012 um réttarstöðu einstaklinga með kynáttunarvanda er aðeins að finna skilgreiningar á hugtakinu kynáttunarvandi og hvað felst í kynleiðréttingu aðgerð en það er leiðrétting á líffræðilegu kyni með skurðaðgerð.

Í ensku jafnréttislögunum er að finna skilgreiningu á einstaklingi sem gengist hefur undir kynleiðréttingu þar sem segir í 7. gr. að um sé að ræða einstakling sem hefur hafið, er í meðferð eða hefur gengist undir meðferð (eða hluta meðferðar) til kynleiðréttingar með því að breyta lífeðlisfræðilegum einkennum sínum eða öðrum kynferðislegum einkennum. Kynleiðrétting er einn af þeim þáttum eða eiginleikum sem njóta verndar samkvæmt lögunum.

Samkvæmt undanþáguákvæði 195. gr. ensku jafnréttislaganna er þó heimilt að takmarka þátttökurétt þessara einstaklinga þegar um er að ræða íþróttir þar sem aðgreining kynjanna fer fram en þó aðeins þegar tilgangurinn er að tryggja sanngirni í keppni eða til að tryggja öryggi annarra keppenda í tengslum við keppni þar sem líkamsburðir þol og kraftur þátttakanda af öðru kyninu setur hann í ójafna stöðu gagnvart meðalvöxnum einstaklingi af hinu kyninu

<sup>42</sup> Liz Riley, Ch. 5.6.

sem keppanda í íþróttinni. Þetta er talið taka til flestra hópíþróttanna og íþróttakeppna.<sup>43</sup>

Reglur í þessum málaflokki eru mikilvægar til að tryggja sanngirni í keppni og eðli málsins samkvæmt varða álitamálin hvað þátttökuskilyrði varðar þátttöku karla er gengist hafa undir kynleiðréttingu (transkonur) og vilja taka þátt í keppni við konur. Í gögnum er lögð vörð fram í máli Dutee Chand má sjá að aðskilnaður karla og kvenna í íþróttum er mjög oft nauðsynlegur og þótti sannað að karlar hafa keppnisforskot á konur sem nemur að meðaltali um 10–12%.<sup>44</sup> Það er því nauðsynlegt að tryggja áður en keppni í íþróttum hefst að kynleiðréttingarferlinu sé að fullu lokið og að ósanngjarnir yfirburðir karls í keppni við konur ráði ekki úrslitum.

Það eru til nokkur dæmi þess að transkonur hafi keppt í kvennaflokki á efsta getustigi í íþróttum. Eitt þekktasta dæmið er Richard Raskind sem gekkst undir kynleiðréttingu og keppti í kvennaflokki í tennis sem Renee Richards. Þrátt fyrir að vera orðin 44 ára náði hún að komast í 15. sæti á heimslistanum í tennis.<sup>45</sup>

Einnig er vert að geta dómsmáls er Lana Lawless höfðaði árið 2010. Lawless var 57 ára gamall kylfingur er höfðaði mál gegn Bandarísku kvennamótaröðinni (Ladies Professional Golf Association (LPGA)). Lawless var meinuð þátttaka á grundvelli þess að hún væri karlmaður í skilningi reglna LPGA en samkvæmt þeim urðu þátttakendur að hafa verið kvenkyns frá fæðingu til að geta öðlast þátttökurétt. Áður en dómur var kveðinn upp í málinu felldi LPGA ákvæðið út úr reglum sínum og var í kjölfarið gert samkomulag á milli aðila um að fella málið niður.<sup>46</sup>

Samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2012 um réttarstöðu einstaklinga með kynáttunarvanda getur einstaklingur sem hlotið hefur greiningu

<sup>43</sup> Simon Gardiner o.fl., 476.

<sup>44</sup> *Dutee Chand*, mgr. 533.

<sup>45</sup> Peter Charlish, 41.

<sup>46</sup> Ryan M. Rodenberg, "Gender policies and impact of litigation: *Lawless v. LPGA*" (2010) 8(12) WSLR 6.

og viðurkennda meðferð hjá teymi um kynáttunarvanda óskað staðfestingar hjá sérstakri sérfræðinefnd um að hann tilheyri gagnstæðu kyni að tilteknum skilyrðum uppfylltum, m.a. að hann hafi verið undir eftirliti í að lágmarki 18 mánuði og hafi lifað í gagnstæðu kynhlutverki í að lágmarki eitt ár. Samkvæmt 8. gr. er skylt að láta fara fram nafnabreytingu þegar staðfesting liggur fyrir og einnig getur viðkomandi þá óskað eftir að fá nýja kennitölu. Þessar reglur sem eru sambærilegar reglum margra annarra Evrópuríkja geta aukið flækjustigið verulega þegar kemur að þátttökuskilyrðum í íþróttum. Ekki aðeins vegna þess að viðkomandi íþróttamaður er með löggilt nafn og kennitölu sem einstaklingur af nýju og gagnstæðu kyni heldur kann að vera erfitt fyrir íþróttasambönd að fá aðgang að opinberum skrá, svo sem sjúkraskrá, til að afla nauðsynlegra upplýsinga um þá grundvallarstaðreynd að viðkomandi hafi gengist undir kynleiðréttingu. Um trúnaðarupplýsingar úr sjúkraskrá er að ræða og er því alls ekki víst að viðkomandi íþróttasamband hafi nokkra vitneskju eða eigi möguleika á að afla vitneskju um kynleiðréttinguna og hugsanleg vandkvæði varðandi þátttökurétt af þeim sökum. Það er augljóst vandamál í þessu sambandi að þrátt fyrir að viðkomandi einstaklingur hafi verið viðurkenndur samkvæmt lögum sem einstaklingur af nýju og gagnstæðu kyni og hefur jafnvel fengið nýtt nafn og kennitölu er mögulegt og jafnvel líklegt að viðkomandi njóti enn ósanngjarnra líkamlegra yfirburða gagnvart keppinautum sínum (í kvennaflokki) þegar kemur að þátttöku í íþróttum og að það geti og eigi að hafa áhrif á rétt viðkomandi til þátttöku.

IOC hætti öllum kynþrófunum fyrir Ólympíuleikana í Sydney árið 2000 og gaf út leiðbeiningar árið 2003 í hinum svokölluðu „Stokkhólmsamþykktum“ þar sem mælt var með að einstaklingar sem eftir kynþroskaaldur hafa gengist undir kynleiðréttingu frá karli til konu (og öfugt) ættu að öðlast rétt til þátttöku í kvenna- og karlakeppnum að tilteknum skilyrðum uppfylltum. Þau voru í fyrsta lagi að líffærafræðilegum skurðaðgerðum væri lokið, þar með talið á ytri kynfærum og brottnámi kynkirtla. Í öðru lagi var sett að skilyrði að löggild viðurkenning á nýju kyni hefði fengist hjá viðkomandi yfirvöldum og í þriðja lagi að hormónameðferð fyrir viðkomandi

kyn hefði farið fram með sannanlegum hætti og í nægjanlega langan tíma til að lágmarka forskot viðkomandi í íþróttakeppnum sem rekja má til fyrra kyns.

Með auknum skilningi og þekkingu vísindamanna jókst gagnrýni gegn Stokkhólmssamþykktunum jafnt og þétt, þar sem þær þóttu allt of strangar.<sup>47</sup> Hinn svokallaði Amsterdam-hópur sem innkirtla- og hormónafræðingurinn Lois Gooren veitti forystu skilaði frá sér skýrslu árið 2004 þar sem fram kom að eftir eins árs kynleiðréttingarmeðferð með karlhormónaskerðingu og skiptingu yfir í kvenhormón, varð veruleg skerðing á massa lærvöðva einstaklinga sem gengust undir breytingu úr karli í konu.<sup>48</sup> Samt sem áður mældist vöðvamassinn meiri eftir eins árs meðferð en hann reyndist vera hjá konum.<sup>49</sup> Niðurstaða hópsins var því sú að minnkun karlhormóna hjá transkonu færir vöðvamassann nær því sem hann er hjá konum en tölurnar sýna að hann dugar ekki til að breyta honum að fullu þannig að hann teljist hinn sami og hann er hjá konum. Gooren segir að svarið við spurningunni um hvort transkona geti með sanngirni keppt við aðrar konur ráðist af því hversu miklar handahófsákvarðanir og sveigjanleika fólk er tilbúið til að setta sig við.<sup>50</sup> Gooren virðist hafa hitt naglann á höfuðið því eftir útgáfu skýrslunnar hafa gjörólíkar reglur verið settar allt eftir því hversu mikið umburðarlyndi og sveigjanleika yfirstjórnir viðkomandi íþróttasambanda hafa verið tilbúnar til að sýna.

Árið 2011 einfaldaði NCAA (bandaríska háskólaíþróttasambandið) þátttökureglur sínar er varða íþróttafólk er undirgengst kynleiðréttingu. Nálgunin er mjög opin gagnvart íþróttafólki í þessari stöðu og mæla reglurnar fyrir um að ef viðkomandi er að gangast undir breytingu úr karli í konu með testósterónhamlandi lyfjagjöf megi hann keppa í karlaflokki til að byrja með en sé heimilt að skipta yfir í kvennaflokk eftir að hafa, undir eftirliti, gengist undir lyfjameðferðina í eitt ár.

<sup>47</sup> Liz Riley, Ch. 5.6.

<sup>48</sup> Louis J.G. Gooren, 'Transsexuals and competitive sports' (2004) 151(4) *European Journal of Endocrinology* 425.

<sup>49</sup> Arne Ljungqvist og Myron Genel, 'Transsexual Athletes: When is Competition Fair?', (2005) 366 *The Lancet* 42.

<sup>50</sup> Gooren, *op. cit.* 425.



Útilokað er að fá heimild til að taka þátt í keppni í kvennaflokki án lyfjameðferðarinnar.<sup>51</sup>

Lyfjafraeðingar og fleiri sérfræðingar sem veittu NCAA ráðgjöf héldu því fram að ekki væri fótur fyrir því að transkonur hefðu meiri yfirburði í keppni við konur en væru til staðar á milli íþróttakvenna almennt. Þeir töldu að slíkar fullyrðingar væru ósannaðar og ekki studdar fullnægjandi rökum.<sup>52</sup>

Að mati höfundar er athyglisvert að NCAA notaði rannsóknir Amsterdam-hópsins til að réttlæta stefnu sína með því að horfa eingöngu til þeirrar staðreyndar að rýrnun vöðvamassa á sér að mestu leyti stað á fyrsta ári hormónameðferðarinnar.<sup>53</sup> Nálgun NCAA virðist vera lituð af einlægum vilja til að greiða leið íþróttamanna er undirgengist hafa kynleiðréttingarferli til þátttöku. Það samræmist ekki niðurstöðu Amsterdam-hópsins að horfa eingöngu til þeirrar staðreyndar að vöðvamassinn hætti að mestu að dragast saman eftir eins árs lyfjameðferð en horfa um leið fram hjá þeirri mikilvægu staðreynd að vöðvamassinn er á þeim tímamarki samt sem áður enn mun meiri en hjá meirihluta íþróttakvenna. Sú staðreynd að í keppnisíþróttum eru það smáar breytur sem ráða því hver ber sigur úr bítum felur í sér mjög sterkan rökstuðning gegn þeirri leið sem NCAA valdi.<sup>54</sup> Að meta hvert mál fyrir sig virðist að mati höfundar vera traustari leið til að tryggja jafnvægi á milli keppenda en sú leið er varð fyrir valinu hjá NCAA. Höfundi virðist þó ljóst og telur jákvætt að aðferðafræði NCAA kemur í veg fyrir rugling, óvissu og ekki síst veruleg fjárútlát sem annars færu í prófanir og eftirlit. Slíkar ástæður eru þó vart fullnægjandi fyrir IAAF og IOC til að byggja upp regluverk á hæsta stigi keppnisíþróttar. Þegar á toppinn er komið er ekki hægt að gefa neinn afslátt þar sem leita verður allra mögulegra

<sup>51</sup> NCAA Handbook: 'Inclusion of Transgender-Athletes' (August 2011) 13 [https://www.ncaa.org/sites/default/files/Transgender\\_Handbook\\_2011\\_Final.pdf](https://www.ncaa.org/sites/default/files/Transgender_Handbook_2011_Final.pdf)

<sup>52</sup> NCAA Handbook, 2011 online. 8.

<sup>53</sup> NCAA Handbook, 2011 online, bls. 13 og neðanmálgrein 8 bls. 32.

<sup>54</sup> Louis J. G. Gooren, 428.

leiða til að allir keppendur hafi jafnan og sanngjarnan rétt til að ná árangri í sinni íþrótt.

Leiðbeinandi tilmælum IOC hefur nýverið verið breytt og eiga breytingarnar að auka möguleika fólks sem gengist hefur undir kynleiðréttingu til þátttöku frá því sem áður var.<sup>55</sup> Meginefni tilmællanna varðar transkonur sem öðlast nú þátttökurétt í kvennaflokki ef sýnt hefur verið fram á að viðkomandi er kona og að heildartestósterónmagn í blóði hafi verið undir tilteknu viðmiði í að lágmarki 12 mánuði samfleytt. Ef íþróttakonan fullnægir ekki skilyrðunum samfleytt í þennan tíma verður hún sett í þátttökubann í að minnsta kosti næstu 12 mánuði.<sup>56</sup> Tilmæli IOC virðast, að mati höfundar, skynsamlegri og varkárari en þær reglur sem gilda hjá NCAA en þó kunna að vera veikleikar í þeim sem óvíst er að standist nánari skoðun eins og nánar verður rætt síðar.

Að leiðrétt kyn sitt er meiriháttar læknisfræðileg meðferð og gríðarlega stór ákvörðun sem ekki er tekin nema þegar einstaklingurinn telur sig ekki eiga neina aðra kosti. Jafnréttis- og mannréttindalögfræðingurinn David McArdle segir að skömmin og útskúfunin, áhrif langtímainntöku hormóna og afleiðingar skurðaðgerða séu svo gríðarlega neikvæðar að það sé með öllu óviðeigandi að halda því fram að tilgangurinn sé að ná forskoti á aðra keppendur í íþróttum.<sup>57</sup> Jonathan Reeser, læknir í lyfjafræðum, sem hefur sérhæft sig í þessum málaflokki tekur undir þessi orð og segir útilokað að einstaklingar sem gangast undir kynleiðréttingu geri það í því skyni að bæta árangur sinn í íþróttum.<sup>58</sup>

Höfundur er sammála því að nær útilokað er að nokkur einstaklingur færi slíkar fórnir til þess að auka líkur á frama í íþróttum en telur

---

<sup>55</sup> IOC Transgender guidelines, IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism, November 2015 [https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions\\_PDFfiles/Medical\\_commission/2015-11\\_ioc\\_consensus\\_meeting\\_on\\_sex\\_reassignment\\_and\\_hyperandrogenism-en.pdf](https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions_PDFfiles/Medical_commission/2015-11_ioc_consensus_meeting_on_sex_reassignment_and_hyperandrogenism-en.pdf)

<sup>56</sup> Liz Riley, Ch. 5.6.

<sup>57</sup> David McArdle, 'Swallows and Amazons, or the Sporting Exception to the Gender Recognition Act' (2008) 17(1) *Social & Legal Studies* 53.

<sup>58</sup> Jonathan C. Reeser, 'Gender Identity and Sport: Is the Playing Field Level?' (2005) 39 *British Journal of Sports Medicine* 698.

að ekki verði þó horft fram hjá þeirri staðreynd að karl sem hefur gengist undir kynleiðréttingu til þess að verða kona mun halda líkamlegum yfirburðum sínum gagnvart öðrum konum. Hvað sem huglægum þáttum líður verður keppni viðkomandi einstaklings við aðrar konur í mörgum tilvikum ósanngjörn og ógnar þar með því grundvallarmarkmiði íþróttanna að allir keppendur hafi jafnan og sanngjarnan rétt til að ná árangri í sinni íþrótt.

Ef til dæmis Bruce Jenner sem síðar varð Caitlyn Jenner hefði látið leiðrétt kyn sitt á síðari hluta áttunda áratugar síðustu aldar hefði augljóslega komið upp mjög erfið staða. Bruce vann til gullverðlauna í tugþraut á Ólympíuleikunum í Montreal árið 1976 og hefði því vart talist sanngjarnt gagnvart öðrum fjálsíþróttakonum ef Caitlin hefði mætt til leiks á stóra sviðinu fjórum árum síðar og keppt sem kona í sjöþraut eða í einhverjum af tugþrautargreinunum. Hér er um að ræða sérlega flókið mál sem snýst um ósanngjarnt forskot, aðskilnað karla og kvenna í íþróttum og tryggingu þess að allir keppendur hafi jafnan og sanngjarnan rétt til að ná árangri.

Það hefur verið lítið um málaferli á þessu sviði en það kann að breytast áður en langt um líður. Mannréttindadómstóllinn í Kanada féllst á að taka fyrir mál hjólreiðakonunnar Kristen Worley, sem hélt því fram að kynjareglur Alþjóðahjólreiðasambandsins (UCI) hefðu alvarlega neikvæð áhrif á heilsufar hennar og að hormónamörkin hafi komið í veg fyrir að hún gæti tekið þátt í keppni í íþrótt sinni á hæsta getustigi. Worley, sem hafði gengist undir kynleiðréttingaraðgerð árið 2001 var fyrsti hjólreiðamaðurinn í heiminum sem gekkst undir skilyrði og sannprófunarferli Stokkhólmsamþykktanna og fékk staðfestingu á að hún stæðist skilyrðin árið 2006. Afleiðingar þess að fjarlægja kynkirtlana sagði hún vera alvarlegar. Hún framleiddi enga kynhormóna og skortur testósteróns og annarra karlhormóna leiddi til alvarlegs heilsufarsvanda. Eftir mikla baráttu fékk Worley að lokum undanþáguheimild (Therapeutic Use Exemption (TUE)) til að taka tilbúna stera (manngerð hormón) en hún fullyrkti að magnið væri of lítið til að hún gæti aftur náð fullri heilsu. Worley hélt því enn fremur fram, að þær ströngu reglur sem giltu um notkun testósteróns íþróttamanna sem gengist hafa undir kynleiðréttingu leiddu til

Þess að hún þyrfti að þola 12 mánaða biðtíma og skammtastærðir sem væru verulega minni en nauðsynlegar væru. Reglurnar brytu þannig gegn mannréttindum hennar. Málinu lauk með sátt í júlí árið 2017. Samkvæmt sáttinni samþykkti Hjóltreidasamband Kanada að endurskoða regluverk sitt með það fyrir augum að virða mannréttindi, efla fræðslu um mikilvægi fjölbreytileika þátttakenda, vinna að því að koma upp stöðlum og leiðbeiningum um þátttökurétt er byggðu á hlutlægum vísindarannsóknnum, vinna að því að TUE-kerfið verði einstaklingsmiðað og útfært af sérfræðingum í lyfjavísindum og með liðsinni Íþróttamálaráðuneytis Kanada að tala fyrir niðurstöðunni, innihaldi hennar og boðskap hjá alþjóðastofnunum eins og Alþjóðalýfjæftirlitsstofnuninni (WADA) og IOC.<sup>59</sup> Ekki hafa sést merki þess að brugðist hafi verið við niðurstöðunni og skilaboðunum af hálfu ofangreindra stofnanna.

Það er að mestu ágreiningslaust að ósanngjarnt er að heimila transkonu að etja kappi við aðrar konur nema tryggt sé með nokkurri vissu að það forskot og þeir yfirburðir sem líkami karlmannsins veitir sé ekki lengur til staðar. Ef þau skilyrði sem uppfylla þarf til að fá heimild til þátttöku, eins og að halda hormónaeinkennum innan sanngjarnra marka, verða til þess að viðkomandi íþróttamaður treystir sér ekki til þess að taka þátt kann hann að neyðast til þess að leggja skóna á hilluna eins og aðrir íþróttamenn sem lenda í heilsufarsvandræðum eða meiðslum er koma í veg fyrir áframhaldandi íþróttaiðkun.

## 4 Niðurlag

Það er vafalaust að íþróttasambönd munu í náginni framtíð standa frammi fyrir erfiðum ákvörðunum varðandi aðgreiningu kynjanna í íþróttum. Aðgreiningin er vissulega oft nauðsynleg og sett fram í lögmætum tilgangi en þegar hún er það ekki kann hún að vera ólögmæt. Þegar litið er til kröfunnar um jöfn tækifæri barna í íþróttum eru rök til réttlætningar á aðgreiningu

<sup>59</sup> *Kristen Worley v Ontario Cycling Association, Cycling Canada Cyclisme, Union Cycliste Internationale*, Minutes of Settlement, <http://www.hrlsc.on.ca/sites/default/files/docs/en/Media/2017-07-06%20%20Worley%20v%20%20OCA%20%20CC%20MOS%20public.pdf>

kynjanna ekki eins augljós og þau eru eftir að kynþroskaaldri er náð. Við ákvörðun um aðgreiningu barna í íþróttum er mikilvægt að gæta að grundvallarsjónarmiðum Ólympíusáttmálans um jafnan rétt kvenna og karla til tækifæra í íþróttum og ákvæða laga er banna hvers konar kynbundna mismunun og takmörkun tækifæra einstaklingsins til að þroska hæfileika sína án tillits til kyns. Við alla umfjöllun og ákvarðanatöku á þessu sviði er nauðsynlegt að hafa jafnréttissjónarmið í öndvegi, gæta fullrar sanngirni og hafa hagsmuni iðkendanna að leiðarljósi.

Menn eru ólíkir og fæðast í mismunandi stærðum og gerðum. Hvaða eiginleikar það eru sem hver og einn einstaklingur fær úthlutað við fæðingu og hvað gerist eftir það er það sem gerir hvern mann einstakan. Menn eru til dæmis fæddir með mismikla framleiðslugetu á magni testósteróns í líkamanum. Ólíklegt er að í framtíðinni verði „meðalmanninum“ heimilað að taka lyf til að veða upp forskot íþróttamanns sem frá náttúrunnar hendi nýtur meira magns testósteróns. Það virðist óhugsandi en hægt er að halda því fram að það sé sanngjörn og rökrétt aðlögun til að jafna möguleika íþróttamanna til að ná árangri. Með sama hætti er hugsanlega í grundvallaratriðum rangt að ætla einstaklingum að draga úr testósterónmagni til að mæta einstaklingum með lægri framleiðslugetu. Að grípa inn í aðstæður sem eru einfaldlega tilkomnar vegna breytileika náttúrunnar kann því að vera rangt og óraunhæft í sjálfu sér.

Það kann með sama hætti að vera á misskilningi byggt að íþróttamenn sem gengist hafa undir kynleiðréttingu eigi að njóta sömu réttinda og intersex-íþróttakonur. Nauðsynlegt er að horfa til þeirrar staðreyndar að intersex-íþróttakonur hafa ekki gengist undir lyfjameðferðir eða skurðaðgerðir til að breyta þeim líkama sem þær fæddust í. Íþróttamenn sem gengist hafa undir kynleiðréttingu hafa hins vegar látið breyta líkama sínum og geta því ekki að mati höfundar ætlat til þess að öðlast skilyrðis- og tafarlausan rétt til þátttöku í íþróttum sem einstaklingar af nýju kyni.

Allar breytingar á líkamanum, getu hans og gæðum, hvort sem það er vegna ólögðmætrar lyfjanotkunar til að bæta árangur í íþróttum,

leiðrétting á kyni eða notkun fatlaðra íþróttamanna á stoðtækjum eða gervilimum í keppni við ófatlaða, verður að mati höfundar að meðhöndla fyrst og fremst með það að markmiði að vernda grundvallarregluna um að allir eigi að hafa jafnan rétt til að ná árangri í íþróttum og ekki síður að vernda íþróttamennina sem mæta til keppni með líkamann sem þeir fæddust í einan að vopni. Það er mikilvægt að gæta réttar þeirra og láta þá njóta vafans.

Caster Semenya og Dutee Chand nota ekki hjálpartæki, þær nota ekki lyf til að bæta árangur sinn og ekki hafa þær gengist undir læknisfræðilegar breytingar í líkama sínum. Það má með sterkum rökum halda því fram að bjóða eigi þær velkomnar til keppni við aðrar konur í íþróttum án nokkurra skilyrða.

Í þessu sambandi má ekki gleyma því að grunneinkenni keppnisíþróttanna er að bera saman, á grundvelli samræmdra reglna, mismun á því hvernig líkami mannsins er úr garði gerður og nýttist viðkomandi í keppni. Mismunandi skipting náttúrulegra gæða er einmitt það sem skilur á milli sigurvegara og þeirra sem á eftir þeim koma. Að ætla íþróttunum að jafna þennan mismun með því að veita tilteknum keppendum undanþágur til að bæta upp veikleika þeirra eða gera tilteknum keppendum skylt að breyta líkama sínum til að draga úr hæfni þeirra felur, að mati höfundar, í sér hættu á að grunntilgangur keppnisíþróttanna fari forgörðum.

**Heimildaskrá**

- Abrahamson A and Phelps M, *No Limits* Free Press 2009
- Bailey D, 'Participation matters' (2012) 19(2) SLAP 6.
- Bailey D, 'Participation matters – challenges on the road to London 2012' (2011) 18 (4) SLAP 4
- Bailey D, 'The level playing field – fact or fiction?' (2008) 15(3) SLAP 4
- Banerjee L, Sport, Equality & Discrimination – The Year in Review, (2017) LawInSport - Yearbook 2016/17
- Beloff M J, 'Discrimination in Sport' (1998) 6(3) SATLJ
- Beloff M J, Demetriou M, Kerr T, *Sports law*, Oxford, U.K. 2012
- Bermont S and Garnier P, 'Serum androgen levels and their relation to performance in track and field: mass spectrometry results from 2127 observations in male and female elite athletes' (2017), *British Journal of Sport Medicine*, <http://bjsm.bmj.com/content/51/17/1309>
- Boxill J, *Sports and ethics: An Anthology* Oxford: Blackwell, 2003
- Bradford M, "Sport, Gender and Law" (2005) 1-2 ISLJ 78
- Charlish P, 'Gender Recognition Act 2004: Transsexuals in Sport – A Level Playing Field', (2005) 5(2) ISLR 2
- Crincoli S, 'NCAA transgender student-athlete 'policy: analysis (2011) 9(11) WSLR 9
- Crincoli S, 'The IAAF hyperandrogenism regulations and discrimination' (2011) 9(6) WSLR 3
- Simon Gardiner, John O'Leary, Roger Welsh, Simon Boyes and Urvasi Naidoo, *Sports Law* 4th edition Routledge 2012
- Gooren L, 'Transsexuals and competitive sports' (2004) 151(4) *European Journal of Endocrinology*
- IOC Transgender guidelines, IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism, November 2015, [https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions\\_PDFfiles/Medical\\_commission/2015-11\\_ioc\\_consensus\\_meeting\\_on\\_sex\\_reassignment\\_and\\_hyperandrogenism-en.pdf](https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions_PDFfiles/Medical_commission/2015-11_ioc_consensus_meeting_on_sex_reassignment_and_hyperandrogenism-en.pdf)
- Ioannidis G, 'Gender testing: The Caster Semenya case: gender verification in sport' (2009) 7(10) WSLR
- Ljungqvist A and Genel M, 'Transsexual Athletes: When is Competition Fair?' (2005) 366 *The Lancet*
- McArdle D, 'Swallows and Amazons, or the Sporting Exception to the Gender Recognition Act' (2008) 17(1) S & LS 44
- James A.R. Nafziger, *International Sports Law* 2nd Edition, Transnational Publishers 2004
- James M, *Sports Law* 2<sup>nd</sup> edition Palgrave Macmillan 2013

- James M, *Sports Law*, 3<sup>rd</sup> edition Palgrave Macmillan 2017
- Lewis A and Taylor J, *Sport: Law and Practice* 3<sup>rd</sup> edition Bloomsbury Professional 2014
- NCAA Inclusion of Transgender Student-Athletes, 2011, [https://www.ncaa.org/sites/default/files/Transgender\\_Handbook\\_2011\\_Final.pdf](https://www.ncaa.org/sites/default/files/Transgender_Handbook_2011_Final.pdf)
- NY times, August 18 2016 <https://www.nytimes.com/2016/08/20/sports/caster-semenya-800-meters.html>
- Patel S, 'The IAAF's Hyperandrogenism Regulations suspended' (2015) 13(8) WSLR 8
- Pieper L, 'Preserving la difference' (2015) 19(8-9) Sport in Society 1138
- Reeser J, 'Gender Identity and Sport: Is the Playing Field Level?' (2005) 39 BJSM 698
- Riley L, 'The Participation of Trans Athletes in Sport – A Transformation in Approach?' (2017) LawInSport – Yearbook 2016/17
- Rodenberg R, 'Gender policies and impact of litigation: Lawless v. LPGA' (2010) 8(12) WSLR 6.
- Sheerin, 'The Case of Caster Semenya: Law and Gender' (2016) Lawdemia, <https://www.lawdemia.com/home/2016/9/9/m7gtpz60c3alzoe4pxzmi7udeshbi4>

## Dómar

- Bennett v Football Association and Nottinghamshire Football Association*, July 28, 1998, CA
- Dutee Chand v Athletics Federation of India & The International Association of Athletics Federations*, CAS 2014/A/3759
- Hall v Victorian Amateur Football Association*, Decision of Victorian Civil and Administrative Tribunal, 23 April 1999, [1999] 7(2) SATLJ
- Petty v British Judo Association* [1981] ICR 660
- Taylor & Ors v Moorabbin Saints Football League & Football Victoria* [2004] VCAT 158
- Kristen Worley v Ontario Cycling Association, Cycling Canada Cyclisme, Union Cycliste Internationale*, Minutes of Settlement



**Abstract**

Eligibility issues based on the athlete's sex is a current and fascinating area. The separation of the sexes is the norm but is not as default as people may think. In some sports the separation is unnecessary and in others female athletes can compete with men on equal basis. In separated competitions it is necessary to decide the athlete's sex. Intersex and trans-sexual athletes are fighting for their right to participate in sports without being forced to take androgen-reducing drugs to meet eligibility criteria set by the sports authorities. The cases of Caster Semanya and Dutee Chand are high profile cases and interesting, both legally and ethically. They have both been fighting for their right to compete against other women and the International Association of Athletics Federation has struggled to establish regulations and provide satisfactory evidence supporting that the regulations are necessary to protect the level playing field. Trans-women and their right to participate against other women is another complex issue where the clouds seem to piling up on the horizon. In this article the issues mentioned above will be addressed and different views discussed.

# Veðsetning hugverkaréttinda – gildandi réttur og kröfur viðskiptalífsins

- 
- » Íris Björk Ármannsdóttir lögfræðingur
  - » Hafliði Kristján Lárusson lögmaður og stundakennari við lagadeild HR
- 

**Útdráttur**  
Í þessari grein, sem ber heitið Veðsetning hugverkaréttinda – gildandi réttur og kröfur viðskiptalífsins, verður leitast við að svara því hvort þörf sé á réttarbótum vegna veðsetningar hugverkaréttinda hér á landi og hverjar kröfur viðskiptalífsins eru í þessu sambandi. Í kjölfar byltingarkenndra breytinga í tækni og viðskiptum hefur vægi hugverkaréttinda sem fjárhagsleg verðmæti aukist verulega. Staðreyndin er því sú að hugverkaréttindi eru oft eina verðmæta eign margra fyrirtækja, sem leiðir til þess að slík fyrirtæki geta aðeins boðið veð í hugverkaréttindum til tryggingar láni. Á hinn bóginn veita íslenskar lánastofnanir aðallega lán gegn veði í áþreifanlegum eignum.



Í upphafi greinarinnar er almenn umfjöllun um hugverkaréttindi og veðrétt. Í kjölfarið er greint frá því hvernig veðsetningu sérhverrar tegundar hugverkaréttinda er háttað samkvæmt íslenskum lögum. Því næst er að finna umfjöllun um veðsetningu hugverkaréttinda sem þátt í fjármögnun fyrirtækja þar sem greint er frá aðkomu lánastofnana að veðsetningu slíkra réttinda, auk þess sem greint er frá fjármögnunarmöguleikum nýsköpunarfyrirtækja. Þar á eftir er löggjöf þriggja norræna ríkja rannsökuð með tilliti til veðsetningar hugverkaréttinda. Því næst er að finna umfjöllun um leiðbeiningarreglur og viðauka Alþjóðaviðskiptalaganefndar Sameinuðu þjóðanna (UNCITRAL) um veðsetningu lausafjármuna og hugverkaréttinda. Að lokum eru dregnar saman helstu niðurstöður um mikilvægi lagabreytinga á íslensku regluverki um hugverkaréttindi.

- 1 Inngangur
- 2 Hugverkaréttindi og mikilvægi þeirra í viðskiptum
  - 2.1 Almennt
  - 2.2 Stofnun skráðra og óskráðra hugverkaréttinda
- 3 Veðréttur
  - 3.1 Almennt
  - 3.2 Stofnun veðréttar
  - 3.3 Veðandlag
- 4 Veðsetning hugverkaréttinda að gildandi rétti
  - 4.1 Samningsveð
  - 4.2 Einkaleyfi
  - 4.3 Vörumerki
  - 4.4 Hönnun
  - 4.5 Höfundaréttur
  - 4.6 Óhefðbundin hugverkaréttindi
  - 4.7 Dómaframkvæmd
- 5 Veðsetning hugverkaréttinda sem þáttur í fjármögnun fyrirtækja
  - 5.1 Lánastofnanir
  - 5.2 Nýsköpunarfyrirtæki
- 6 Norrænn réttur og leiðbeiningar UNCITRAL
  - 6.1 Danskur réttur
  - 6.2 Norskur réttur

- 6.3 Finnskur réttur
  - 6.4 Viðauki við leiðbeiningarreglur UNCITRAL varðandi veðsetningu hugverkaréttinda
    - 6.4.1 Inntak viðaukans
    - 6.4.2 Stofnun veðréttar í hugverkaréttindum
    - 6.4.3 Öflun réttarverndar gagnvart þriðja manni
    - 6.4.4 Forgangsréttur til fullnustu veðréttar í hugverkaréttindum
    - 6.4.5 Varðveisla veðsettra hugverkaréttinda
    - 6.4.6 Fullnusta veðréttar í hugverkaréttindum
  - 6.5 Lærdómur dreginn af norrænum rétti og leiðbeiningarreglum UNCITRAL
- 7 Lokaorð

## 1 Inngangur

Hugverkaréttindi tilheyra sviði eignarréttar í fræðikerfi lögfræðinnar. Til hugverkaréttinda teljast aðallega einkaleyfi, höfundaréttarvarin verk, hönnun og vörumerki. Hugverkaréttindi hafa oft á tíðum að geyma mikil verðmæti og geta réttindin því verið dýrmæt eignarréttindi.<sup>1</sup> Eðli málsins samkvæmt eru fjárhagsleg verðmæti þó ekki mikils virði nema hægt sé að framselja þau, en hugverkaréttindin sem hér hafa verið nefnd eiga það sameiginlegt að vera framseljanleg.<sup>2</sup> Þrátt fyrir framseljanleika þeirra virðist í meginatriðum vera litíð á tilvist hugverkaréttinda sem aðferð til að vernda tiltekin óáþreifanleg eignarréttindi<sup>3</sup> og er veðsetning hugverkaréttinda tiltölulega sjaldgæf hér á landi.

Erlendis hefur veðsetning hugverkaréttinda aukist til muna með tilkomu nýrra fyrirtækja sem eiga fáar eða jafnvel engar áþreifanlegar eignir, líkt og tæki eða fasteignir, heldur aðeins hugverkaréttindi. Slík fyrirtæki eru oft á tíðum netfyrirtæki, hugbúnaðar- og tækni-fyrirtæki og önnur nýsköpunarfyrirtæki.<sup>4</sup> Síðustu ár hefur nýsköpunarfyrirtækjum fjölgað umtalsvert hér á landi og má ætla að sú þróun haldi áfram. Sökum þess að nýsköpunarfyrirtæki, sem og önnur fyrirtæki, gegna því mikilvæga hlutverki að skapa aukinn hagvöxt<sup>5</sup> er nauðsynlegt að auka aðgengi þessara fyrirtækja að lánsfjármagni svo að fyrirtækin geti vaxið og dafnað, til dæmis með setningu skýrari löggjafar um veðsetningu hugverkaréttinda.

<sup>1</sup> „The Value of Intellectual Property Assets“ (*WIPO - World Intellectual Property Organization*) <[www.wipo.int/sme/en/ip\\_business/ip\\_asset/value\\_ip\\_assets.htm](http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/ip_asset/value_ip_assets.htm)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>2</sup> Jón L. Arnalds, *Vörumerkjaréttur. Helstu meginreglur* (Bókaútgáfa Orators 1995) 9.

<sup>3</sup> D.M.R. Townend, „Intellectual property as security interests: technical difficulties presented in the law“ (1997) 2 *Intellectual Property Quarterly* 168, 172.

<sup>4</sup> Vanya Bromfield og John Runeckles, „Taking security over intellectual property: a practical overview“ (2006) 28 (6) *European Intellectual Property Review* 344, 344; Matthew Abraham, „Tapping the intangible: security interests and intellectual property“ (2014) 27 (3) *Insolvency Intelligence* 33, 34.

<sup>5</sup> Viðskiptaráð Íslands, „Hvatar til nýsköpunar: Rétt útfærsla skiptir sköpum“ (19. maí 2014) 1 <[www.vi.is/files/Nyskopunarskodun\\_1679612750.pdf](http://www.vi.is/files/Nyskopunarskodun_1679612750.pdf)> skoðað 29. maí 2018.

Í þessari grein verður leitast við að svara því hvort þörf sé á réttarbótum vegna veðsetningar hugverkaréttinda hér á landi og hverjar kröfur viðskiptalífsins eru í þessu sambandi. Athugað verður hvernig veðsetningu hugverkaréttinda er háttað samkvæmt lögum nr. 75/1997 um samningsveð og hvort sérlög um hugverkaréttindi gera ráð fyrir að réttindin geti verið veðsett. Að auki verður framkvæmd slíkar veðsetningar skoðuð, þar sem litið verður til lánastofnana. Sérstök áhersla verður lögð á möguleika nýsköpunarfyrirtækja til fjármögnunar með því að veita veð í hugverkaréttindum. Í því skyni að varpa ljósi á hvort þörf sé á frekari lagasetningu verður viðauki Alþjóðaviðskiptalaganefndar Sameinuðu þjóðanna (UNCITRAL) um veðsetningu hugverkaréttinda rannsakaður ítarlega. Í frekari leit að svari við áðurnefndri spurningu verður fjallað um danskan, norskan og finnskan rétt um veðsetningu hugverkaréttinda, auk þess sem íslenskur réttur verður borinn saman við löggjöf ríkjanna þriggja. Litið verður til þessara ríkja, annars vegar vegna þess að algengt er að litið sé til dansks og norsks réttar við setningu laga hér á landi, og hins vegar vegna þess að mikil gróska hefur verið í nýsköpun í Finnlandi og væri rétt að Íslendingar tækju „finnska módelið“ til fyrirmyndar í þeim efnum. Þar af leiðandi er rétt að líta til þess hvernig Finnar hafa bætt fjármögnunarmöguleika nýsköpunarfyrirtækja. Við rannsókn á löggjöf ríkjanna verður litið til þess hvort veðlög þeirra kveða á um veðsetningu hugverkaréttinda eða önnur sérlög og hvernig veðsetningunni er háttað.

## 2. Hugverkaréttindi og mikilvægi þeirra í viðskiptum

### 2.1 Almennt

Hugtakið „hugverkaréttindi“ vísar til eignarréttinda yfir óhlutbundnum sköpunarverkum svo sem einkaleyfisvörðum uppfinningum og vörumerkjum, sem njóta verndar lögum samkvæmt.<sup>6</sup> Hugverkaréttindi

<sup>6</sup> Páll Sigurðsson, Barbara Björnsdóttir og Hulda Guðný Kjartansdóttir (ritstj.), *Lögfræðiorðabók með skýringum* (3. útg., Bókaútgáfan Codex: Lagastofnun Háskóla Íslands 2008) 199.



geta verið af margvíslegum toga, en ávallt er um að ræða óáþreifanlegar eignir.

Hugverkaréttindi eru mikilvæg eignarréttindi, sem veita eiganda þeirra einkarétt að tilteknu hugverki.<sup>7</sup> Helsta hlutverk hugverkaréttinda er því að veita hugmyndum og sköpun manna vernd og jafnframt fjárhagslegt verðgildi í mörgum tilvikum. Þar af leiðandi hvetur einkarétturinn til nýsköpunar, en nýsköpun og framfarir í þekkingu er talin vera ein helsta ástæða mikils hagvaxtar á 21. öldinni.<sup>8</sup> Í kjölfarið af efnahagslegum vexti og nýsköpun skapast fleiri störf og nýr iðnaður verður til.

Líkt og önnur eignarréttindi eru hugverkaréttindi framseljanleg og af þeim má veita afnot. Eigandi hugverks getur því hagnast á réttindum sínum með því að framselja þau eða veita nytjaleyfi til þriðju aðila.<sup>9</sup> Þá býðst eiganda réttindanna jafnframt aukið tækifæri til að hámarka hagnýtingu réttindanna með veðsetningu þeirra. Með veðsetningu réttindanna öðlast eigandinn einnig greiðari aðgang að lánsfjármagni. Veðsetning hugverkaréttinda er því góður (og í sumum tilvikum nauðsynlegur) valkostur fyrir fyrirtæki, sem þarfnast rekstrarfjármagns, ekki síst í þeim tilvikum þegar hugverkaréttindi kunna að vera helsta eign fyrirtækis og því fátt um aðra kosti, þegar lánveitandi gerir veð að skilyrði fyrir lánveitingu.

## 2.2 Stofnun skráðra og óskráðra hugverkaréttinda

Samkvæmt íslenskum rétti geta hugverkaréttindi stofnast með tvennum hætti, annars vegar með skráningu og hins vegar þegar hugverkið er skapað eða notað. Þær tegundir hugverka, sem stofnast með opinberri skráningu, eru einkaleyfi, skráð vörumerki og skráð

<sup>7</sup> Jón L. Arnalds (n. 2) 9.

<sup>8</sup> Jens Schovsbo og Martin Rosenmeier, *Immaterialret: Ophavsret, patentret, brugsmodelret, designret, varemærkeret* (3. útg., Jurist- og Økonomiforbundets forlag 2013) 23; United Nations og United Nations Economic Commission for Europe, „Intellectual Property Commercialization. Policy Options and Practical Instruments“ (United Nations, 2011) ECE/CECI/12 1 <[www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ip.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ip.pdf)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>9</sup> Jón L. Arnalds (n. 2) 9.

hönnunarréttindi.<sup>10</sup> Þá eru lénsheiti skráð réttindi. Við skráningu réttindanna öðlast eigandinn ákveðinn einkarétt, sem hann getur beitt til að vernda hið skráða hugverk. Einkarétturinn felur í sér heimild eigandans til þess að banna öðrum að nota hugverkaréttindi sín.<sup>11</sup> Þær tegundir hugverkaréttinda, sem stofnast án opinberrar skráningar, eru höfundaréttur, óskráð vörumerki og gagnagrunnar.<sup>12</sup> Einnig eru viðskipta- og framleiðsluleyndarmál ekki skráð með opinberri skráningu, eðli málsins samkvæmt. Eigendur óskráðra hugverkaréttinda öðlast einnig einkarétt til notkunar hugverka sinna. Nánar verður fjallað um tegundir skráðra og óskráðra hugverkaréttinda í 4. kafla.

## 3. Veðréttur

### 3.1 Almennt

Veðréttindum er ætlað að veita ákveðinn tryggingarrétt fyrir því að tiltekin greiðsla fari fram, þ.e. hin veðsetta eign stendur til tryggingar greiðslunni.<sup>13</sup> Veðréttindi fela jafnframt í sér ákveðin varnaðaráhrif sökum vitneskju veðsala (þ.e. skuldarans) þess efnis að gengið verði að veði hans standi hann ekki við skuldbindingar sínar.<sup>14</sup> Ennfremur leiða veðréttindi til verðmætasköpunar, þar sem aðgengi að lánsfé er auðveldara ef lántaki býður fram veð til tryggingar láni sínu. Að auki ætti lántakan að vera hagstæðari þegar lántaki getur boðið fram veð. Þar með stuðlar veðréttur að frekari fjármögnun, auknum hagvexti og viðskiptum.<sup>15</sup> Veðsetning er því bæði veðhafa og veðsala í hag. Veðréttur er ein tegund óbeinna eignarréttinda, sem takmarka

<sup>10</sup> Lög um einkaleyfi, nr. 17/1991, 1. mgr. 1. gr.; Lög um vörumerki, nr. 45/1997, 1. t. l. 1. mgr. 3. gr.; Lög um hönnun, nr. 46/2001, 1. gr.

<sup>11</sup> Lög um einkaleyfi, nr. 17/1991, 3. gr.; Lög um hönnun, nr. 46/2001, 1. gr. og 1. mgr. 9. gr.; Lög um vörumerki, nr. 45/1997, 1. gr. og 1. mgr. 4. gr.

<sup>12</sup> Höfundalög, nr. 73/1972, 1. mgr. 1. gr. og 1. mgr. 50. gr.; Lög um vörumerki, nr. 45/1997, 2. t. l. 1. mgr. 3. gr. Í einstaka ríkjum er hægt að skrá höfundarétt, t.d. í Bandaríkjunum.

<sup>13</sup> Þorgeir Örlýgsson, *Veðréttur* (Bókaútgáfan Codex 2010) 44 og 73.

<sup>14</sup> Sama heimild 46.

<sup>15</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett* (3. útg., Universitetsforlaget 2014) 22.

beinan eignarrétt annarra.<sup>16</sup> Um veðréttindi gilda lög nr. 75/1997 um sammingsveð (svl.). Samkvæmt 1. mgr. 1. gr. svl. er veðréttur forgangsréttur veðhafa til að leita fullnustu fyrir kröfu, veðkröfu, í tilteknu fjárverðmæti eða fjárverðmætum, veðinu.

### 3.2 Stofnun veðréttar

Veðréttindi geta stofnast á þrjá mismunandi vegu, það er með sammingsveði, aðfaraveði og lögveði. Hér verður aðeins greint frá stofnun sammingsveðs, þar sem veðréttur sem stofnast á grundvelli sammings aðila um veðsetningu hugverkaréttinda er umfjöllunarefni þessarar greinar. Við stofnun sammingsveðs verður veðið að hafa lagastöð í svl. eða öðrum lögum, sbr. 2. mgr. 2. gr. svl. Af ákvæðinu má því leiða að ekki verður stofnað til veðréttar yfir óframseljanlegri eign eða réttindum, enda gætu aðilaskipti ekki farið fram. Ef svl. eða önnur lög standa veðsamningi ekki í vegi, byggir veðhafi rétt sinn fyrst og fremst á samningnum, en þar er kveðið á um hversu víðtæk tryggingarréttindin eru með tilliti til veðandlagsins.<sup>17</sup>

### 3.3 Veðandlag

Veðréttur heimilar veðhafa að leita fullnustu fyrir veðkröfu í tilteknu fjárverðmæti eða fjárverðmætum, sbr. 1. gr. svl. Andlag veðréttar verður því að hafa fjárhagslegt gildi og vera eign sem er framseljanleg.<sup>18</sup> Til veðandlags teljast margskonar eignir, bæði áþreifanlegar og óáþreifanlegar.<sup>19</sup>

Hugverkaréttindi teljast vera „lausafé“ í skilningi íslensks veðréttar. Samkvæmt 23. gr. svl. er heimilt að stofna til sjálfsvörsluveðréttar í einstökum lausafjarmunum með skriflegum löggerningi, en „sjálfsvarsla“ vísar til þess að hin veðsetta eign helst í vörslum veðsala (lántaka). Til einstakra lausafjarmuna teljast hvers konar lausafjarmunir eða hlutir sem hafa fjárhagslegt gildi og teljast ekki til fasteigna.<sup>20</sup> Við

<sup>16</sup> Gaukur Jörundsson, *Um veðréttindi* (Reykjavík 1974) 2.

<sup>17</sup> Þorgeir Örlygsson (n. 13) 77.

<sup>18</sup> Skoghøy (n. 15) 19.

<sup>19</sup> Þorgeir Örlygsson (n. 13) 157.

<sup>20</sup> Skoghøy (n. 15) 19; Þorgeir Örlygsson (n. 13) 296.

veðsetningu er mikilvægt að afla veðréttinum réttarverndar, en á þann hátt er veðhafa tryggður forgangsréttur til að leita fullnustu í veðinu.<sup>21</sup> Sjálfsvörsluveðrétturinn öðlast réttarvernd gagnvart grandlausum þriðja manni við þinglýsingu hins skriflega löggernings, sbr. 2. másl. 2. mgr. 23. gr. svl., sbr. 1. og 2. mgr. 48. gr. þinglýsingalaga nr. 39/1978 (þl.). Við þinglýsingu er sjálfsvörsluveðrétturinn skráður í lausafjábók hjá sýslumanni, sbr. 4. tl. 1. mgr. 8. gr. þl. Þar af leiðandi heldur veðsali umráðum veðandlagsins, en hann hefur jafnframt heimild til þess að hagnýta veðandlagið líkt og hann gerði fyrir stofnun veðréttarins.<sup>22</sup> Honum ber þó að annast um veðið og halda því við á þann hátt að tryggingarréttindi veðhafa skerðist ekki, sbr. 2. mgr. 7. gr. svl.

## 4. Veðsetning hugverkaréttinda að gildandi rétti

Um veðsetningu hugverkaréttinda er lítið fjallað í innlendum fræðiritum. Í þessum kafla verður íslenskt lagaumhverfi rannsakað með tilliti til veðsetningar hugverkaréttinda.

### 4.1 Samningsveð

Í lögum nr. 75/1997 um samningsveð er að meginstefnu fjallað um allar tegundir samningsveðsetninga hér á landi.<sup>23</sup> Í lögnum er andlag hvernar tegundar yfirleitt tilgreint. Þannig er til dæmis í 1. mgr. 16. gr. svl. afmarkað hvað sé átt við með sjálfsvörsluveði í fasteign, í 2. mgr. 24. gr. svl. er tilgreint hvers konar rekstartæki eiga undir rekstrarveð og í 2. mgr. 33. gr. svl. er skilgreint hvað sé andlag veðs í vörubirgðum. Í svl. er ekki fjallað beinum orðum um hvernig veðsetningu hugverkaréttinda skuli háttáð, né er um það fjallað í athugasemdum með frumvarpi laganna. Þó skal athuga að svl. hafa ekki að geyma tæmandi talningu á eignum eða réttindum sem geta talist til andlags veðréttar.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Þorgeir Örlygsson (n. 13) 62.

<sup>22</sup> Sama heimild 298.

<sup>23</sup> Alþt. 1996, A-deild, þskj. 350 - 234. mál, 6. kafli athugasemda.

<sup>24</sup> Ægir Guðbjarni Sigmundsson, „Um viðskiptavild og veðsetningu á viðskiptavild“ (1998) 51 (2) Úlfjótur 241.

Almennt hefur verið litið á hugverkaréttindi sem lausafé. Hugtakið „*lausafé*“ tekur til allra eigna, sem ekki falla undir hugtakið „*fasteign*“. Þannig teljast óhlutbundin verðmæti til lausafjár.<sup>25</sup> Í íslenskum fræðiritum segir að veðsetning hugverkaréttinda fari eftir reglum svl. um sjálfsvörsluveð í lausafé.<sup>26</sup> Þá segir jafnframt að til veðréttar í hugverkaréttindum verði stofnað samkvæmt ákvæðum viðeigandi sérlaga.<sup>27</sup> Þar sem veðsetning hugverkaréttinda fer eftir ákvæðum svl. um sjálfsvörsluveð í lausafé, skal þinglýsa veðréttinum svo hann njóti réttarverndar gagnvart grandlausum þriðja manni, sbr. 2. mgr. 23. gr. svl., sbr. 2. mgr. 48. gr. þl. Þinglýsing réttindanna fer eftir 7. kafla þl. Þinglýsa ber réttindunum í réttu þinglýsingarumdæmi, það er annað hvort á heimilisvarnarþingi eiganda réttindanna, sbr. 1. mgr. 47. gr. þl., eða í því þinglýsingarumdæmi sem félag er skráð, ef félagið er eigandi réttindanna, sbr. 2. mgr. 47. gr. þl. Þar af leiðandi eru veðréttindin skráð í lausafjársbók viðkomandi þinglýsingarumdæmis, sbr. 4. tl. 1. mgr. 8. gr. þl.

## 4.2 Einkaleyfi

Einkaleyfi njóta verndar samkvæmt lögum nr. 17/1991 um einkaleyfi (el.). Einkaleyfi er veitt fyrir uppfinningu í kjölfar umsóknar hjá Einkaleyfastofu.<sup>28</sup> Markmið og tilgangur einkaleyfa er margvíslegur. Einkaleyfum er ætlað að auka nýsköpun og þar með tæknilegar framfarir, auk þess að hvetja til endurbóta á bæði framleiðsluvörum og aðferðum, í því skyni að auka efnahagslegan vöxt. Ennfremur er einkaleyfum ætlað að hvetja uppfinningamenn til þess að birta uppfinningar sínar í þeim tilgangi að almenningur geti fengið aðgang að uppfinningum, en birting þeirra er ætlað að hafa jákvæð áhrif á áframhaldandi tæknipróun.<sup>29</sup> Þrátt fyrir þau verðmæti sem fólgin eru í einkaleyfum, hafa þau takmarkaðan gildistíma. Litið er á einkaleyfi sem „samning“ þjóðfélagsins og eigandans, þ.e. eigandinn fær einkarétt

<sup>25</sup> Jón L. Arnalds og Þorgeir Örlygsson, *Einkaleyfaréttur* (Bókautgáfa Orators 1995) 29; Páll Sigurðsson, Barbara Björnsdóttir og Hulda Guðný Kjartansdóttir (n. 6) 243.

<sup>26</sup> Þorgeir Örlygsson (n. 13) 296; Jón L. Arnalds og Þorgeir Örlygsson (n. 25) 165; Jón L. Arnalds (n. 2) 142.

<sup>27</sup> Þorgeir Örlygsson (n. 13) 20.

<sup>28</sup> Jón L. Arnalds og Þorgeir Örlygsson, (n. 25) 55–58.

<sup>29</sup> Schovsbo og Rosenmeier (n. 8) 279; Jón L. Arnalds og Þorgeir Örlygsson (n. 25) 32–33.

til að nota uppfinninguna í tiltekinn tíma, en á móti fær þjóðfélagið frjálsan aðgang að uppfinningunni að þeim tíma liðnum. Gildistími einkaleyfa er 20 ár frá umsóknardegi, sbr. 40. gr. el. Greiðsla árgjalds er þó forsenda þess að einkaleyfi haldi gildi sínu, sbr. sömu grein. Að öðrum kosti fellur einkaleyfið úr gildi.<sup>30</sup>

Einkaleyfi hafa fjárhagslegt gildi og eru því framseljanleg, sbr. 43. gr. el. Af þeim ástæðum uppfylla einkaleyfi sem slík þær kröfur, sem gerðar eru til andlags veðréttar.<sup>31</sup> Í el. er ekki með beinum orðum vísað til þess að heimilt sé að veðsetja einkaleyfi. Í 2. mgr. 40. gr. a. el. segir þó: „Ef einkaleyfi er andlag fullnustugerðar, veðsetningar eða dómsmáls ...“. Af þeim orðum má álykta að einkaleyfi geti verið sjálfstætt andlag veðréttar. Þegar litið er til eldri laga um einkaleyfi, má sjá að einkaleyfi hafa í raun verið viðurkennd sem hæft andlag veðréttar síðan árið 1923.<sup>32</sup>

Um veðsetningu einkaleyfa gilda reglur svl. um sjálfsvörsluveð í lausafé. Þar af leiðandi er réttarverndar aflað með þinglýsingu og skráningu veðréttarins í lausafjárnúmeri í viðeigandi þinglýsingarumdæmi.<sup>33</sup> Samkvæmt sérgreiningarreglu 1. mgr. 3. gr. svl. er ekki hægt að stofna til veðréttar í einu lagi í öllu, sem veðhafi á eða kann að eignast. Af reglunni má því leiða að sjálfsvörsluveð verður aðeins stofnað í einstökum eignum, sem sérstaklega eru auðkenndar með nægilega skýrum hætti.<sup>34</sup> Í framkvæmd, þegar veðrétti í einkaleyfi er aflað réttarverndar með þinglýsingu, er einkaleyfi sérgreint með skráningarnúmeri þess. Því má álykta að einnig sé mögulegt að veðsetja umsóknir um einkaleyfi og auðkenna veðandlagið með umsóknarnúmeri.

Samkvæmt el. þarf ekki að skrá veðréttindi sérstaklega í einkaleyfaskrá hjá Einkaleyfastofu. Við lögfestingu laganna var það talið valda ruglingi

<sup>30</sup> Jón L. Arnalds og Þorgeir Örylgsson (n. 25) 59.

<sup>31</sup> Sjá umfjöllun í kafla 3.2 og 3.3.

<sup>32</sup> Lög um einkaleyfi, nr. 12/1923, 3. gr.

<sup>33</sup> Sjá umfjöllun í kafla 4.1.

<sup>34</sup> Alþt. 1996, A-deild, þskj. 350 - 234. mál, VII. kafli athugasemda, 2. sérgreiningarreglan.

að leyfa slíka skráningu, þar sem óvíst var hvort allir veðhafar myndu nýta þann kost, enda veitir skráningin sem slík ekki réttarvernd.<sup>35</sup> Árið 2012 tók gildi reglugerð nr. 477/2012 um einkaleyfi. Í 5. tl. 84. gr. reglugerðarinnar segir að einkaleyfishafi geti sett fram beiðni um að skráðar verði upplýsingar um veðsetningu einkaleyfis í einkaleyfaskrá. Efast má um ágæti ákvæðisins, þar sem setning þess er í andstöðu við skoðun fræðimanna við lögfestingu el. Þar af leiðandi er hætta á að ákvæðið valdi ruglingi meðal veðhafa og veðsala og óvissu um rétta vörn gagnvart grandlausum þriðja manni.

### 4.3 Vörumerki

Vörumerki njóta verndar samkvæmt lögum nr. 45/1997 um vörumerki (vml.). Vörumerki sem slík fela ekki í sér mikil verðmæti, nema þau séu tengd ákveðinni vöru, þjónustu eða atvinnustarfsemi. Við réttar aðstæður geta þau hins vegar orðið mjög verðmæt. Í einkarétti vörumerkjahafa felst að hann getur komið í veg fyrir að annar aðili noti tákn sem eru eins eða ruglingslega lík hans eigin vörumerki fyrir vöru eða þjónustu sem er eins eða ruglingslega lík þeirri vöru eða þjónustu, sem hann markaðssetur.<sup>36</sup> Eitt helsta markmið vörumerkjaréttarins er þess vegna að vernda samband vörumerkjahafans við neytendur.<sup>37</sup> Þegar vörumerki er skráð hjá Einkaleyfastofu fæst ákveðin viðurkenning fyrir tilvist og umfang vörumerkisins.<sup>38</sup> Vörumerkjaréttur varir ótímabundið að ákveðnum skilyrðum uppfylltum, en skráningu skráðra vörumerkja þarf þó að endurnýja á tíu ára fresti, sbr. 1. mgr. 26. gr. vml.<sup>39</sup>

Vegna þeirra fjárhagslegu verðmæta sem geta verið fólgin í vörumerkjum, er rétturinn framseljanlegur, sbr. 1. mgr. 38. vml. Vörumerki uppfylla þar með þau skilyrði, sem gerð eru til andlags

<sup>35</sup> Jón L. Arnalds og Þorgeir Örylgsson (n. 25) 165.

<sup>36</sup> Lars Karnøe, „Værd at vide om rettigheder: Design, varemærker, ophavsret, domænenavne m.v.“ (Chas. Hude) 7 <[www.chashude.dk/~media/Files/PDF-Publikationer/Vaerd\\_at\\_vide\\_om\\_rettigheder.ashx](http://www.chashude.dk/~media/Files/PDF-Publikationer/Vaerd_at_vide_om_rettigheder.ashx)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>37</sup> Schovsbo og Rosenmeier (n. 8) 491.

<sup>38</sup> Sama heimild 478.

<sup>39</sup> Sama heimild 584.

veðréttar.<sup>40</sup> Leiða má af 39. gr. vml. að heimilt er að veðsetja vörumerki en þar segir: „Hafi réttur að skráðu vörumerki verið veðsettur eða aðför gerð í honum skal þess getið í vörumerkjaskrá ef eigandi merkis, veðhafi eða gerðarbeiðandi óskar“. Vörumerki skal veðsetja eftir reglum svl. um sjálfsvörsluved í lausafé.<sup>41</sup> Af þeirri ástæðu ber að þinglýsa veðréttinum og skrá hann í lausafjárnúmer í viðeigandi þinglýsingarumdæmi.<sup>42</sup> Til þess að hægt sé að þinglýsa veðrétti í vörumerki, þarf sérgreiningarreglu 1. mgr. 3. gr. svl. að vera fullnægt. Í framkvæmd er þess krafist að vörumerki séu sérgreind með heiti vörumerkis og skráningarnúmeri en skráningarnúmer fæst aðeins ef vörumerki er skráð. Sérgreiningarreglunni er einnig fullnægt þegar með veðsamningi er útprentun vörumerkis úr vörumerkjaskrá, en þar er að finna allar upplýsingar um vörumerkið. Af þessu má leiða, að ekki er hægt að veðsetja öll vörumerki tiltekins fyrirtækis án nánari sérgreiningar, enda kveður 23. gr. svl. á um að sjálfsvörsluved verði aðeins tekið í einstökum lausafjárnúmerum.

Ákvæði 39. gr. vml. fjallar um heimild eiganda skráðs vörumerkis eða veðhafa til að skrá athugasemd um veðsetningu vörumerkis í vörumerkjaskrá.<sup>43</sup> Slík skráning varðar ekki gildi veðréttarins og því hvílir engin skylda á aðilum til þess að skrá veðsetningu í vörumerkjaskrá. Ólíkt 5. tl. 84. gr. reglugerðar nr. 477/2012 um einkaleyfi, er veðhafa einnig heimilt að óska eftir skráningu athugasemda um veðréttinn í vörumerkjaskrá en ekki aðeins eiganda vörumerkisins.

Þrátt fyrir að ákvæði 39. gr. vml. taki ekki til óskráðra vörumerkja, er veðsetning þeirra samt sem áður heimil, enda þótt slík veðsetning verði ekki skráð í vörumerkjaskrá.<sup>44</sup> Óskráð vörumerki eru varin jafnt á við skráð vörumerki að íslenskum rétti. Þar sem heimilt er að stofna til vörumerkjaréttar með tvennum hætti, hvílir engin skylda á vörumerkjahafa að skrá vörumerki sitt. Notkun óskráðs

<sup>40</sup> Sjá umfjöllun í kafla 3.2 og 3.3.

<sup>41</sup> Jón L. Arnalds (n. 2) 142.

<sup>42</sup> Sjá umfjöllun í kafla 4.1.

<sup>43</sup> Alþt. 1996, A-deild, þskj. 338 - 233. mál, athugasemdir við 39. gr.

<sup>44</sup> Jón L. Arnalds (n. 2) 142.



vörumerkis fyrir tiltekna vöru eða þjónustu í atvinnustarfsemi er þó forsenda þess að slíkt vörumerki njóti verndar vml., sbr. 2. tl. 1. mgr. 3. gr. og 5. gr. vml. Óskráður vörumerkjaréttur varir því aðeins svo lengi sem notkun vörumerkisins er til staðar.<sup>45</sup> Með notkun óskráðs vörumerkis fæst þó ekki sambærileg viðurkenning og athygli fyrir tilvist vörumerkis líkt og fylgir skráningu, auk þess sem öll meðferð og framsal vörumerkis er auðveldari, þegar það er skráð. Þess vegna velja flestir vörumerkjahafar að skrá vörumerki sitt.<sup>46</sup> Veðsetning óskráðra vörumerkja er því flóknari og áhættumeiri en veðsetning skráðra vörumerkja. Til dæmis er óvíst hvernig tilgreina skuli óskráð vörumerki eftir sérgreiningarreglu 1. mgr. 3. gr. svl., þar sem sýslumannsembættin krefjast þess að veðsett vörumerki séu sérgreind með skráningarnúmeri. Fræðilega séð er þó hægt að veðsetja óskráð vörumerki með því að tilgreina vörumerkið sjálft og í sambandi við hvaða vöru eða þjónustu það er notað. Þá verður jafnframt að telja að veðsetning vörumerkjaumsókna sé heimil, líkt og veðsetning einkaleyfisumsókna. Ætla verður að slík veðsetning uppfylli sérgreiningarreglu 1. mgr. 3. gr. svl., enda eru vörumerkjaumsóknir auðkenndar með ákveðnu númeri.

Í mánaðarlegu tölublaði ELS-tíðinda eru birtar tilkynningar um veðsetningu vörumerkja.<sup>47</sup> Árið 2017 barst Einkaleyfastofu tilkynningar um alls sjö vörumerki sem höfðu verið veðsett.<sup>48</sup> Við þennan fjölda tilkynninga skal þó gerður sá fyrirvari að eigandi vörumerkis eða veðhafa er ekki skylt að óska eftir að athugasemd um veðrétt verði skráð í vörumerkjaskrá, sbr. 39. gr. vml. Í framkvæmd er algengast að veðhafi taki veð í vörumerkjum fyrirtækis samhliða veði í öðrum eignum þess. Því verður að telja afar ólíklegt að veðsetning allra vörumerkja sé tilkynnt Einkaleyfastofu. Þegar tekið er tillit til þessa, má efast um að tilkynningarheimild 39. gr. vml. hafi raunverulega

<sup>45</sup> Schovsbo og Rosenmeier (n. 8) 584; Jón L. Arnalds (n. 2) 145.

<sup>46</sup> Kund Wallberg, *Varemærkeret. Varemærkeloven og Fællesmærkeloven med kommentarer. EF-varemærket. Madrid-Protokollen* (Jurist- og Økonomiforbundets forlag 2008) 22.

<sup>47</sup> Reglugerð um skráningu vörumerkja ofl., nr. 310/1997, með síðari breytingum, sbr. rg. nr. 528/2004 og rg. nr. 511/2012., 17. gr.

<sup>48</sup> „ELStíðindi, 2017.“ (*Einkaleyfastofan*) <[www.els.is/en/node/1233](http://www.els.is/en/node/1233)> skoðað 29. maí 2018.

þýðingu, þegar einnig er litið til þess að í framkvæmd hefur borið á því að veðhafar eða eigendur vörumerkja gleyma að tilkynna Einkaleyfastofu þegar veði í vörumerki hefur verið aflétt.

#### 4.4 Hönnun

Hönnun nýtur verndar samkvæmt lögum nr. 46/2001 um hönnun (hl.). Talið er að hönnunarvernd geti stuðlað að efnahagslegum vexti, þar sem hönnunarréttur hvetur til nýsköpunar og þróunar.<sup>49</sup> Í hönnunarrétti geta því verið falin mikil verðmæti, en líkt og með einkaleyfi, er gildistími réttindanna takmarkaður. Skráð hönnun nýtur verndar í fimm ár í senn, en hægt er að endurnýja skráninguna þar til 25 ára verndartíma er náð, sbr. 23. gr. hl., sbr. 1. mgr. 13. gr. hl.

Hönnunarréttindi eru framseljanleg, sbr. 1. mgr. 49. gr. hl., og hafa því fjárhagslegt gildi. Þar af leiðandi getur hönnunarréttur verið sjálfstætt andlag veðréttar.<sup>50</sup> Það leiðir af 1. mgr. 51. gr. hl. að heimilt er að veðsetja hönnun en þar segir: „Verði aðilaskipti að skráðri hönnun, m.a. nytjaleyfi veitt, hönnun veðsett, aðför gerð í henni eða hún fellur til þrotabús, skal þess getið í hönnunarskrá, enda berist beiðni þar um frá viðkomandi aðila“. Veðsetning réttindanna fer eftir reglum svl. um sjálfsvörsluveð í lausafé, líkt og á við um önnur hugverkaréttindi. Af því leiðir ber að þinglýsa veðréttinum og skrá í lausafjárnám í viðeigandi þinglýsingarumdæmi til þess að rétturinn öðlist réttarverndar gagnvart grandlausum þriðja manni.<sup>51</sup> Við þinglýsingu skal sérgreina hina veðsettu hönnun, sbr. 1. mgr. 3. gr. svl. Í framkvæmd er þess krafist að hönnun sé sérgreind með skráningarnúmeri hönnunarinnar.

Í 1. mgr. 51. gr. hl. kemur fram að veðsetning skráðra hönnunarréttinda skuli skrá í hönnunarskrá, enda berist beiðni þar um. Ætla má að ákvæðið kveði á um heimild til þess að skrá slíka veðsetningu í

<sup>49</sup> Jens Schovsbo og Niels Holm Svendsen, *Designret. Designloven med kommentarer* (2013) 27; WIPO - World Intellectual Property Organization, „What is Intellectual Property?“ 13 <[www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/450/wipo\\_pub\\_450.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>50</sup> Sjá umfjöllun í kafla 3.2 og 3.3.

<sup>51</sup> Sjá umfjöllun í kafla 4.1.

hönnunarskrá hjá Einkaleyfastofu og er því um valkvæða skráningu að ræða. Þá segir í ákvæðinu að beiðni um skráninguna skuli koma frá „viðkomandi aðila“. Í athugasemdum við frumvarp laganna er ekki að finna nánari skýringu á því hvort átt sé við veðsala eða veðhafa. Sökum þess verður að telja að beiðni um skráningu í hönnunarskrá geti komið frá hvorum aðila sem er. Skráning veðsetningar í hönnunarskrá er þó ekki birt í ELS-tíðindum, líkt og þegar um veðsetningu vörumerkja er að ræða.

#### 4.5 Höfundaréttur

Höfundaréttur nýtur verndar samkvæmt höfundalögum nr. 73/1972 (höfl.). Höfundaréttur telst til óskráðra hugverkaréttinda, þar sem verk nýtur verndar höfundaréttar frá og með þeim tíma sem verkið er skapað. Verk höfundarins nýtur verndar þar til 70 ár eru liðin frá andláti höfundar, sbr. 43. gr. höfl. Sú vernd, sem höfundaréttur veitir, er þýðingarmikil þegar kemur að hvatningu til mannlegrar sköpunar og nýsköpunar almennt. Jafnframt leiðir vernd höfundaréttarins til þess að fjárfestar eru viljugri til þess að veita fjármagn til sköpunar af ýmsum toga, en slíkt eykur efnahagslega og félagslega þróun.<sup>52</sup>

Höfundaréttur á það sameiginlegt með einkaleyfum, vörumerkjum og hönnunarrétti að vera framseljanlegur réttur, sbr. 27. gr. höfl. og þar með hefur rétturinn einnig fjárhagslegt gildi. Óheimilt er þó að framselja sæmdarrétt höfundar nema með mjög afmörkuðum hætti.<sup>53</sup> Þar sem heimilt er að framselja réttinn að öðru leyti, getur hann fræðilega séð verið sjálfstætt andlag veðréttar.<sup>54</sup> Í ákvæðum höfl. kemur ekki fram hvort heimilt sé að veðsetja höfundarétt. Vegna óskýrleika höfl. skal líta til þess að svl. hafa ekki að geyma tæmandi lista veðandlaga.<sup>55</sup> Vegna þessa verður að telja að höfundaréttur geti í raun og veru verið sjálfstætt andlag veðréttar.

<sup>52</sup> WIPO – World Intellectual Property Organization (n. 49) 20.

<sup>53</sup> Páll Sigurðsson, *Höfundaréttur. Meginreglur íslensks réttar um höfundavernd* (Háskólaútgáfan 1994) 105.

<sup>54</sup> Sjá umfjöllun í kafla 3.2 og 3.3.

<sup>55</sup> *Ægir Guðbjarni Sigmundsson* (n. 24) 241.

Vegna eðli höfundaréttar sem óskráð hugverkaréttindi, eru margvísleg atriði sem veðhafi verður að gæta að áður en hann tekur veð í höfundarétti. Í ljósi þess að ekki er fjallað um veðsetningu höfundaréttar í höfl. né svl., er þó óvissa um hvernig veðsetningu höfundaréttar skuli háttáð. Meðal annars er óljóst hvernig veðhafi tryggir forgangsrétt veðréttarins, en mikilvægt er fyrir veðhafa að afla veðréttinum réttarverndar.<sup>56</sup> Þar sem hugverkaréttindi eru almennt veðsett eftir reglum svl. um sjálfsvörsluveð í lausafé<sup>57</sup> skapast óvissa um hvernig afla skuli sjálfsvörsluveði í höfundarétti réttarverndar sökum þess að réttindin eru óskráð. Þá leikur einnig vafi á því hvernig sérgreiningu höfundaréttar gæti verið háttáð þar sem rétturinn er ekki skráður með tilteknu skráningarnúmeri. Þó er dæmi um að t.d. veði í hugbúnaði hafi verið þinglýst sem sjálfsvörsluveði í lausafé. Í umræddu tilviki var talið að nákvæm lýsing á hugbúnaði hvað varða virkni, forritunarmál, vistunarstað og aðgengi (með aðför í huga) væri nægileg sérgreining til þess að sérgreiningarreglu 1. mgr. 3. gr. svl. væri fullnægt. Vegna þessa má spyrja hvort sama eigi við um aðrar tegundir höfundaréttinda, til dæmis þegar veðsett er handrit að bókmenntaverki eða kvikmynd. Þá verður að telja eðlilegt að það sama gildi um allt andlag höfundaréttar, þar sem að öðrum kosti gæti veðsetning höfundaréttar í sumum verkum reynst erfiðari en til dæmis veðsetning höfundaréttar í hugbúnaði. Það fellur þó í hlut sýslumannsembættanna að ákveða hvort nákvæm lýsing á öðrum tegundum höfundaréttar fullnægi kröfu 1. mgr. 3. gr. svl. Á hinn bóginn er ljóst að athugasemd um veðréttinn verður ekki skráð í viðeigandi skrá hjá Einkaleyfastofu, enda er þar ekki að finna skrá yfir höfundarétt.

Vegna þessarar óvissu í núgildandi rétti, kann að vera öruggara fyrir lánveitanda að krefjast svokallaðs framsals í tryggingarskyni þegar veð er tekið í höfundarétti. Í fræðiritum hefur því verið haldið fram að framsal í tryggingarskyni teljist vera veðstofnun.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Þorgeir Örlygsson (n. 13) 62.

<sup>57</sup> Sama heimild 296.

<sup>58</sup> Gaukur Jörundsson (n. 16) 15.

Sé hugtakið hins vegar túlkað þröngt, verður að telja að framsal í tryggingarskyni sé í eðli sínu ekki veðstofnun, því um er að ræða framsal eignarréttinda en ekki stofnun óbeinna eignarréttinda. Við framsal í tryggingarskyni fær lánveitandi höfundaréttinn framseldan til sín gegn því skilyrði að hann veiti eiganda höfundaréttarins nytjaleyfi yfir höfundaréttinum samkvæmt nytjaleyfissamningi. Með þessum hætti getur lánveitandi tryggt hagsmuni sína, en jafnframt getur fyrrum eigandi höfundaréttarins haldið áfram að nýta höfundaréttinn eftir sem áður. Þegar lántaki hefur efnt skuldbindingu sína samkvæmt lánasamningi aðila á hann rétt á að fá höfundaréttinn framseldan til sín til baka.<sup>59</sup> Með þessum hætti getur lánveitandi tryggt lánveitinguna án þess að þurfa að þinglýsa tilteknum veðrétti. Þar sem lánveitandinn verður eigandi höfundaréttarins við framsalið ber hann ábyrgð á því að gera viðeigandi ráðstafanir til varðveislu höfundaréttarins.<sup>60</sup> Hér ber þó að líta til þess að þrátt fyrir að framsal í tryggingarskyni sé öruggasta leiðin fyrir lánveitanda til að tryggja lánveitingu sína, getur slíkt framsal verið lántaka þungbært og æskilegra væri að hafa til staðar reglur, sem gera veðsetningu í höfundarétti bæði skýra og tryggja.

#### 4.6 Óhefðbundin hugverkaréttindi

Þrátt fyrir þá réttaróvissu, sem ríkir um veðsetningu óhefðbundinna hugverkaréttinda, eru dæmi um að slík réttindi hafi verið veðsett á Íslandi og þá yfirleitt ásamt öðrum eignum veðsala. Slík réttindi eru þá veðsett sem lausafjármunir samkvæmt 23. gr. svl.

*Lénsheiti* eru samningsbundinn réttur á milli „eiganda“ þess og skráningarfyrirtækis léna (sbr. t.d. ISNIC á Íslandi). Lénsheiti hafa oft að geyma skráð vörumerki (t.d. „nike.com“), en lénsheiti kunna einnig að geyma óskráð vörumerki eða önnur heiti, sem eru þekkt og verða þannig að verðmætum í heimi netviðskipta. Við veðsetningu lénsheita eru þau oft tilgreind ásamt skráðum vörumerkjum sem „skráð“ réttindi í viðauka við tryggingarbréf. Dæmi eru um veðsetningu lénsheita á Íslandi. Sem slík eru lénsheiti „skráð“, þar sem eitt og

<sup>59</sup> Bromfield og Runeckles (n. 4) 347.

<sup>60</sup> Sama heimild.

eingöngu eitt lén hefur að geyma sama orðið og sömu endinguna (t.d. sem .is eða .com lén) og sérgreining þeirra liggur þess vegna ljós fyrir.

Samkvæmt 50. gr. höfl. njóta *gagnagrunnar* verndar sem slíkir. Talið er að í ljósi þeirrar fyrirhafnar og fjárfestingar, sem felast í gagnagrunnum, skulu þeir vera varðir, enda þótt höfundaréttur kvikni ekki við slíka söfnun upplýsinga. Nánar segir í 50. gr. höfl.: „Sá sem framleiðir skrár, töflur, eyðublöð, gagnagrunn eða svipuð verk sem hafa að geyma umtalsvert safn upplýsinga eða eru árangur verulegrar fjárfestingar hefur einkarétt til eintakagerðar eða birtingar verks í heild eða að verulegum hluta“. Sem dæmi má nefna gagnagrunna, sem hafa að geyma neysluhegðun viðskiptavina netfyrirtækja. Gagnagrunnar eru því áþekkir höfundaréttarvörðu efni í þeim skilningi að slík réttindi eru óskráð og gagnagrunnar eru safn texta eða annarra upplýsinga með svipuðum hætti og til dæmis hugbúnaður. Þannig þarf að gefa nákvæma lýsingu á gagnagrunnum í viðauka við tryggingarbréf, þ.e. um hvers konar gagnagrunn er að ræða, lýsingu á þeim gögnum sem þar er að finna og síðast en ekki síst hvar þeir eru vistaðir og hvernig hægt er að fá aðgang að þeim (með fullnustu í huga). Dæmi eru um að slíkir gagnagrunnar hafi verið veðsettir á Íslandi, þegar veðsali hefur getað tilgreint þá með nægilega nákvæmum hætti, m.a. með nákvæmri lýsingu á hvað slíkur gagnagrunnur hefur að geyma, hvar hann er vistaður og hvernig unnt er að fá aðgengi að honum.

*Viðskipta- og framleiðsluleyndarmál* (e. *know-how*) geta verið verðmæt eign margra fyrirtækja, t.d. þegar fyrirtæki taka þá ákvörðun að reyna að halda upplýsingum um tiltekna uppfinningu leyndum, í staðinn fyrir að freista þess að fá einkaleyfi fyrir slíkri uppfinningu. Viðskipta- og framleiðsluleyndarmál þarf að tilgreina með sama hætti og gagnagrunna og önnur óskráð réttindi, en slíkt getur verið ýmsum vandkvæðum háð, bæði þar sem ekki má uppljóstra um slík leyndarmál í þinglýstum tryggingarskjölum og einnig kann að vera erfitt að tilgreina með fullnægjandi hætti hvar slík leyndarmál eru geymd eða vistuð og hvernig hægt er að fá aðgang að þeim. Þrátt fyrir að fá ef nokkur dæmi eru um veðsetningu viðskipta- og framleiðsluleyndarmála á Íslandi, ætti veðsetning þeirra þó að vera möguleg með sama hætti og veðsetning t.d. gagnagrunna, ef skilyrðum

um sérgreiningu er fylgt með lýsingu á réttindunum og hvernig þau eru skjalfest eða vistuð með rafrænum hætti.

#### 4.7 Dómaframkvæmd

Í næsta kafla verður fjallað um veðsetningu sem þátt í fjármögnun fyrirtækja. Þar er að finna umfjöllun um lánastofnanir og þá erfiðleika sem fjölmörg fyrirtæki, sérstaklega nýsköpunarfyrirtæki, standa frammi fyrir þegar kemur að lántöku þegar hugverkaréttindi eru einu eignarréttindin sem fyrirtækin geta lagt að veði. Það kemur því ekki á óvart að hér á landi hafa mál um veðsetningu hugverkaréttinda sjaldan komið til kasta íslenskra dómstóla. Raunar er aðeins hægt að finna eitt dómsmál sem varðar túlkun lagaákvæða vegna veðsetningu hugverkaréttinda, það er dómur Hæstaréttar nr. 287/2003.

Í umræddu máli deildu aðilar um gildi veðréttar yfir hugverkaréttindum. Landsbanki Íslands hf. (LÍ) hafði tekið veð í margskonar eignum Netverks ehf., þar á meðal í hugverkaréttindum. Í kjölfar þess að Netverk ehf. (þb.N) var tekið til gjaldþrotaskipta lýsti LÍ veðkröfu sinni í þrotabúið með kröfulýsingu. Skiptastjóri hafnaði veðkröfu LÍ og þar sem ekki tókst að leysa úr ágreiningi aðila var málinu beint til héraðsdóms. Ágreiningurinn snerist um tryggingarbréf í fjórum liðum. Samkvæmt öðrum lið voru veðsettar vörubirgðir þb.N eins og þær voru á hverjum tíma. Í fjórða lið var mælt fyrir um veð í hugverkaréttindum. Tryggingarbréfinu var þinglýst, en veðsetning hugverkaréttinda eftir fjórða lið bréfsins var vísað frá þinglýsingu. Vegna þessa byggði LÍ meðal annars kröfu sína á því að hvers kyns hugverkaréttindi að hugbúnaði sem þb.N hafði þróað félli undir annan lið tryggingarbréfsins sem hluti af vörubirgðum fyrirtækisins. Þrátt fyrir að fjórða lið tryggingarbréfsins hafði ekki verið þinglýst, byggði LÍ kröfu sína á því að veðsetningin hefði óskert gildi milli LÍ og þb.N, þar sem veðsetning félli ekki niður við gjaldþrot. Þb.N taldi að vegna eðli hugverkaréttinda væri ekki hægt að veðsetja slík réttindi sem vörubirgðir á grundvelli 33. og 34. gr. svl. Eðli hugverkaréttinda væri þess háttar að nauðsynlegt væri að skilgreina nákvæmlega um hvers konar réttindi veðrétturinn tæki til en veð í vörubirgðum væri veð í heildarsafni muna án nánari tilgreiningar. Þá taldi þb.N jafnframt að þar sem fjórða lið tryggingarbréfsins hafði

ekki verið þinglýst, hefði veðréttur LÍ í hugverkaréttindunum ekki gildi gagnvart öðrum kröfuhöfum þrotabúsins.

Í úrskurði héraðsdóms, sem Hæstiréttur staðfesti, kom fram að hugverkaréttindi, hvort sem er höfundaréttur, réttur til einkaleyfis eða vörumerkis, yrðu ekki talin vera vara eða búnaður í skilningi 2. mgr. 33. gr. svl. um vörubirgðir, þar sem vörubirgðir væru áþreifanlegir hlutir. Í úrskurðinum kom jafnframt fram, varðandi fjórða lið tryggingarbréfsins, að hugverkaréttindi væru talin til lausafjár í skilningi svl. Um réttarvernd sjálfsvörsluveds í lausafé samkvæmt 2. mgr. 23. gr. svl. giltu ákvæði þl. um réttarvernd. Þinglýsing samkvæmt 2. mgr. 48. gr. þl. væri því forsenda þess að veðbréf hefði gildi gagnvart grandlausum viðsemjendum og skuldheimtumönnum. Sökum þess hefði veðréttur LÍ samkvæmt fjórða lið tryggingarbréfsins ekki gildi gagnvart þb.N.

Þrátt fyrir að ofangreindur dómur sé eini dómur Hæstaréttar um veðsetningu hugverkaréttinda, verður að telja að með dóminum hafi hugverkaréttindi verið viðurkennd sem andlag veðréttar, sem veðsetja skuli eftir reglum um sjálfsvörsluved í lausafé. Draga má þá ályktun frá niðurstöðu Hæstaréttar að mikilvægt er að afla veðrétti í hugverkaréttindum fullnægjandi réttarverndar gagnvart þriðja manni. Þar af leiðandi skiptir höfuðmáli að staðið sé rétt að þinglýsingu veðréttarins. Í úrskurði héraðsdóms kemur fram að fjórða lið tryggingarbréfsins var vísað frá þinglýsingu án þess að tilgreind væri ástæða fyrir því. Samkvæmt fjórða lið tryggingarbréfsins var mælt fyrir um veð í öllum hugverkaréttindum veðsala en í fylgiskjali var að finna upptalningu á vörumerkjum og einkaleyfum Netverks ehf. Það má því leiða til þess líkur að sýslumaður hafi vísað fjórða lið frá vegna skorts á nægilegri sérgreiningu hugverkaréttindanna. Af þeirri ástæðu er ljóst að veðhafa ber sérstaklega að gæta að sérgreiningarreglu 1. mgr. 3. gr. svl.



## 5. Veðsetning hugverkaréttinda sem þáttur í fjármögnun fyrirtækja

Í meginatriðum eru hugverkaréttindi aðferð til að skapa eignarrétt í tilteknum óáþreifanlegum eignarréttindum. Lengi vel virðist hafa verið fremur lítill áhugi á því að líta á hugverkaréttindi sem eignarréttindi, sem hægt væri að hagnýta á annan hátt en með framsali og veitingu nytjaleyfa.<sup>61</sup> Að jafnaði hafa áþreifanlegar eignir því aðallega verið veðsettar og má þar nefna fasteignir og rekstrartæki.<sup>62</sup> Í kjölfar byltingarkenndra breytinga í tækni og viðskiptum hefur vægi hugverkaréttinda sem fjárhagsleg verðmæti þó aukist verulega. Þannig eru til fyrirtæki í dag sem reida sig nánast alfarið á hugverkaréttindi í þessu sambandi, en eiga fáar eða engar áþreifanlegar eignir.<sup>63</sup> Fyrirtæki hafa jafnframt almennt áttað sig á breyttum aðstæðum og aukið vægi hugverkaréttinda í rekstri sínum, til dæmis í von um sterkari samkeppnisstöðu á markaði.<sup>64</sup> Þannig eru hugverkaréttindi í sumum tilvikum orðin verðmætasta eign fyrirtækja.<sup>65</sup>

### 5.1 Lánastofnanir

Með breyttum tímum hefur verðmæti hugverkaréttinda sífellt aukist. Af þeirri ástæðu getur veðsetning hugverkaréttinda reynst eiganda þeirra góður valkostur, en með veðsetningu hugverkaréttinda getur eigandinn aflað lánsfjármagns samtímis því að hámarka hagnýtingu réttinda sinna.

Sú staðreynd blasir við mörgum fyrirtækjum og þá sérstaklega nýsköpunarfyrirtækjum af ýmsum toga, að þau geta aðeins boðið veð í hugverkaréttindum til tryggingar láni. Þetta á meðal annars við um hugbúnaðarfyrirtæki af ýmsu tagi og fjölmörg önnur fyrirtæki,

<sup>61</sup> Townend (n. 3) 172.

<sup>62</sup> Lucinda Longcroft, „Intellectual Property Financing – An introduction“ (*WIPO - World Intellectual Property Organization*, september 2008) <[www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2008/05/article\\_0001.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2008/05/article_0001.html)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>63</sup> Jacqueline Lipton, „Intellectual property in the Information Age and secured finance practice“ (2002) 24 (7) *European Intellectual Property Review*, 358, 360.

<sup>64</sup> Robert J. Morgan, „Security interests in domain names and intellectual property“ (*Lexology*, 28. ágúst 2009) <[www.lexology.com/library/detail.aspx?g=502721a2-599a-4f9c-81d6-3b7ba3bf000b](http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=502721a2-599a-4f9c-81d6-3b7ba3bf000b)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>65</sup> Lipton (n. 63) 359.

sem fjárfesta í sköpun, en hvorki í fasteignum né framleiðslutækjum. Slík fyrirtæki eiga þess vegna lítið og jafnvel ekkert af verðmætum áþreifanlegum eignum. Þau eiga hins vegar verðmæt hugverkaréttindi, sem geta jafnvel orðið enn verðmætari með tíð og tíma.

Hér á landi veita lánastofnanir fyrirtækjum aðallega lánsfjármagn gegn veði í „hefðbundnum“ eignum, svo sem fasteignum, rekstrartækjum, vörubirgðum og bankainnistæðum. Þegar veitt er veði í hugverkaréttindum, er einkum tekið veði í skráðum vörumerkjum, en þó að einhverju leyti einnig í einkaleyfum, hugbúnaði sem nýtur verndar samkvæmt höfundarétti, gagnagrunnum og lénsheitum. Það heyrir þó til undantekninga að lánastofnanir samþykki lánveitingu eingöngu gegn veðsetningu í hugverkaréttindum. Í flestum tilfellum er til dæmis veðsetning skráðra vörumerkja aðeins til viðbótar veðsetningu áþreifanlegra eigna. Raunveruleikinn er hins vegar sá, að lánastofnanir geta ekki haldið áfram að gera sömu kröfur um áþreifanlegt veðandlag og hafnað veðsetningu óáþreifanlegra réttinda, ef þær hyggjast halda áfram að veita fjármögnunarþjónustu til fjölbreytts atvinnulífs hér á landi. Það er því mikilvægt að lánastofnanir aðlagist breyttum tímum og aðstæðum og láni í auknum mæli eingöngu gegn veði í hugverkaréttindum.<sup>66</sup>

Þegar lánastofnanir stofna til veðréttar í hugverkaréttindum, er lögd rík aðgæsluskylda á þær í því skyni að tryggja sönnun fyrir tilvist og umfangi veðréttindanna.<sup>67</sup> Umfang aðgæsluskyldunnar er þó breytilegt eftir því hvort um er að ræða skráð eða óskráð hugverkaréttindi. Erfiðara getur reynst að afla upplýsinga um óskráð hugverkaréttindi. Þó verður að gera þá lágmarkskröfu að lánastofnun staðfesti að réttindin séu til, að veðsalinn sé hinn raunverulegi eigandi réttindanna og að þriðji aðili hafi ekki öðlast neinn rétt, sem væri

<sup>66</sup> Sama heimild 360. Ætla má að aðstæður hérlendis séu með svipuðum hætti þar sem hugvit er talið vera drifkraftur vaxtar á 21. öldinni, bæði hér á landi og erlendis, sbr. Sigurður Hannesson, „Nýsköpun eða stöðnun“ (SI, 13. nóvember 2017) <[www.si.is/upplýsingar-og-utgafa/greinasafn/nyskopun-eda-stodnun](http://www.si.is/upplýsingar-og-utgafa/greinasafn/nyskopun-eda-stodnun)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>67</sup> Þorgeir Örlygsson (n. 13) 96.

æðri veðréttinum eða dragi úr verðmæti veðandlagsins.<sup>68</sup> Hér á landi virðist helsti undanfari veðsetningar hugverkaréttinda vera framkvæmd áreiðanleikakönnunar, auk þess sem fengið er verðmat á réttindunum frá endurskoðunarfyrirtæki.

Helstu ástæður þess að lánastofnanir eru oft óviljugar til að veita lán gegn veði eingöngu í hugverkaréttindum er óvissan og þar með áhættan, sem getur fylgt veðsetningunni, kostnaðurinn sem fylgir undirbúningi slíkrar veðsetningar og erfiðleikar sem geta skapast við mat á markaðsvirði réttindanna.<sup>69</sup> Að auki virðast sumar lánastofnanir hafa slæma reynslu af slíkum veðsetningum. Ástæðan er vafalaust sú að enn er komin lítil reynsla á veðsetningu hugverkaréttinda á Íslandi og reglur um slíka veðsetningu eru óljósar og ófullnægjandi, eins og nánar er fjallað um í grein þessari.

Mörg þeirra fyrirtækja, sem eiga einna helst hugverkaréttindi og fáar eða jafnvel engar áþreifanlegar eignir, eru ýmis hugbúnaðar- og nýsköpunarfyrirtæki. Áhættan við veitingu fjármagns til slíkra fyrirtækja gegn veði í hugverkaréttindum er talin vera enn meiri en hjá öðrum tegundum fyrirtækja.<sup>70</sup> Hér á landi heyrir það til sérstakra undantekninga ef lánastofnanir veita nýsköpunarfyrirtækjum lán eingöngu gegn veði í hugverkaréttindum. Til þess að eiga möguleika á lánsfjármagni verða nýsköpunarfyrirtæki að minnsta kosti að sýna fram á arðbæran rekstrargrundvöll, þar sem vara eða þjónusta hefur verið markaðssett eða sýnt fram á að markaður sé fyrir viðkomandi

<sup>68</sup> Bromfield og Runeckles (n. 4) 344.

<sup>69</sup> United Nations og United Nations Economic Commission for Europe (n. 8) 94; Shigeki Kamiyama, Jerry Sheehan og Catalina Martinez, „Valuation and Exploitation of Intellectual Property. STI Working Paper 2006/5. Statistical Analysis of Science, Technology and Industry“ (OECD, 30. júní 2006) DSTI/DOC(2006)5 20 <[www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/DOC%282006%295&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/DOC%282006%295&docLanguage=En)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>70</sup> Matthew Abraham, „Tapping the intangible: security interests and intellectual property“ (2013) 26 (8) *Insolvency Intelligence* 113, 113; James Dyson, „Ingenious Britain: Making the UK the leading high tech exporter in Europe“ (mars 2010) 43 <<https://catapult.org.uk/wp-content/uploads/2016/04/Ingenious-Britain-James-Dyson-Report-2010.pdf.pdf>> skoðað 29. maí 2018.

vöru eða þjónustu. Nýsköpunarfyrirtæki eiga þó oft í erfiðleikum með að uppfylla ofangreind skilyrði lánastofnana.

Af öllu framangreindu má sjá að íslenskar lánastofnanir veita almennt ekki lán gegn veði í hugverkaréttindum eingöngu. Á hinn bóginn gætu lánastofnanir mögulega veitt nýsköpunarfyrirtækjum lán í meira mæli á fyrri stigum fyrirtækjanna, ef lánastofnanirnar hefðu vissu fyrir því að veð þeirra væri áreiðanlega tryggt. Þar af leiðandi gætu breytingar á regluverki um hvernig veðsetningu hugverkaréttinda skuli háttáð haft áhrif á möguleika fyrirtækja til lánveitinga.

## 5.2 Nýsköpunarfyrirtæki

Mikill vöxtur hefur orðið í íslenskri nýsköpun undanfarin ár. Tækni- og hugverkaiðnaður er nú talinn vera einn af fjórum meginstöðum íslensks atvinnulífs.<sup>71</sup> Framlag nýsköpunarfyrirtækja til tækniframfara og nýrrar þekkingar er íslensku samfélagi því afar mikilvægt þar sem það skilar auknum vexti í hagkerfið.<sup>72</sup> Í því skyni að nýsköpunarfyrirtæki geti þjónað þessu mikilvæga hlutverki verða fyrirtækin að hafa aðgang að fjármagni. Vandinn er hins vegar sá að þrátt fyrir almenna vitund um aukið virði hugverkaréttinda og þátt nýsköpunarfyrirtækja að auknum hagvexti, eiga nýsköpunarfyrirtæki í erfiðleikum með að fá nægilegt fjármagn til þess að vaxa og dafna.<sup>73</sup>

Fjármögnunarmöguleikar nýsköpunarfyrirtækja eru einkum þrenns konar. Á fyrstu stigum verða nýsköpunarfyrirtæki að styðjast við fjármagn stofnenda eða frá fjölskyldu og vinum þeirra. Í öðru lagi geta nýsköpunarfyrirtæki fengið styrki frá opinberum aðilum, svo sem Rannís. Þá geta nýsköpunarfyrirtæki aflað fjármagns með

<sup>71</sup> SI, „Fjölmennur fundur Samtaka sportafyrirtækja“ (13. janúar 2017) <[www.si.is/frettasafn/vel-sottur-fundur-samtaka-sportafyrirtækja](http://www.si.is/frettasafn/vel-sottur-fundur-samtaka-sportafyrirtækja)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>72</sup> Viðskiptaráð Íslands (n. 5) 1.

<sup>73</sup> John P. Ogier, „Intellectual property, finance and economic development“ (*WIPO - World Intellectual Property Organization*, febrúar 2016) <[www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2016/01/article\\_0002.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2016/01/article_0002.html)> skoðað 29. maí 2018. Ætla má að aðstæður hérlendis séu með svipuðum hætti, meðal annars vegna þess að nýsköpun styður við framfarir og verðmætasköpun í alþjóðavæddum heimi, sbr. Stjórnarráðið; Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið, „Nýsköpun“ <[www.stjornarradid.is/verkefni/atvinnuvegir/nyskopun/](http://www.stjornarradid.is/verkefni/atvinnuvegir/nyskopun/)> skoðað 29. maí 2018.

því að selja fjárfestum eignarhlut í fyrirtækinu. Margir fjárfestar leita þó í áhættuminni fjárfestingar og fjárfesta því ekki endilega í nýsköpunarfyrirtækjum.<sup>74</sup>

Samkvæmt könnun Capacent Gallup, sem gerð var meðal forsvarsmanna sprotafyrirtækja árið 2013, töldu 80% svarenda aðgengi að lánsfé frá fjármálastofnunum til fjármögnunar vera slæmt.<sup>75</sup> Samkvæmt annarri könnun, sem framkvæmd var af Enterprise Europe Network árið 2014 um aðgengi íslenskra nýsköpunar- og sprotafyrirtækja að fjármagni, kom fram að 48% svarenda höfðu áhuga á því að leita til lánastofnana eftir fjármagni.<sup>76</sup> Þrátt fyrir að nýsköpunarfyrirtæki afli fjármagns frá fjárfestum, eru miklar líkur á því að fyrirtækin skorti fjármagn síðar, til dæmis til þess að stækka vörulager sinn, fjármagna markaðssetningu erlendis eða auka við rannsóknir og þróunarstarf.<sup>77</sup> Við þær aðstæður getur reynt nauðsynlegt að fá lánsfjármagn frá lánastofnunum. Á hinn bóginn eru verðmætustu eignir nýsköpunarfyrirtækja yfirleitt hugverkaréttindi.<sup>78</sup>

Líkt og fram kom í kafla 5.1 veita lánastofnanir nýsköpunarfyrirtækjum þó afar sjaldan lán gegn veði í hugverkaréttindum eingöngu. Tregða lánastofnana þegar kemur að veðsetningu hugverkaréttinda leiðir til árangurslausrar leitar nýsköpunarfyrirtækja að lánsfjármagni. Staða nýsköpunarfyrirtækja er því oft sú að fyrirtækin geta aðeins aflað lánsfjármagns ef settar eru að veði áþreifanlegar eignir eða bankareikningar með fullnægjandi fjárstreymi. Þar með er aðgengi

<sup>74</sup> Viðskiptaráð Íslands (n. 5) 1.

<sup>75</sup> „Stór hluti íslenskra sprotafyrirtækja líklegur til að flytja úr landi“ (*Spyr. í boði: Landsbankinn*, 1. febrúar 2014) <[www.spyr.is/grein/hronn/5158?customer\\_id=35](http://www.spyr.is/grein/hronn/5158?customer_id=35)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>76</sup> „Könnun um aðgengi að fjármagni og fjárfestingaleiðum lögð fyrir sprota- og nýsköpunarfyrirtæki“ (*Nýsköpunarmiðstöð Íslands*, 9. nóvember 2014) <<http://nmi.is/frettir/2014/11/koennun-um-adgengi-ad-fjarmagni-og-fjarfestingaleidum-loegd-fyrir-sprota-og-nyskoepunarfyrirtaeki/>> skoðað 29. maí 2018.

<sup>77</sup> Bruce W. Burton, Emma Bienias og Candice K. Quinn, „Financing Alternatives for Companies: Using Intellectual Property as Collateral“ (*SRR - Stout, Risius, Ross. Global Financial Advisory Services*, 2014) <[www.srr.com/article/financing-alternatives-companies-using-intellectual-property-collateral](http://www.srr.com/article/financing-alternatives-companies-using-intellectual-property-collateral)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>78</sup> Abraham (n. 70) 113.

nýsköpunarfyrirtækja að lánsfjármagni yfirleitt háð verulegum takmörkunum, þrátt fyrir ýmis jákvæð merki um breytta afstöðu íslenskra lánastofnana. Þá verður að telja að slíkar takmarkanir séu ekki í samræmi við stefnu stjórnvalda varðandi eflingu frumkvöðlastarfs og nýsköpunar.<sup>79</sup> Í kjölfar stjórnarsáttmála ríkisstjórnarinnar árin 2013–2016, sem kvað á um að skapa þyrfti starfsumhverfi sem myndi hvetja ný og starfandi fyrirtæki til nýsköpunar, var sett fram af hálfu atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins aðgerðaráætlun í þágu frumkvöðla og sprotafyrirtækja undir heitinu Frumkvæði & framfarir.<sup>80</sup> Eitt af markmiðum aðgerðaráætlunarinnar, sem sett var fram árið 2015, er að bæta aðgengi frumkvöðla og sprotafyrirtækja að fjármagni með því að gera úrbætur á fjármögnunarumhverfi þeirra.<sup>81</sup> Í aðgerðaráætluninni kemur ekki nánar fram hvaða úrbætur þurfi að gera og því má ætla að breytingar á íslenskum lögum varðandi veðsetningu hugverkaréttinda geti verið hluti af slíkum úrbótum sem veiti frumkvöðlum, sprota- og nýsköpunarfyrirtækjum aukna möguleika á fjármagni frá lánastofnunum.

Með tilkomu margs konar nýsköpunarfyrirtækja undanfarin ár hefur íslenskt viðskiptalíf tekið töluverðum breytingum. Slíkar breytingar í viðskiptalífinu kalla á ýmsar breytingar á íslenski löggjöf, m.a. á sviði veðréttar. Íslensk löggjöf um veðsetningu hugverkaréttinda er bæði óskýr og brotakennd. Þess vegna er nauðsynlegt að gerðar verði viðhlítandi breytingar á íslenskum lögum sem varða veðsetningu hugverkaréttinda. Viðauki leiðbeiningarreglna UNCITRAL og nýleg löggjöf norræna ríkja geta verið leiðarvísir varðandi slíkar lagabreytingar, enda þótt norræna löggjöfin sé ekki gallalaus. Ekkert í íslensku viðskiptaumhverfi kallar á sérstaka „íslenska útfærslu“ í þessu sambandi, heldur væri rétt að miða við almennt viðurkennd viðmið og þá löggjöf, sem mætti kalla framsæknasta á þessu sviði.

<sup>79</sup> Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið, „Frumkvæði & framfarir. Aðgerðaráætlun í þágu frumkvöðla og sprotafyrirtækja“ (2015) 6 <[www.atvinnuvegaraduneyti.is/media/Acrobat/151217-Adgerdaaetlun-Frumkvaedi-og-framfarir.pdf](http://www.atvinnuvegaraduneyti.is/media/Acrobat/151217-Adgerdaaetlun-Frumkvaedi-og-framfarir.pdf)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>80</sup> Sama heimild 6.

<sup>81</sup> Sama heimild 13.

## 6. Norrænn réttur og leiðbeiningar UNCITRAL

Í norrænum rétti og leiðbeiningarreglum UNCITRAL (sem löggjöf margra ríkja byggir á) er að finna reglur um veðsetningu hugverkaréttinda, sem eru að mörgu leyti ólíkar gildandi íslenskum rétti. Í norrænum rétti er aðilum gert mögulegt að veðsetja hugverkaréttindi á tvo vegu, annars vegar sem sjálfsvörsluved í lausafé og hins vegar sem hluta af „fljótandi“ veði eða allsherjarveði.<sup>82</sup> Þetta fyrirkomulag er ólíkt íslenskum rétti, þar sem hugverkaréttindi verða aðeins veðsett eftir reglum svl. um sjálfsvörsluved í lausafé.<sup>83</sup> Í leiðbeiningarreglum UNCITRAL er að finna ítarlegar reglur um veðsetningu hugverkaréttinda. Leiðbeiningarreglurnar eru settar af Alþjóðaviðskiptalaganefnd Sameinuðu þjóðanna (SP), UNCITRAL, sem stofnuð var af allsherjarþingi SP árið 1966.<sup>84</sup> Misræmi í lögum aðildarríkja SP varðandi alþjóðleg viðskipti og hindranir í viðskiptum milli aðildarríkjanna var aðdragandi stofnunar UNCITRAL. Nefndin sérhæfir sig á sviði alþjóðlegra viðskiptalaga, en helsti tilgangur nefndarinnar er að auka frekari samræmingu á lögum ríkja um alþjóðleg viðskipti. Jafnframt stuðlar nefndin að nútímavæðingu slíkra laga.<sup>85</sup> Í desember 2008 samþykkti allsherjarþing SP leiðbeiningar, þar sem aðildarríkjum er leiðbeint hvernig háttu megi löggjöf um veðsetningu lausafármuna.<sup>86</sup> Um er að ræða undanfara viðauka við leiðbeiningarreglur UNCITRAL varðandi veðsetningu hugverkaréttinda, sem ýmis ríki hafa fylgt og sem hér verður nánar fjallað um.

<sup>82</sup> Sjá umfjöllun í köflum 6.1–6.3.

<sup>83</sup> Sjá umfjöllun í köflum 4.1–4.5.

<sup>84</sup> „Origin, Mandate and Composition of UNCITRAL“ (*UNCITRAL*) <[www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>85</sup> „About UNCITRAL“ (*UNCITRAL*) <[www.uncitral.org/uncitral/en/about\\_us.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html)> skoðað 29. maí 2018; „Origin, Mandate and Composition of UNCITRAL“ (n. 84).

<sup>86</sup> „UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions (2007)“ (*UNCITRAL*) <[www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/security/Guide\\_securedtrans.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/Guide_securedtrans.html)> skoðað 29. maí 2018.

## 6.1 Danskur réttur

Samkvæmt dönskum rétti er heimilt að veðsetja hugverkaréttindi á tvo vegu, annars vegar sem sjálfsvörsluveð í lausafé (d. *underpant i løsøre*) og hins vegar sem hluta af svokölluðu viðskiptaveði (d. *virksomhedspant*).<sup>87</sup> Sjálfsvörsluveði er aflað réttarverndar með þinglýsingu í lögpersónubók (d. *personbog*) samkvæmt 47. gr. dönsku þinglýsingalaganna (dþl.).<sup>88</sup> Að auki er það forsenda þinglýsingar sjálfsvörsluveðs að hugverkaréttindunum sé gaumgæfilega lýst í veðsamningi.<sup>89</sup> Almennt þarf aðeins að lýsa veðandlagi í formi texta, en þó virðist veðhafa ráðlagt að tilgreina númer veðandlagsins, ef það hefur slíkt númer.<sup>90</sup> Af þessu má leiða að lýsa skuli skráðum hugverkaréttindum með skráningarnúmeri þess, en óskráðum með nánari lýsingu á réttindunum. Við sjálfsvörsluveðsetningu heldur veðsalinn vörslum hinna veðsettu hugverkaréttinda, enda er réttarverndar aflað með þinglýsingu.<sup>91</sup>

Í danskri löggjöf gildir sú meginregla að allsherjarveðsetning er óheimil, og er veðsala því óheimilt að stofna í einu lagi til veðréttar í öllu sem hann á eða eignast kann, sbr. 47. gr. a. dþl. Reglur um viðskiptaveð fela þó í sér undantekningu frá þessari meginreglu, þar sem viðskiptaveð eru svo kölluð „fljótandi“ veð. Viðskiptaveð gerir aðila í atvinnurekstri kleift að veðsetja allt, sem er í eigu og mun verða í eigu atvinnurekstrarins, til dæmis tæki og vélar, ökutæki, innbú rekstursins og útistandandi viðskiptakröfur vegna sölu á vöru eða þjónustu.<sup>92</sup> Þann 1. janúar 2006 var gerð breyting á dþl. sem heimilaði veðsetningu hugverkaréttinda eftir reglum um viðskiptaveð. Fyrir lagabreytinguna var aðeins hægt að veðsetja hugverkaréttindi sem sjálfsvörsluveð í lausafé og því var nauðsynlegt

<sup>87</sup> Schovsbo og Rosenmeier (n. 8) 612.

<sup>88</sup> LBKG 2014-09-30 nr 1075 (Tinglysningsloven).

<sup>89</sup> Piya Mukherjee, „Giver dit virksomhedspant pant i hele virksomheden?“ (*Horten*, 19. ágúst 2014) <[www.horten.dk/Nyhedsliste/2014/August/Giver-dit-virksomhedspant-pant-i-hele-virksomheden](http://www.horten.dk/Nyhedsliste/2014/August/Giver-dit-virksomhedspant-pant-i-hele-virksomheden)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>90</sup> Kennet Fischer Föh, Lene Mandøe og Bjarke Tinten, *Erhvervsjura* (1. útg., Academia 2009) 283.

<sup>91</sup> Anders Ørngaard, *Sikkerhed i løsøre* (7. útg., Thomson Reuters 2010) 34.

<sup>92</sup> Sama heimild 103; LBKG 2014-09-30 nr 1075 (Tinglysningsloven), 1-7. tl. 3. mgr. 47. gr. c.



að lýsa hinum veðsettu hugverkaréttindunum í veðsamningi aðila. Með tilkomu lagabreytinganna er þar með mögulegt að veðsetja hugverkaréttindi án þess að lýsa þeim sérstaklega,<sup>93</sup> enda er veðið fljótandi og nær til allra hugverkaréttinda sem eru í eigu rekstraraðila hverju sinni.<sup>94</sup> Í 7. tl. 3. mgr. 47. gr. c. dþl. er að finna tæmandi talningu á þeim hugverkaréttindum, sem heimilt er að veðsetja sem hluta af viðskiptaveði.<sup>95</sup> Samkvæmt ákvæðinu er meðal annars heimilt að veðsetja einkaleyfi, vörumerki, hönnunarréttindi, höfundarétt, viðskiptavild og lénsheiti. Því má sjá að hægt er að veðsetja helstu tegundir hugverkaréttinda (og þar á meðal „óhefðbundin“ réttindi eins og lénsheiti) sem hluta að viðskiptaveði, en slík veðsetning hefur ekki í för með sér neinar takmarkanir á rétti veðsala yfir hugverkaréttindunum.<sup>96</sup> Þá er viðskiptaveði, líkt og sjálfsvörsluveði, aflað réttarverndar með þinglýsingu í lögpersónubók samkvæmt 2. mgr. 47. gr. c. dþl.

Í sérlögum um hugverkaréttindi er að finna ákvæði sem gera ráð fyrir veðsetningu hugverkaréttinda. Í 1. mgr. 44. gr. dönsku einkaleyfalaganna er mælt fyrir um að upplýsingar um veðsetningu einkaleyfa skuli færa inn í einkaleyfaskrá, berist beiðni þar um.<sup>97</sup> Í dönsku hönnunarlöggunum er að finna sambærilegt ákvæði í 1. mgr. 51. gr. laganna. Í dönsku vörumerkjalogunum er jafnframt að finna efnislega sambærilegt ákvæði í 41. gr. laganna.<sup>98</sup> Orðalagið þar er ólíkt ákvæðum einkaleyfalaga og laga um hönnun, en hefur samt sem áður að geyma heimild til veðsetningar skráðra vörumerkja og skyldu til tilkynningar um veðsetninguna í vörumerkjaskrá, ef beiðni berst þar um. Skráning veðsetningar ofangreindra hugverkaréttinda í viðeigandi hugverkaréttindaskrá hefur þó engin réttaráhrif, þar sem eingöngu þinglýsing í lögpersónubók veitir veðhafa réttarvernd

<sup>93</sup> Mukherjee (n. 89).

<sup>94</sup> Ørgaard (n. 91) 103.

<sup>95</sup> Sama heimild 113.

<sup>96</sup> Sama heimild.

<sup>97</sup> LBKG 2012-01-24 nr 108 (Patentloven).

<sup>98</sup> LBKG 2012-01-24 nr. 102 (Designloven); LBKG 2012-01-24 nr 109 (Varemærkeloven).

gagnvart þriðja manni.<sup>99</sup> Þannig er til dæmis ekki talið skipta máli þó láðst hafi verið að tilkynna í hönnunarskrá um veðsetningu hönnunarréttar.<sup>100</sup> Því verður að telja að sama gildi um tilkynningar um veðsetningu í einkaleyfaskrá og vörumerkjaskrá. Þegar kemur að veðsetningu höfundaréttar er að finna tómarúm í dönsku lögunum um höfundarétt. Í lögunum er ekki að finna ákvæði sem kveður skýrt á um að hægt sé að veðsetja höfundarétt. Í dönskum fræðiritum kemur þó fram að almennt er talið heimilt að veðsetja höfundarétt eftir reglum um sjálfsvörsluveð í lausafé. Þá er jafnframt heimilt að veðsetja höfundarétt sem viðskiptaveð, enda kemur sú heimild sérstaklega fram í 7. tl. 3. mgr. 47. gr. c. dþl.<sup>101</sup>

Í dönskum rétti er sérstaklega tekið fram í dþl. að mögulegt er að veðsetja óhefðbundin hugverkaréttindi, það er viðskiptavild og lénsheiti, eftir reglum um viðskiptaveð, sbr. 7. tl. 3. mgr. 47. gr. c. dþl. Þá er jafnframt heimilt að veðsetja slík réttindi eftir reglum um sjálfsvörsluveð.<sup>102</sup> Varðandi sjálfsvörsluveðsetningu viðskiptavildar er, þrátt fyrir að í dönskum rétti sé gert ráð fyrir því að viðskiptavild hafi fjárhagslegt gildi ein og sér, almennt talið að slík veðsetning viðskiptavildar sé lítils virði. Þar af leiðandi er viðskiptavild yfirleitt veðsett ásamt öðrum eignum veðsala.<sup>103</sup> Líkt og að ofan greinir er veðrétti í hugverkaréttindum aflað réttarverndar gagnvart þriðja manni með þinglýsingu í lögpersónubók, sbr. 1. mgr. 47. gr. og 2. mgr. 47. gr. c. dþl. Með þinglýsingu í lögpersónubók er veðhafa veitt vernd gegn samningum um veðandlagið, sem stofnað er til í góðri trú. Þrátt fyrir 47. gr. dþl. og tilvist lögpersónubókar getur veðhafi ekki, áður en hann ákveður að stofna til veðréttar yfir hugverkaréttindum, gengið úr skugga um hvort önnur réttindi en veðréttindi, svo sem

<sup>99</sup> LBKG 2012-01-24 nr 108 (Patentloven), athugasemd 163; LBKG 2012-01-24 nr 102 (Designloven), athugasemd 140; LBKG 2012-01-24 nr 109 (Varemærkeloven), athugasemd 147.

<sup>100</sup> Schovsbo og Svendsen (n. 49) 299.

<sup>101</sup> Schovsbo og Rosenmeier (n. 8) 135; Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (4. útg., Peter Schønning & Forlaget Thomson A/S 2008) 475.

<sup>102</sup> LFF 2005-04-27 nr 162 Forslag til lov om ændring af tinglysningsloven, konkursloven og andre love (Virksomhedspant), athugasemdir við 7. tl. 3. mgr. 47. gr. c.

<sup>103</sup> Ørgaard (n. 91) 51.

fjárnám eða kyrrsetning, hvíli á hugverkaréttindunum.<sup>104</sup> Í dönskum fræðiritum hefur verið fjallað um hvort þessi annmarki á dönskum lögum geti jafnvel leitt til þess að veðhafar veigri sér við að taka veð í hugverkaréttindum af ótta við veika réttarstöðu ef vanefnd verður af hálfu veðsala.<sup>105</sup>

## 6.2 Norskur réttur

Samkvæmt norskum rétti er einungis heimilt að veðsetja hugverkaréttindi sem hluta af rekstrarveði (n. *driftstilbehørs pant*) samkvæmt b. lið 2. mgr. 3–4. gr. norsku veðlaganna (nvl.).<sup>106</sup> Því er almennt ekki heimilt að veðsetja hugverkaréttindi ein og sér sem sjálfsvörsluveð (n. *underpant*), en þó er gerð mikilvæg undantekning sem heimilar sjálfsvörsluveðsetningu einkaleyfa.<sup>107</sup>

Rekstrarveð verður aðeins stofnað af rekstraraðila, en um er að ræða fljótandi veð, sem tekur til dæmis til allra tækja, áhalda, innbús, annars útbúnaðar og tiltekinna hugverkaréttinda, sem rekstraraðili á hverju sinni, sbr. 1., 2. og 5. mgr. 3–4. gr. nvl. Veðsali heldur vörslum hins veðsetta, en rekstrarveði er aflað réttarverndar með þinglýsingu í lausafjárnám samkvæmt 34. gr. norsku þinglýsingalaganna (npl.), sbr. 3–6. gr. nvl.<sup>108</sup> Í b. lið 2. mgr. 3–4. gr. nvl. er að finna tæmandi talningu á þeim hugverkaréttindum, sem heimilt er að veðsetja sem hluta af rekstrarveði.<sup>109</sup> Í ákvæðinu er meðal annars kveðið á um

<sup>104</sup> Sama heimild 529–531.

<sup>105</sup> Peter Mortensen, *Indledning til tingsretten: tredjemandskonflikter vedrørende løsøre* (1. útg., Forlaget Thomson 2003) 115.

<sup>106</sup> Jens Bjørn Jensen, „Selvstændig underpantsætning af immaterialret i Norge og Danmark – betydningen af sikringsakter“ [2015] (5) Nordisk Immaterial Rättsskydd 523, 525; LOV-1980-02-08-2 (Panteloven).

<sup>107</sup> Jensen (n. 106) 525.

<sup>108</sup> Oddvar Myhren Mollerlokken og Per Morten Christiansen, „Bank finance and regulation: Multi-jurisdictional survey Norway: Enforcement of security interests in banking transactions“ (Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange) 1; LOV-1935-06-07-2 (Tinglysningsloven).

<sup>109</sup> Astri M. Lund, „Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter: en utredning av spørsmålet om det bør åpnes for særskilt pantssettelse av immaterielle rettigheter“ (Justis- og politidepartement, 12. desember 2011) 18 <[www.regjeringen.no/contentassets/c8264019e0cc49a082846ea8bac1e065/utredning\\_saersskilt\\_pantssettelse\\_av\\_immaterialrettigheter.pdf](http://www.regjeringen.no/contentassets/c8264019e0cc49a082846ea8bac1e065/utredning_saersskilt_pantssettelse_av_immaterialrettigheter.pdf)> skoðað 29. maí 2018.

veðsetningu vörumerkja, einkaleyfa, hönnunarréttinda, hugbúnaðar og annarra höfundaréttinda sem notuð eru í atvinnurekstri.<sup>110</sup> Áratug áður en nvl. voru sett, var lögð fram tillaga þess efnis að viðskiptavild og viðskiptaleyndarmál yrðu talin til hugverkaréttinda, sem heimilt væri að veðsetja eftir reglum um rekstrarveð. Tillagan fékk þó ekki hljómgrunn og varð því ekki hluti af frumvarpi til nvl. sem síðar var samþykkt.<sup>111</sup> Í ljósi þess að b. liður 2. mgr. 3–4. gr. nvl. hefur að geyma tæmandi talningu hugverkaréttinda sem heimilt er að veðsetja eftir reglum um rekstrarveð, verður strangt til tekið að telja að veðsetning viðskiptavildar og viðskiptaleyndarmála sé óheimil að norskum rétti. Norskir fræðimenn hafa þó gagnrýnt svo stranga túlkun á nvl. Í greininni *Immaterialrettigheter som panteobjekt* telur Erik Wold að hugtakið „annar útbúnaður“ (n. *annet utstyr*) sem kemur fram í a. lið 2. mgr. 3–4. gr. nvl. geti heimilað veðsetningu óhefðbundinna hugverkaréttinda líkt og viðskiptaleyndarmála, sem sett hafa verið skriflega fram í tilteknu skjali eða miðlað á annan hátt. Erik Wold leiðir niðurstöðu sína af dómi Hæstaréttar Noregs, Rt-1992-1629.<sup>112</sup> Niðurstaða Hæstaréttar Noregs var sú að hugtakið annar útbúnaður tæki til viðskiptavinaskráar og þar með var hin tiltekna viðskiptavinaskrá hluti af rekstrarveði veðhafans.<sup>113</sup> Í reynd virðist því vera mögulegt að veðsetja óhefðbundin hugverkaréttindi, til dæmis viðskiptaleyndarmál, samkvæmt a. lið 2. mgr. 3–4. gr. nvl.<sup>114</sup>

Sjálfsvörsluveðsetning einkaleyfa var heimiluð með breytingarlögum 2015-01-23-04<sup>115</sup> sem tóku gildi 1. júlí 2015. Breytingarlögin fólu meðal annars í sér breytingar á nvl. og norsku einkaleyfalögum (nel.)<sup>116</sup> Samkvæmt breytingunum er nú heimild í 44. gr. nel. og 4-11. gr. nvl. til sjálfsvörsluveðsetningar einkaleyfa auk nytjaleyfa, sem veitt hafa verið yfir einkaleyfum, en réttarverndar skal aflað með skráningu

<sup>110</sup> Skoghøy (n. 15) 59–60.

<sup>111</sup> Lund (n. 109) 19–20.

<sup>112</sup> Erik Wold, „Immaterialrettigheter som panteobjekt“ (2006) 54 Lov og Rett 613, 618.

<sup>113</sup> Hæstiréttur Noregs Rt-1992-1629.

<sup>114</sup> Lund (n. 109) 21.

<sup>115</sup> LOV-2015-01-23-4 (Lov om endringer i panteloven m.m. (pant i patenter og planteforedlerretter)).

<sup>116</sup> LOV-1967-12-15-9 (Patentloven).

veðréttarins í einkaleyfaskrá, sbr. 4-12. gr. nvl. Þar af leiðandi verður að telja að veðsali haldi vörslum hins veðsetta. Í nýrri 44. gr. a. nel. er að finna ítarlegar reglur varðandi umfang þeirrar réttarverndar, sem veðhafi öðlast með skráningu veðréttarins í einkaleyfaskrá.<sup>117</sup> Aðdragandi lagabreytinganna er seta Noregs í UNCITRAL árin 2007–2013 en á þeim tíma var viðauki UNCITRAL um veðsetningu hugverkaréttinda gefinn út. Í kjölfar þess bað dómsmálaráðuneyti Noregs lögfræðinginn Astri M. Lund um að greina hvort norsk löggjöf væri í samræmi við þær leiðbeiningarreglur, sem fram komu í viðaukanum og hvernig hægt væri að breyta norskri löggjöf á þann hátt að sjálfsvörsluveðsetning hugverkaréttinda væri heimil. Í kjölfarið varð niðurstaðan sú að lagabreytingarnar skyldu aðeins fela í sér setningu reglna sem heimiluðu sjálfsvörsluveðsetningu einkaleyfa. Það er því enn óheimilt að setja önnur hugverkaréttindi að sjálfsvörsluveði.<sup>118</sup> Hvað varðar ástæðu þessa, kemur einungis fram í frumvarpi breytingarlaganna að það hafi ekki verið talin eins mikil þörf fyrir sjálfstæða veðsetningu annarra hugverkaréttinda, svo sem vörumerkja og höfundaréttar. Ennfremur var talið að sérgreining óskráðra hugverkaréttinda gæti reynst erfið ef sjálfsvörsluveðsetning þeirra yrði heimilud.<sup>119</sup> Helstu rökinn fyrir breytingu norskra laga sem varðar sjálfsvörsluveðsetningu einkaleyfa voru að auka fjármögnunarmöguleika fyrirtækja. Tilgangurinn var að gera fleiri aðilum kleift að afla fjármagns með lántöku gegn veði í hugverkaréttindum. Áður en lagabreytingarnar tóku gildi var aðeins heimilt að veðsetja einkaleyfi, sem notuð voru í atvinnurekstri í skilningi ákvæðisins um rekstarveð. Þar af leiðandi höfðu fyrirtæki, sem sérhæfðu sig í þróunar- og rannsóknarstarfsemi, ekki möguleika til að veðsetja einkaleyfi sem áformað var að framselja til annarra fyrirtækja.<sup>120</sup> Vegna þessa þótti ástæða til þess að heimila sjálfsvörsluveðsetningu einkaleyfa, en nokkuð sérkennilegt má teljast að sama gildi ekki um skráð vörumerki, fyrst Norðmenn töldu rétt að taka mið af leiðbeiningarreglum UNCITRAL við lagabreytingar þessar.

<sup>117</sup> Jensen (n. 106) 523.

<sup>118</sup> Lund (n. 109) 523–525.

<sup>119</sup> Prop.101 L (2013–2014) Endringer i panteloven m.m. (pant i patenter og planteforedlerretter) 20.

<sup>120</sup> Sama heimild 6.

Í þessu sambandi er rétt að fjalla sérstaklega um sjálfsvörsluveðsetningu einkaleyfa að norskum rétti. Ákvæði 44. gr. a. nel. hefur að geyma fimm málsgreinar um þá réttarvernd, sem skráning í einkaleyfaskrá veitir veðhafa. Samkvæmt 1. mgr. gengur sjálfsvörsluveð, sem aflað er réttarverndar með skráningu í einkaleyfaskrá, frammar eldri óskráðum sjálfsvörsluveðrétti í sama einkaleyfi. Ef tveir veðhafar hafa skráð sjálfsvörsluveðrétt sinn samtímis, verður veðréttur þeirra þó jafnréttthár, sbr. 2. mgr. Ef veðhafi, sem á sjálfsvörsluveðrétt, skráir veðrétt sinn þrátt fyrir að hann viti eða megi vita að eldri veðréttur hvíli á einkaleyfinu, skal eldri veðrétturinn ganga frammar, sbr. 3. mgr. Í 4. mgr. ákvæðisins er mælt fyrir um að sá forgangsréttur, sem veðhafi öðlast við skráningu sjálfsvörsluveðréttar síns í einkaleyfaskrá, heldur gildi sínu þrátt fyrir gjaldþrot veðsala, sbr. 23. gr. npl. Í 5. mgr. er kveðið á um réttarstöðu veðhafa sem á sjálfsvörsluveð í einkaleyfi þegar annar veðhafi á jafnframt rekstrarveð í sama einkaleyfi. Þá er meginreglan sú að sjálfsvörsluveð, sem skráð hefur verið í einkaleyfaskrá, gengur frammar rekstrarveði, sem ekki hefur verið aflað réttarverndar samdægurs eða fyrr með þinglýsingu í lausafjárnótt. Hafi rekstrarveði verið aflað réttarverndar samdægurs, eiga báðir veðhafar jafnréttthátt veð. Ef eldra rekstrarveði hefur ekki verið þinglýst og skráð í lausafjárnótt, getur það samt sem áður gengið frammar yngri sjálfsvörsluveðrétti í sama einkaleyfi, hafi síðari veðhafi vitað eða mátt vita um tilvist rekstrarveðsins.<sup>121</sup> Ef rekstrarveði í einkaleyfi hefur verið þinglýst og yngri sjálfsvörsluveð í einkaleyfinu síðar skráð í einkaleyfaskrá, verður að telja að rekstrarveðið gangi frammar. Þrátt fyrir að sjálfsvörsluveðrétti í einkaleyfi skuli aflað réttarverndar með skráningu í sérstaka hugverkaréttindaskrá, einkaleyfaskrá, er ekki heimilt að skrá veðréttinn í aðra skrá, það er almenna veðréttarskrá eða þinglýsa veðréttinum. Þar af leiðandi hefur leiðbeiningarreglum viðauka UNCITRAL ekki álfarið verið fylgt, enda mæla reglurnar með stofnun almennrar veðréttarskráar, enda þó tilvist sérstakar hugverkaréttindaskráar sé einnig viðurkennd.<sup>122</sup> Þannig mun þó ekki koma upp ágreiningur um forgangsrétt sjálfsvörsluveðréttar, sem aflað hefur verið réttarverndar í mismunandi skrá.

<sup>121</sup> LOV-1967-12-15-9 (Patentloven), 5. mgr. 44. gr. a.

<sup>122</sup> Sjá umfjöllun í kafla 6.4.1.

Með setningu 44. gr. a. nel. virðast norsk lög veita veðhöfum, sem eiga sjálfsvörsluveð í einkaleyfum, afar víðtæka vernd gagnvart þriðja manni. Ákvæðið veitir ferns konar vernd. Í fyrsta lagi veitir skráning í einkaleyfaskrá veðhafa vernd gegn síðar stofnuðum veðrétti og gjaldþroti veðsala. Í öðru lagi getur veðhafi, áður en hann stofnar til veðréttar, aflað sér upplýsinga í einkaleyfaskránni um hvort á einkaleyfinu hvíli eldri veðréttindi. Í einkaleyfaskránni er einnig að finna upplýsingar um hvort önnur réttindi hvíli á einkaleyfinu, svo sem fjárnám og kyrrsetning. Að auki er í einkaleyfaskránni að finna upplýsingar um hvort nytjaleyfi hafi verið veitt eða einkaleyfið framselt. Í þriðja lagi er veðhafa veitt vernd gegn eldri óskráðum veðréttindum, sem víkja þegar veðhafi skráir veðrétt sinn í einkaleyfaskrána. Í fjórða lagi er veðhafa veitt vernd gegn því að samningar, sem varða einkaleyfið, verði dagsettir aftur í tímann. Með skráningu veðréttarins í einkaleyfaskrá er upphaf forgangsréttarins því afmarkað.<sup>123</sup> Af öllu ofangreindu leiðir, að skráning sjálfsvörsluveðréttar í einkaleyfaskrá veitir víðtækari vernd en til dæmis sú vernd sem dönsk löggjöf veitir á grundvelli þinglýsingar.<sup>124</sup>

### 6.3 Finnskur réttur

Samhliða dönskum og norskum rétti, er rétt að líta til finnsks réttar, þar sem Finnar hafa á undanförunum áratugum náð miklum árangri í að skapa skilvirkt umhverfi fyrir nýsköpun, ásamt því að hafa fjölgað stöðum atvinnulífsins þar í landi með þeim hætti.<sup>125</sup> Mikil vakning hefur verið í Finnlandi um mikilvægi hugverkaréttinda í viðskiptum. Árið 2009 settu finnsk stjórnvöld fram stefnu um hugverkaréttindi í kjölfar annarrar stefnu stjórnvalda, þar sem hvatt var til aukinnar innlendrar nýsköpunar. Í hugverkaréttindastefnunni er að finna fjölda markmiða í tengslum við mikilvægi hugverkaréttinda og hagnýtingu þeirra. Þá má meðal annars nefna það markmið að Finnland stefnir á að bjóða upp á hugverkaréttindavænt starfsumhverfi, þar sem hvatt er til nýsköpunar. Jafnframt er eitt af markmiðunum að koma fyrirtækjum í skilning um tækifærin sem geta falist í hugverkaréttindum. Til

<sup>123</sup> Jensen (n. 106) 527.

<sup>124</sup> Sama heimild 534.

<sup>125</sup> Sigurður Hannesson, „Beta líf“ (*Vísir.is*, 17. maí 2018) <[www.visir.is/g/2018180519029](http://www.visir.is/g/2018180519029)> skoðað 29. maí 2018.

dæmis telja Finnar veðsetningu hugverkaréttinda vera mikilvæga fjármögnunarleið fyrir fyrirtæki, sérstaklega lítil og meðalstór fyrirtæki, auk nýsköpunarfyrirtækja.<sup>126</sup>

Samkvæmt finnskum rétti er heimilt að stofna til veðréttar yfir hugverkaréttindum með tvenns konar hætti, annars vegar með stofnun sjálfsvörsluveðs í lausafé og hins vegar með stofnun allsherjarveðs, en hugverkaréttindi geta fallið undir slíkt veð.<sup>127</sup>

Til sjálfsvörsluveðs verður ekki stofnað yfir öllum tegundum hugverkaréttinda, þar sem aðeins er heimilt að setja skráð hugverkaréttindi að sjálfsvörsluveði. Þar af leiðandi er einungis hægt að stofna til sjálfsvörsluveðs í einkaleyfum, skráðum vörumerkjum og skráðri hönnun.<sup>128</sup> Við veðsetningu heldur veðsali hugverkaréttindunum í vörslum sínum þar sem sjálfsvörsluveði er aflað réttarverndar með skráningu veðréttarins í viðeigandi skrá hjá Einkaleyfastofu Finnlands.<sup>129</sup>

Samkvæmt finnskri löggiöf er allsherjarveðsetning almennt heimil. Veðsala er því heimilt að veðsetja allt lausafé sitt í einu lagi, til dæmis vörulager, tæki og tól, kröfuréttindi og hugverkaréttindi. Þó skráð hugverkaréttindi geti verið veðsett eftir reglum um sjálfsvörsluveð, er einnig heimilt að veðsetja þau sem hluta af allsherjarveði. Tiltekin

---

<sup>126</sup> Marja-Leena Mansala, „An Ambitious Plan for Enhancing the Use of IPRs – Finnish IPR Strategy Has Seen Daylight“ (*IPR info Magazine*, 19. maí 2009) <[www.iprinfo.com/julkaisut/iprinfo-lehti/lehtiarkisto/2009/IPRinfo\\_2-2009-en/en\\_GB/An\\_Ambitious\\_Plan\\_for\\_Enhancing\\_the\\_Use\\_of\\_IPRs\\_Finnish\\_IPR\\_Strategy\\_Has\\_Seen\\_Daylight/](http://www.iprinfo.com/julkaisut/iprinfo-lehti/lehtiarkisto/2009/IPRinfo_2-2009-en/en_GB/An_Ambitious_Plan_for_Enhancing_the_Use_of_IPRs_Finnish_IPR_Strategy_Has_Seen_Daylight/)> skoðað 29. maí 2018; Mikko Huuskonen, „The IPR Strategy of Finland: Protect and Play“ (*IPR info Magazine*, 19. maí 2009) <[www.iprinfo.com/julkaisut/iprinfo-lehti/lehtiarkisto/2009/IPRinfo\\_2-2009-en/en\\_GB/The\\_IPR\\_Strategy\\_of\\_Finland\\_Protect\\_and\\_Play/](http://www.iprinfo.com/julkaisut/iprinfo-lehti/lehtiarkisto/2009/IPRinfo_2-2009-en/en_GB/The_IPR_Strategy_of_Finland_Protect_and_Play/)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>127</sup> Lund (n. 109) 32; Timo Lehtimäki og Maria Pajuniemi, „Finland“ í Christopher Kandel (ritstj.), *The Aquisition and Leveraged Finance Review* (2. útg., Law Business Research 2015) 115–116.

<sup>128</sup> Lehtimäki og Pajuniemi (n. 127) 116; Gunnar Westerlund og Tatu Simula, „Bank Finance and Regulation: Multi-Jurisdictional Survey: Security over collateral, Finland“ (Lex Mundi Publication) 6 <[www.lexmundi.com/images/lexmundi/PracticeGroups/BankFinance/SOCsurvey/Finland.pdf](http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PracticeGroups/BankFinance/SOCsurvey/Finland.pdf)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>129</sup> Lehtimäki og Pajuniemi (n. 127) 114 og 116.



hugverkaréttindi er þó ekki hægt að veðsetja sem sjálfsvörsluveð eins og framan greinir, heldur einungis sem hluta af allsherjarveði. Höfundaréttindi eru meðal þeirra réttinda, þar sem réttindin eru ekki skráð í tiltekna hugverkaréttindaskrá.<sup>130</sup> Sú ályktun verður einnig dregin að veðsetning óhefðbundinna hugverkaréttinda, svo sem viðskiptavildar, lénsheita og viðskiptaleyndarmála, fari eftir reglum um allsherjarveðsetningu, þar sem réttindin eru óskráð, líkt og höfundaréttur (þó lénsheiti geti tæknilega séð talist „skráð“, sbr. umfjöllun í kafla 4.6). Allsherjarveði er aflað réttarverndar með afhendingu hins skuldbindandi veðsamnings til veðhafa, en jafnframt er krafist skráningar veðréttarins í viðskiptaskrána.<sup>131</sup> Því þarf ekki að skrá veðsetningu hugverkaréttindanna sérstaklega í viðeigandi skrá hjá Einkaleyfastofu Finnlands, heldur þarf aðeins að skrá allsherjarveðið sem slíkt í viðskiptaskrána.<sup>132</sup> Af öllu framangreindu verður að telja að veðsali haldi vörslum allra þeirra veðsettu eigna, sem falla undir allsherjarveðið.

Í sérlögum um hugverkaréttindi er að finna ákvæði sem álíta má að hafi að geyma heimildir til veðsetningar hugverkaréttinda. Í finnsku einkaleyfalögnum virðist vera gert ráð fyrir veðsetningu einkaleyfa í 1. mgr. 44. gr., en þar segir að veðrétt í einkaleyfum skuli skrá í einkaleyfaskrá hjá Einkaleyfastofu Finnlands.<sup>133</sup> Sambærilegt ákvæði er að finna í 1. mgr. 27. gr. finnsku hönnunarlaganna, sem kveður á um skráningu veðréttar í hönnunarskrá.<sup>134</sup> Í finnsku vörumerkjalögnum kemur fram í 3. mgr. 33. gr. skýr heimild til veðsetningar vörumerkja.<sup>135</sup> Þar er sérstaklega kveðið á um að veðsamningur skuli vera skriflegur og að gildistaka samningsins miðist við skráningu veðréttarins í vörumerkjaskrá. Líkt og í íslenskum, dönskum og norskum rétti, er ekki að finna beina heimild til veðsetningar

<sup>130</sup> Sama heimild 115–116.

<sup>131</sup> Westerlund og Simula (n. 128) 3–4.

<sup>132</sup> Antti Niemi, Janne Tuulos og Johanna Nurkkala, „Lending and taking security in Finland: overview“ (*Practical Law*, 1. maí 2013) <<http://us.practicallaw.com/6-501-2491?source=relatedcontent>> skoðað 29. maí 2018.

<sup>133</sup> Patents Act 550/1967 (English translation).

<sup>134</sup> Registered Designs Act 221/1971 (English translation).

<sup>135</sup> Trademark Act 7/1964 (English translation).

höfundaréttar í finnsku höfundaréttarlögunum.<sup>136</sup> Samt sem áður, líkt og að framan greinir, er heimilt að veðsetja höfundarétt, en þó aðeins sem hluta af allsherjarveði.<sup>137</sup>

Skráning sjálfsvörsluveðréttar í viðeigandi skrá hjá Einkaleyfastofu Finnlands eða allsherjarveðs í viðskiptaskrá er afar mikilvæg þar sem forgangsréttur veðhafa miðast við skráningu veðréttarins. Vegna þessa gengur skráður veðréttur frammar eldri óskráðum veðrétti í sömu hugverkaréttindum.<sup>138</sup> Þá stendur sjálfsvörsluveð frammar allsherjarveði, þar sem sjálfsvörsluveð hefur forgang fyrir allsherjarveði í sömu hugverkaréttindum.<sup>139</sup> Samkvæmt finnskri löggjöf er mikilvægt að veðhafi, sem vill öðlast þann forgangsrétt sem sjálfsvörsluveð hefur umfram allsherjarveð, skrái slíkan veðrétt áður en allsherjarveð í sömu hugverkaréttindum er skráð. Að öðrum kosti er ekki hægt að stofna til sjálfsvörsluveðs í hugverkaréttindum sem þegar hafa verið sett að allsherjarveði sem skráð hefur verið í viðskiptaskrána.<sup>140</sup>

#### 6.4 Viðauki við leiðbeiningarreglur UNCITRAL varðandi veðsetningu hugverkaréttinda<sup>141</sup>

Í desember 2010 samþykkti allsherjarþing SP viðauka við leiðbeiningar um löggjöf varðandi veðsetningu lausafjármuna.<sup>142</sup> Með viðaukanum eru settar fram leiðbeiningarreglur um hvernig aðildarríki geta háttað löggjöf um veðsetningu hugverkaréttinda.<sup>143</sup> Markmið og

<sup>136</sup> Copyright Act 404/1961 (English translation).

<sup>137</sup> Lehtimäki og Pajuniemi (n. 127) 116.

<sup>138</sup> Westerlund og Simula (n. 128) 6; Lund (n. 109) 32.

<sup>139</sup> Pekka Salomaa o.fl., „Contracts regarding Intellectual Property Rights (assignments and license) and third parties: Finland“ (AIPPI) Q190 3 <<http://aippi.org/wp-content/uploads/committees/190/GR190finland.pdf>> skoðað 29. maí 2018.

<sup>140</sup> Lehtimäki og Pajuniemi (n. 127) 116.

<sup>141</sup> e. UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: Supplement on Security Rights in Intellectual Property.

<sup>142</sup> „UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: Supplement on Security Rights in Intellectual Property (2010)“ (UNCITRAL) <[www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/security/ip-supplement.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/ip-supplement.html)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>143</sup> UNCITRAL, „UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. Supplement on Security Rights in Intellectual Property“ (United Nations, mars 2011) iii <[www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/10-57126\\_Ebook\\_Suppl\\_SR\\_IP.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/10-57126_Ebook_Suppl_SR_IP.pdf)> skoðað 29. maí 2018.

tilgangur viðaukans er að auðvelda eigendum hugverkaréttinda aðgengi að lánsfjármagni. Líkt og leiðbeiningarreglurnar, miða reglur viðaukans jafnframt að því að lágmarka lántökukostnað. Þannig stuðla reglurnar að því að auka virði hugverkaréttinda sem andlag veðréttar og efla veðsetningu slíkra réttinda. UNCITRAL miðar að því að markmiði og tilgangi viðaukans sé náð án þess að reglurnar stangist á við grundvallarreglur í lögum aðildarríkja sem varða hugverkaréttindi.<sup>144</sup> Viðaukinn einskordast við hugverkaréttindi sem andlag veðréttar. Samkvæmt viðaukanum tekur hugtakið hugverkaréttindi til höfundaréttar, vörumerkja, einkaleyfa, þjónustumerkja, viðskiptaleyndarmála, hönnunar og annarra eigna, sem teljast til hugverkaréttinda samkvæmt landsrétti aðildarríkja eða alþjóðlegum samningum, sem aðildarríkin eru aðilar að.<sup>145</sup> Viðaukinn gerir ráð fyrir að ofangreindar tegundir hugverkaréttinda geti verið andlag veðréttar.<sup>146</sup> Því má sjá að í reglum viðaukans er litið svo á að margvíslegar tegundir óáþreifanlegra eignarréttinda geta haft að geyma verðmæti, sem gerir réttindin að álitlegu veðandlagi. Á hinn bóginn veita reglurnar aðildarríkjunum svigrúm, þar sem það fer eftir landsrétti hvers aðildarríkis hvort ofangreindar tegundir hugverkaréttinda eru framseljanlegar og teljast þar með til andlags veðréttar.<sup>147</sup>

Leiðbeiningarreglurnar um veðsetningu lausafjármuna gilda einnig um veðsetningu hugverkaréttinda, svo lengi sem þær ganga ekki þvert á hugverkaréttindalöggjöf aðildarríkja eða alþjóðlega samninga um hugverkaréttindi, sem aðildarríkin eru aðilar að.<sup>148</sup> Viðaukinn var útbúinn í ljósi þess að hugverkaréttindi eru sífellt að verða mikilvægari trygging fyrir lánsfjármagni. UNCITRAL taldi óhjákvæmilegt að veita aðildarríkjum frekari leiðsögn um hvernig hagnýta mætti leiðbeiningarreglurnar um veðsetningu lausafjármuna, án þess að skapa misræmi milli löggjafar um veðsetningu og löggjafar

<sup>144</sup> Sama heimild 1.

<sup>145</sup> Sama heimild 7.

<sup>146</sup> Sama heimild 23.

<sup>147</sup> Sama heimild.

<sup>148</sup> Sama heimild 1.

um hugverkaréttindi.<sup>149</sup> Þar af leiðandi hefur viðaukinn að geyma athugasemdir um hvernig beita skuli leiðbeiningarreglunum um veðsetningu lausafármuna þegar um hugverkaréttindi er að ræða.<sup>150</sup> Jafnframt eru settar fram nýjar leiðbeiningarreglur, sem taka sérstakt tillit til hugverkaréttinda sem andlag veðréttar.<sup>151</sup>

Með tilkomu viðaukans er aðildarríkjum veitt leiðsögn varðandi þau atriði, sem mestu máli skipta við veðsetningu hugverkaréttinda.<sup>152</sup> Það er síðan í höndum aðildarríkja að ákveða hvort og þá hvernig þau innleiða reglurnar í landsrétt sinn.<sup>153</sup> Þar af leiðandi er viðaukinn ekki bindandi fyrir aðildarríkin. Engu að síður er aðildarríkjum ráðlagt að taka tillit til þeirra reglna, sem viðaukinn hefur að geyma þegar ríkin endurskoða eða innleiða löggjöf varðandi veðsetningu og löggjöf sem snertir hugverkaréttindi.<sup>154</sup>

#### 6.4.1 Inntak viðaukans

Í viðauka UNCITRAL við leiðbeiningarreglur um veðsetningu lausafármuna er unnið að samræmingu annars vegar milli laga sem varða veðsetningu og hins vegar laga sem varða hugverkaréttindi.<sup>155</sup> Við setningu viðaukans var þess gætt að stofnun veðréttar í hugverkaréttindum myndi ekki draga úr gildi hugverkaréttindanna sjálfra.<sup>156</sup>

<sup>149</sup> Working Group VI (Security Interests), „Report of Working Group VI (Security Interests) on the work of its thirteenth session (New York, 19–23 May 2008)“ (UNCITRAL, 2008) A/CN.9/649 4 <<http://apps.americanbar.org/buslaw/committees/CL190000pub/materials/20080519uncitral.pdf>> skoðað 29. maí 2018; UNCITRAL (n. 143) iii–iv.

<sup>150</sup> Ikumi Sato, „Study on Governing Law on Security Rights in Intellectual Property“ (Japan Patent Office, 2013) 4 <[www.iip.or.jp/e/e\\_summary/pdf/detail2012/e24\\_18.pdf](http://www.iip.or.jp/e/e_summary/pdf/detail2012/e24_18.pdf)> skoðað 29. maí 2018.

<sup>151</sup> UNCITRAL (n. 143) 161–163.

<sup>152</sup> Spiros V. Bazinas, „Intellectual Property Financing Under The UNCITRAL Guide“ (2011) 43 Uniform Commercial Code Law Journal 601, 601.

<sup>153</sup> Abraham (n. 70) 118.

<sup>154</sup> UNCITRAL (n. 143) iv–v.

<sup>155</sup> „UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: Supplement on Security Rights in Intellectual Property (2010)“ (n. 142).

<sup>156</sup> UNCITRAL (n. 143) 21.

Hér á eftir verður aðallega lögð áhersla á fimm meginatriði leiðbeiningarreglnanna og viðaukans. Það er stofnun veðréttar, öflun réttarverndar gagnvart þriðja manni, forgangsréttur veðréttar, varðveisla hugverkaréttinda og fullnusta veðs. Í leiðbeiningarreglunum um veðsetningu lausafjármuna er gerður mikilvægur greinarmunur á milli stofnunar veðréttar annars vegar og öflunar réttarverndar gagnvart þriðja manni hins vegar, en leiðbeiningarreglurnar hafa að geyma strangari kröfur til þess síðarnefnda. Við stofnun veðréttar tekur gildi löggerningur milli veðsala og veðhafa, þrátt fyrir að löggerningnum hafi ekki verið aflað réttarverndar gagnvart þriðja manni með skráningu. Við öflun réttarverndar gagnvart þriðja manni er nauðsynlegt að skrá veðréttinn í svokallaða almenna veðréttarskrá (e. *general security rights registry*). Slík skráning er forsenda þess að veðhafa sé veittur forgangsréttur gagnvart öðrum kröfuhöfum veðsala. Með því að gera greinarmun á milli ofangreindra atriða, stuðla leiðbeiningarreglurnar að því að einfalda stofnun veðréttar, en jafnframt að reglur um forgangsrétt veðréttar verði skýrari og þar með auka gagnsæi. Þessi greinarmunur á einnig við um veðsetningu hugverkaréttinda.<sup>157</sup> Viðaukinn hefur því að geyma nánari útskýringu á hvernig stofna skuli til veðréttar í hugverkaréttindum, hvernig afla skuli veðrétti réttarverndar og hvaða réttindi veðhafi öðlast við slíka réttarvernd. Í næstu undirköflum verður gerð ítarlegri grein fyrir þessum fimm meginatriðum, sem nefnd voru hér að ofan, auk þess sem fjallað verður um nýjar leiðbeiningarreglur, sem koma fram í viðaukanum.

#### 6.4.2 Stofnun veðréttar í hugverkaréttindum

Samkvæmt leiðbeiningarreglum um veðsetningu lausafjármuna getur veðréttur í óáþreifanlegum eignum aðeins stofnast með skriflegum löggerningi.<sup>158</sup> Með þessum hætti er leitast við að skapa festu um stofnun veðréttar. Þegar gengið hefur verið frá skriflegum löggerningi, tekur veðrétturinn gildi milli veðhafa og veðsala. Líkt og almennar reglur veðréttar kveða á um, eignast veðhafinn þó ekki hugverkaréttindin sem slík eða þau sammingsbundnu réttindi sem búa

<sup>157</sup> Sama heimild 35.

<sup>158</sup> Sama heimild 37.

að baki veðréttinum. Á hinn bóginn getur veðhafi eignast réttindin síðar, verði vanefnd af hálfu veðsala.<sup>159</sup>

Ákveðin skilyrði þurfa að vera uppfyllt svo að heimilt sé að veðsetja hugverkaréttindi. Um framseljanleika hugverkaréttinda og heimild veðsala til veðsetningar þeirra gilda sömu reglur og eiga við um veðsetningu annarra lausafármuna. Af því leiðir verða hugverkaréttindi að vera framseljanleg samkvæmt landsrétti aðildarríkis svo veðsala sé heimilt að veðsetja hugverkaréttindi sín.<sup>160</sup> Leiðbeiningarreglurnar taka því tillit til þess að lög aðildarríkja geta haft að geyma takmarkanir á framseljanleika hugverkaréttinda og sem dæmi má nefna að í mörgum ríkjum er óheimilt að framselja sæmdarrétt höfundar. Þess háttar takmarkanir í lögum viðkomandi aðildarríkja koma þó ekki í veg fyrir veðsetningu höfundaréttar að öðru leyti.<sup>161</sup>

Í leiðbeiningarreglunum er greint frá efni veðsamnings. Varðandi veðsetningu hugverkaréttinda getur verið nauðsynlegt að sérgreina umfang hinna veðsettu réttinda í veðsamningnum, þar sem ekki er sjálfgefið að veðrétturinn nái til allra þátta réttindanna. Samkvæmt leiðbeiningarreglunum skal lýsa hugverkaréttindum á greinargóðan hátt þannig hægt sé að staðfesta hver hin veðsetta eign er.<sup>162</sup> Leiðbeiningarreglurnar gefa aðildarríkjum því ákveðið svigrúm um hvernig sérgreina skuli hugverkaréttindi í veðsamningi.

Leiðbeiningarreglurnar kveða á um víðtæka túlkun á veðrétti í hugverkaréttindum. Þannig gera þær ráð fyrir að eigandi hugverkaréttinda geti veðsett þau réttindi sín, en að auki getur bæði leyfisveitandi og leyfishafi veðsett þann rétt, sem hann hefur öðlast á grundvelli samnings um nytjaleyfi. Þegar eigandi hugverkaréttinda er veðsali, getur hann veðsett hugverkaréttindin sem slík. Í hugverkarétti eiganda felst til dæmis einkaréttur hans til þess að hagnýta og banna öðrum að nota hugverk sitt, réttur til þess að veita nytjaleyfi og taka

<sup>159</sup> Sama heimild 40.

<sup>160</sup> Sama heimild 39.

<sup>161</sup> Sama heimild 51.

<sup>162</sup> Sama heimild 38–39.

við þóknun á grundvelli samnings um nytjaleyfi.<sup>163</sup> Þegar leyfisveitandi veðsetur rétt sinn samkvæmt nytjaleyfissamningi, öðlast veðhafinn sama rétt og leyfisveitandi hefur á grundvelli nytjaleyfissamningsins, ef vanefnd verður af hálfu veðsala. Við slíkar aðstæður getur veðréttur veðhafa til dæmis falið í sér rétt til þess að taka við þóknun frá leyfishafa vegna nytjaleyfisins. Ef leyfishafi veðsetur rétt sinn samkvæmt nytjaleyfissamningi, felst í veðrétti veðhafa ef vanefnd verður, réttur til þess að nota eða hagnýta hugverkið sem nytjaleyfissamningurinn kveður á um, innan marka samningsins.<sup>164</sup>

Samkvæmt athugasemdum viðaukans er gert ráð fyrir að hægt sé að stofna til veðs í framtíðar hugverkaréttindum, svo lengi sem stofnun veðréttarins er heimil samkvæmt lögum aðildarríkja.<sup>165</sup> Þar af leiðandi er ekki hægt að veðsetja framtíðar hugverkaréttindi í aðildarríki þar sem ekki er hægt að stofna til og framselja framtíðar hugverkaréttindi, þ.e. réttindi sem ekki eru orðin til.<sup>166</sup> Þrátt fyrir að landsréttur aðildarríkja heimili veðsetningu framtíðar hugverkaréttinda, getur verið misjafnt eftir aðildarríkjum hversu víðtæk veðsetning getur átt sér stað. Í sumum aðildarríkjum geta framtíðar hugverkaréttindi tekið til réttinda sem veðsali gæti eignast í framtíðinni, eftir að til veðréttar er stofnað, óháð því hvort veðsali, þegar til veðréttar var stofnað, hafi hafist handa við að skapa viðkomandi réttindi. Í öðrum aðildarríkjum getur verið að framtíðar hugverkaréttindi taki aðeins til réttinda, sem veðsali hefur sótt um skráningu á þegar til veðréttar er stofnað, til dæmis einkaleyfisumsókna. Þá getur jafnframt verið misjafnt eftir aðildarríkjum hvort breytingar, úrbætur og viðbætur á hugverkaréttindum teljist til framtíðar hugverkaréttinda, sem standa óháð hinum upphaflegu hugverkaréttindum. Framtíðar breytingar og viðbætur hugverkaréttinda geta skipt miklu máli þegar veðhafi á til dæmis veð í hugbúnaði, sem verndaður er samkvæmt höfundarétti. Í slíkum tilfellum mæla athugasemdir viðaukans fyrir um mikilvægi þess að veðhafi sérgreini í veðsamningi að umfang veðréttarins nái einnig til framtíðar breytinga og viðbóta.<sup>167</sup>

<sup>163</sup> Sama heimild 40–41.

<sup>164</sup> Sama heimild 151.

<sup>165</sup> Sama heimild 49.

<sup>166</sup> Sama heimild 64.

<sup>167</sup> Sama heimild 49–51.

### 6.4.3 Öflun réttarverndar gagnvart þriðja manni

Í leiðbeiningarreglunum kemur fram að eftir stofnun veðréttar í óáþreifanlegum eignum, verður réttarverndar gagnvart þriðja manni aðeins aflað með sérstakri skráningu þar um.<sup>168</sup> Samkvæmt leiðbeiningarreglunum er aðildarríkjum ráðlagt að setja á stofn almenna veðréttarskrá þar sem veðréttur óáþreifanlegra eignarréttinda verði skráður með tilkynningu þar um. Við skráningu öðlast veðréttur því réttarvernd gagnvart þriðja manni. Í athugasemdum viðaukans er þó tekið tillit til þess ef landsréttur aðildarríkja kveður á um öflun réttarverndar með tilkynningu um skráningu í aðra skrá, til dæmis sérstaka skrá yfir hugverkaréttindi. Þar af leiðandi er öflun réttarverndar með þeim hætti tekin gild. Í tilvikum þar sem slík skrá er fyrir hendi, kveða athugasemdirnar á um að skráning í aðra hvora skrá sé nægileg til þess að veðréttur í hugverkaréttindum öðlist réttarvernd gagnvart þriðja manni. Aðildarríkjum, þar sem réttarvernd veðréttar í hugverkaréttindum verður ekki aflað með skráningu í sérstaka skrá yfir hugverkaréttindi, er þó ekki ráðlagt að stofna slíka skrá. Framangreindar leiðbeiningarreglur um öflun réttarverndar yfir veðrétti í hugverkaréttindum eiga jafnt við um skráð og óskráð hugverkaréttindi.<sup>169</sup>

Rökin að baki þess að aðildarríkjum er ráðlagt að setja á stofn almenna veðréttarskrá eru þrenns konar. Í fyrsta lagi er tilgangur skráarinnar að stuðla að skilvirkari aðferð við öflun réttarverndar yfir hugverkaréttindum, bæði þeim sem þegar eru til staðar, sem og framtíðar hugverkaréttindum. Í öðru lagi hefur skráin það hlutverk að sýna fram á upphafstíma forgangsréttar veðhafa til fullnustu veðréttarins.<sup>170</sup> Samkvæmt leiðbeiningarreglunum tekur réttarverndin sem slík gildi frá og með þeim tíma sem upplýsingar um veðréttinn eru skráðar í skrána.<sup>171</sup> Í þriðja lagi veitir skráin þriðja manni aðgang að upplýsingum um veðsetningu hugverkaréttinda.<sup>172</sup> Þá gera leiðbeiningarreglurnar jafnframt ráð fyrir því að skráin verði rafræn

<sup>168</sup> Sama heimild 35.

<sup>169</sup> Sama heimild 54–56.

<sup>170</sup> Sama heimild 59.

<sup>171</sup> Sama heimild 69.

<sup>172</sup> Sama heimild 59.



og auðveldi þar með aðgang þriðja manns að slíkum upplýsingum.<sup>173</sup> Með stofnun almennrar veðréttarskrár eru aðildarríkin hvött til þess að einfalda skráningarferlið. Leiðbeiningarreglurnar gera því aðeins ráð fyrir að grunnupplýsingar um veðandlagið komi fram í slíkri skrá. Í fyrsta lagi skal skrá upplýsingar um bæði veðhafa og veðsala. Í öðru lagi skal skráningin hafa að geyma lýsingu á hinu veðsetta hugverki. Leiðbeiningarreglurnar gera þó ekki kröfu um nákvæma lýsingu á veðandlaginu. Í þriðja og síðasta lagi skal tilgreina hversu lengi veðrétturinn muni vara.<sup>174</sup>

Líkt og greint var frá hér að framan, gera leiðbeiningarreglurnar ráð fyrir að hægt sé að afla veðrétti í hugverkaréttindum réttarverndar með tilkynningu um skráningu í sérstaka skrá yfir hugverkaréttindi. Þegar svo til háttar kveða leiðbeiningarreglurnar á um að sú skráning gangi framar eldri veðrétti í sömu hugverkaréttindum sem aflað var réttarverndar með skráningu í almennu veðréttarskránni. Hér er því um að ræða sérstaka undantekningu frá meginreglunni um öflun réttarverndar með skráningu í almennu veðréttarskrána. Þrátt fyrir að leiðbeiningarreglurnar gera ráð fyrir slíkri undantekningu, er talið nauðsynlegt að aðildarríki samræmi umræddar skrár þegar heimilt er að afla réttarverndar í þeim báðum. Í leiðbeiningarreglunum er aðildarríkjum ráðlagt að háttá samræmingu skrána á þann hátt að hin sérstaka skrá yfir hugverkaréttindi og almenna veðréttarskráin beri gagnkvæma tilkynningarskyldu til hvorrar annarrar þegar tilkynning um veðrétt í hugverkaréttindum hefur borist til skráningar. Á þann hátt er veðhafa gert kleift að afla veðrétti sínum réttarverndar í báðum skráum samtímis. Þar af leiðandi þarf hann ekki að sæta því að annar yngri veðréttur í sömu hugverkaréttindum geti gengið framar rétti hans sökum þess að hann hafi aðeins tilkynnt um veðréttinn í almennu veðréttarskránni.<sup>175</sup>

Í tengslum við réttarvernd veðréttar í hugverkaréttindum er aðildarríkjum ráðlagt að gera grein fyrir áhrifum framsals hugverka-  
réttinda á réttarvernd veðréttar sem þegar hefur verið aflað með

<sup>173</sup> Sama heimild 66.

<sup>174</sup> Sama heimild 59–60.

<sup>175</sup> Sama heimild 61–63.

tilkynningu í almennu veðréttskrána.<sup>176</sup> Í leiðbeiningarreglum viðaukans er aðildarríkjum ráðlagt að lög þeirra kveði á um að réttarvernd veðréttar í hugverkaréttindum, sem aflað er með skráningu í almennu veðréttskránni, skuli halda gildi sínu þrátt fyrir að hin veðsettu hugverkaréttindi verði framseld.<sup>177</sup> Í leiðbeiningarreglunum koma fram þrjár mismunandi leiðir, sem aðildarríkin geta fylgt í því skyni að stuðla að því að veðhafi glati ekki umræddri réttarvernd. Í fyrsta lagi geta aðildarríki krafist þess að veðhafi tilkynni almennu veðréttskránni um framsalshafa. Í öðru lagi geta aðildarríki lagt skyldu á veðhafa að tilkynna breytingar á upplýsingum til almennu veðréttskráarinnar, hafi veðhafi fengið vitneskju um framsal hins veðsetta hugverkaréttar. Í þriðja lagi geta aðildarríki ákveðið að framsal veðsetts hugverkaréttar hafi engin áhrif á réttarvernd veðréttarins, sem aflað hefur verið með tilkynningu til almennu veðréttskráarinnar. Á hinn bóginn er í leiðbeiningarreglunum kveðið á um að ofangreindar leiðbeiningar eigi ekki við þegar framsalshafi eignast hugverkaréttindin óháð veðréttnum, veðréttnum hafi verið aflað réttarverndar með tilkynningu í sérstaka skrá yfir hugverkaréttindi eða þegar um er að ræða veitingu nytjaleyfis.<sup>178</sup>

#### *6.4.4 Forgangsréttur til fullnustu veðréttar í hugverkaréttindum*

Í leiðbeiningarreglunum eru settar fram ráðleggingar um hvernig leysa skuli úr ágreiningi um forgang til fullnustu veðréttar, þegar tveir veðhafar eiga veð í sömu eign. Þegar leyst er úr slíkum ágreiningi hefur grandsemi veðhafa, sem á yngri veðrétt, ekki áhrif á forgangsrétt hans hafi hann verið fyrri til að afla veðréttnum réttarverndar með tilkynningu um skráningu í viðeigandi skrá.<sup>179</sup>

Í athugasemdum viðaukans er reglum um forgangsrétt veðréttar skipt í tvennt eftir því hvernig veðréttnum er aflað réttarverndar. Annars vegar eru settar fram reglur um forgangsrétt veðréttar í hugverkaréttindum, sem skráður er í almennu veðréttskrána. Hins

<sup>176</sup> Sama heimild 70.

<sup>177</sup> Sama heimild 76.

<sup>178</sup> Sama heimild 70–71.

<sup>179</sup> Sama heimild 78–79.

vegar eru settar fram reglur um forgangsrétt veðréttar, sem skráður er í sérstaka skrá yfir hugverkaréttindi. Ef aðildarríki hafa nú þegar reglur um forgangsrétt veðréttar yfir hugverkaréttindum sem eru ólíkar leiðbeiningarreglunum, hafa leiðbeiningarreglurnar ekki gildi, enda er markmið þeirra að stuðla að samræmingu án þess að slíkt fari í bága við lög aðildarríkja sem varða hugverkaréttindi.<sup>180</sup> Þegar tveir veðhafar, sem eiga veð í sömu hugverkaréttindum, hafa aflað veðrétti sínum réttarverndar með tilkynningu um skráningu í almennu veðréttarskránni, fer forgangsréttur veðhafanna alfarið eftir því hvenær tilkynning um skráningu barst. Aftur á móti gildir ólík regla þegar veðhafarnir tveir hafa aflað veðrétti sínum réttarverndar í sitt hvorri skránni, það er annars vegar í almennu veðréttarskránni og hins vegar í sérstakri skrá yfir hugverkaréttindi. Þá gera leiðbeiningarreglurnar ráð fyrir að veðréttur þess veðhafa, sem aflaði veði sínu réttarverndar í sérstakri skrá yfir hugverkaréttindi, njóti forgangs. Hafi báðir veðhafar aflað veðrétti sínum réttarverndar með tilkynningu um skráningu í sérstaka skrá yfir hugverkaréttindi, fer forgangsréttur þeirra eftir því hvor tilkynningin barst fyrst til viðkomandi skrár.<sup>181</sup>

#### 6.4.5 Varðveisla veðsettra hugverkaréttinda

Í leiðbeiningarreglunum er mælt fyrir um að sá aðili, sem hefur hina veðsettu lausafjármuni í vörslum sínum, skuli gera eðlilegar ráðstafanir til þess að varðveita veðið. Sú leiðbeiningarregla er einnig talin eiga við um hugverkaréttindi þegar þau eru tekin að veði. Yfirleitt er það veðsali sem heldur hugverkaréttindunum í vörslum sínum og ber ábyrgð á varðveislu þeirra, til dæmis skal hann gæta þess að skráning réttindanna sé endurnýjuð ef þess er krafist samkvæmt lögum aðildarríkis. Samkvæmt þessu kveða leiðbeiningarreglurnar á um þá meginreglu að hugverkaréttindi séu veðsett sem sjálfsvörsluveð. Í athugasemdum viðaukans, sem vísar í leiðbeiningarreglurnar, kemur fram undantekning sem mælir fyrir um rétt veðhafa til þess að fara fram á að veðsali gefi honum heimild til þess að gera eðlilegar ráðstafanir varðandi varðveislu hugverkaréttindanna. Mikilvægt er

<sup>180</sup> Sama heimild 79–80.

<sup>181</sup> Sama heimild 80–81.

fyrir veðsala að svara beiðni veðhafa, hver sem afstaða veðsala er, þar sem veðhafi getur beitt sér til að gera eðlilegar ráðstafanir á varðveislu hugverkaréttindanna telji hann veðsala hafa gefið samþykki sitt í skyn.<sup>182</sup>

#### 6.4.6 Fullnusta veðréttar í hugverkaréttindum

Í athugasemdum viðaukans eru ráðleggingar leiðbeiningarreglnanna um möguleika veðhafa til fullnustu veðs útskýrðar með tilliti til hugverkaréttinda. Möguleikarnir, sem tilgreindir eru, taka mið af stöðu veðsala. Það skiptir því máli hvort veðsali er eigandi hinna veðsettu hugverkaréttinda eða hvort hann er leyfisveitandi eða leyfishafi sem veðsett hefur rétt sinn samkvæmt nytjaleyfissamningi.<sup>183</sup>

Þegar veðsali, sem er eigandi hinna veðsettu hugverkaréttinda, vanefnir skuldbindingu sína, getur veðhafinn öðlast fullnustu veðréttar síns með því að framselja réttindin, ráðstafa þeim á annan hátt eða veita nytjaleyfi í réttindunum.<sup>184</sup> Ef veðsali hefur veitt öðrum aðila nytjaleyfi, telst veðsali vera leyfisveitandi. Hafi hann veðsett rétt sinn samkvæmt nytjaleyfissamningi getur veðhafi, við vanefnd veðsala, krafist fullnustu veðréttar síns með því að taka við þeirri þóknun sem leyfishafi greiðir veðsala samkvæmt nytjaleyfissamningnum.<sup>185</sup> Þegar veðsali er leyfishafi, sem veðsett hefur rétt sinn samkvæmt nytjaleyfissamningi, getur veðhafi aflað veðrétti sínum fullnustu með því að framselja réttinn, hafi leyfisveitandi veitt heimild til þess eða heimild til framsals kemur fram í nytjaleyfissamningi. Veðhafi getur einnig veitt öðrum aðila undirleyfi (e. *sub-licence*) en þetta er aðeins heimilt hafi leyfisveitandi samþykkt undirleyfið eða heimild til veitingu undirleyfis kemur fram í nytjaleyfissamningi.<sup>186</sup>

Í leiðbeiningarreglunum er skýrt kveðið á um að veðréttur í áþreifanlegri eign sem er afrakstur hugverkaréttinda tekur ekki

<sup>182</sup> Sama heimild 95–96.

<sup>183</sup> Sama heimild 102–103.

<sup>184</sup> Sama heimild 104.

<sup>185</sup> Sama heimild 106.

<sup>186</sup> Sama heimild 109.

sjálfkrafa til hugverkaréttindanna sem slíkra. Ef veðhafi vill að veðréttur sinn nái einnig til hugverkaréttindanna, þarf tilgreining þeirra að koma skýrt fram í veðsamningi. Þar afleiðandi getur veðhafi, sem á veðrétt í áþreifanlegri eign, ekki fullnustað veðrétti sínum í hugverkaréttindum með því að taka hina áþreifanlegu eign vörslum.<sup>187</sup>

### 6.5 Lærdómur dreginn af norrænum rétti og leiðbeiningarreglum UNCITRAL

Í þessari grein hafa verið ræddar þær breytingar, sem hafa átt sér stað í íslensku viðskiptalífi og hvernig þær kalla á breytingar á íslenskri löggjöf um veðsetningu hugverkaréttinda. Hér verður fjallað um í stuttu máli hvaða lærdóm draga megi af norrænum rétti og leiðbeiningarreglum UNCITRAL þegar kemur að því að gera viðhlítandi breytingar á íslenskum lögum sem varða veðsetningu hugverkaréttinda.

Í landsrétti ríkjanna þriggja, sem fjallað var um í köflum 6.1–6.3, er aðilum gert mögulegt að veðsetja hugverkaréttindi á tvo vegu, annars vegar sem sjálfsvörsluveð í lausafé og hins vegar sem hluta af fljótandi veði eða allsherjarveði. Þetta fyrirkomulag er ólíkt íslenskum rétti þar sem hugverkaréttindi verða aðeins veðsett eftir reglum svl. um sjálfsvörsluveð í lausafé. Samkvæmt danskri og norskrri löggjöf hefur þó ekki alltaf verið möguleiki á tvenns konar veðsetningu hugverkaréttinda. Allt til ársins 2006 var íslensk löggjöf um veðsetningu hugverkaréttinda sams konar danskri löggjöf, en 1. janúar 2006 var gerð lagabreyting á dþl. sem heimilaði veðsetningu hugverkaréttinda eftir reglum um viðskiptaveð. Andstætt íslenskri og danskri löggjöf fer veðsetning hugverkaréttinda í norskrri löggjöf almennt eftir reglum um rekstrarveð. Með lagabreytingu nvl. árið 2015 var sjálfsvörsluveðsetning einkaleyfa þó gerð heimil. Því má sjá að bæði dönsk og norsk löggjöf hefur tekið breytingum undanfarin ár með það að leiðarljósi að auðvelda veðsetningu hugverkaréttinda.

Misjafnt er eftir landsrétti ríkjanna hvaða tegundir hugverkaréttinda er heimilt að veðsetja eftir reglum um sjálfsvörsluveð í lausafé. Samkvæmt

<sup>187</sup> Sama heimild 103–104.

íslenskum og dönskum rétti er heimilt að setja allar helstu tegundir hugverkaréttinda að sjálfsvörsluveði. Í Noregi er slík veðsetning aftur á móti takmörkuð við einkaleyfi og í Finnlandi er þess háttar veðsetning takmörkuð við skráð hugverkaréttindi.

Í dönskum og norskum rétti er að finna lagaákvæði sem hafa að geyma upptalningu á þeim hugverkaréttindum, sem heimilt er að veðsetja sem viðskiptaveð, sbr. 7. tl. 3. mgr. 47. gr. dþl., og rekstrarveð, sbr. b. lið 2. mgr. 3-4. gr. nvl. Slíka upptalningu er ekki að finna í íslensku svl., en lögin hafa ekki að geyma ákvæði sem mæla sérstaklega fyrir um veðsetningu hugverkaréttinda. Í íslenskum sérlögum um hugverkaréttindi er ennfremur ekki sérstaklega tilgreint eftir hvaða ákvæðum svl. veðsetja skuli hugverkaréttindi. Slíka tengingu er þó að finna í norskri löggjöf, en í 3. mgr. 44. gr. nel. er sérstaklega vísað til 4.-11. gr. nvl. varðandi skráningu sjálfsvörsluveðréttar einkaleyfa í einkaleyfaskrá.

Í íslenskum rétti, líkt og dönskum, er veðréttindum aflað réttarverndar með þinglýsingu. Þinglýsingin er skráð í sams konar bækur, það er í lausafjárnubók á Íslandi, sbr. 2. mgr. 48. gr. og 4. tl. 1. mgr. 8. gr. þl., og lögpersónubók í Danmörku, sbr. 47. gr. og 2. mgr. 47. gr. c. dþl. Ólíkt dönskum rétti er í íslensku lausafjárnubókinni einnig að finna upplýsingar um hvort aðfarargerð eða kyrrsetningu hefur verið þinglýst á hugverkaréttindin. Þar af leiðandi getur veðhafi á Íslandi, áður en hann tekur veð í tilteknum hugverkaréttindum, fengið þinglýsingarvottorð með upplýsingum um öll þau réttindi sem þinglýst hafa verið á hugverkaréttindin.<sup>188</sup>

Íslensk og dönsk löggjöf eiga það sammerkt að heimilt er að skrá veðrétt yfir hugverkaréttindum í viðeigandi hugverkaréttindaskrá, en slík skráning hefur þó engin raunveruleg réttaráhrif í ríkjunum tveimur. Í norskri löggjöf er hins vegar mikilvægt að sjálfsvörsluveðréttur sé skráður í einkaleyfaskrá þar sem réttarvernd miðast við skráningu í slíka

<sup>188</sup> „Þinglýsingarvottorð (veðbókarvottorð) Upplýsingar um efni þess sem þinglýst er“ (Sýslumenn) <[www.syslumenn.is/thjonusta/skirteini-vegabref-vottord/vottord/](http://www.syslumenn.is/thjonusta/skirteini-vegabref-vottord/vottord/)> skoðað 29. maí 2018.

skrá en ekki við þinglýsingu. Sama regla gildir í finnskum rétti, það er sjálfsvörsluveðrétti í skráðum hugverkaréttindum er aflað réttarverndar með skráningu veðréttar í viðeigandi hugverkaréttindaskrá.

Samkvæmt öllu ofangreindu virðist íslenskur réttur hafa dregist aftur úr hvað varðar veðsetningu hugverkaréttinda. Undanfarin ár hefur norrænni lagaþróun ekki verið fylgt og af því má leiða að löggjöf fyrrnefndra norrænna ríkja hafi að geyma rýmri og skýrari heimildir til veðsetningar hugverkaréttinda en íslensk löggjöf leyfir.

## 7 Lokaorð

Líkt og fjallað hefur verið um fyrr í þessari grein, hefur ● vægi hugverkaréttinda sem fjárhagsleg verðmæti aukist verulega og mörg fyrirtæki reiða sig að mestu á hugverkaréttindi í rekstri sínum. Íslenskar lánastofnanir veita þó almennt ekki lán gegn veði í hugverkaréttindum eingöngu. Í þessu sambandi er mikilvægt að nefna að tækni- og hugverkaiðnaður er nú talinn vera einn af fjórum meginstöðum íslensks atvinnulífs. Til þess að tækni- og nýsköpunarfyrirtæki geti skilað auknum hagvexti, verða fyrirtækin að fá nægilegt fjármagn til þess að vaxa og dafna. Íslenskt lagaumhverfi er þar af leiðandi veikt þegar kemur að því að stuðla að fjármögnun tækni- og nýsköpunarfyrirtækja í formi veðlána.

Sökum alls þessa, sem fjallað hefur verið um í þessari grein, er ljóst að gera þarf margvíslegar breytingar á íslenskum lögum til þess að auka vægi hugverkaréttinda sem veðréttindi og þar með gera bæði eigendum hugverkaréttinda og lánastofnunum kleift að styðjast við veðsetningu hugverkaréttinda í auknum mæli.

Íslensk lög þurfa að geyma skýrari reglur um heimild til veðsetningar hugverkaréttinda. Þá þurfa lögin að kveða skýrar á um hvernig veðsetningu skuli hátað, hvernig réttarverndar skuli aflað og hvernig gæta skuli þess að veðandlag sé áreiðanlega tryggt. Þar af leiðandi þarf að samræma sérlög um hugverkaréttindi og sjá til þess að öllum vafa um veðsetningu slíkra réttinda verði eytt. Við lagabreytingar ber jafnframt að gæta þess að lögin valdi ekki ruglingi eða óvissu meðal

veðsala og veðhafa, t.d. hvað varðar vörn gagnvart grandlausum þriðja manni.

Þegar gera þarf þýðingarmiklar lagabreytingar á íslensku regluverki um veðsetningu hugverkaréttar, er mikilvægt að líta til norræns réttar og leiðbeiningarreglna og viðauka UNCITRAL um veðsetningu. Við gerð slíkra lagabreytinga er óþarfi „að finna upp hjólið að nýju“, ef svo má að orði komast. Norrænn réttur og sérstaklega leiðbeiningarreglurnar auk viðaukans hafa að geyma greinargóða fyrirmynd, sem styðjast má við. Í næstu grein höfunda verður fjallað nánar um æskilegar réttarbætur á þessu sviði í íslenskum rétti.



## Heimildaskrá

- „About UNCITRAL“ (UNCITRAL) <[www.uncitral.org/uncitral/en/about\\_us.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html)> skoðað 29. maí 2018
- Abraham, M., „Tapping the intangible: security interests and intellectual property“ (2013) 26 (8) *Insolvency Intelligence* 113
- , „Tapping the intangible: security interests and intellectual property“ (2014) 27 (3) *Insolvency Intelligence* 33
- Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið, „Frumkvæði & framfarir. Aðgerðaráætlun í þágu frumkvöðla og sprotafyrirtækja“ (2015) <[www.atvinnuvegaraduneyti.is/media/Acrobat/151217-Adgerdaaetlun-Frumkvaedi-og-framfarir.pdf](http://www.atvinnuvegaraduneyti.is/media/Acrobat/151217-Adgerdaaetlun-Frumkvaedi-og-framfarir.pdf)> skoðað 29. maí 2018
- Bazinas, S.V., „Intellectual Property Financing Under The UNCITRAL Guide“ (2011) 43 *Uniform Commercial Code Law Journal* 601
- Bromfield, V. og Runeckles, J., „Taking security over intellectual property: a practical overview“ (2006) 28 (6) *European Intellectual Property Review* 344
- Burton, B.W., Bienias, E. og Quinn, C. K., „Financing Alternatives for Companies: Using Intellectual Property as Collateral“ (SRR - Stout, Risius, Ross. Global Financial Advisory Services, 2014) <[www.srr.com/article/financing-alternatives-companies-using-intellectual-property-collateral](http://www.srr.com/article/financing-alternatives-companies-using-intellectual-property-collateral)> skoðað 29. maí 2018
- Dyson, J., „Ingenious Britain: Making the UK the leading high tech exporter in Europe“ (mars 2010) <<https://catapult.org.uk/wp-content/uploads/2016/04/Ingenious-Britain-James-Dyson-Report-2010.pdf.pdf>> skoðað 29. maí 2018
- „ELS-tíðindi, 2017.“ (Einkaleyfastofan) <[www.els.is/en/node/1233](http://www.els.is/en/node/1233)> skoðað 29. maí 2018
- Fischer Föh, K., Mandøe, L. og Tinten, B., *Erhvervsjura* (1. útg., *Academica* 2009)
- Gaukur Jörundsson, *Um veðréttindi* (Reykjavík 1974)
- Huuskonen, M., „The IPR Strategy of Finland: Protect and Play“ (IPR info Maganize, 19. maí 2009) <[www.iprinfo.com/julkaisut/iprinfo-lehti/lehtiarkisto/2009/IPRinfo\\_2-2009-en/en\\_GB/The\\_IPR\\_Strategy\\_of\\_Finland\\_Protect\\_and\\_Play/](http://www.iprinfo.com/julkaisut/iprinfo-lehti/lehtiarkisto/2009/IPRinfo_2-2009-en/en_GB/The_IPR_Strategy_of_Finland_Protect_and_Play/)> skoðað 29. maí 2018
- Jensen, J. B., „Selvstendig underpantsætning af immaterialret i Norge og Danmark - betydningen af sikringsakter“ [2015] (5) *Nordiskt Immaterielt Rättsskydd* 523
- Jón L. Arnalds, *Vörumerkjaréttur. Helstu meginreglur* (Bókaútgáfa Orators 1995)
- Jón L. Arnalds og Þorgeir Örlygsson, *Einkaleyfaréttur* (Bókaútgáfa Orators 1997)

- Kamiyama, S., Sheehan, J. og Martinez, C., „Valuation and Exploitation of Intellectual Property. STI Working Paper 2006/5. Statistical Analysis of Science, Technology and Industry“ (OECD, 30. júní 2006) DSTI/DOC(2006) 5 <[www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/DOC%282006%295&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/DOC%282006%295&docLanguage=En)> skoðað 29. maí 2018
- Karnøe, L., „Værd at vide om rettigheder: Design, varemærker, ophavsret, domænenavne m.v.“ (Chas. Hude) <[www.chashude.dk/~media/Files/PDF-Publikationer/Vaerd\\_at\\_vid\\_e\\_om\\_rettigheder.ashx](http://www.chashude.dk/~media/Files/PDF-Publikationer/Vaerd_at_vid_e_om_rettigheder.ashx)> skoðað 29. maí 2018
- „Könnun um aðgengi að fjármagni og fjárfestingaleiðum lögð fyrir sprota- og nýsköpunarfyrirtæki“ (Nýsköpunarmiðstöð Íslands, 9. nóvember 2014) <<http://nmi.is/frettir/2014/11/koennun-um-adgengi-ad-fjarmagni-og-fjarfestingaleidum-loegd-fyrir-sprota-og-nyskoepunarfyrirtaeki/>> skoðað 29. maí 2018
- Lehtimäki, T. og Pajuniemi, M., „Finland“ í Christopher Kandel (ritstj.), The Acquisition and Leveraged Finance Review (2. útg., Law Business Research 2015)
- Lipton, J., „Intellectual property in the Information Age and secured finance practice“ (2002) 24 (7) European Intellectual Property Review 358
- Longcroft, L., „Intellectual Property Financing – An introduction“ (WIPO - World Intellectual Property Organization, september 2008) <[www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2008/05/article\\_0001.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2008/05/article_0001.html)> skoðað 29. maí 2018
- Lund, A. M., „Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter: en utredning av spørsmålet om det bør åpnes for særskilt pantsettelse av immaterielle rettigheter“ (Justis- og politidepartement, 12. desember 2011) <[www.regjeringen.no/contentassets/c8264019e0cc49a082846ea8bac1e065/utredning\\_saerskilt\\_pantsettelse\\_av\\_immaterialrettigheter.pdf](http://www.regjeringen.no/contentassets/c8264019e0cc49a082846ea8bac1e065/utredning_saerskilt_pantsettelse_av_immaterialrettigheter.pdf)> skoðað 29. maí 2018
- Mansala, M. L., „An Ambitious Plan for Enhancing the Use of IPRs – Finnish IPR Strategy Has Seen Daylight“ (IPR info Magazine, 19. maí 2009) <[www.iprinfo.com/julkaisut/iprinfo-lehti/lehtiarkisto/2009/IPRinfo\\_2-2009-en/en\\_GB/An\\_Ambitious\\_Plan\\_for\\_Enhancing\\_the\\_Use\\_of\\_IPRs\\_\\_Finnish\\_IPR\\_Strategy\\_Has\\_Seen\\_Daylight/](http://www.iprinfo.com/julkaisut/iprinfo-lehti/lehtiarkisto/2009/IPRinfo_2-2009-en/en_GB/An_Ambitious_Plan_for_Enhancing_the_Use_of_IPRs__Finnish_IPR_Strategy_Has_Seen_Daylight/)> skoðað 29. maí 2018
- Møllerloken, O. M. og Christiansen, P. M., „Bank finance and regulation: Multi-jurisdictional survey Norway: Enforcement of security interests in banking transactions“ (Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange)
- Morgan, R. J., „Security interests in domain names and intellectual property“ (Lexology, 28. ágúst 2009) <[www.lexology.com/library/detail.aspx?g=502721a2-599a-4f9c-81d6-3b7ba3bf000b](http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=502721a2-599a-4f9c-81d6-3b7ba3bf000b)> skoðað 29. maí 2018
- Mortensen, P., Indledning til tingsretten: tredjemandskonflikter vedrørende løsøre (1. útg., Forlaget Thomson 2003)

- Mukherjee, P., „Giver dit virksomhedspant pant i hele virksomheden?“ (Horten, 19. ágúst 2014) <[www.horten.dk/Nyhedsliste/2014/August/Giver-dit-virksomhedspant-pant-i-hele-virksomheden](http://www.horten.dk/Nyhedsliste/2014/August/Giver-dit-virksomhedspant-pant-i-hele-virksomheden)> skoðað 29. maí 2018
- Niemi, A., Tuulos, J. og Nurkkala, J., „Lending and taking security in Finland: overview“ (Practical Law, 1. maí 2013) <<http://us.practicallaw.com/6-501-2491?source=relatedcontent>> skoðað 29. maí 2018
- Ogier, J. P., „Intellectual property, finance and economic development“ (WIPO - World Intellectual Property Organization, febrúar 2016) <[www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2016/01/article\\_0002.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2016/01/article_0002.html)> skoðað 29. maí 2018
- „Origin, Mandate and Composition of UNCITRAL“ (UNCITRAL) <[www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html)> skoðað 29. maí 2018
- Páll Sigurðsson, Höfundaréttur. Meginreglur íslensks réttar um höfundavernd (Háskólaútgáfan 1994)
- Páll Sigurðsson, Barbara Björnsdóttir og Hulda Guðný Kjartansdóttir (ritstj.), Lögfræðiorðabók með skýringum (3. útg., Bókautgáfan Codex: Lagastofnun Háskóla Íslands 2008)
- Salomaa, P. o.fl., „Contracts regarding Intellectual Property Rights (assignments and license) and third parties: Finland“ (AIPPI) Q190 <<http://aippi.org/wp-content/uploads/committees/190/GR190finland.pdf>> skoðað 29. maí 2018
- Sato, I., „Study on Governing Law on Security Rights in Intellectual Property“ (Japan Patent Office, 2013) <[www.iip.or.jp/e/e\\_summary/pdf/detail2012/e24\\_18.pdf](http://www.iip.or.jp/e/e_summary/pdf/detail2012/e24_18.pdf)> skoðað 29. maí 2018
- Schovsbo, J. og Rosenmeier, M., Immaterialret: Ophavsret, patentret, brugsmodelret, designret, varemærkeret (3. útg., Jurist- og Økonomforbundets forlag 2013)
- Schovsbo, J. og Svendsen, N. H., Designret. Designloven med kommentarer (2013)
- Schønning, P., Ophavsretsloven med kommentarer (4. útg., Peter Schønning & Forlaget Thomson A/S 2008)
- SI, „Fjölmennur fundur Samtaka sportafyrirtækja“ (13. janúar 2017) <[www.si.is/frettasafn/vel-sottur-fundur-samtaka-sprotafyrirtækja](http://www.si.is/frettasafn/vel-sottur-fundur-samtaka-sprotafyrirtækja)> skoðað 29. maí 2018
- Sigurður Hannesson, „Beta líf“ (Vísir.is, 17. maí 2018) <[www.visir.is/g/2018180519029](http://www.visir.is/g/2018180519029)> skoðað 29. maí 2018
- Sigurður Hannesson, „Nýsköpun eða stöðnun“ (SI, 13. nóvember 2017) <[www.si.is/upplýsingar-og-utgafa/greinasafn/nyskopun-eda-stodnun](http://www.si.is/upplýsingar-og-utgafa/greinasafn/nyskopun-eda-stodnun)> skoðað 29. maí 2018
- Skoghøy, J. E. A., Panterett (3. útg., Universitetsforlaget 2014)
- Stjórnarráðið; Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið, „Nýsköpun“ <[www.stjornarradid.is/verkefni/atvinnuvegir/nyskopun/](http://www.stjornarradid.is/verkefni/atvinnuvegir/nyskopun/)> skoðað 29. maí 2018

- „Stór hluti íslenskra sprotafyrirtækja líklegur til að flytja úr landi“ (Spyr. Í boði: Landsbankinn, 1. febrúar 2014) <[www.spyr.is/grein/hronn/5158?customer\\_id=35](http://www.spyr.is/grein/hronn/5158?customer_id=35)> skoðað 29. maí 2018
- „The Value of Intellectual Property Assets“ (WIPO - World Intellectual Property Organization) <[www.wipo.int/sme/en/ip\\_business/ip\\_asset/value\\_ip\\_assets.htm](http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/ip_asset/value_ip_assets.htm)> skoðað 29. maí 2018
- Townend, D. M. R., „Intellectual property as security interests: technical difficulties presented in the law“ (1997) 2 Intellectual Property Quarterly 168
- UNCITRAL, „UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. Supplement on Security Rights in Intellectual Property“ (United Nations, mars 2011) <[www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/10-57126\\_Ebook\\_Suppl\\_SR\\_IP.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/10-57126_Ebook_Suppl_SR_IP.pdf)> skoðað 29. maí 2018
- „UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions (2007)“ (UNCITRAL) <[www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/security/Guide\\_securedtrans.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/Guide_securedtrans.html)> skoðað 29. maí 2018
- „UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: Supplement on Security Rights in Intellectual Property (2010)“ (UNCITRAL) <[www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/security/ip-supplement.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/ip-supplement.html)> skoðað 29. maí 2018
- United Nations og United Nations Economic Commission for Europe, „Intellectual Property Commercialization. Policy Options and Practical Instruments“ (United Nations, 2011) ECE/CECI/12 <[www.unecce.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ip.pdf](http://www.unecce.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ip.pdf)> skoðað 29. maí 2018
- Viðskiptaráð Íslands, „Hvatar til nýsköpunar: Rétt úrfærsla skiptir sköpum“ (19. maí 2014) <[www.vi.is/files/Nyskopunarskodun\\_1679612750.pdf](http://www.vi.is/files/Nyskopunarskodun_1679612750.pdf)> skoðað 29. maí 2018
- Wallberg, K., Varemærkeret. Varemærkeloven og Fællesmærkeloven med kommentarer. EF-varemærket. Madrid-Protokollen (Jurist- og Økonomforbundets forlag 2008)
- Westerlund, G. og Simula, T., „Bank Finance and Regulation: Multi-Jurisdictional Survey: Security over collateral, Finland“ (Lex Mundi Publication) <[www.lexmundi.com/images/lexmundi/PracticeGroups/BankFinance/SOCsurvey/Finland.pdf](http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PracticeGroups/BankFinance/SOCsurvey/Finland.pdf)> skoðað 29. maí 2018
- WIPO - World Intellectual Property Organization, „What is Intellectual Property?“ <[www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/450/wipo\\_pub\\_450.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf)> skoðað 29. maí 2018
- Wold, E., „Immaterialrettigheter som panteobjekt“ (2006) 54 Lov og Rett 613
- Working Group VI (Security Interests), „Report of Working Group VI (Security Interests) on the work of its thirteenth session (New York, 19-23 May 2008)“ (UNCITRAL, 2008) A/CN.9/649 <<http://apps.americanbar.org/buslaw/committees/CL190000pub/materials/20080519uncitral.pdf>> skoðað 29. maí 2018

„Þinglýsingarvottorð (veðbókarvottorð) Upplýsingar um efni þess sem þinglýst er“ (Sýslumenn) <[www.syslumenn.is/thjonusta/skirteini-vegabref-vottord/vottord/](http://www.syslumenn.is/thjonusta/skirteini-vegabref-vottord/vottord/)> skoðað 29. maí 2018

Dorgeir Örlygsson, Veðréttur (Bókaútgáfan Codex 2010)

Ægir Guðbjarni Sigmundsson, „Um viðskiptavild og veðsetningu á viðskiptavild“ (1998) 51 (2) Úlfjótur

Ørgaard, A., Sikkerhed i løsøre (7. útg., Thomson Reuters 2010)

## Lagaskrá

### Íslensk lög

Lög um einkaleyfi, nr. 12/1923

Höfundalög, nr. 73/1972

Þinglýsingalög, nr. 39/ 1978

Lög um einkaleyfi, nr. 17/1991

Lög um vörumerki, nr. 45/1997

Lög um sammingsveð, nr. 75/1997

Lög um hönnun, nr. 46/2001

### Dönsk lög

LBKG 2012-01-24 nr 102 (Designloven)

LBKG 2012-01-24 nr 108 (Patentloven)

LBKG 2012-01-24 nr 109 (Varemærkeloven)

LBKG 2014-09-30 nr 1075 (Tinglysningsloven)

### Norsk lög

LOV-1935-06-07-2 (Tinglysningsloven)

LOV-1967-12-15-9 (Patentloven)

LOV-1980-02-08-2 (Panteloven)

LOV-2015-01-23-4 (Lov om endringer i panteloven m.m. (pant i patenter og planteforedlerretter))

### Finnsk lög

Copyright Act 404/1961 (English translation)

Trademark Act 7/1964 (English translation)

Patents Act 550/1967 (English translation)

Registered Designs Act 221/1971 (English translation)

## Lögskýringargögn

### *Íslensk lögskýringargögn*

Alþt. 1996, A-deild, þskj. 338 - 233. mál

Alþt. 1996, A-deild, þskj. 350 - 234. mál

### *Erlend lögskýringargögn*

LF 2005-04-27 nr 162 Forslag til lov om ændring af tinglysningsloven, konkursloven og andre love (Virksomhedspant)

Prop.101 L (2013-2014) Endringer i panteloven m.m. (pant i patenter og planteforedlerretter)

## Reglugerðir

Reglugerð um skráningu vörumerkja ofl., nr. 310/1997, með síðari breytingum, sbr. rg. nr. 528/2004 og rg. nr. 511/2012

Reglugerð um einkaleyfi, nr. 477/2012

## Dómaskrá

Hæstiréttur Noregs Rt-1992-1629

Hrd. 1. september 2003 í máli nr. 287/2003

**Abstract**

This article discusses the need of improved legislation in Iceland governing the taking of security over intellectual property rights and the requirements of the business community in this respect. As the result of profound changes in technology and business, the importance of intellectual property rights, as many companies' key assets, has increased. In many cases, intellectual property rights are the only assets that companies have to offer as security when borrowing funds. Conversely, many lending institutions are inclined only to accept security in physical assets.

The article sets off by giving a general overview of intellectual property rights and rules governing the taking of security under Icelandic law. This is followed by a discussion on how companies use intellectual property rights in order to obtain financing and lending institutions' approach in this context, along with the challenges that start-ups face when it comes to loan financing. Thereafter, the article gives a summary of governing rules in this field in three other Nordic countries, before discussing the UNCITRAL guidelines regarding recommended regulatory framework for the taking of security over intellectual property rights. The article concludes by discussing the importance of an improved legal environment in this area in Iceland.

# Hver er kjarni markaðsmisnotkunar?

---

» Dr. Andri Fannar Bergþórsson lektor við lagadeild HR

---

## Útdráttur

Markmiðið með greininni er að greina og rökstyðja hvaða skilyrði þurfa alltaf að vera fyrir hendi til að fella háttsemi undir markaðsmisnotkun eins og það er skilgreint í núgildandi lögum um verðbréfavíðskipti og eins og það verður skilgreint þegar nýtt Evrópuregluverk verður innleitt á Íslandi. Efnislega eru mjög litlar breytingar á orðalagi skilgreiningarinnar sem gerir það að verkum að umfjöllunin um hlutlæg og huglæg skilyrði markaðsmisnotkunar í þessari grein mun eiga við áfram þrátt fyrir umræddar breytingar. Byggt er á því að það séu tvö hlutlæg skilyrði markaðsmisnotkunar: 1) Að um sé að ræða verulega ranga eða misvísandi upplýsingagjöf (annað hvort í orði eða verki) og 2) að sú upplýsingagjöf sé líkleg til þess að hafa áhrif á virði fjármálagernings. Aðaláherslan er lögð á fyrri skilyrðið – um að hegðun þurfi að gefa markaðinum verulega rangar eða misvísandi upplýsingar til að falla undir markaðsmisnotkun. Ástæðan er sú að það skilyrði er ekki jafnaugljóst og skiptar skoðanir hafa verið meðal fræðimanna í Evrópu hvort bannið við markaðsmisnotkun nái aðeins til hegðunar sem gefur rangar eða misvísandi upplýsingar eða hvort bannið nái einnig til hegðunar sem hefur ekkert að gera með ranga eða misvísandi upplýsingagjöf heldur lýtur að því að nýta styrk sinn á markaði til að hreyfa við verðinu.





- 1 Inngangur**
- 2 Þróun evrópska regluverksins – úr MAD í MAR**
  - 2.1 Stuttlega um Lamfalussy-ferlið
  - 2.2 Samræmd skilgreining á markaðsmisnotkun innan EES-svæðisins með tilkomu MAD
  - 2.3 Hámarkssamræming á markaðsmisnotkunarhugtakinu með MAR
- 3 Vandamálið með skilgreininguna á markaðsmisnotkun**
  - 3.1 Af hverju að einblína á MAR skilgreininguna?
  - 3.2 Hvert er vandamálið?
  - 3.3 Markaðsmisnotkun í formi markaðsstyrks
  - 3.4 Hlutlæg skilyrði markaðsmisnotkunar
- 4 Verulega röng eða misvísandi upplýsingagjöf – fyrra hlutlæga skilyrðið og kjarni markaðsmisnotkunar**
  - 4.1 Almennt
  - 4.2 Af hverju er verulega röng eða misvísandi upplýsingagjöf kjarni markaðsmisnotkunar?
    - a) Ákvæðin um rangar eða misvísandi upplýsingar og blekkingu og sýndarmennsku
    - b) Banninu við markaðsmisnotkun var einungis ætlað að taka til rangrar eða misvísandi upplýsingajafar
    - c) Tilvísun í óeðlilegt og tilbúið verð í ákvæðinu um markaðsmisnotkun í orði
    - d) Hvað er átt við með að tryggja tilbúið eða óeðlilegt verð?
    - e) Markaðsmisnotkun í formi markaðsstyrks – felur einnig í sér ranga eða misvísandi upplýsingagjöf

- 4.3 Mismunandi form rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar
  - a) Sýndarviðskipti
  - b) Viðskipti í annarlegum tilgangi
- 4.4 Verulega röng eða misvísandi upplýsingagjöf – „material misinformation“
- 5 Líkleg áhrif á virðið – seinna hlutlæga skilyrðið
- 6 Niðurstöður og lokaorð

## 1 Inngangur

Á síðastliðnum árum hefur hugtakið markaðsmisnotkun verið mikið í umræðunni og hefur það meðal annars leikið stórt hlutverk í þeim refsímálum sem voru höfðuð í tengslum við fall þriggja stærstu viðskiptabanka landsins í október 2008. Frá árinu 2011 hafa til dæmis fallið sex dómur í Hæstarétti Íslands þar sem sakkfelld hefur verið fyrir markaðsmisnotkun – í öllum þessum málum var dæmt til fangelsisrefsingar og í flestum tilvikum voru þær óskilorðsbundnar. Svipaða þróun í fjölgun markaðsmisnotkunarmála má einnig greina í nágrenninum.<sup>1</sup>

Með hliðsjón af þessari þróun hefði mátt ætla að það lægi tiltölulega skýrt fyrir hvaða skilyrði þurfa að vera fyrir hendi til að fella háttsemi undir markaðsmisnotkun. Viðkomandi regluverk og dómaframkvæmd veita ákveðnar vísbendingar hvað þetta varðar en ekki meira en það. Nauðsynlegt er að það sé fyrirjafnanlegt hver séu hlutlæg skilyrði (og eðli málsins samkvæmt huglæg skilyrði) markaðsmisnotkunar, enda getur brot gegn ákvæðinu varðað allt að sex ára fangelsi hér á Íslandi.<sup>2</sup> Eins og vikið er að í þessari grein virðist vandinn liggja helst í því hvernig markaðsmisnotkun er skilgreind, bæði hér á landi og annars staðar í Evrópu þar sem sama regluverk gildir. Skilgreining á markaðsmisnotkun hefur að geyma töluvert af opnum og upp að vissu marki óljósum hugtökum sem skýra í sjálfu sér ekki með fullnægjandi hætti hvaða hegðun er bönnuð – hugtök eins og „óeðlilegt verð“, „tilbúningur“, „blekking“ og „sýndarmennska“. Þessi hugtök eru ekki skilgreind nánar í löggjöfinni heldur er í reglugerð að finna dæmi um atriði sem horfa skal til þegar metið er hvort um markaðsmisnotkun sé að ræða.<sup>3</sup> Síðan hefur nefnd á vegum Evrópusambandsins gefið

<sup>1</sup> Sjá t.d. umfjöllun um nýlega dómaframkvæmd í Danmörku hjá Hans Fogtdal: *Børskriminalitet*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2015, bls. 130–173 og Robert Sevenius og Torsten Örtengren: *Börsrätt*. Studentlitteratur 2012, bls. 260–261.

<sup>2</sup> Sbr. 1. t. l. 146. gr. laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti. Með tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2014/57/EB frá 16. apríl 2014 um refsiviðurlög við markaðssvikum (OJ 2014, L 173, bls. 179) er gert ráð fyrir að lágmarksrefsing fyrir brot gegn banni við markaðsmisnotkun í alvarlegri tilvikum varði allt að fjögurra ára fangelsi, sbr. 2. mgr. 7. gr. tilskipunarinnar.

<sup>3</sup> Sjá 7.–9. gr. reglugerðar nr. 630/2005 um innherjaupplýsingar og markaðssvik.

út leiðbeiningar sem koma með ýmis dæmi um háttsemi sem alla jafna myndi teljast til markaðsmisnotkunar. Þau dæmi er nú að finna í svokallaðri framseldri reglugerð<sup>4</sup> frá Evrópusambandinu sem hefur ekki enn verið innleidd í íslenskan rétt.<sup>5</sup>

Markmiðið hér er að greina og rökstyðja hvaða skilyrði þurfa alltaf að vera fyrir hendi til að fella háttsemi undir markaðsmisnotkun eins og það er skilgreint í nágildandi lögum um verðbréfavíðskipti og eins og það verður skilgreint þegar nýtt Evrópuregluverk verður innleitt á Íslandi.<sup>6</sup> Efnislega eru mjög litlar breytingar á orðalagi skilgreiningarinnar sem gerir það að verkum að umfjöllunin um hlutlæg og huglæg skilyrði markaðsmisnotkunar í þessari grein mun eiga við áfram þrátt fyrir umræddar breytingar.

Byggt er á því að það séu tvö hlutlæg skilyrði markaðsmisnotkunar: 1) Að um sé að ræða verulega ranga eða misvísandi upplýsingagjöf<sup>7</sup> (annað hvort í orði eða verki) og 2) að sú upplýsingagjöf sé líkleg til þess að hafa áhrif á virði fjármálagernings.<sup>8</sup> Aðaláherslan verður lögð á fyrra skilyrðið – um að hegðun þurfi að gefa markaðinum verulega rangar eða misvísandi upplýsingar til að falla undir markaðsmisnotkun.<sup>9</sup> Ástæðan er sú að það skilyrði er ekki jafnaugljóst og skiptar skoðanir hafa verið meðal fræðimanna í Evrópu hvort bannið við markaðsmisnotkun nái aðeins til hegðunar sem gefur rangar eða

<sup>4</sup> Á ensku nefnist ESB gerðin „delegated regulation“. Aðalsteinn E. Jónasson notar aðra þýðingu á gerðinni í bók sinni *Markaðssvik*, þar sem hann vísar til gerðanna sem viðbótarreglugerða. Sjá Aðalstein E. Jónasson: *Markaðssvik*. Codex 2017, bls. 60.

<sup>5</sup> Sjá framselda reglugerð framkvæmdastjórnarinnar nr. 2016/522 frá 17. desember 2015 m.a. um vísbendingar um markaðsmisnotkun (OJ 2015, L 88, bls. 1).

<sup>6</sup> Sjá umfjöllun í næsta kafla.

<sup>7</sup> Þýðing á ensku orðunum „material misinformation“.

<sup>8</sup> Á aðeins við um þá fjármálagerninga sem falla undir gildissvið bannsins við markaðsmisnotkun, sbr. 115. gr. laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti. Með innleiðingu á nýja reglugerkinu frá Evrópusambandinu á næsta ári mun gildissvið bannsins ná til fleiri gerninga og markaða en áður. Sjá umfjöllun í kafla 2.3 hér að aftan.

<sup>9</sup> Með orðinu „verulega“ í þessu sambandi er átt við hvort líklegt sé að fjárfestinga-ákvörðun skynsams fjárfestis hefði breyst ef hann hefði vitað um upplýsingarnar sem var haldið eftir eða að um rangar upplýsingar hafi verið að ræða. Sjá umfjöllun í kafla 4.3.

misvísandi upplýsingar<sup>10</sup> eða hvort bannið nái einnig til hegðunar sem hefur ekkert að gera með ranga eða misvísandi upplýsingagjöf heldur lýtur að því að nýta styrk sinn á markaði til að hreyfa við verðinu.<sup>11</sup>

Með rangri eða misvísandi upplýsingagjöf í þessu samhengi er átt við þegar misræmi er á milli þess hvað sá sem hefur frumkvæði að samskiptunum telur vera rétt eða hefði átt að vita að væri rétt og hvað skilaboðin, sem miðluð eru, gefa í raun til kynna. Þannig að ef aðili X telur staðreynd vera A en segir hana vera B, þá er X að veita rangar upplýsingar. Breytir þar engu um þó að staðreyndin reynist B. Þeim upplýsingum er annað hvort miðlað með orðum eða í verki. Það getur einnig talist röng eða misvísandi upplýsingagjöf þegar allur sannleikurinn er ekki sagður, t.d. X telur staðreynd vera A, B og C en segir hana aðeins vera A og B.<sup>12</sup>

Umfjölluninni verður skipt upp með þeim hætti að í *öðrum kafla* er fjallað um þróun evrópska regluverksins er varðar markaðsmisnotkun og hvernig það hefur verið innleitt í íslenskan rétt og að hluta til sem eftir á að innleiða. Hluti af því er að greina stuttlega frá lagasetningarferlinu innan Evrópusambandsins (ESB) sem allt regluverk sambandsins á sviði fjármagnsmarkaðsréttar fer í gegnum (undirkafla 2.1) – svonefnt Lamfalussy-ferli. Því næst er vikið að Markaðssvikatilskipuninni frá 2003 (MAD)<sup>13</sup> sem kynnti í fyrsta skipti til sögunnar samræmda skilgreiningu á markaðsmisnotkun meðal aðildarríkja ESB (undirkafla 2.2) og var síðan leyst af hólmi ellefu árum síðar með samþykkt Markaðssvikareglugerðarinnar frá 2014 (MAR)<sup>14</sup> (undirkafla 2.3).

<sup>10</sup> Á ensku: „misinforming“.

<sup>11</sup> Sjá umfjöllun um það í kafla 3.3.

<sup>12</sup> Sjá Jesper Lau Hansen: *Informationsmisbrug*. Jurist- og Ökonomforbundets Forlag 2001, bls. 15-17.

<sup>13</sup> Sjá tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2003/6/EB frá 28. janúar 2003 um innherjavíðskipti og markaðsmisnotkun (OJ 2002-2003, L 173, bls. 1).

<sup>14</sup> Sjá reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins nr. 596/2014 frá 16. apríl 2014 um markaðssvik (OJ 2014, L 173, bls. 1).

Kafla 3 útskýrir helstu ástæður fyrir þörf á að skýra nánar hlutlæg og huglæg skilyrði markaðsmisnotkunar. Í því sambandi er vikið að orðalagi skilgreiningarinnar í 1. mgr. 117. gr. laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti (vvl.), sem byggist á MAD skilgreiningunni, og skilgreiningunni í MAR (undirkafla 3.1). Í kjölfarið er útlistað helstu fræðikenningum um hvað sé átt við með hugtakinu markaðsmisnotkun (undirkafla 3.2) og dregið fram hver sé helsti vandinn við að útskýra með fullnægjandi hætti hvað sé átt við með hugtakinu.

Meginþungi umfjöllunarinnar er í 4. kafla, þar sem færð eru fram rök fyrir því að meginskilyrði og kjarni markaðsmisnotkunar sé verulega röng eða misvísandi upplýsingagjöf.<sup>15</sup>

Að lokum verður stuttlega vikið að síðara hlutlæga skilyrði markaðsmisnotkunar – líkleg áhrif á virðið – í 5. kafla. Niðurstöður eru síðan dregnar saman í kafla 6 ásamt fáeinum lokaorðum um viðfangsefni þessarar greinar.

## 2. Þróun evrópska regluverksins – úr MAD í MAR

### 2.1 Stuttlega um Lamfalussy-ferlið

Bannið við markaðsmisnotkun í íslenskum rétti er alfarið byggt á evrópsku regluverki og þar af leiðandi er nauðsynlegt að þekkja það regluverk, lagasetningarferlið að baki því og hvaða réttarheimildir eru til staðar sem nýtast við að skýra hugtakið markaðsmisnotkun. Vikið er fyrst að lagasetningarferlinu innan ESB sem MAD og nú MAR byggja á (og öll afleidd löggjöf) áður en fjallað er um gerðirnar tvær, þ.e. MAD og MAR.

<sup>15</sup> Á ensku: „material misinformation“.

Árið 2001 kom út svokölluð Lamfalussy skýrsla innan ESB<sup>16</sup> sem lagði fram tillögur að verkferli sem var ætlað að hraða lagasetningarferlinu innan sambandsins. Ferlið hafði verið talið alltof hægvirkt til þessa og náði þannig ekki að halda við hraðri þróun á fjármagnsmörkuðum í Evrópu.<sup>17</sup> Lagasetningarferlið, sem skýrslan lagði til, hefur verið nefnt Lamfalussy-ferlið.<sup>18</sup> Markmiðið með ferlinu var að gera lagasetningarferlið skilvirkara þannig að sambandið gæti brugðist fljótt við breyttum aðstæðum á markaði og stuðlað að samræmdari og einsleitari fjármálamörkuðum í Evrópu.<sup>19</sup>

MAD og afleiddar tilskipanir voru samþykktar á grundvelli Lamfalussy-ferlisins eins og því var lýst í skýrslunni frá 2001. Það regluverk var innleitt í íslenskan rétt m.a. með breytingarlögum nr. 31/2005 og reglugerð nr. 630/2005 um markaðssvik og innherjaupplýsingar.<sup>20</sup> Ferlið hefur tekið þó nokkrum breytingum á síðastliðnum árum innan ESB en grunnhugsunin er enn sú sama. Ferlið mætti setja upp myndrænt með eftirfarandi hætti:

---

<sup>16</sup> Skýrslan var gefin út af nefnd sem nefnist á ensku „Committee of the Wise Men“. Sjá *Initial Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*. The Committee of Wise Men, Brussel 9. nóvember 2000 og *Final report of the Committee of the Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*. The Committee of Wise Men, Brussel 15. febrúar 2001.

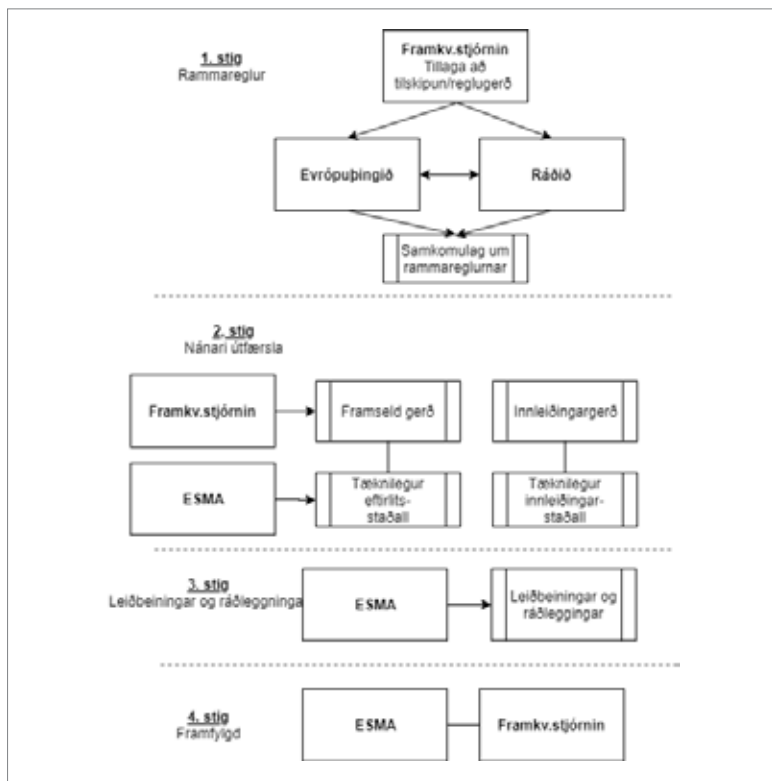
<sup>17</sup> Sjá *Financial Services: Implementing the Framework for Financial Markets: Action Plan COM(1999)232*. Commission Communication, Brussel 11. maí 1999, bls. 17.

<sup>18</sup> Skýrslan og ferlið sjálf var nefnt eftir formanni nefndarinnar, Alexandre Lamfalussy. Sjá *Initial Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*, bls. 24. Sjá einnig umfjöllun hjá Rüdiger Veil: *European Capital Markets Law*. Hart Publishing 2013, bls. 28 og Emilius Avgouleas: *The Mechanics and Regulation of Market Abuse. A legal and Economic Analysis*. Oxford University Press 2005, bls. 246–247.

<sup>19</sup> Sjá *Initial Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*, bls. 24. Sjá t.d. umfjöllun hjá Veil: *European Capital Markets Law*, bls. 28 og Avgouleas: *The Mechanics and Regulation of Market Abuse*, bls. 246–247.

<sup>20</sup> Sjá umfjöllun um Lamfalussy-ferlið t.d. hjá Aðalsteinn E. Jónassyni: „Þróun löggjafar um verðbréfavíðskipti. Einkavæðing, alþjóðavæðing og vöxtur fjármálamarkaða.“ *Tímarit lögréttu*, 2. tbl. 2008, bls. 130–131.





Mynd 1: Lamfalussy-ferlið með síðari breytingum<sup>21</sup>

Lamfalussy-ferlið er byggt upp með svipaðri nálgun og gert er í innlendra lagasetningu á Íslandi, þar sem sett lög frá Alþingi mynda rammareglurnar sem eru útfærðar nánar í stjórnsýslufyrirmælum. Eftirlitsstjórnvald (eins og t.d. Fjármálaeftirlitið) tryggir síðan samræmda túlkun og framkvæmd með ýmsum hætti, t.d. með útgáfu leiðbeinanda tilmæla og beitingu stjórnvaldssekta.

Ferlinu er skipt upp í fjögur stig. Á fyrsta stigi eru settar rammareglur eða meginreglur í formi tilskipana og reglugerða af hálfu Evrópuþingsins og

<sup>21</sup> Myndin er að hluta til byggð á framsetningu hjá Veil: *European Capital Markets Law*, bls. 36 og í 2001 Lamfalussy Report 6.

ráðsins á grundvelli tillögu frá framkvæmdastjórninni.<sup>22</sup> Ferlið á fyrsta stigi nefnist hið almenna lagasetningarferli og byggir á jafnræði meðal Evrópuþingsins og ráðsins í lagasetningunni þar sem báðar stofnanir þurfa að samþykkja löggjöfina.<sup>23</sup> Það getur þýtt margar málamiðlanir og breytingar á upphaflegri tillögu framkvæmdastjórnarinnar, eins og t.d. var raunin með MAR.<sup>24</sup>

Líkt og með sett lög frá Alþingi þá veita rammareglurnar á fyrsta stigi ákveðnar heimildir fyrir framkvæmdastjórnina að útfæra nánar þessar meginreglur á *öðru stigi* Lamfalussy-ferlisins í samstarfi við aðrar Evrópustofnanir<sup>25</sup> – í tengslum við MAR væri það Evrópska verðbréfanefndin (ESC)<sup>26</sup> og Evrópska verðbréfamarkaðseftirlitsstofnunin (ESMA),<sup>27</sup> sem tók við af CESR.<sup>28</sup> Löggjöfin á öðru stigi ferlisins getur verið annars vegar í formi framseldra gerða eða innleiðingargerða sem eru aðallega að frumkvæði

---

<sup>22</sup> *Final report of the Committee of the Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*, bls. 22.

<sup>23</sup> Á ensku nefnist ferlið „ordinary legislative process“ en nefndist áður „co-decision process“. Sjá t.d. umfjöllun hjá Gráinne De Búrca og Paul Craig: *EU law: text, cases, and materials*. 5. útgáfa. Oxford University Press 2011, bls. 124. Sjá einnig umfjöllun í *A guide to how the European Parliament co-legislates under the ordinary legislative procedure*. European Parliament, Brussel 2014, bls. 1 og Niamh Moloney: *EU Securities and Financial Markets Regulation*. 3. útgáfa. Oxford University Press 2014, bls. 888.

<sup>24</sup> Sjá muninn á tillögu framkvæmdastjórnarinnar að reglugerð um markaðssvik frá 20. október 2011. COM(2011) 651 final og reglugerðinni þegar hún var samþykkt 16. apríl 2014.

<sup>25</sup> Ferlið á öðru stigi nefnist á ensku „comitology process“. Sjá t.d. umfjöllun hjá Veil: *European Capital Markets Law*, bls. 31 og Moloney: *EU Securities and Financial Markets Regulation*, bls. 865.

<sup>26</sup> Á ensku: „European Securities Committee“.

<sup>27</sup> Á ensku: „European Securities and Markets Authority“. Sjá t.d. *Final report of the Committee of the Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*, bls. 19. Gerðar voru miklar breytingar á öðru stigi ferlisins frá því að MAD var samþykkt árið 2003 þar til MAR var samþykkt árið 2014. Sjá umfjöllun um helstu breytingarnar t.d. hjá Veil: *European Capital Markets Law*, bls. 29.

<sup>28</sup> Sjá t.d. forsendu 67 reglugerðar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 1095/2010 frá 24. nóvember 2010 um að stetta á fót Evrópska verðbréfamarkaðseftirlitsstofnun (OJ 2010, L 331, bls. 84).

framkvæmdastjórnarinnar<sup>29</sup> og hins vegar tæknilegra eftirlitsstaðla og tæknilegra innleiðingarstaðla sem eru að frumkvæði ESMA.<sup>30</sup>

Á þriðja stigi ferlisins hefur ESMA það hlutverk að tryggja samræmda túlkun 1. og 2. stigs löggjafarinnar með útgáfu leiðbeininga og ráðlegginga. Leiðbeiningar CESR, forvera ESMA, hafa t.d. gegnt fyrirferðamiklu hlutverki við túlkun á banni við markaðsmisnotkun og innherjasvikum.<sup>31</sup> Að lokum hafa framkvæmdastjórnin og ESMA eftirlit með innleiðingu á regluverkinu meðal aðildarríkjanna á fjórða stigi Lamfalussy-ferlisins, t.d. með spurningarlistum til eftirlitsstjórnvalda aðildarríkjanna og þess háttar.<sup>32</sup>

## 2.2 Samræmd skilgreining á markaðsmisnotkun innan EES-svæðisins með tilkomu MAD

Í gegnum tíðina hafa ríki innan EES-svæðisins bannað hegðun sem flokka mætti sem markaðsmisnotkun. Á Norðurlöndunum hefur til dæmis bann við markaðsmisnotkun verið í almennum hegningarlögum, að undanskildu Íslandi, frá því í upphafi fjórða áratugar síðustu aldar.<sup>33</sup> Á tíunda áratug síðustu aldar

<sup>29</sup> Á ensku nefnast framseldar gerðir „delegated acts“ og innleiðingargerðir nefnast „implementing acts“. Aðalsteinn Þýðir „implementing acts“ með sama hætti en þýðir „delegated acts“ sem viðbótargerðir. Sjá Aðalstein E. Jónasson: *Markaðssvik*, bls. 60.

<sup>30</sup> Á ensku nefnast tæknilegir eftirlitsstaðlar „regulatory technical standards“ og tæknilegir innleiðingarstaðlar nefnast „implementing technical standards“. Aðalsteinn Þýðir fyrra hugtakið sem „viðbótarreglugerðir“ og hið síðara sem „innleiðingarreglugerðir“. Sjá Aðalstein E. Jónasson: *Markaðssvik*, bls. 60. Sjá umfjöllun um annað stig Lamfalussy-ferlisins með síðari breytingum t.d. hjá European Institute of Public Administration (EIPA): *Delegated & Implementing Acts. The New Comitology. EIPA Essential Guide*. 5. útgáfa, September 2013, bls. 13 og Veil: *European Capital Markets Law*, bls. 34-35 og 118-131.

<sup>31</sup> Sjá t.d. Aðalstein E. Jónasson: *Markaðssvik*, bls. 456-553, þar sem höfundur bókarinnar vísar töluvert til leiðbeininga CESR þar sem koma fram dæmi um hegðun sem telst að öllu jöfnu til markaðsmisnotkunar.

<sup>32</sup> *Final report of the Committee of the Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*, bls. 19. Sjá einnig Niamh Moloney: *EU Securities and Financial Markets Regulation*, bls. 864.

<sup>33</sup> Sjá t.d. Jesper Lau Hansen: „MAD in a Hurry: The Swift and Promising Adoption of the EU Market Abuse Directive“. *European Business Law Review*, 2. tbl. 2004, bls. 205 (neðanmálsgrein 90).

voru síðan innleidd ítarlegri ákvæði um markaðsmisnotkun í verðbréfavíðskiptalöggjöf allra Norðurlandanna.<sup>34</sup>

Það var þó ekki fyrr en með tilkomu MAD árið 2003 að kynnt var til sögunnar í fyrsta skipti samræmd skilgreining á markaðsmisnotkun innan alls EES-svæðisins. Upphaflega var tilskipuninni einungis ætlað að innleiða bann við markaðsmisnotkun en ákveðið var að sameina í eina tilskipun upplýsingaskyldu útgefanda og bann við markaðsmisnotkun og innherjasvikum. MAD er svokölluð rammtilskipun á fyrsta stigi Lamfalussy-ferlisins og síðan voru samþykktar þrjár innleiðingartilskipanir og ein reglugerð á öðru stigi ferlisins sem útfærði nánar þær meginreglur sem komu fram í MAD. Í samræmi við skyldur Íslands vegna sammingsins um EES<sup>35</sup> var regluverkið síðan innleitt í íslenska löggjöf með lögum nr. 31/2005 sem breyttu þágildandi lögum um verðbréfavíðskipti og reglugerð nr. 630/2005 um innherjaupplýsingar og markaðssvik og reglur nr. 670/2005 um meðferð innherjaupplýsinga og víðskipti innherja (nú reglur nr. 1050/2012).<sup>36</sup>

MAD og afleiddar tilskipanir voru hugsaðar sem lágmarkssamræming á löggjöf á þessu sviði, sem þýddi að aðildarríki innan EES gátu gengið lengra með ákveðnar reglur, t.d. með því að hafa þær strangari.<sup>37</sup> Flest aðildarríki ákváðu hins vegar að innleiða reglurnar nánast orðréttar sem gerði það að verkum að skilgreiningin á markaðsmisnotkun var mjög svipuð hjá flestum aðildarríkjum, með þó fáeinum undantekningum.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Jesper Lau Hansen: „MAD in a Hurry“, bls. 205 (neðanmálgrein 90). Sjá einnig Jesper Lau Hansen: *Informationsmisbrug*. Jurist- og Okonomforbundets Forlag 2001, bls. 150-159.

<sup>35</sup> Sjá lög nr. 2/1993 um Evrópska Efnahagssvæðið.

<sup>36</sup> Sjá umfjöllun t.d. hjá Aðalsteini E. Jónassyni: *Markaðssvik*, bls. 39-40.

<sup>37</sup> Sjá Niamh Moloney: *EC securities regulation*. 2. útgáfa. Oxford University Press 2008, bls. 916-917 og Luca Enriques og Matteo Gatti: „Is there a uniform EU securities law after the Financial Services Action Plan“ *Stanford Journal of Law, Business & Finance* 2008, bls. 61. Í sumum tilvikum var aðildarríkjum ekki heimilt að hafa reglurnar strangari. Sjá umfjöllun hjá Enriques og Gatti: „Is there a uniform EU securities law after the Financial Services Action Plan“, bls. 61.

<sup>38</sup> Sjá t.d. umfjöllun í *Comparative Implementation of EU Directives (I): Insider Dealing and Market Abuse*. The British Institute of International and Comparative Law, London desember 2005, bls. 11. Sjá einnig Niamh Moloney: *EC securities regulation*, bls. 217 og Veil: *European Capital Markets Law*, bls. 177.

Allt það sem varðar skilgreininguna á markaðsmisnotkun var innleitt nánast orðrétt í íslenska löggjöf og þær reglur eru enn í gildi enda hefur MAR regluverkið ekki verið innleitt á Íslandi þegar þetta er ritað. Skilgreiningin er byggð upp með þeim hætti að í 1. mgr. er tekið fram að markaðsmisnotkun sé óheimil<sup>39</sup> og síðan er í þremur tölulíðum skilgreint hvað sé átt við með markaðsmisnotkun.

Í reglugerð nr. 630/2005 um innherjaupplýsingar og markaðssvik er að finna upptalningu á atvikum sem horfa skal til við mat á því hvort um markaðsmisnotkun sé að ræða.<sup>40</sup> Upptalningin er byggð á atriðum sem koma fram í MAD og í tilskipun framkvæmdastjórnarinnar 2003/124/EB um skilgreiningu og birtingu á innherjaupplýsingum og skilgreiningu á markaðsmisnotkun.<sup>41</sup> Í tilskipuninni er reyndar einnig tekið fram að þessi atvik sem eru talin upp séu ekki tæmandi og teljast ekki endilega í sjálfu sér til markaðsmisnotkunar.<sup>42</sup> Í dómaframkvæmd hefur verið litið til upptalningarinnar þegar rökstutt hefur verið að tiltekin hegðun teljist til markaðsmisnotkunar. Í *dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 19. nóvember 2014 í máli nr. S-207/2013* í svokölluðu Landsbankamáli var heimfærslan t.d. rökstudd með eftirfarandi hætti:

Samkvæmt framansögðu, og með vísan til b-liðar 7. gr. og a- og g-liða 8. gr. reglugerðar [...] þykir sannað að ákærðu hafi, dagana 29. september til og með 3. október 2008, í sameiningu átt viðskipti og gert tilboð í viðskiptakerfi Kauphallarinnar, sem tryggt hafi óeðlilegt verð og búið til verð á hlutabréfum í Landsbankanum og jafnframt gefið eða verið

<sup>39</sup> Í 115. gr. vvl. er gildissvið bannsins við markaðsmisnotkun afmarkað. Samkvæmt 1. mgr. ákvæðisins tekur bannið til fjármálagerninga sem teknir hafa verið til viðskipta eða óskað hefur verið eftir að teknir verði til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði hér á landi, á Evrópska efnahagssvæðinu eða á sambærilegum erlendum mörkuðum (1. tl.) og fjármálagerninga sem tengdir eru einum eða fleiri fjármálagerningum skv. 1. tl. (2. tl.). Bannið tekur einnig til fjármálagerninga sem verslað er með á markaðstorgi fjármálagerninga (MTF) hér á landi og fjármálagerninga sem tengdir eru einum eða fleiri slíkum fjármálagerningum, sbr. 2. mgr. 115. gr. vvl.

<sup>40</sup> Sjá 7.-9. gr. reglugerðarinnar.

<sup>41</sup> Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2003/124/EB frá 22. desember 2003 um skilgreiningu og birtingu á innherjaupplýsingum og skilgreiningu á markaðsmisnotkun (OJ 2003, L 339, bls. 70).

<sup>42</sup> Sjá orðalag t.d. í 4. gr. tilskipunar 2003/124/EB.

líkleg til að gefa framboð, eftirspurn eða verð bréfanna ranglega eða misvísandi til kynna. Verða ákærðu sakfelldir fyrir markaðsmisnotkun [...].<sup>43</sup>

Í dómi Hæstaréttar í málinu<sup>44</sup> var ekki vísað með sama hætti til upptalningarinnar í reglugerðinni en héraðsdómurinn sýnir að upptalningin getur haft áhrif á matið á hvaða hegðun getur talist til markaðsmisnotkunar.

### 2.3 Hámarkssamræming á markaðsmisnotkunarhugtakinu með MAR

Efnislega voru ekki miklar breytingar gerðar á svokallaðri grunn-skilgreiningu á markaðsmisnotkun<sup>45</sup> með samþykkt MAR og afleiddrar löggjafar. Skilgreiningin hefur enn að geyma sömu opnu og matskenndu hugtökinn sem eru að finna í MAD og 1. mgr. 117. gr. vvl. Helstu breytingarnar frá MAD eru útvíkkun á gildissviði bannsins,<sup>46</sup> rýmra orðalag um hvaða hegðun falli undir bannið<sup>47</sup> og sértölulíður um markaðsmisnotkun í tengslum við svokallaðar vaxtaviðmiðanir,<sup>48</sup> sem notaðar eru til að reikna út lánskjör og geta einnig haft áhrif á hvernig ýmsir fjármálagerningar eru verðlagðir.<sup>49</sup>

<sup>43</sup> Sjá bls. 42 í í dómi Hæstaréttar í máli nr. 842/2014 (rafræn útgáfa dómsins).

<sup>44</sup> Sjá dóm Hæstaréttar Íslands frá 4. febrúar 2014 í máli nr. 842/2014.

<sup>45</sup> Sem er að finna í 1. mgr. 117. gr. vvl. og 2. mgr. 1. gr. MAD.

<sup>46</sup> Sjá umfjöllun hjá Aðalsteini E. Jónassyni: *Markaðssvik*, bls. 54–56, Rüdiger Veil: *European Capital Markets Law*, bls. 178 og Niamh Moloney: *EU Securities and Financial Markets Regulation*, bls. 714–717.

<sup>47</sup> Í 1. og 2. tl. 1. mgr. 117. gr. vvl., sem svarar til a- og b-liðar 2. mgr. 1. gr. MAD, er einungis vísað til viðskipta og gerð tilboða en hegðunin í a- og b-lið 1. mgr. 12. gr. MAR tekur til viðskipta, gerð tilboða og annarrar hegðunar (e. any other behaviour). Sjá t.d. umfjöllun um þessa viðbót hjá Aðalsteini E. Jónassyni: *Markaðssvik*, bls. 55.

<sup>48</sup> Á ensku: „benchmark“. Vaxtamiðanir er ekki bein þýðing á orðinu „benchmark“ þannig að út frá orðalagi ákvæðisins getur bannið tekið til annarra viðmiða. Sjá t.d. umfjöllun hjá Aðalsteini E. Jónassyni: *Markaðssvik*, bls. 56–57.

<sup>49</sup> Sjá t.d. breytta tillögu að reglugerð um markaðssvik (2011/0295) (COD), bls. 2 og 44. forsendu að MAR.

Auk þess var sérákvæðið um fjölmiðla og markaðsmisnotkun flutt úr grunnskilgreiningunni yfir í a-lið 21. gr. MAR.<sup>50</sup>

Skilgreininguna er nú að finna í 1. mgr. 12. gr. MAR<sup>51</sup> og er svohljóðandi í íslenskri þýðingu höfundar:

Í þessari reglugerð fellur eftirtalin hegðun undir markaðsmisnotkun:

- (a) að eiga viðskipti, leggja fram tilboð eða hvers kyns hegðun sem:
  - (i) gefur eða er líkleg til að gefa rangar eða misvísandi upplýsingar um framboð, eftirspurn eða verð fjármálagernings, tengds hrávörusamnings á stundarmarkaði eða uppboðsvöru á losunarheimildum, eða
  - (ii) tryggir eða er líkleg til að tryggja óeðlilegt eða tilbúið verð eins eða fleiri fjármálagerninga, tengds hrávörusamnings á stundarmarkaði eða uppboðsvöru á losunarheimildum; nema aðilinn sem átti viðskiptin, lagði fram tilboðið eða viðhafði aðra háttsemi eða hegðun geti sýnt fram á að ástæður að baki þeim séu lögmætar og að viðskiptin eða fyrirmælin hafi verið í samræmi við viðurkennda markaðsframkvæmd í samræmi við 13. gr.;
- (b) að eiga viðskipti, leggja fram tilboð eða hver kyns hegðun sem hefur áhrif eða er líkleg til að hafa áhrif á verð eins eða fleiri fjármálagerninga, tengds hrávörusamnings á stundarmarkaði eða uppboðsvöru á losunarheimildum, sem byggð eru á tilbúningi eða þar sem notuð eru einhver form blekkingar eða sýndarmennsku;
- (c) dreifa upplýsingum gegnum fjölmiðla, þ.m.t. internetið, eða með einhverjum hætti, sem gefur eða er líklegt til að gefa rangar eða misvísandi upplýsingar um framboð, eftirspurn eða verð fjármálagernings, tengds hrávörusamnings á stundarmarkaði eða uppboðsvöru á losunarheimildum, eða tryggir eða er líklegt til að tryggja óeðlilegt eða tilbúið verð eins eða fleiri fjármálagerninga, tengds hrávörusamnings á stundarmarkaði eða uppboðsvöru á losunarheimildum, þ.m.t. dreifingu orðróms, enda hafi sá sem dreifði upplýsingunum vitað eða mátt vita að upplýsingarnar voru rangar eða misvísandi.

<sup>50</sup> Sérákvæðið um fjölmiðla er ennþá hluti af skilgreiningunni í 3. t. 1. mgr. 117. gr. vvl., enda hefur MAR ekki enn verið innleitt í íslenskan rétt þegar þetta er ritað. Sjá umfjöllun um sérákvæðið eins og það kemur fyrir í nágildandi vvl. í Andri Fannar Bergþórsson: „Markaðsmisnotkun í formi rangrar upplýsingagjafar“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. töl. 2009, bls. 223.

<sup>51</sup> Bannið sjálf er að finna í 15. gr. MAR.

- (d) dreifa röngum eða misvísandi upplýsingum eða veita röng eða misvísandi gögn í tengslum við viðmiðun, enda hafi sá sem veitti upplýsingarnar eða gögnin vitað eða mátt vita að upplýsingarnar eða gögnin voru röng eða misvísandi, eða hvers kyns hegðun þar sem beitt er einhvers konar markaðsmisnotkun við útreikning á viðmiði.<sup>52</sup>

Hvorki MAR né afleidd löggjöf skilgreinir nánar hvað sé átt við með þeim hugtökum sem eru notuð til að lýsa markaðsmisnotkun, hugtökum eins „rangar eða misvísandi upplýsingar“, „óeðlilegt eða tilbúið verð“ og „form blekkingar eða sýndarmennska“. Í staðinn eru taldar upp tilteknar vísbendingar um markaðsmisnotkun í viðauka við MAR sem svipar til þeirrar upptalningar sem er að finna í 8.-9.

---

<sup>52</sup> Þegar þetta er ritað hefur MAR ekki verið þýtt á íslensku. Ákvæðið er svohljóðandi á ensku: „For the purposes of this Regulation, market manipulation shall comprise the following activities: (a) entering into a transaction, placing an order to trade or any other behaviour which: (i) gives, or is likely to give, false or misleading signals as to the supply of, demand for, or price of, a financial instrument, a related spot commodity contract or an auctioned product based on emission allowances; or (ii) secures, or is likely to secure, the price of one or several financial instruments, a related spot commodity contract or an auctioned product based on emission allowances at an abnormal or artificial level; unless the person entering into a transaction, placing an order to trade or engaging in any other behaviour establishes that such transaction, order or behaviour have been carried out for legitimate reasons, and conform with an accepted market practice as established in accordance with Article 13; (b) entering into a transaction, placing an order to trade or any other activity or behaviour which affects or is likely to affect the price of one or several financial instruments, a related spot commodity contract or an auctioned product based on emission allowances, which employs a fictitious device or any other form of deception or contrivance; (c) disseminating information through the media, including the internet, or by any other means, which gives, or is likely to give, false or misleading signals as to the supply of, demand for, or price of, a financial instrument, a related spot commodity contract or an auctioned product based on emission allowances or secures, or is likely to secure, the price of one or several financial instruments, a related spot commodity contract or an auctioned product based on emission allowances at an abnormal or artificial level, including the dissemination of rumours, where the person who made the dissemination knew, or ought to have known, that the information was false or misleading; (d) transmitting false or misleading information or providing false or misleading inputs in relation to a benchmark where the person who made the transmission or provided the input knew or ought to have known that it was false or misleading, or any other behaviour which manipulates the calculation of a benchmark.“



gr. reglugerðar nr. 630/2005.<sup>53</sup> Þar að auki eru talin upp ýmis dæmi um markaðsmisnotkun annars vegar í 2. mgr. 12. gr. MAR og hins vegar í viðauka II við framselda reglugerð framkvæmdastjórnarinnar 2016/522 sem fellur undir svokallaða 2. stigs löggjöf MAR regluverksins.<sup>54</sup>

Eins og með MAD regluverkið ber Íslandi að innleiða MAR og afleidda löggjöf þegar sameiginlega EES-nefndin hefur samþykkt regluverkið. Stærsti munurinn á MAD og MAR er að síðarnefnda gerðin er í formi reglugerðar. Það sama á við alla afleidda löggjöf í MAR regluverkinu.<sup>55</sup> Með þessari þróun hefur Evrópusambandið náð hámarkssamræmingu á markaðsmisnotkunarhugtakinu meðal aðildarríkja sambandsins, enda gilda reglugerðir í rétti ríkjanna án sérstakrar innleiðingar eða lögfestingar.<sup>56</sup> Þetta fyrirkomulag gerir það að verkum að reglur um markaðsmisnotkun eru samhljóða hjá öllum aðildarríkjunum. Munurinn hjá Íslandi og öðrum EFTA ríkjum innan EES-svæðisins er sá að hjá þessum ríkjum hafa reglugerðir ekki svokölluð bein lagaáhrif og þurfa því gerðirnar að vera innleiddar sérstaklega í innlenda löggjöf, hvort sem það er gert í settum lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum. Lagatextinn sjálfur úr MAR og afleiddri löggjöf verður hins vegar sá sami og hjá aðildarríkjum ESB.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Sjá umfjöllun t.d. hjá Aðalsteini E. Jónassyni: *Markaðssvik*, bls. 454–455.

<sup>54</sup> Sjá reglugerð nr. 2016/522.

<sup>55</sup> Sjá t.d. umfjöllun hjá Aðalsteini E. Jónassyni: *Markaðssvik*, bls. 60–61.

<sup>56</sup> Sjá umfjöllun hjá Sigurði Líndal og Skúla Magnússyni: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins. Megindrættir*. Hið íslenska bókmenntafélag 2011, bls. 57, Arnaldi Hjartarsyni: *Evrópskur bankaréttur - og áhrif hans á íslenskan rétt*. Fons Juris 2017, bls. 57–58 og Craig and De Búrca: *EU law: text, cases, and materials*, bls. 190.

<sup>57</sup> Sjá t.d. umfjöllun hjá Sigurði Líndal and Skúla Magnússyni: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 135.

## 3. Vandamálið með skilgreininguna á markaðsmisnotkun

### 3.1 Af hverju að einblína á MAR skilgreininguna?

Í ljósi þess að MAR og afleidd löggjöf hefur ekki enn verið innleidd í íslenska löggjöf er ennþá í gildi skilgreiningin í 1. mgr. 117. gr. vvl. sem byggir á MAD. Það má spyrja sig hversu heppilegt það er að sömu reglur um markaðsmisnotkun gilda ekki á Íslandi og hjá aðildarríkjum ESB. Hlutabréf heilbrigðitækni fyrirtækisins Össurar hf. voru til dæmis tekin til viðskipta á skipulegum markaði á Íslandi og í Danmörku árið 2017. Á þeim tíma var því möguleiki að háttsemi sem féll undir bannið samkvæmt MAR væri ólögmat í Danmörku en lögmat á Íslandi. MAR skilgreiningin tekur til dæmis ekki aðeins til „viðskipta og tilboða“ líkt og orðalagið er í 1. mgr. 117. gr. vvl. heldur líka til hvers kyns hegðunar. Það gæti haft í för með sér að háttsemi sem hefur það að markmiði að koma í veg fyrir aukið framboð hlutabréfa gæti fallið undir bannið í Danmörku en myndi að öllum líkindum falla utan bannsins á Íslandi.

Það eru þó allar líkur á því að bætt verði úr þessu árið 2018 þegar MAR regluverkið verður innleitt hér á landi. Þar sem skilgreiningin verður samhljóða MAR skilgreiningunni hefur það mesta þýðingu fyrir framtíðina að horfa til MAR í stað þess að fjalla um skilgreininguna í vvl. sem byggir á eldri skilgreiningunni í MAD. Þar af leiðandi er einblínt á MAR skilgreininguna í þessari grein þegar fjallað er um hlutlæg skilyrði markaðsmisnotkunar. Eins og vikið var að hér að framan þá er skilgreiningin í MAR efnislega sú sama og í MAD jafnvel þótt gildissviðið hafi verið víkkað, sbr. umfjöllun í undirkafla 2.3. Það er því mögulegt að horfa til dómaframkvæmdar á Íslandi sem byggir á MAD skilgreiningunni þegar hlutlæg skilyrði markaðsmisnotkunar samkvæmt MAR eru skoðuð.

### 3.2 Hvert er vandamálið?

Orðalag MAD og MAR skilgreiningarinnar á markaðsmisnotkun hefur að öllum líkindum verið haft opið til að reyna að tryggja að hægt sé að fella undir bannið háttsemi sem löggjafinn sá fyrir sér að

felli undir markaðsmisnotkun – orðalag eins og „óeðlilegt verð“, „tilbúningur“, „blekking“ og „sýndarmenska“. Gallinn er hins vegar sá að þessi hugtök eru ekki skilgreind nánar í löggjöfinni. Í staðinn eru talin upp ýmis dæmi um markaðsmisnotkun annars vegar í 2. mgr. 12. gr. MAR og hins vegar í viðauka II við framselda reglugerð framkvæmdastjórnarinnar 2016/522 sem fellur undir svokallaða 2. stigs löggjöf MAR regluverksins.<sup>58</sup> Þar að auki eru taldar upp vísbendingar um markaðsmisnotkun í viðauka I við MAR.

Þessi nálgun við að skilgreina markaðsmisnotkun er til dæmis töluvert frábrugðin skilgreiningunni á innherjasvikum<sup>59</sup> sem er einnig að finna í MAR (og áður í MAD).<sup>60</sup> Samkvæmt 1. mgr. 8. gr. MAR er með innherjasvikum átt við þegar aðili sem býr yfir innherjaupplýsingum notar þær upplýsingar með því að afla eða ráðstafa fjármálagerningum sem upplýsingarnar varða með beinum eða óbeinum hætti, fyrir eigin reikning eða annarra.<sup>61</sup> Í öðru ákvæði í MAR eru innherjaupplýsingar skilgreindar sem nægjanlega tilgreindar upplýsingar sem ekki hafa verið gerðar opinberar og varða beint eða óbeint útgefendur fjármálagerninga eða fjármálagerningana sjálfa og eru líklegar til að hafa marktæk áhrif á markaðsverð fjármálagerninganna ef opinberar væru. Hugtökin „nægjanlega tilgreindar“ og „marktæk áhrif“ eru síðan skilgreind með tiltölulega ítarlegum hætti í sama ákvæði.<sup>62</sup> Það gerir það að verkum að markaðsaðilar geta betur áttað sig á því hvenær upplýsingar uppfylla hugtaksskilyrði innherjaupplýsinga.

<sup>58</sup> Sjá framselda reglugerð framkvæmdastjórnarinnar nr. 2016/522.

<sup>59</sup> Á ensku: „ban on insider dealing“.

<sup>60</sup> Núgildandi bann við innherjasvikum á Íslandi, sem byggir á eldra ákvæði MAD, er að finna í 123. gr. vvl. Hugtakið innherjaupplýsingar er skilgreint í 120. gr. vvl. og í 2. gr. reglugerðar nr. 630/2005 um innherjaupplýsingar og markaðssvik. Sjá umfjöllun t.d. hjá Andra Fannari Bergþórssyni: „Hvenær ber útgefanda fjármálagerninga að birta innherjaupplýsingar?“. *Tímarit lögfræðinga*, 3. tbl. 2014, bls. 247-249.

<sup>61</sup> Ákvæðið er svohljóðandi á ensku: „For the purposes of this Regulation, insider dealing arises where a person possesses information and uses that information by acquiring or disposing of, for its own account or for the account of a third party, directly or indirectly, financial instruments to which that information relates.“ Seinni hluti málsgreinarinnar fellur síðan m.a. um að notkun innherjaupplýsinga geti einnig falið í sér að afturkalla eða breyta tilboði.

<sup>62</sup> Sjá 7. gr. MAR.

Sama er því miður ekki upp á teningnum hvað varðar markaðsmisnotkun. Með því að skilgreina ekki nánar þessi opnu hugtök er hætt á að það liggi ekki ljóst fyrir hvaða háttsemi banninu við markaðsmisnotkun er ætlað að ná til. Það birtist meðal annars í því að það eru skiptar skoðanir á því hvort bannið við markaðsmisnotkun taki aðeins til hegðunar sem gefur rangar eða misvísandi upplýsingar<sup>63</sup> eða hvort bannið nái einnig til hegðunar sem hefur ekkert að gera með ranga eða misvísandi upplýsingagjöf heldur snúist um að nýta styrk sinn á markaði til að hreyfa við verðinu.

### 3.3 Markaðsmisnotkun í formi markaðsstyrks

Þegar hugtakinu markaðsmisnotkun er lýst notast fræðimenn oft á tíðum við flokkun sem leið til að nálgast hugtakið í stað þess að lýsa háttseminni með heildstæðum hætti, t.d. með því að greina hvaða atriði eru sameiginleg í öllum flokkum markaðsmisnotkunar. Með því að flokka markaðsmisnotkun í mismunandi tegundir er hugsanlega komist hjá því að svara því hvað sé raunverulega átt við með markaðsmisnotkun. Oft á tíðum miðast flokkunin við hvaða aðferðum er beitt til að hafa „óeðlileg áhrif“ á verð fjármálagerninga, t.d. með fréttatilkynningum, viðskiptum o.s.frv. Í fræðiskrifum á Norðurlöndunum er einnig mikið notast við tölulíðina sjálfa í MAR skilgreiningunni (áður í MAD) þegar mismundi tegundir markaðsmisnotkunar eru flokkaðar.<sup>64</sup>

Þótt flokkun fræðimanna á tegundum markaðsmisnotkunar geti verið mismunandi virðast flokkarnir hafa það sameiginlegt að hafa einn tiltekinn flokk, hvort sem það er sértegund eða undirflokkur, sem lýsir háttsemi sem hefur ekkert með ranga eða misvísandi upplýsingagjöf að gera heldur snýst um að nýta styrk sinn á markaði.

<sup>63</sup> Á ensku: „misinforming“.

<sup>64</sup> Höfundur sjálfur hefur notast við slíka flokkun. Sjá umfjöllun hjá Andra Fannari Bergþórssyni: „Markaðsmisnotkun í formi rangrar upplýsingagjafar“, bls. 207–208. Sjá enn fremur umfjöllun t.d. hjá Hans Fogtdal: *Börskriminalitet*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2015, bls. 130–162, David Moalem og Nis Jul Clausen: „Kursmanipulation – Status og perspektivering med udgangspunkt i dansk ret“. *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*. 4. tbl. 2009, bls. 97–103 og Aðalstein E. Jónasson: *Markaðssvik*, bls. 455–558.

Í bók sinni *The Mechanics and Regulation of Market Abuse* frá árinu 2005 rökstyður Emiliós Avgouleas að það sé einn undirflokkur markaðsmisnotkunar, eins og hugtakið er skilgreint í MAD, sem lýsir ekki rangri eða misvísandi upplýsingagjöf heldur markaðsmisnotkun þar sem markaðsstyrkur er notaður til að stjórna verðmynduninni. Emiliós nefnir þennan undirflokk markaðsmisnotkun í krafti markaðsstyrks.<sup>65</sup> Þessu til stuðnings vísar hann ekki til grunnskilgreiningarinnar í MAD,<sup>66</sup> sem svarar til 1. mgr. 117. gr. vvl., heldur bendir á orðalag í einu af þremur dæmum um markaðsmisnotkun sem eru talin upp eftir grunnskilgreiningunni<sup>67</sup> og er svohljóðandi:

[H]áttsemi þar sem aðili eða nokkrir aðilar í samstarfi tryggja markaðsráðandi stöðu yfir framboði á eða eftirspurn eftir fjármála-gerningi, sem hefur í för með sér bein eða óbein áhrif á kaup- eða söluverð eða skapar önnur ósanngjörn viðskiptakjör (undirstrikun höf.)<sup>68</sup>

Emiliós virðist aðallega horfa til orðalagsins í undirstrikaða textanum hér að ofan sem vísar til markaðsráðandi stöðu, sem gefur vissulega til kynna að þörf sé á að hafa ákveðinn markaðsstyrk til að ná þessari stöðu við framboð og eftirspurn. Márten Knuts gekk skrefinu lengra í doktorsritgerð sinni frá 2010, þar sem hann færir rök fyrir því að það séu tveir meginflokkar markaðsmisnotkunar – annars vegar markaðsmisnotkun í formi rangra eða misvísandi upplýsinga og hins vegar markaðsmisnotkun í krafti markaðsstyrks.<sup>69</sup>

Samkvæmt Márten Knuts þá er meginmunurinn milli þessara tveggja meginflokka sá að fyrri flokkurinn varðar markaðsmisnotkun við miðlun rangra eða misvísandi upplýsinga en í seinni flokknum er

<sup>65</sup> Emiliós Avgouleas: *The Mechanics and Regulation of Market Abuse*, bls. 132.

<sup>66</sup> Í 2. mgr. 1. gr. MAD.

<sup>67</sup> Ákvæðið er að finna í a-lið 7. gr. reglugerðar nr. 630/2005.

<sup>68</sup> Í íslensku þýðingu á MAD er „dominant position“ þýtt sem yfirburðastaða en höfundur telur réttara að þýða orðið sem markaðsráðandi staða í samræmi við hugtakanotkun í samkeppnisrétti.

<sup>69</sup> Márten Knuts: *Kursmanipulation på värdepappersmarknaden*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010, bls. 221–222.

markaðsstyrkur nýttur til að þvinga<sup>70</sup> verð fjármálagernings í tiltekna átt til að knýja mótaðila í viðskiptum til að greiða óeðlilegt verð fyrir viðkomandi fjármálagerning.<sup>71</sup> Ólíkt Emilios Avgouleas þá byggir Márten Knuts ekki á dæminu í MAD um markaðsráðandi stöðu heldur vísar til liðar í grunnskilgreiningunni<sup>72</sup> (samsvarar til b-liðar 1. t. l. mgr. 117. gr. vvl.) sem kveður á um að það sé markaðsmisnotkun að eiga viðskipti eða gera tilboð þar sem aðili eða nokkrir aðilar í samstarfi tryggja að verð eins eða fleiri fjármálagerninga sé óeðlilegt.<sup>73</sup>

Ekki er ljóst af hverju þessi liður grunnskilgreiningarinnar var túlkaður af Márten Knuts á þann veg að bannið við markaðsmisnotkun taki ekki aðeins til rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar heldur einnig til misnotkunar á markaðsstyrk. Ákvæðið sjálft vísar einungis til tilbúins eða óeðlilegs verðs en útskýrir ekkert nánar í hvaða tilvikum verð er talið tilbúið eða óeðlilegt. Hvergi í ákvæðinu er vísað til orðalags eins og markaðsstöðu eða markaðsstyrks sem gæti gefið til kynna að verið sé að lýsa annarri tegund markaðsmisnotkunar sem gerir ekki kröfu um ranga eða misvísandi upplýsingagjöf. Ein hugsanleg ástæða þess að Márten Knuts túlkar ákvæðið með framangreindum hætti er dæmið um markaðsráðandi stöðu sem Emilios Avgouleas vísar til í sínum rökstuðningi. Hugsanlegt er að hann líti svo á að dæmið sé óaðskiljanlegur hluti af grunnskilgreiningunni varðandi óeðlilegt verð og þar afleiðandi telji hann að misnotkun á markaðsstyrk sé forsenda fyrir þessari tegund markaðsmisnotkunar.<sup>74</sup> Sams konar ályktun hefur höfundur sjálfur dregið í grein sem ber heitið „Markaðsmisnotkun

<sup>70</sup> Á sænsku: „tvång“.

<sup>71</sup> Márten Knuts: *Kursmanipulation på värdepappersmarknaden*, bls. 331.

<sup>72</sup> Sjá c-lið 2. mgr. 1. gr. MAD. Sambærilegur liður er að finna í ii. t. l. a-liðar 1. mgr. 12. gr. MAR.

<sup>73</sup> Márten Knuts vísaði til ákvæðis 5:12:2,3 finnsku verðbréfavíðskiptalaganna, sem svarar til 2. másl. 2. mgr. 1. gr. MAD. Sjá Márten Knuts: *Kursmanipulation på värdepappersmarknaden*, bls. 223.

<sup>74</sup> Sjá einnig umfjöllun t.d. hjá Jesper Lau Hansen: „The trinity of market regulation: Disclosure, insider trading and market manipulation“. *International Journal of Disclosure and Governance*, 1. töl. 2003, bls. 92. Í þeirri grein túlkar Jesper Lau ákvæðið um óeðlilegt verð með sama hætti og Márten Knuts.

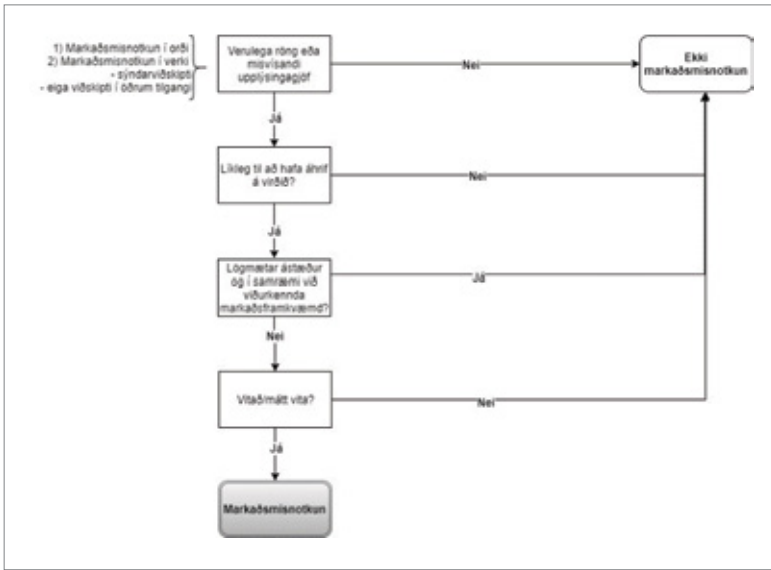
í formi rangrar upplýsingagjafar“ frá árinu 2011. Sú ályktun byggði að meginsteftnu á rökstuðningnum sem kom fram í doktorsritgerð hjá Márten Knuts.<sup>75</sup>

Það er hins vegar ekkert í grunnskilgreiningunni sjálfri um tilbúið og óeðlilegt verð sem gefur til kynna að túlka ætti ákvæðið með þeim hætti að einungis væri um að ræða markaðsmisnotkun samkvæmt þessum lið ef markaðsstyrkur eða markaðsráðandi staða sé misnotuð. Eins og rökstutt er í 4. kafla virðast fræðimennirnir (þ.m.t. höfundur sjálfur) hafa dregið of víðtækar ályktanir af dæminu um markaðsráðandi stöðu með því að líta á það sem óaðskiljanlegan hluta af grunnskilgreiningunni um tilbúið og óeðlilegt verð. Punkturinn í þeim kafla er sá að kjarni markaðsmisnotkunar er alltaf röng og misvísandi upplýsingagjöf en það er hugsanlegt að markaðsstyrkur (eða markaðsráðandi staða) sé notaður til að hafa áhrif á virði fjármálagernings – sem myndi falla undir seinna hlutlæga skilyrði markaðsmisnotkunar.

### 3.4 Hlutlæg skilyrði markaðsmisnotkunar

Aðaláherslan í þessari grein er að fjalla um og rökstyðja af hverju verulega röng eða misvísandi upplýsingagjöf sé kjarni markaðsmisnotkunar. Það er samt sem áður nauðsynlegt að fjalla stuttlega um hver séu öll skilyrði markaðsmisnotkunar (hlutlæg og huglæg) samkvæmt MAR. Að því gefnu að röng eða misvísandi upplýsingagjöf sé kjarni markaðsmisnotkunar er hægt að lýsa ferlinu sem ákvarðar hvort háttsemi falli undir markaðsmisnotkun með eftirfarandi hætti:

<sup>75</sup> Sjá Andra Fannar Bergþórsson: „Markaðsmisnotkun í formi rangrar upplýsingagjafar“, bls. 207–208. Í bók sinni *Markaðssvik* byggir Aðalsteinn E. Jónasson hins var á því að misnotkun á markaðsráðandi stöðu feli, sem fellur undir b-lið 1. t. 1. mgr. 117. gr. vvl. feli í sér ranga eða misvísandi upplýsingagjöf (röng eða villandi mynd). Sjá umfjöllun hjá Aðalsteini E. Jónassyni: *Markaðssvik*, bls. 509–510.



Mynd 2: Ferli til að ákvarða hvort háttsemi falli undir bann við markaðsmisnotkun<sup>76</sup>

Um er að ræða einfaldað ferli sem er einungis ætlað að sýna hvaða skilyrði þurfa að vera fyrir hendi til að fella háttsemi undir markaðsmisnotkun og gera þannig umfjöllunina í þessari grein markvissari og skýrari. Hugmyndin að þessu ferli kemur óbeint frá nálgun sænskra dómstóla í markaðsmisnotkunarmálum. Þar fjalla dómstólar mjög skipulega í hverju máli um hvert skilyrði fyrir sig áður en komist er að niðurstöðu um brotið.<sup>77</sup> Þessi nálgun er töluvert frábrugðin nálgun dómstóla á hinum Norðurlöndunum. Hæstiréttur Íslands virðist t.d. ekki fjalla með skipulegum hætti um skilyrði markaðsmisnotkunar, nema að því leyti að vísa til orðalagsins í 1. mgr. 117. gr. vvl.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Myndin byggist á eigin hugmyndum höfundar.

<sup>77</sup> Sjá t.d. dóm sænska áfrýjunardómstólsins, Svea Hovrätt, frá 30. maí 2008, í máli nr. B 4343-07 (Brinova).

<sup>78</sup> Sjá t.d. dóm Hæstaréttar frá 21. mars 2011 í máli nr. 52/2010, sem var fyrsta markaðsmisnotkunarmálið sem fór fyrir Hæstarétt. Í því máli fjallaði rétturinn ekkert um efnisskilyrði markaðsmisnotkunarákvæðisins fyrir utan að vísa til orðrétt á tveimur stöðum til a-liðar 1. mgr. 1. tl. 117. gr. vvl.



Ferli eins og þetta getur verið hjálplegt við að nálgast hugtakið markaðsmisnotkun með kerfisbundnari og fyrirjáanlegri hætti á Norðurlöndunum og í rauninni annars staðar innan EES-svæðisins, enda mun MAR regluverkið gilda á öllu þessu svæði. Ferlið er byggt upp með fjórum spurningum. *Fyrsta spurningin* í ferlinu er hvort háttsemin veiti verulega ranga eða misvísandi upplýsingagjöf (fyrira hlutlæga skilyrðið). Ef svarið er neikvætt er ekki um markaðsmisnotkun að ræða.

Ef svarið er hins vegar jákvætt er nauðsynlegt að meta í *annarri spurningu* hvort háttsemin sé líkleg til að hafa áhrif á virði, þ.m.t. verð, viðkomandi fjármálagernings<sup>79</sup> – seinna hlutlæga skilyrðið. Þetta skilyrði er aðallega byggt á orðalaginu í 1. mgr. 12. gr. MAR sem vísar t.d. til hegðunar sem „hefur áhrif eða er líkleg til að hafa áhrif á verð eins eða fleiri fjármálagerninga“<sup>80</sup> og „rangar eða misvísandi upplýsingar um framboð, eftirspurn eða verð fjármálagernings“.<sup>81</sup> Skilyrðið byggir einnig á umfjöllun í dómum á Norðurlöndunum (fyrir utan á Íslandi) og hjá fræðimönnum sem hafa fjallað um markaðsmisnotkun.<sup>82</sup>

Líkt og með fyrstu spurninguna þá er ekki um markaðsmisnotkun að ræða ef svarið er neikvætt, þ.e. ef það er ekki líklegt að ranga eða misvísandi upplýsingagjöfin hafi áhrif á virði fjármálagerningsins. Ef það er hins vegar raunin þá er nauðsynlegt að ákvarða hvort hegðun sem uppfyllir hlutlægu skilyrði markaðsmisnotkunar sé í samræmi við viðurkennda markaðsframkvæmd og að ástæður að baki hegðuninni séu lögmætar (*þriðja spurningin*).<sup>83</sup> Að lokum þarf að meta hvort sá sem miðlaði upplýsingunum vissi eða mátti vita að

<sup>79</sup> Eða aðra gerninga sem falla undir bannið við markaðsmisnotkun.

<sup>80</sup> Sbr. b-liður 1. mgr. 12. gr. MAR.

<sup>81</sup> Sbr. i. t. a-liðar 1. mgr. 12. gr. MAR.

<sup>82</sup> Sjá t.d. Jesper Lau Hansen: *Værdipapirhandelsloven med kommentarer. Bind II. Jurist- og Økonomforbundet 2015*, bls. 445, Per Samuelsson o.fl.: *Lagen om marknadsmissbruk och lagen om anmälningsskyldighet. En kommentar*. Norstedts Juridik AB 2005, bls. 280 og Mårten Knuts: *Kursmanipulation på värdepappersmarknaden*, bls. 229. Sjá ennfremur umfjöllun í 5. kafla þessarar greinar.

<sup>83</sup> Þessi vörn á aðeins við um háttsemi sem fellur undir a-lið 1. mgr. 12. gr. MAR (svarar til 1. t. l. 1. mgr. 117. gr. vvl.).

röngu eða misvísandi upplýsingarnar voru líklegar til að hafa áhrif á virði fjármálagerningsins<sup>84</sup> (*fjórða spurningin*).

## 4. Verulega röng eða misvísandi upplýsingagjöf – fyrra hlutlæga skilyrðið og kjarni markaðsmisnotkunar

### 4.1 Almennt

Eins og áður hefur verið rakið hefur verið tilhneiging hjá fræðimönnum að líta á að bannið við markaðsmisnotkun taki ekki aðeins til rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar<sup>85</sup> heldur einnig til misnotkunar á markaðsstyrk. Í þessum kafla verður vikið að þeim atriðum sem benda til þess að bannið, eins og það er skilgreint í MAR, taki aðeins til fyrra tilviksins (undirkafla 4.2). Aðaláherslan er á ákvæðið um tilbúið og óeðlilegt verð.

Í kjölfarið er fjallað um mismunandi form rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar (undirkafla 4.3). Það er aðallega gert til að útskýra nánar með hvaða hætti viðskipti og tilboð (og önnur tjáning í verki) geti veitt rangar eða misvísandi upplýsingar til markaðarins. Undirkafla 4.4 rökstyður að endingu að allar rangar eða misvísandi upplýsingar ættu ekki að uppfylla fyrra hlutlæga skilyrðið heldur einungis þær sem myndu teljast verulegar.<sup>86</sup>

### 4.2 Af hverju er verulega röng eða misvísandi upplýsingagjöf kjarni markaðsmisnotkunar?

#### *a) Ákvæðin um rangar eða misvísandi upplýsingar og blekkingu og sýndarmennsku*

Í þessari grein er megináherslan lögð á umfjöllun um það hvort ákvæðið um tilbúið og óeðlilegt verð feli ekki í sér ranga eða misvísandi upplýsingagjöf heldur eitthvað annað. Áður en vikið er að þeim hluta skilgreiningarinnar er nauðsynlegt að fjalla stuttlega

<sup>84</sup> Eða aðra gerninga sem falla undir bannið við markaðsmisnotkun.

<sup>85</sup> Á ensku: „misinformation“.

<sup>86</sup> Á ensku: „material“.

um aðra hluta grunnskilgreiningarinnar í 1. mgr. 12. gr. MAR. Skipta má grunnskilgreiningunni í fjóra hluta:

- 1) Rangar eða misvísandi upplýsingar um framboð, eftirspurn eða verð – i. tl. a-liðar og c-liður 1. mgr. 12. gr. MAR
- 2) Rangar eða misvísandi upplýsingar eða gögn í tengslum við viðmiðun (e. benchmark) eða hvers kyns hegðun þar sem beitt er markaðsmisnotkun við útreikning á viðmiði – d-liður 1. mgr. 12. gr. MAR
- 3) Tilbúningur eða einhver form blekkingar eða sýndarmennsku – b-liður 1. mgr. 12. gr. MAR
- 4) Tilbúið eða óeðlilegt verð tryggt – ii. tl. a-liðar 1. mgr. 12. gr. MAR

Fyrstu þrjú hlutar skilgreiningarinnar (hlutar nr. 1–3 hér að framan) vísa með einum eða öðrum hætti til rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar. Með því er átt við, eins og áður hefur verið nefnt, að misræmi er milli þess hvað sá sem hefur frumkvæði af samskiptunum telur vera rétt eða hefði átt að vita að væri rétt og hvað skilaboðin, sem miðluð eru, gefa í raun til kynna. Ef aðili X telur staðreynd vera A en segir hana vera B, þá er X að veita rangar upplýsingar. Breytir þar engu um þó að staðreyndin reynist B.<sup>87</sup>

Það mætti segja að það liggi tiltölulega ljóst fyrir að *fyrsti hluti* skilgreiningarinnar lýsi rangri eða misvísandi upplýsingagjöf, enda vísar sá hluti til rangra eða misvísandi upplýsinga hvort sem þeim er miðlað í orði, töluðu eða rituðu (c-liðar 1. mgr. 12. gr. MAR), eða í verki, t.d. með viðskiptum eða tilboðum á markaði (i. tl. a-liður 1. mgr. 12. gr. MAR). Flestir fræðimenn virðist vera sammála um að þessi hluti vísi til rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar.<sup>88</sup>

Orðalagið í *öðrum hluta* skilgreiningarinnar um viðmiðanir<sup>89</sup> virðist einnig vísa til rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar – orðalag eins

<sup>87</sup> Sjá umfjöllun í inngangi á þessari grein.

<sup>88</sup> Sjá t.d. umfjöllun hjá Márten Knuts: *Kursmanipulation på värdepappersmarknaden*, bls. 222 og Emiliós Avgouleas: *The Mechanics and Regulation of Market Abuse*, bls. 119.

<sup>89</sup> Á ensku: „benchmark“.

og „dreifa röngum eða misvísandi upplýsingum“ og „veita röng eða misvísandi gögn“ (d-liður 1. mgr. 12. gr. MAR). Þessum lið í skilgreiningunni var bætt við tillögu framkvæmdastjórnarinnar að MAR níu mánuðum eftir að hún var upphaflega lögð fram.<sup>90</sup> Þessi viðbót við bannið var tilkomin aðallega vegna mála sem komu upp í Bretlandi og í Bandaríkjunum varðandi misnotkunar á þekktum vaxtaviðmiðum, t.d. á millibankavöxtum í London sem nefnast LIBOR eða „London Interbank Offered Rate“.<sup>91</sup>

*Driðji hluti* skilgreiningarinnar vísar til tilbúnings eða einhvers forms blekkingar eða sýndarmennsku (b-liður 1. mgr. 12. gr. MAR). Þessum hluta hefur stundum verið lýst sem heildarákvæði<sup>92</sup> sem tæki til markaðsmisnotkunar sem félli ekki undir aðra liði grunnskilgreiningarinnar. Orðalagið hefur verið talið vísa til rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar.<sup>93</sup> Í bandarísku tímaritsgreininni „Should the Law Prohibit “Manipulation” in Financial Markets?“ frá árinu 1991 héldu höfundar hennar því fram að sýndarviðskipti væru ein tegund svika, þar sem markmiðið með viðskiptunum væri að láta markaðsaðila halda að raunverulegir kaupendur og seljendur væru að baki viðskiptunum þegar raunin var sú að hlutabréfin skiptu ekki um hendur<sup>94</sup> – með öðrum orðum væru slík viðskipti ekki raunveruleg. Dæmi um slíkt er þegar sami aðili er á kaup- og söluhlíð viðskiptanna.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> Sjá *Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on insider dealing and market manipulation (market abuse) 2011/0295 (COD)*. Framkvæmdastjórnin 25. júlí 2012.

<sup>91</sup> Sjá *Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on insider dealing and market manipulation (market abuse) 2011/0295 (COD)*, bls. 2. Sjá einnig *Principles for Financial Benchmarks. Final Report*. IOSCO, júlí 2013 (FR07/13), bls. 1 og Kristen Dooley: „Developments in Banking and Financial Law: The LIBOR Scandal“. *Review of Banking and Financial Law* 2012, bls. 2.

<sup>92</sup> Á ensku: „catch-all provision“.

<sup>93</sup> Sjá t.d. Márten Knuts: *Kursmanipulation på värdepappersmarknaden*, bls. 222 og Jesper Lau Hansen: „MAD in a Hurry“, bls. 206.

<sup>94</sup> Sjá Daniel R. Fischel and David J. Ross: „Should the Law Prohibit 'Manipulation' in Financial Markets?“ *Harvard Law Review* 1991, bls. 510.

<sup>95</sup> Sjá t.d. umfjöllun hjá Maxwell K Multer: „Open-Market Manipulation under SEC Rule 10b-5 and its Analogues: Inappropriate Distinctions, Judicial Disagreement and Case Study: Ferc's Anti-Manipulation Rule“. *Securities Regulation Law Journal* 2011, bls. 101-102.

***b) Banninu við markaðsmisnotkun var einungis ætlað að taka til rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar***

Samkvæmt framangreindu vísa þrír af fjórum hlutum grunnskilgreiningarinnar með einum eða öðrum hætti til rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar. Aðalálitaefnið sem nú verður skoðað er hvort fjórði hluti grunnskilgreiningarinnar, um tilbúið og óeðlilegt verð (ii. tl. a-liðar 1. mgr. 12. gr. MAR), feli einnig í sér áskilnað um að upplýsingagjöfin sé röng eða misvísandi þótt orðalagið í ákvæðinu beri það ekki með sér með skýrum hætti. Sé niðurstaðan sú að slíkur áskilnaður sé gerður má segja að kjarni markaðsmisnotkunar sé röng eða misvísandi upplýsingagjöf, þar sem allir hlutar skilgreiningarinnar fela þá í sér slíkan áskilnað.

Í ljósi þess að orðalagið sjálft í ákvæðinu er ekki afgerandi um þetta atriði liggur beinast við að skoða fyrst lögskýringargögn með MAD, enda kynnti tilskipunin í fyrsta skipti samræmda skilgreiningu á markaðsmisnotkun innan EES svæðisins. Í stuttu máli benda lögskýringargögnin til þess að ætlunin hafa verið að láta bannið við markaðsmisnotkun ná aðeins til rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar.

Sterkasta dæmið um það eru ummæli í athugasemdum við tillögu framkvæmdastjórnarinnar að MAD frá 2001, sem eru eftirfarandi:

The definition of 'Market Manipulation' relies on the behaviour of its authors, and not on their intention or aim. Two types of behaviour are listed which might be considered as manipulative:

- transactions and orders to trade in the orders book,
- the dissemination of information,

which mislead or try to mislead market participants.<sup>96</sup> (undirstrikun höf.)

Skilgreiningin á markaðsmisnotkun sem vísað er til í tilvitnuðum texta er efnislega sú sama og í lokaútgáfunni á MAD sem var samþykkt

<sup>96</sup> *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on insider dealing and market manipulation (market abuse) COM(2001) 281 final. Framkvæmdastjórnin 28. ágúst 2001, bls. 3.*

af Evrópuþinginu og ráðinu í desember 2002. Samkvæmt athugasemdunum felur skilgreiningin í sér tvöns konar hegðun, annars vegar viðskipti og tilboð og hins vegar dreifingu upplýsinga. Skiptingin er í raun sú sama og kynnt er í þessari grein: markaðsmisnotkun í orði og verki. Það sem skiptir mestu hér eru ummælin sem fylgja í kjölfarið – „mislead or try to mislead market participants“. Ummælin gefa til kynna að banninu hafi einungis verið ætla að ná til háttsemi sem veitir rangar eða misvísandi upplýsingar<sup>97</sup> til markaðarins. Það á einnig við um hlutann í skilgreiningunni um tilbúið og óeðlilegt verð, enda var hann hluti af grunnskilgreiningunni þegar tillagan að MAD var lögð fram af framkvæmdastjórninni árið 2001.

Þessu til stuðnings má vísa til ummæla í sömu tillögu þar sem tekið er fram að markaðsmisnotkun getur gefið villandi mynd af viðskiptum með fjármálagerninga og grafið undan meginreglunni um jafnræði fjárfesta.<sup>98</sup> Auk þess tekur framkvæmdastjórnin sérstaklega fram í fréttatilkyningu vegna MAD tillögunnar að markaðsmisnotkun vísi til háttsemi sem feli í sér misvísandi viðskipti og upplýsingar.<sup>99</sup>

Af framangreindu má því ráða að banninu við markaðsmisnotkun, eins og það er skilgreint í MAD og nú í MAR, hafi eingöngu verið að ætlað að ná til háttsemi sem feli í sér rangar eða misvísandi upplýsingar. Í næstu undirköflum verður fjallað nánar um hvað sé átt við með hugtökunum að „ tryggja óeðlilegt eða tilbúið verð“ eins og það er orðað í ákvæðinu<sup>100</sup> til að ákvarða hvort bannið taki aðeins til rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar eins og ætlunin virðist hafa verið hjá löggjafanum.<sup>101</sup>

<sup>97</sup> Á ensku: „misinformation“.

<sup>98</sup> *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on insider dealing and market manipulation (market abuse) COM(2001) 281 final*, bls. 2. Orðrétt segir í athugasemdunum: „This type of conduct can create a misleading appearance of trading in financial instruments and undermine the general principle that all investors must be placed on an equal footing.“

<sup>99</sup> *Commission welcomes Council agreements on Market Abuse and Financial Conglomerates Directives. Press release. IP/02/669*. Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins, 2. maí 2002.

<sup>100</sup> Sjá ii. t.l. a-liðar 1. mgr. 12. gr. MAR.

<sup>101</sup> Með því er verið að vísa til löggjafa Evrópusambandsins, Evrópuþingsins og ráðsins. Sjá t.d. *European Parliament's guide to the ordinary legislative procedure*, bls. 1.

*c) Tilvísun í óeðlilegt og tilbúið verð í ákvæðinu um markaðsmisnotkun í orði*

Áhugaverð breyting var gerð á ákvæðinu um markaðsmisnotkun í orði<sup>102</sup> (dreifing upplýsinga o.fl.) í fyrstu yfirferð Evrópuþings á MAR tillögunni frá 2011<sup>103</sup> (upphafleg MAR tillagan) sem styður þá niðurstöðu að banninu hafi einungis verið ætlað að taka til rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar. Í upphaflegu MAR tillögunni frá 2011 var markaðsmisnotkun í orði skilgreind með svipuðum hætti og gert var í MAD og í nágildandi lögum um verðbréfavíðskipti.<sup>104</sup> Sú skilgreining vísaði til dreifingar upplýsinga o.fl. sem gæfu eða væru líkleg til að gefa rangar eða misvísandi upplýsingar um framboð, eftirspurn eða verð fjármálagernings.<sup>105</sup> Eftir fyrstu yfirferð Evrópuþingsins<sup>106</sup> á MAR tillögunni var eftirfarandi texta bætt við skilgreininguna (breytingarnar eru undirstrikaðar):

[D]reifa upplýsingum gegnum fjölmiðla, þ.m.t. internetið, eða með einhverjum hætti, sem gefur eða er líklegt til að gefa rangar eða misvísandi upplýsingar um framboð, eftirspurn eða verð fjármálagernings, tengds hrávörusamnings á stundarmarkaði eða uppboðsvöru á losunarheimildum, eða tryggir eða er líklegt til að tryggja óeðlilegt eða tilbúið verð eins eða fleiri fjármálagerninga, tengds hrávörusamnings á stundarmarkaði eða uppboðsvöru á losunarheimildum, þ.m.t. dreifingu orðróms, enda hafi sá sem

<sup>102</sup> Sjá c-lið 1. mgr. 12. gr. MAR. Ákvæðið var svohljóðandi í upphaflegri MAR tillögunni: „[D]isseminating information through the media, including the Internet, or by any other means, which has the consequences referred to in subparagraph (a), where the person who made the dissemination knew, or ought to have known, that the information was false or misleading.“

<sup>103</sup> Sjá *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on insider dealing and market manipulation (market abuse) COM(2011) 651 final*. Framkvæmdastjórnin 20. október 2011, bls. 32.

<sup>104</sup> Sjá c-lið 2. mgr. 1. gr. MAD og 3. tl. 1. mgr. 117. gr. vvl.

<sup>105</sup> Skilgreiningin var eftirfarandi: „[D]isseminating information through the media, including the Internet, or by any other means, which has the consequences referred to in subparagraph (a), where the person who made the dissemination knew, or ought to have known, that the information was false or misleading.“ Sjá c-lið 1. mgr. 8. gr. tillögu framkvæmdastjórnarinnar að MAR.

<sup>106</sup> Á ensku: „first reading“.

dreifði upplýsingunum vitað eða mátt vita að upplýsingarnar voru rangar eða misvísandi.<sup>107</sup> (undirstrikun höf.)

Eins og sést á undirstrikaða textanum var töluvert bætt við þennan hluta grunnskilgreiningarinnar. Það sem styður þá niðurstöðu að markaðsmisnotkun hafi eingöngu verið ætlað að taka til rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar er tilvísunin í óeðlilegt og tilbúið verð. Hingað til hefur það orðalag verið notað til að rökstyðja að markaðsmisnotkun taki einnig til markaðsmisnotkunar í formi markaðsstyrks<sup>108</sup> sem hefur ekkert að gera með ranga eða misvísandi upplýsingagjöf heldur snýst um að nýta styrk sinn á markaði til að hreyfa við verðinu.<sup>109</sup>

Í ljósi þess að nú hefur orðalaginu „tryggja óeðlilegt eða tilbúið verð“ verið bætt við ákvæðið um markaðsmisnotkun í orði virðist sú röksemd ekki lengur halda. Í *fyrsta lagi* hefur markaðsmisnotkun í formi markaðsstyrks ekki verið talin eiga við þegar um er ræða miðlun upplýsinga í orði, t.d. með fréttatilkynningu eða blaðaskrifum. Þessi tegund markaðsmisnotkunar hefur aðallega verið tengd við markaðsmisnotkun í verki, t.d. í formi viðskipta, þar sem viðskipti eru notuð til að hafa óeðlileg áhrif á verð fjármálagernings.<sup>110</sup>

Í *öðru lagi* er tekið fram í lokamálslið ákvæðisins að sá sem dreifði upplýsingum hafi vitað eða mátt vita að upplýsingarnar voru rangar eða misvísandi. Af orðalagi ákvæðisins verður ekki annað ráðið en

---

<sup>107</sup> *Outcome of EP's first reading of the MAR proposal*. Evrópuþingið, 18. september 2013, bls. 122. Um er að ræða íslenska þýðingu höfundar. Eftirfarandi er orðalag ákvæðisins á ensku: „[D]isseminating information through the media, including the internet, or by any other means, which gives, or is likely to give, false or misleading signals as to the supply of, demand for, or price of, a financial instrument or a related spot commodity contract or secures, or is likely to secure, the price of one or several financial instruments or a related spot commodity contracts at an abnormal or artificial level, including the dissemination of rumours where the person who made the dissemination knew, or ought to have known, that the information was false or misleading.“

<sup>108</sup> Á ensku: „market power manipulation“.

<sup>109</sup> Sjá t.d. Hans Fogtdal, *Börskriminalitet*, bls. 155. Sjá ennfremur umfjöllun í undirkafla 3.3 hér að framan.

<sup>110</sup> Sjá t.d. Mårten Knuts: *Kursmanipulation på värdepappersmarknaden*, bls. 222.



að þetta skilyrði eigi líka við um að tryggja tilbúið eða óeðlilegt verð. Þar af leiðandi gefur þessi breyting á grunnskilgreiningunni til kynna að orðalagið „tryggja tilbúið og óeðlilegt verð“ lýsi ekki markaðsmisnotkun í formi markaðsstyrks heldur rangri eða misvísandi upplýsingagjöf eins og aðrir hlutar skilgreiningarinnar í MAR.

*d) Hvað er átt við með að tryggja tilbúið eða óeðlilegt verð?*

Með hliðsjón af umfjölluninni hér að framan virðist ætlunin með banninu í MAR (og áður í MAD) hafa verið að láta það einungis taka til háttsemi sem felur í sér ranga eða misvísandi upplýsingagjöf. Það liggur því næst fyrir að skoða af hverju sumir fræðimenn hafa túlkað ákvæðið um tilbúið og óeðlilegt verð<sup>111</sup> með þeim hætti að það vísi til markaðsmisnotkunar í formi markaðsstyrks sem gerir ekki samkvæmt orðanna hljóðan kröfu um ranga eða misvísandi upplýsingagjöf. Tvennt kemur til skoðunar í þessu sambandi.

Í fyrsta lagi getur dæmið um markaðsráðandi stöðu, sem er staðsett á eftir grunnskilgreiningunni á markaðsmisnotkun í MAR (og áður í MAD), gefið til kynna að markaðsstyrkur eða markaðsráðandi staða sé skilyrði fyrir því að tilbúið eða óeðlilegt verð sé tryggt. Ákvæðið er svohljóðandi í MAR:

[H]áttsemi þar sem aðili eða nokkrir aðilar í samstarfi tryggja markaðsráðandi stöðu yfir framboði á eða eftirspurn eftir fjármálagerningi, tengdum hrávörusamningi á stundarmarkaði eða uppboðsvöru á losunarheimildum, sem hefur eða er líkleg til að hafa í för með sér að festa, beint eða óbeint, kaup eða söluverð eða sem skapar, eða er líkleg til að skapa, önnur ósanngjörn viðskiptakjör.<sup>112</sup>

<sup>111</sup> Þ.e. ii. t. a-liðar 1. mgr. 12. gr. MAR.

<sup>112</sup> Sjá a-lið 2. mgr. 12. gr. MAR. Um er að ræða þýðingu höfundar á ákvæðinu. Ákvæðið er svohljóðandi á ensku: „the conduct by a person, or persons acting in collaboration, to secure a dominant position over the supply of or demand for a financial instrument, related spot commodity contracts or auctioned products based on emission allowances which has, or is likely to have, the effect of fixing, directly or indirectly, purchase or sale prices or creates, or is likely to create, other unfair trading conditions“. Sjá sambærilegt ákvæði í 2. mgr. 1. gr. MAD og í a-lið 7. gr. reglugerðar nr. 630/2005 um innherjaupplýsingar og markaðssvik.

Umrætt ákvæði var eitt af þremur dæmum um markaðsmisnotkun í MAD sem fylgdu grunnskilgreiningunni, en dæmin eru nú orðin fimm í MAR skilgreiningunni.<sup>113</sup> Af orðalagi ákvæðisins er ljóst að um er að ræða dæmi um markaðsmisnotkun sem felur í sér að tryggja tilbúið eða óeðlilegt verð. Eins og rætt var um hér að framan<sup>114</sup> hefur ákvæðið verið túlkað með hliðsjón af dæminu um markaðsráðandi stöðu með þeim hætti að nauðsynlegt sé fyrir aðila að vera í markaðsráðandi stöðu eða vera með einhverja yfirburðastöðu á markaði til að um sé að ræða tilbúið eða óeðlilegt verð í skilningi ákvæðisins.<sup>115</sup>

Slík túlkun er skiljanleg í ljósi þess að hugtakið „markaðsráðandi staða“ er rótgróið innan samkeppnisréttar þar sem bann er lagt við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.<sup>116</sup> Við túlkun á því banni liggja fyrir aragrúi dómafordæma innan ESB og í innlendum rétti aðildarríkjanna. Tilvísun til sama hugtaks í dæmi um markaðsmisnotkun getur því vissulega gefið til kynna að ákvæðið um tilbúið og óeðlilegt verð eigi að vera túlkað með sama hætti, þ.e. að krafa sé gerð um misnotkun á markaðsráðandi stöðu til að um sé að ræða brot gegn ákvæðinu.<sup>117</sup>

Þetta fæst hins vegar ekki staðist. Þrátt fyrir að ákvæðið vísi til markaðsráðandi stöðu virðist ætlunin ekki hafa verið að bæta við öðru hlutlægu skilyrði (misnotkun á markaðsráðandi stöðu) en rangri eða misvísandi upplýsingagjöf þegar um að ræða markaðsmisnotkun í formi tilbúins eða óeðlilegs verðs. Markmiðið var aðeins að koma með dæmi um hegðun sem fellur undir grunnskilgreininguna, enda er slíkt tekið sérstaklega fram í MAD.<sup>118</sup> Þar að auki virðist tilviljun hafa ráðið hvaða dæmi um markaðsmisnotkun rötuðu í lokaútgáfuna

<sup>113</sup> Sjá c- og e-liði 2. mgr. 12. gr. MAR.

<sup>114</sup> Sjá umfjöllun í undirkafla 3.3.

<sup>115</sup> Sjá Márten Knuts: *Kursmanipulation på värdepappersmarknaden*, bls. 223.

<sup>116</sup> Sjá t.d. 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

<sup>117</sup> Sjá t.d. umfjöllun hjá Jesper Lau Hansen: „MAD in a Hurry“, bls. 205.

<sup>118</sup> Sjá orðalag við upphaf upptalningar á dæmunum þremur í MAD (2. mgr. 1. gr.): „Eftirfarandi dæmi miðast við aðalskilgreiningu a-, b og c-liðar hér að framan“.

á MAD sem gefur til kynna að ekki hafi verið ætlunin að bæta hlutlægum skilyrðum við grunnskilgreininguna.<sup>119</sup>

Önnur ástæðan fyrir umræddri túlkun<sup>120</sup> á ákvæðinu um tilbúið og óeðlilegt verð sem kemur til skoðunar er orðið að tryggja.<sup>121</sup> Skilja mætti orðið þannig að það sé ekki nóg að hafa áhrif á verð fjármálagernings<sup>122</sup> í eitt skipti eða stuttan tíma til að tilbúið eða óeðlilegt verð sé tryggt í skilningi ákvæðisins heldur þurfi því að vera viðhaldið<sup>123</sup> í ákveðinn langan tíma. Túlka mætti slíkt sem kröfu um markaðsstyrk eða markaðsráðandi stöðu, enda væri erfitt að viðhalda verðinu í lengri tíma án þess að hafa einhvern markaðsstyrk, sérstaklega á mörkuðum með miklum seljanleika.<sup>124</sup>

Evrópudómstóllinn hefur hins vegar tekið fyrir þá túlkun í eina markaðsmisnotkunarmálinu sem hefur verið tekið fyrir af dómstólnum - *IMC Securities BV gegn hollenska fjármálaeftirlitinu*,<sup>125</sup> frá 7. júlí 2011 í máli nr. C-445/09. Í málinu hafði hollenskt verðbréfafyrirtæki, IMC Securities BV, verið sektað fyrir brot gegn ákvæðinu um tilbúið eða óeðlilegt verð í hollensku verðbréfavíðskiptalögunum. IMC hélt því fram að ekki væri um brot að ræða þar sem gengið hefði sveiflast og hafi því ekki verið tryggt.

Í dómi sínum vísaði Evrópudómstóllinn til markmiðsákvæða MAD í 2., 12. og 15. forsendu tilskipunarinnar. Með hliðsjón af skýru markmiði með banni við markaðsmisnotkun, þ.e. að tryggja heildarvirkni fjármálamarkaða Evrópusambandsins og auka tiltrú fjárfesta, komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að ekki væri þörf

<sup>119</sup> Í viðauka B við MAD tillöguna var að finna upptalning á fjölmörgum dæmum um markaðsmisnotkun. Af einhverjum ástæðum var ákveðið í lokaskjalinu að fella út viðaukann og bæta þremur af dæmunum við megingintexta MAD á eftir grunnskilgreiningunni á markaðsmisnotkun.

<sup>120</sup> Þ.e. að ekki sé gerð krafa um ranga eða misvísandi upplýsingagjöf.

<sup>121</sup> Á ensku: „secure“.

<sup>122</sup> Eða aðra gerninga sem falla undir gildissvið bannsins.

<sup>123</sup> Á ensku: „maintained“.

<sup>124</sup> Sjá umfjöllun um seljanleika (e. *liquidity*) t.d. hjá Zvi Bodie, Alex Kane og Alan J. Marcus: *Investments*. 8. útgáfa. McGraw-Hill/Irwin 2009, bls. 305.

<sup>125</sup> Á hollensku: „Stichting Autoriteit Financiële Markten“.

á því að verð væri stöðugt í einhvern tíma til að teljast tryggt heldur gætu ein viðskipti eða tilboð verið fullnægjandi.<sup>126</sup>

Telja verður með hliðsjón af því sem rakið hefur verið hér um dæmið um markaðsráðandi stöðu og túlkun Evrópudómstólsins á orðinu *tryggja* að það sé fátt sem bendi til þess að ákvæðinu hafi verið ætlað að ná til annarrar hegðunar en rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar – líkt og aðrir hlutar grunnskilgreiningarinnar.

### *e) Markaðsmisnotkun í formi markaðsstyrks – felur einnig í sér ranga eða misvísandi upplýsingagjöf*

Með þessu er ekki verið að halda því fram að markaðsmisnotkun í formi markaðsstyrks eða misnotkun á markaðsráðandi stöðu falli fyrir utan bannið við markaðsmisnotkun eins og það er skilgreint í MAR (og áður í MAD) og í íslensku verðbréfavíðskiptalögunum. Rökstuðningurinn snýr að því að röng eða misvísandi upplýsingagjöf (fyrra hlutlæga skilyrðið)<sup>127</sup> sé einnig kjarni þessarar tegundar markaðsmisnotkunar. Markaðsstyrkur eða markaðsráðandi staða er í rauninni aðeins ein leið af mörgum til að hafa áhrif á virði fjármálagernings<sup>128</sup> – sem myndi falla undir seinna hlutlæga skilyrði markaðsmisnotkunar en ekki koma í staðinn fyrir fyrra skilyrðið.<sup>129</sup> Til þess að útskýra þennan mun er nauðsynlegt að eyða fáeinum orðum í hvað sé átt við með markaðsmisnotkun í formi markaðsstyrks, sem vísað er til á ensku sem „market power manipulation“.

Umræðan um markaðsmisnotkun í formi markaðsstyrks á rætur sínar að rekja til Bandaríkjanna. Þar hefur umræðan snúist aðallega um tvær aðferðir sem hafa verið flokkaðar sem markaðsmisnotkun í

<sup>126</sup> Sjá 29. mgr. í dómi Evrópudómstólsins.

<sup>127</sup> Sjá umfjöllun um hlutlæg skilyrði markaðsmisnotkunar í undirkafla 3.4 hér að framan.

<sup>128</sup> Eða aðra gerninga sem falla undir bannið við markaðsmisnotkun.

<sup>129</sup> Sjá umfjöllun um seinna hlutlæga skilyrðið í kafla 5 hér að aftan.

formi markaðsstyrks – ólögmet þvingun<sup>130</sup> og króa markaðinn af.<sup>131</sup> Umfjöllunin hér takmarkast við þessar tvær aðferðir enda er það í samræmi við upptalninguna í MAD tillögunni frá 2001.<sup>132</sup>

Stundum er vísað til þessara tveggja aðferða sem afhendingarskerðingar<sup>133</sup> í tengslum við framtíðarhrávörusamning.<sup>134</sup> Samningurinn er staðlað samkomulag til að kaupa eða selja ákveðið magn eða gæði af hrávöru, t.d. olíu eða gull, á umsömdu verði á ákveðnum degi í framtíðinni. Sá sem samþykkir að kaupa hrávöruna er með svokallaða gnóttstöðu<sup>135</sup> og sá sem samþykkir að selja vöruna er með skortstöðu.<sup>136</sup>

Ástæðan fyrir því að vísað er til framangreindra tveggja aðferða<sup>137</sup> sem afhendingarskerðingar er að markaðsstyrkur eða markaðsráðandi staða er oft notuð til að gera þeim aðilum sem hafa tekið skortstöðu í umræddum samningi (sá sem hefur samþykkt að selja hrávöruna) erfitt fyrir að afhenda viðkomandi hrávöru á réttum tíma, til dæmis

<sup>130</sup> Á ensku: „abusive squeeze“.

<sup>131</sup> Á ensku: „cornering“. Sjá umræðu t.d. hjá Craig Pirrong: „Cornered: Market Power Manipulation by a Large Speculator“ [*Citeseer*] Working paper, University of Houston, 2008, bls. 1. Í bandarískri umræðu er vísað til „abusive squeezes“ sem „squeezes“ en til einföldunar og í samræmi við orðalagið í Evrópurétti er notast hér við fyrra hugtakið.

<sup>132</sup> Sjá tillögu framkvæmdastjórnarinnar að MAD, bls. 10.

<sup>133</sup> Á ensku: „delivery impairments“.

<sup>134</sup> Á ensku: „commodity“.

<sup>135</sup> Á ensku: „long position“.

<sup>136</sup> Á ensku: „short position“. Bodie, Kane og Marcus: *Investments*, bls. 995. Sjá einnig Fischel and Ross: „Should the Law Prohibit 'Manipulation' in Financial Markets?“, bls. 542 og Wendy Collins Perdue: „Manipulation of Futures Markets: Redefining the Offense“. *Fordham Law Review*, 3. tbl. 1987, bls. 349-350.

<sup>137</sup> Ólögmetrar þvingunar og þeirrar háttsemi að króa markaðinn af. Í sumum fræðiskrifum er ekki gerður greinarmunur á þessum tveimur aðferðum. Sjá t.d. Richard D Friedman: „Stalking the Squeeze: Understanding Commodities Market manipulation“. *Michigan Law Review* 1990, bls. 32. Í meirihluta skrifanna er þó gerður greinarmunur. Sjá t.d. Fischel and Ross: „Should the Law Prohibit 'Manipulation' in Financial Markets?“, bls. 543, Rosa M Abrantes-Metz, Gabriel V Rauterberg og Andrew Verstein: „Revolution in manipulation law: The new CFTC rules and the urgent need for economic and empirical analyses“. *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 2013, bls. 367-368. Ekki verður þó fjallað nánar um þennan mun hér og vísast því til framangreindra heimilda.

með því að kaupa upp allt framboð af hrávörunni á markaði. Sá sem beitir þessari tegund markaðsmisnotkunar getur þannig þvingað þá aðila sem eru með skortstöðu til að greiða óeðlilega hátt verð til að gera upp samninginn í staðinn fyrir að afhenda viðkomandi hrávöru.<sup>138</sup>

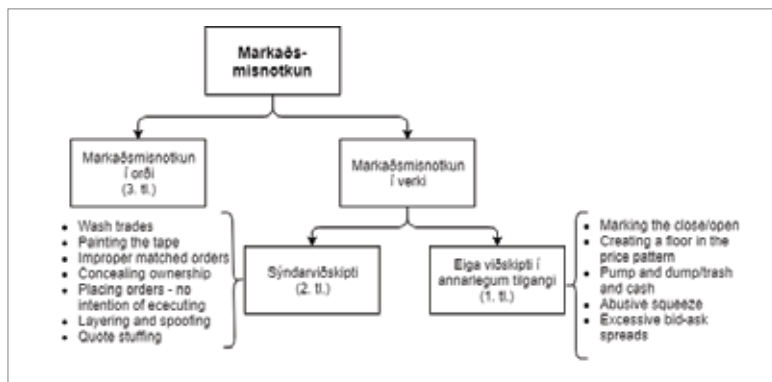
Við framangreindar aðstæður er ljóst að markaðsstyrkurinn eða markaðsráðandi staðan er notuð til þess að hækka verðið í aðdraganda uppgjörs samningsins – sem tengist seinna hlutlæga skilyrði markaðsmisnotkunar. Slík háttsemi felur í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu eða markaðsstyrk. Ranga eða misvísandi upplýsingagjöfin felst aðallega í því að markaðsstyrkurinn er notaður til að koma sér í yfirburðarstöðu og ná þannig að hækka uppgjörsgengið, til dæmis með því að kaupa upp allt framboðið af hrávörunni. Þar sem markmiðið er ekki að eignast meira af vörunni heldur að skapa sér stöðu til að þvinga upp verðið er misræmi milli þeirra upplýsinga sem miðlað er til markaðarins með viðskiptunum (kaupáhugi) og þess sem átti viðskiptin vissi (ekki kaupáhugi) – m.ö.o. röng eða misvísandi upplýsingagjöf.

### 4.3 Mismunandi form rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar

Sé lagt til grundvallar að röng eða misvísandi upplýsingagjöf sé kjarni markaðsmisnotkunar er hægt að flokka markaðsmisnotkun<sup>139</sup> með eftirfarandi hætti:

<sup>138</sup> Sjá Fischel og Ross: „Should the Law Prohibit 'Manipulation' in Financial Markets?“, bls. 543 og Jerry W. Markham: *Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation*. M.E. Sharpe 2013, bls. 191. Sjá ennfremur umfjöllun um ólögmeta þvingun hjá Aðalsteini E. Jónassyni: *Markaðssvik*, bls. 511.

<sup>139</sup> Aðalsteinn E. Jónasson greinir t.d. á milli þriggja tegunda markaðsmisnotkunar eins og hún birtist í texta 117. gr. vvl.: 1) Viðskipti eða tilboð gefa eða eru líkleg til að gefa ranga eða villandi mynd, 2) sýndarviðskipti og 3) dreifing rangra eða misvísandi upplýsinga. Sjá *Markaðssvik*, bls. 455–558.



Mynd 3: Mismunandi form markaðsmisnotkunar<sup>140</sup>

Eins og ofangreind mynd ber með sér er hægt að skipta markaðsmisnotkun í tvo flokka: Markaðsmisnotkun í orði og markaðsmisnotkun í verki. Slík aðgreining er í samræmi við þá hugsun að upplýsingum er miðlað annað hvort í orði, töluðu eða rituðu,<sup>141</sup> eða í verki, sem er flóknara fyrirbrigði af þeirri ástæðu að slík tjáning á sér stað í viðskiptum eða með tilboðum.<sup>142</sup>

Til að útskýra með fullnægjandi hætti mismunandi birtingarmyndir af miðlun rangra eða misvísandi upplýsinga í verki er hægt að greina þann flokk í tvennt: Sýndarviðskipti<sup>143</sup> og að eiga viðskipti í annarlegum tilgangi.<sup>144</sup> Meginmunurinn á þessum tveimur undirflokkum er það hvort um sé að ræða raunverulega breytingu á eignarrétti eða áhættu af viðkomandi fjármálagerningi.<sup>145</sup> Ef það er engin breyting

<sup>140</sup> Myndin byggist á eigin hugmyndum höfundar.

<sup>141</sup> Á ensku: „verbal manipulation“.

<sup>142</sup> Á ensku: „non-verbal manipulation“. Eins og vikið var í undirkafla 2.3 fellur önnur hegðun (*e. any other behaviour*) einnig undir bannið við markaðsmisnotkun í MAR.

<sup>143</sup> Á ensku: „fictitious transactions“.

<sup>144</sup> Á ensku: „ulterior motive transactions“. Á myndinni eru tölulíðirnir í 117. gr. íslensku verðbréfavíðskiptalaganna tilgreindir fyrir hvern flokk markaðsmisnotkunar til glöggvunar. Sambærilegir liður í MAR eru eftirfarandi: Markaðsmisnotkun í orði (c-liður 1. mgr. 12. gr. MAR), sýndarviðskipti (b-liður 1. mgr. 12. gr. MAR) og viðskipti í annarlegum tilgangi (a-liður 1. mgr. 12. gr. MAR).

<sup>145</sup> Eða öðrum gæringi sem fellur undir bannið við markaðsmisnotkun.

á eignarrétti eða markaðsáhættu myndi slík röng eða misvísandi upplýsingagjöf falla undir sýndarviðskipti.

Drátt fyrir að það sé breyting á eignarrétti eða markaðsáhættu geta viðskipti eða tilboð samt sem áður falið í sér ranga eða misvísandi upplýsingagjöf. Ef það liggur fyrir að meginástæðan fyrir viðskiptunum eða tilboðunum sé að hafa áhrif á virði fjármálagernings<sup>146</sup> til að hagnast á tengdri stöðu, t.d. framvirkum samningi sem byggir á gengi hlutabréfs á skipulegum verðbréfamarkaði, getur slíkt talist röng eða misvísandi upplýsingagjöf og fallið undir seinni undirflokkinn – að eiga viðskipti í annarlegum tilgangi. Framangreindu er ágætlega lýst með eftirfarandi tilvitnun úr grein sem ber heitið „A Framework for the Analysis of Market Manipulation“:

Because the manipulator seeks to intentionally bias the price-making mechanism, such trades misrepresent the value of the underlying asset and undermine the price formation process to the extent that the market relies on the misinformation.<sup>147</sup> (undirstrikun höf.)

Með tilvitnuðum orðum er verið að lýsa sams konar aðstöðu og hér er til umfjöllunar, þ.e.a.s. viðskipti með viðkomandi fjármálagerning gefa ranga eða misvísandi mynd af raunverulegu virði fjármálagerningsins þegar ástæða viðskiptanna er að hafa áhrif á virðið.

Í næstu tveimur undirköflum (a og b) verður fjallað stuttlega um þessa tvo undirflokka markaðsmisnotkunar og vísað verður til íslenskra dómamfordæma til nánari útskýringar. Ætlunin er ekki að fara ítarlega í dómama heldur nefna aðeins þá hegðun sem kemur fram í dómunum.

### *a) Sýndarviðskipti*

Undirflokkurinn sýndarviðskipti myndi falla undir b-lið 1. mgr. 12. gr. MAR (samsvarandi ákvæði í vvl. er 2. tl. 1. mgr. 117. gr.)<sup>148</sup> sem er svohljóðandi:

<sup>146</sup> Eða annarra gerninga sem falla undir bannið við markaðsmisnotkun.

<sup>147</sup> Paul R. Carpenter og Shaun D. Ledgerwood: „A framework for the analysis of market manipulation“. *Review of Law & Economics*, 1. tbl. 2012, bls. 282.

<sup>148</sup> Eins og hefur verið nefnt þá á eftir að innleiða MAR í íslenskan rétt þannig skilgreiningin á markaðsmisnotkun í vvl. byggir á MAD.



[A]ð eiga viðskipti, leggja fram tilboð eða hvers kyns hegðun sem hefur áhrif eða er líkleg til að hafa áhrif á verð eins eða fleiri fjármálagerninga, tengds hrávörusamnings á stundarmarkaði eða uppboðsvöru á losunarheimildum, sem byggð eru á tilbúningi eða þar sem notuð eru einhver form blekkingar eða sýndarmennsku<sup>149</sup>

Með orðinu sýndarviðskipti<sup>150</sup> er verið að lýsa viðskiptum og tilboðum sem eru ekki raunveruleg í þeim skilningi að þau fela ekki í sér sannanlega breytingu á eignarrétti eða markaðsáhættu af fjármálagerningi. Ranga eða misvísandi upplýsingagjöfin felst þar af leiðandi í því að mikilvægar upplýsingar um viðskiptin (eða tilboðin) eru hulin markaðinum. Í þeim tilvikum er misræmi milli þess sem er miðlað með viðskiptunum (viðskipti milli óháðra aðila með gagnstæða hagsmuni) og þess sem aðilinn sem átti viðskiptin vissi um viðskiptin (að hann væri t.d. beggja megin borðsins í viðskiptunum).

Skýrasta dæmið um sýndarviðskipti eru svokölluð *wash trades* sem í grunninn felur í sér viðskipti við sjálfan sig, þ.e. sami aðili er beggja megin borðsins í viðskiptunum – kaup- og sölumegin.<sup>151</sup> Háttsemin er nú skilgreind í viðauka II við framselda reglugerð framkvæmdastjórnarinnar frá 2016.<sup>152</sup> Samkvæmt þeirri skilgreiningu er með *wash trades* átt við kaup eða sölu á fjármálagerningi<sup>153</sup> þar sem engin breyting verður á eignarrétti eða markaðsáhættu eða framsalið á sér stað milli aðila sem eru í samstarfi eða hafa haft samráð.<sup>154</sup>

<sup>149</sup> Um er að ræða þýðingu höfundar á ákvæðinu.

<sup>150</sup> Sjá til hliðsjónar umfjöllun um sýndarviðskipti hjá Aðalsteini E. Jónassyni: *Markaðssvik*, bls. 520–543.

<sup>151</sup> Sjá t.d. Márten Knuts: *Kursmanipulation på värdepappersmarknaden*, bls. 296–297, Thomas Lee Hazen: *The Law of Securities Regulation*. 5. útgáfa. West Group 2006, bls. 627–628 og Emilios Avgouleas: *The Mechanics and Regulation of Market Abuse*, bls. 129.

<sup>152</sup> Sjá a-lið 3. gr. í A-hluta í II. viðauka við framselda reglugerð framkvæmdastjórnarinnar nr. 2016/522.

<sup>153</sup> Eða öðrum gerningum sem falla undir gildissvið bannins.

<sup>154</sup> Á ensku er skilgreiningin eftirfarandi: „Entering into arrangements for the sale or purchase of a financial instrument, a related spot commodity contract, or an auctioned product based on emission allowances, where there is no change in beneficial interests or market risk or where beneficial interest or market risk is transferred between parties who are acting in concert or collusion“. Sjá enn fremur umfjöllun um *wash trades* hjá Aðalsteini E. Jónassyni: *Markaðssvik*, bls. 492–509.

Annað dæmi um sýndarviðskipti er þegar *lagt er fram fram tilboð án þess að til standi að framkvæma viðskiptin*. Ranga eða misvísandi upplýsingagjöfin felst í því að gefa markaðinum þá mynd að það sé meiri eftirspurn eða framboð af viðkomandi fjármálagerningi þegar sú er ekki raunin.<sup>155</sup> *Dómur Hæstaréttar frá 21. mars 2011 í máli nr. 52/2010 (sjóðsstjórinn og miðlarinn)* er gott dæmi, en þar var þessari aðferð beitt til að hækka dagslokaverð skuldabréfa. Í málinu voru sjóðsstjóri peningamarkaðssjóðs og verðbréfamiðlari dæmdir í sex mánaða óskilorðsbundið fangelsi fyrir markaðsmisnotkun.

Á tímabilinu frá 25. janúar til 22. febrúar 2008 setti miðlarinn, í sex tilvikum, inn kauptilboð í tiltekinn skuldabréfaflokk Exista hf. (Exista), sem hafði verið tekin til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði á Íslandi,<sup>156</sup> örfáum mínútum fyrir lokun markaðar samkvæmt fyrir mælum frá sjóðsstjóranum. Sjóðsstjórinn stýrði peningamarkaðssjóði sem átti töluvert magn skuldabréfanna. Þegar gengi bréfanna fór allt í einu að lækka virðist sjóðsstjórinn hafa ákveðið að grípa inn í og beðið verðbréfamiðlarann um að setja inn kauptilboð fyrir hönd sjóðsins rétt fyrir lokun markaðar í þeim tilgangi að hækka gengið.

Af lestri dóms héraðsdóms og Hæstaréttar virðist meginástæða heimfærslunnar til markaðsmisnotkunar vera sú að talið var sannað að ákærðu hefðu ekki ætlað sér að standa við kauptilboðin. Í *fyrsta lagi* viðurkenndi sjóðsstjórinn fyrir dómi að hann hefði ekki hugsað sér að sjóðurinn eignaðist meira af skuldabréfunum. Í *öðru lagi* gaf tímasetning kauptilboðanna (rétt fyrir lokun markaðar) og verð þeirra (sem var töluvert herra en fyrirbyggjandi kauptilboð) til kynna að ákærðu hefðu ekki ætlað sér að standa við kauptilboðin. Í *þriðja lagi* lágu fyrir nokkur símtöl og tölvupóstssamskipti milli ákærðu

<sup>155</sup> Sjá skilgreininguna í a-lið 6. gr. í A-hluta í II. viðauka við framselda reglugerð framkvæmdastjórnarinnar nr. 2016/522 sem er svohljóðandi á ensku: „Entering of orders which are withdrawn before execution, thus having the effect, or which are likely to have the effect, of giving a misleading impression that there is demand for or supply of a financial instrument, a related spot commodity contract, or an auctioned product based on emission allowances at that price.“

<sup>156</sup> Sjá skilgreiningu á skipulegum verðbréfamarkaði í 2. tl. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 110/2007 um kauphallir.

sem renndu stoðum undir framangreindan grun.<sup>157</sup> Með háttsemi sinni miðluðu því ákærðu röngum og misvísandi upplýsingum til markaðarins um eftirspurn og verð Exista skuldabréfanna.

### *b) Viðskipti í annarlegum tilgangi*

All trading sends pricing signals to the market. But the signal is inherently false if the only purpose of the trading is to send the signal.

Maxwell K. Multer<sup>158</sup>

Öll viðskipti og tilboð á markaði hafa eðli málsins samkvæmt einhver áhrif á verðmyndun viðkomandi fjármálagernings,<sup>159</sup> hvort sem er um að ræða hreyfingu á verðinu eða einhver aukning á framboði eða eftirspurn eftir fjármálagerningi. Ákvæðinu um markaðsmisnotkun er ekki ætlað að banna öll slík áhrif – aðeins þau sem veita markaðinum rangar eða misvísandi upplýsingar, líkt og tekið er fram í tilvitnuðum texta hér að framan.

Eðlilegt er að spyrja sig hvernig viðskipti eða tilboð geta falið í sér ranga eða misvísandi upplýsingagjöf þegar eignarrétturinn eða markaðsáhættan flyst raunverulega frá seljanda yfir til kaupanda í viðskiptunum. Í þeim tilvikum þegar það liggur fyrir að ástæðan fyrir viðskiptunum eða tilboðunum sé að hafa áhrif á virði fjármálagernings til að hagnast á tengdri stöðu þá getur slíkt talist röng eða misvísandi upplýsingagjöf og fallið undir seinni undirflokkinn – að eiga viðskipti í annarlegum tilgangi.<sup>160</sup> Ranga eða misvísandi upplýsingagjöfin felst í misræminu milli þess sem er miðlað til markaðarins (t.d. kaupáhugi) og þess sem aðilinn sem átti viðskiptin vissi um viðskiptin (ekki kaupáhugi heldur tilgangur viðskiptanna að hagnast á tengdri stöðu).<sup>161</sup>

<sup>157</sup> Sjá bls. 11–12 í dómi Hæstaréttar í máli nr. 52/2010 (rafræn útgáfa dómsins).

<sup>158</sup> Maxwell K. Multer: „Open-Market Manipulation under SEC Rule 10b-5 and its Analogues“, bls. 109.

<sup>159</sup> Eða aðra gerninga sem falla undir bannið við markaðsmisnotkun.

<sup>160</sup> Á ensku: „ulterior motive transactions“.

<sup>161</sup> Sjá t.d. ummæli í *Market abuse. Part 1: Consultation on a draft Code of Market Conduct*. FSA, júní 1998, bls. 10.

Dæmi um þessa tegund markaðsmisnotkunar er *gólf eða þak í verðmyndun*<sup>162</sup> þar sem leitast er við að koma í veg fyrir eða hægja á að verð fjármálgernings<sup>163</sup> fari niður fyrir ákveðin mörk (gólf) eða hækki yfir ákveðin mörk (þak) með viðskiptum og tilboðum sem hafa það markmið að komast hjá neikvæðum afleiðingum af breytingum umfram mörkin, t.d. vegna veðkalls.<sup>164</sup>

Í tveimur keimlíkum dómum Hæstaréttar Íslands var dæmt fyrir hegðun sem væri hægt að fella undir markaðsmisnotkun sem myndar *gólf í verðmyndun* hlutabréfa. Um er að ræða annars vegar *dóm Hæstaréttar frá 4. febrúar 2016 í máli nr. 842/2014 (Landsbankamálið)* og hins vegar *dóm Hæstaréttar frá 6. október 2016 í máli nr. 498/2015 (Kaupþingsmálið)*.<sup>165</sup> Til einföldunar verður í þessu samhengi aðeins fjallað um Landsbankamálið.<sup>166</sup>

Í málinu voru annar bankastjóri Landsbankans ásamt forstöðumanni eigin fjárfestinga bankans og tveimur starfsmönnum sömu deildar ákærðir fyrir markaðsmisnotkun með því að hafa myndað gólf í verðmyndun á hlutabréfum í bankanum á tímabilinu frá 1. nóvember 2007 til 3. október 2008. Ákæran greindi á milli sjálfvirkra pörunarviðskipta, sem eiga sér stað í viðskiptakerfi Kauphallarinnar, og utanþingsviðskipta eða tilkynntra viðskipta, sem eiga sér stað utan markaðar en eru síðan tilkynnt í viðskiptakerfið eftir að þau hafa átt sér stað.<sup>167</sup>

---

<sup>162</sup> Á ensku: „creation of a floor, or a ceiling, in the price pattern“.

<sup>163</sup> Eða annarra gerninga sem falla undir bannið við markaðsmisnotkun.

<sup>164</sup> Sjá b-lið 1. gr. í A hluta í II. viðauka við framselda reglugerð framkvæmdastjórnarinnar nr. 2016/522 og e- og f-liði í A hluta í I. viðauka við MAR. Með veðkalli er átt við þegar samningur er háður því skilyrði að samningsaðila er skylt að veita auknar tryggingar fyrir samningi við tilteknar aðstæður. Sjá Aðalstein E. Jónasson: *Viðskipti með fjármálagerninga*. Codex 2009, bls. 91.

<sup>165</sup> Sjá ítarlega umfjöllun um dómanna hjá Aðalsteini E. Jónássyni: *Markaðssvik*, bls. 468–487.

<sup>166</sup> Taka ber fram að höfundur kom að málinu á rannsóknar- og ákærustigi sem starfsmaður embætti sérstaks saksóknara.

<sup>167</sup> Sjá skilgreiningar í *NASDAQ Nordic Member Rules*. NASDAQ OMX Nordic. Útgáfa 2.9, 14. desember 2015, bls. 7 og 10. Sjá ennfremur bls. 12–13 í dóminum.

Samkvæmt ákæru í málinu keypti deild eigin fjárfestinga rúmlega 2,3 milljarða af hlutabréfum í bankanum á tímabilinu eða 48,4% af heildarveltunni í sjálfvirki þörun en seldu aðeins rúmlega 57 þúsund hluti eða 1,2 af heildarveltunni.<sup>168</sup> Um þessi viðskipti deildarinnar segir Hæstiréttur m.a. eftirfarandi:

Á hinn bóginn var allt frá upphafi og fram í október 2008 augljós fylgni milli þess hvernig gengi hlutabréfa í Landsbanka Íslands hf. hreyfðist og þess hvernig eigin fjárfestingar bankans höguðu viðskiptum sínum í kauphöllinni. Þegar gengið hækkaði var dregið úr kaupunum, en þegar það lækkaði jukust kaupin og urðu þeim mun meiri eftir því sem gengið féll meira.<sup>169</sup>

Hæstiréttur virðist í tilvitnuðum texta vera að lýsa hegðuninni (þ.e. viðskipti deildar eigin fjárfestinga á tímabilinu) með þeim hætti að eins konar gólf hafi myndast í verðmyndun hlutabréfanna þar sem ákærðu virðast hafa komið í veg fyrir eða hægt á lækkun á verði hlutabréfanna. Slíkt fellur vel að lýsingu á *gólfi eða þaki í verðmyndun* eins og það hefur verið skilgreint af ESMA. Í þessu tilviki væri hægt líta svo á að „annarlegur tilgangur“ ákærðu hafi verið að tryggja stöðugt hlutabréfaferð bankans en tilgangurinn hafi ekki verið að hagnast á einstakri stöðutöku í hlutabréfunum.

Með hliðsjón af málalíbúnaði ákæruvaldsins og framangreindum ummælum Hæstaréttar hefði mátt ætla að sakfellingin hefði byggst á því að ákærðu hefðu myndað gólf í verðmyndun hlutabréfa Landsbankans og veitt þannig rangar eða misvísandi upplýsingar til markaðarins um virði hlutabréfanna. Hæstiréttur byggði hins vegar heimfærsluna til markaðsmisnotkunarákvæðisins aðallega á tveimur gagnályktunum.

Í *fyrsta lagi* tók Hæstiréttur fram að með gagnályktun frá 116. gr. laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti (vvl.) hafi bönkunum verið óheimilt

<sup>168</sup> Sjá bls. 18–19 í dómi Hæstaréttar í máli nr. 842/2014 (rafræn útgáfa dómsins).

<sup>169</sup> Sjá bls. 18 í dómi Hæstaréttar í máli nr. 842/2014 (rafræn útgáfa dómsins).

að vera viðskiptavakar í eigin hlutabréfum. Hæstiréttur byggði aðallega á því orðalagi ákvæðisins að tilkynna bæri viðskiptavakasamning við útgefanda fjármálagerninga til skipulegs verðbréfamarkaðar (2. mgr.) og að tryggja bæri að útgefanda væri ekki unnt að hafa áhrif á ákvarðanir á grundvelli samningsins væri viðskiptavaktin framkvæmd fyrir reikning útgefandans (4. mgr.). Af umræddu orðalagi taldi Hæstiréttur ljóst að vvl. heimiluðu ekki viðskiptavakt í eigin hlutabréfum.<sup>170</sup>

Í *öðru lagi* gagnályktaði Hæstiréttur frá ákvæðum vvl. með þeim hætti að rétturinn taldi að ákærðu hafi verið óheimilt að stunda viðskipti með eigin hluti bankanna í þeim tilgangi að mynda markað enda hafi viðskiptin ekki verið framkvæmd í samræmi við reglur um endurkaupaáætlanir og verðjöfnun, sbr. 1. tl. 3. mgr. 115. gr. vvl.

Með hliðsjón af þessum tveimur gagnályktunum komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að viðskiptin væru ólögmat. Með öðrum orðum taldi Hæstiréttur að bönkunum hefði ekki verið heimilt að vera viðskiptavakar í eigin bréfum og að þessi viðskiptavakahegðun (að skapa markaðsverð) hafi verið ólögmat þar sem bankarnir fylgdu hvorki reglum um endurkaupaáætlanir né verðjöfnun.<sup>171</sup> Orðrétt segir í dómi Hæstaréttar í Landsbankamálinu:

Þá hafa ennfremur allir ákærðu borið að þetta hafi verið gert í þeim tilgangi að mynda markað með hlutina eins og um viðskiptavakt hefði verið að ræða. Eins og áður greinir var bankanum sem fjármálafyrirtæki, er hafði með höndum verðbréfavíðskipti, óheimilt samkvæmt lögum nr. 108/2007 að stunda viðskipti með eigin hluti á skipulegum verðbréfamarkaði eins og í kauphöllinni í þessum tilgangi nema í undantekningartilvikum sem ekki eiga við hér. Umrædd viðskipti voru því ólögmat og getur þar engu breytt að fjallað

<sup>170</sup> Sjá bls. 19 í dómi Hæstaréttar í máli nr. 842/2014 (rafræn útgáfa dómsins).

<sup>171</sup> Hæstiréttur byggði einnig á því að sá mikli fjöldi tilboða og þau umfangsmiklu viðskipti sem áttu sér stað hafi gefið, eða að minnsta kosti verið líkleg til að gefa eftirspurn og verð hlutabréfa bankans ranglega eða misvísandi til kynna, sbr. orðalag a-liðar 1. tl. 1. mgr. 117. gr. vvl. Sjá umfjöllun hjá Aðalsteini E. Jónassyni: *Markaðssvik*, bls. 485.

hafi verið á jákvæðan hátt um Landsbanka Íslands hf., bankakerfið eða önnur atriði á sínum tíma, jafnvel þótt sú umfjöllun hefði verið til þess fallin að styrkja stöðu bankans og þar með hækka markaðsverð á hlutum í félaginu.<sup>172</sup> (undirstrikun höf.)

Ekki er tilefni til þess hér að fjalla nánar um niðurstöðu Hæstaréttar enda fellur það fyrir utan umfjöllunarefni þessarar greinar. Tilgangurinn með því að fjalla um Landsbankamálið í þessum hluta var einungis að koma með dæmi um háttsemi sem gæti fallið undir þann undirflokk markaðsmisnotkunar sem hefur verið nefndur að eiga viðskipti í annarlegum tilgangi.

Annað dæmi um þennan flokk markaðsmisnotkunar er *markaðsmisnotkun við opnun og lokun markaðar*. Háttsemin hefur verið skilgreind í MAR sem kaup eða sala fjármálagerninga við opnun eða lokun markaðar, sem er eða er líkleg til að vera misvísandi gagnvart fjárfestum sem taka ákvarðanir á grundvelli opinberra verða, þ.á m. opunar- og lokunarverða.<sup>173</sup>

Viðskipti við opnun eða lokun markaðar eru ekki bönnuð í sjálfu sér heldur þarf eitthvað meira að koma til – viðskiptin þurfa að fela í sér ranga eða misvísandi upplýsingagjöf til markaðarins, sbr. orðalagið „misvísandi gagnvart fjárfestum“. Í meginatriðum falla viðskiptin aðeins undir bannið við markaðsmisnotkun þegar þau eru framkvæmd í þeim megingitilgangi að hækka, lækka eða viðhalda viðmiðunarverði,<sup>174</sup> t.d. opunar- eða lokagengi fjármálagernings.<sup>175</sup> Ranga eða misvísandi upplýsingagjöfin felst þá í því að höfð eru áhrif á opunar- eða lokunarverð til þess að hagnast á tengdri stöðu, t.d. framvirkum samningi, sem aðrir á markaði eru ekki upplýstir um.<sup>176</sup>

<sup>172</sup> Sjá bls. 20 í dómi Hæstaréttar í máli nr. 842/2014 (rafræn útgáfa dómsins).

<sup>173</sup> Sjá b-lið 2. mgr. 12. gr. MAR. Sjá umfjöllun t.d. hjá Aðalsteini E. Jónassyni: *Markaðssvik*, bls. 459–468.

<sup>174</sup> Á ensku: „reference price“.

<sup>175</sup> Sjá d-lið 5. gr. í A-hluta í II. viðauka við framselda reglugerð framkvæmdastjórnarinnar nr. 2016/522.

<sup>176</sup> Sjá umfjöllun um óbeina hagsmuni í tengslum við markaðsmisnotkun við opnun eða lokun markaðar í grein höfundar: „Markaðsmisnotkun við opnun og lokun markaðar“. *Tímarit lögfræðinga*, 1. tbl. 2012, bls. 61–62.

#### 4.4 Verulega röng eða misvísandi upplýsingagjöf – „Material misinformation“

Sé byggt á því að röng eða misvísandi upplýsingagjöf sé kjarni markaðsmisnotkunar, líkt og haldið er fram í þessari grein, er nauðsynlegt að spyrja sig hvort allar rangar eða misvísandi upplýsingar falli undir bannið eða hvort það sé takmarkað með einhverjum hætti. Í þessu samhengi má nefna svokölluð ísjakatilboð, þar sem stærð tilboðs sem lagt er fram í viðskiptakerfi Kauphallarinnar er hulið markaðinum að hluta til.<sup>177</sup> Slík tilboð eru oft leyfð til að hvetja fjárfesta til að leggja inn stærra kaup- og sölutilboð án þess að eiga hættu á að keyra verðið upp eða niður.<sup>178</sup> Ef miðað væri við allar rangar eða misvísandi upplýsingar uppfylltu fyrra hlutlæga skilyrði markaðsmisnotkunar væri auðvelt að rökstyðja að ísjakatilboð féllu þar undir, enda fela tilboðin í sér misvísandi upplýsingar þar sem markaðurinn fær ekki að vita um heildarmagn tilboðsins.

Til að koma í veg fyrir að bannið sé of víðtækt má velta því upp hvort það væri ekki eðlilegra að láta bannið við markaðsmisnotkun ná aðeins til verulega rangrar eða misvísandi upplýsingagjafar.<sup>179</sup> Þótt grunnskilgreining í MAR taki slíkt ekki beint fram eru ýmis rök fyrir því að túlka ákvæðið með þeim hætti að fyrra hlutlæga skilyrðið takmarkist við verulega rangar eða misvísandi upplýsingar.

Um framangreint má í *fyrsta lagi* vísa til þess að tekið er fram í 47. forsendu MAR að dreifing rangra eða misvísandi upplýsinga geti falið í sér bersýnilega rangar upplýsingar en einnig þar sem vísitandi er

---

<sup>177</sup> Á ensku er talað um *non-displayed reserve (hidden iceberg) volumes*. Sjá t.d. bls. 28 í NASDAQ OMX Nordic Market Model 2.6, sem er að finna á eftirfarandi slóð: [http://nasdaqomx.com/digitalAssets/75/75620\\_nasdaqomxnordicmarketmodel2.6.pdf](http://nasdaqomx.com/digitalAssets/75/75620_nasdaqomxnordicmarketmodel2.6.pdf) (skoðað 5. janúar 2018).

<sup>178</sup> Sjá *Commission Staff Working Paper. Impact Assessment. Accompanying the document [MiFID II] and [MiFIR]. SEC(2011) 1226 final*. Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins, 20. október 2011, bls. 11.

<sup>179</sup> Á ensku: „material misinformation“.



haldið eftir mikilvægum upplýsingum.<sup>180</sup> Jafnvel þótt forsendan fjalli aðeins um markaðsmisnotkun í orði gefa þessi ummæli til kynna að upplýsingagjöfin uppfylli ekki sjálfkrafa fyrra hlutlæga skilyrðið, heldur má túlka ummælin sem svo að upplýsingagjöfin teljist ekki misvísandi í skilningi 12. gr. MAR (sem fjallar um markaðsmisnotkun) nema upplýsingarnar sem haldið er eftir séu mikilvægar.<sup>181</sup> Heimfæra mætti þetta til markaðsmisnotkunar í verki þar sem háttsemin telst ekki uppfylla fyrra hlutlæga skilyrðið nema mikilvægum upplýsingum sé haldið eftir þegar viðskiptin eru framkvæmd eða tilboðin sett fram, t.d. varðandi að sami aðilinn sé beggja megin borðsins eða ætlunin hafi aldrei verið að standa við tilboðin.

Í öðru lagi má vísa til þess að byggt var á því í breskri réttarframkvæmd fyrir innleiðingu á MAD regluverkinu frá árinu 2003 að til að um markaðsmisnotkun í formi rangra eða misvísandi upplýsinga<sup>182</sup> gæti verið að ræða þyrfti hin ranga eða misvísandi upplýsingagjöf að vera veruleg.<sup>183</sup> Ákvæðið sjálf tólt ekki þessa kröfu heldur var tekið fram í leiðbeinandi reglum frá breska fjármálaeftirlitinu, FSA<sup>184</sup> sem nefnast „Code of Market Conduct“ að háttsemi félli ekki undir þessa tegund markaðsmisnotkunar nema hún fæli í sér verulega ranga eða misvísandi upplýsingagjöf.<sup>185</sup> Þrátt fyrir að þessi ummæli væru fjarlægð úr reglunum þegar MAD regluverkið var innleitt í breska löggjöf árið 2005 sýna þau að bannið við markaðsmisnotkun í Bretlandi var

<sup>180</sup> Orðalagið í 47. forsendu MAR hvað þetta varðar er svohljóðandi: „The spreading of false or misleading information can have a significant impact on the prices of financial instruments in a relatively short period of time. It may consist in the invention of manifestly false information, but also the wilful omission of material facts, as well as the knowingly inaccurate reporting of information.“

<sup>181</sup> Á ensku: „material“.

<sup>182</sup> Á ensku: „false and misleading impression“.

<sup>183</sup> *Market abuse. Consultation on a draft Code of Market Conduct*. FSA, júlí 2000, viðauki B, bls. 17. Sjá einnig *Code of Market Conduct*, 14. janúar 2005, sem er aðgengilegt á eftirfarandi slóð: <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/MAR/1/5.html?date=2005-01-14>.

<sup>184</sup> Á ensku: „Financial Services Authority“. FSA hefur verið skipt upp í tvær stofnanir: „The Financial Conduct Authority“ (FCA) og „the Prudential Regulation Authority“ (PRA). Sjá umfjöllun t.d. hjá Eilis Ferran: „The Break-up of the Financial Services Authority“. *Oxford Journal of Legal Studies* 2011, bls. 1-2.

<sup>185</sup> *Market abuse. Consultation on a draft Code of Market Conduct*, viðauki B, bls. 17.

túlkað með þessum hætti fyrir innleiðinguna á MAD.<sup>186</sup> Þetta hefur þýðingu fyrir túlkun á nógildandi ákvæði um markaðsmisnotkun í MAR (og áður í MAD) þar sem MAD var undir miklum áhrifum frá bresku löggjöfinni frá þeim tíma.<sup>187</sup>

Í þriðja lagi má nefna að í bandarískum rétti hefur markaðsmisnotkun sem vísað er til sem „fraud-based manipulation“ verið túlkuð með þeim hætti að gerð sé krafa um verulega ranga eða misvísandi upplýsingagjöf. Samkvæmt bandarískum rétti felur krafan í sér að það verði að vera talsverðar líkur á því að heildarmynd skynsams fjárfestis af upplýsingunum<sup>188</sup> hefði breyst með marktækum hætti ef hann hefði vitað um upplýsingarnar sem var haldið eftir.<sup>189</sup>

Framangreindar röksemdir eru langt frá því að vera afgerandi þegar metið er hvort takmarka megi bannið við markaðsmisnotkun við verulega ranga eða misvísandi upplýsingagjöf. Þær gefa samt sem áður vísbandingu um að banninu hafi ekki verið ætlað að ná til rangrar eða misvísandi upplýsinga varðandi smávægileg atriði, sem væru ekki líklegar til að breyta fjárfestingarákvörðun ef réttar upplýsingar væru upp á borðinu – heldur aðeins þær sem eru verulega rangar eða misvísandi. Viðmiðið myndi því vera hvort líklegt væri að fjárfestingaákvörðun skynsams fjárfestis hefði breyst ef hann hefði vitað um upplýsingarnar sem var haldið eftir eða að um rangar upplýsingar hefði verið að ræða.

---

<sup>186</sup> Ekkert virðist hafa verið fjallað um framangreint skilyrði í breskri réttarframkvæmd eftir innleiðingu á MAD regluverkinu.

<sup>187</sup> Sjá t.d. umfjöllun hjá Jesper Lau Hansen: „The New Proposal for a European Union Directive on Market Abuse“. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 2002, bls. 241.

<sup>188</sup> Á ensku: „total mix of information“.

<sup>189</sup> Jerry W. Markham: *Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation*, bls. 223. Sjá einnig umfjöllun hjá Thomas Lee Hazen: *The Law of Securities Regulation*, bls. 495-508.

**5. Líkleg áhrif á virðið – seinna hlutlæga skilyrðið**

Áð lokum er viðeigandi að víkja stuttlega að seinna hlutlæga skilyrði markaðsmisnotkunar – að hin verulega ranga eða misvísandi upplýsingagjöf (sem er miðlað í orði eða í verki) sé líkleg til að hafa áhrif á virði<sup>190</sup> fjármálagernings eða annarra gerninga sem falla undir bannið.<sup>191</sup> Seinna skilyrðið er aðallega byggt á orðalagi grunnskilgreiningarinnar í MAR (12. gr.), sem vísar m.a. til hegðunar „sem hefur áhrif eða er líkleg til að hafa áhrif á verð eins eða fleiri fjármálagerninga“ og „rangar eða misvísandi upplýsingar um framboð, eftirspurn eða verð“.<sup>192</sup>

En hvað felst í skilyrðinu? Augljóst er að raunveruleg áhrif á verð fjármálagernings ætti í flestum tilvikum að uppfylla skilyrðið. Í þeim tilvikum liggur fyrir að röngu eða misvísandi upplýsingarnar hreyfðu við verði fjármálagerningsins til hækkunar eða lækkunar. Í *dómi Hæstaréttar frá 12. febrúar 2015 í máli nr. 145/2014 (Al Thani málið)*, þar sem þrír fyrrum stjórnendur Kaupþings banka hf. (Kaupþings) og stærsti hluthafi bankans voru sakfelldir fyrir markaðsmisnotkun, voru sterkar vísbendingar um að háttsemi ákærðu hefði haft raunveruleg áhrif á verð hlutabréfa í Kaupþingi.

Í héraðsdómi var tekið fram að eftir að tilkynning og fréttáflutningur um kaup erlends fjárfestis á 5,01% í Kaupþingi (sem héraðsdómur og Hæstiréttur töldu fela í sér rangar eða misvísandi upplýsingar) voru birtar hafi verð hlutabréfanna hækkað um 7% sama dag.<sup>193</sup> Jafnvel þótt margir aðrir þættir hefðu getað stuðlað að umræddri hækkun verður að telja að hækkunin gefi að minnsta kosti sterkar vísbendingar um að seinna hlutlæga skilyrðið hafi verið uppfyllt í þessu máli.<sup>194</sup> Ekki er nauðsynlegt að sýna fram á raunveruleg áhrif á virðið. Eins og orðalagið er í grunnskilgreiningunni er fullnægjandi að sýna fram á að það hafi verið líkur á að röngu eða misvísandi upplýsingarnar

<sup>190</sup> Á ensku: „value“.

<sup>191</sup> Sjá 2. gr. MAR sem fjallar um gildissvið bannsins.

<sup>192</sup> Sjá b-lið og i. tl. a-liðar 1. mgr. 12. gr. MAR.

<sup>193</sup> Sjá bls. 141 í dómi Hæstaréttar í máli nr. 145/2014 (rafræn útgáfa dómsins).

<sup>194</sup> Sjá ítarlegri umfjöllun um málið hjá Aðalsteini E. Jónassyni: *Markaðssvik*, bls. 469-487.

hefðu áhrif á virði fjármálagernings eða annarra gerninga sem falla undir bannið við markaðsmisnotkun.<sup>195</sup>

Verðið skiptir ekki aðeins máli í þessu samhengi. Áhrifin eða líklegu áhrifin varða einnig önnur áhrif á fjármálagerninginn eða aðra gerninga sem falla undir bannið, sem mætti orða sem virði.<sup>196</sup> Þar af leiðandi getur seinna hlutlæga skilyrðið verið uppfyllt jafnvel þótt það séu engin áhrif á verðið sjálft. Áhrifin geta varðað framboð og eftirspurn eftir viðkomandi fjármálagerningi<sup>197</sup> eða veltuna.<sup>198</sup> Dæmi um slíkt er tegund markaðsmisnotkunar sem hefur verið nefnd *gólf eða þak í verðmyndun*,<sup>199</sup> þar sem markmiðið er að halda verðinu stöðugu. Í þeim aðstæðum verður engin hreyfing á verðinu (ef markaðsmisnotkunin heppnast) en það má líta svo á að með háttseminni sé verið að hafa áhrif á framboð og eftirspurn eftir viðkomandi fjármálagerningi, sem myndi uppfylla seinna hlutlæga skilyrði markaðsmisnotkunar.

## 6. Niðurstöður og lokaorð

Markmið þessarar greinar var að greina og rökstyðja hvaða skilyrði þurfa alltaf að vera fyrir hendi til að fella háttsemi undir markaðsmisnotkun eins og það er skilgreint í nágildandi verðbréfaviðskiptalögum og í 12. gr. MAR. Byggt er á því að það séu tvö hlutlæg skilyrði markaðsmisnotkunar: 1) Að um sé að ræða verulega ranga eða misvísandi upplýsingagjöf (annað hvort í orði eða verki) og 2) að sú upplýsingagjöf sé líkleg til þess að hafa áhrif á virði fjármálagernings eða annarra gerninga sem falla undir bannið við markaðsmisnotkun. Aðaláherslan var á fyrra hlutlæga skilyrðið – um að hegðun þurfi að gefa markaðinum verulegar rangar eða misvísandi upplýsingar, sem er í rauninni kjarni markaðsmisnotkunar.

<sup>195</sup> Sjá t.d. Jesper Lau Hansen: *Værdipapirhandelsloven med kommentarer. Bind II*, bls. 445 og Márten Knuts: *Kursmanipulation på værdpapirsmarkedet*, bls. 229.

<sup>196</sup> Á ensku: „value“.

<sup>197</sup> Eða öðrum gerningum sem falla undir bannið.

<sup>198</sup> Sjá orðalag grunnskilgreiningarinnar um „framboð og eftirspurn, í i. t. a-liðar og c-liðar 1. mgr. 12. gr. MAR.

<sup>199</sup> Sjá umfjöllun í undirkafla 4.3 hér að framan.

Eins og umfjöllunin í þessari grein ber með sér eru skiptar skoðanir meðal fræðimanna og dómstóla hvaða háttsemi telst til markaðsmisnotkunar. Ætlunin hér var ekki að veita eitt fortakslaust svar við álítaefninu enda getur verið flókið að meta hvort tiltekin viðskiptahegðun á markaði falli undir bannið við markaðsmisnotkun. Markmiðið var að gera umræðuna um markaðsmisnotkun eilítið markvissari og skapa umræðu um inntak markaðsmisnotkunar og jafnframt setja fram ákveðnar tillögur að ferli til að ákvarða hvort háttsemi falli undir markaðsmisnotkun eða ekki.



FRAMTÍÐIN  
ER ÓKANNÆÐ  
SVÆÐI

Við vísum veginn

**LEX**

LÖGMANNSSTOFA

Borgartúni 26  
105 Reykjavík  
Fax 590 2606

Sími 590 2600  
lex@lex.is  
www.lex.is

## Heimildaskrá

- Aðalsteinn E. Jónasson: Markaðssvik. Codex 2017.
- Aðalsteinn E. Jónasson: „Þróun löggjafar um verðbréfavíðskipti. Einkavæðing, alþjóðavæðing og vöxtur fjármálamarkaða.“ *Tímarit lögréttu*, 2. tbl. 2008, bls. 111-142.
- Aðalstein E. Jónasson: *Víðskipti með fjármálagerninga*. Codex 2009.
- A guide to how the European Parliament co-legislates under the ordinary legislative procedure*. Evrópuþingið, desember 2014.
- Alan J. Marcus, Alex Kane og Zvi Bodie: *Investments*. 8. útgáfa. McGraw-Hill/Irwin 2009.
- Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on insider dealing and market manipulation (market abuse) 2011/0295 (COD)*. Framkvæmdastjórnin 25. júlí 2012.
- Andrew Verstein, Gabriel V. Rauterberg og Rosa M. Abrantes-Metz: „Revolution in manipulation law: The new CFTC rules and the urgent need for economic and empirical analyses“. *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 2013, bls. 357-418.
- Andri Fannar Bergþórsson: „Hvenær ber útgefanda fjármálagerninga að birta innherjaupplýsingar?“. *Tímarit lögfræðinga*, 3. tbl. 2014, bls. 241-279.
- Andri Fannar Bergþórsson: „Markaðsmisnotkun í formi rangrar upplýsingagjafar“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. tbl. 2009, bls. 197-226.
- Andri Fannar Bergþórsson: „Markaðsmisnotkun við opnun og lokun markaðar“. *Tímarit lögfræðinga*, 1. tbl. 2012, bls. 51-77.
- Arnaldur Hjartarson: *Evrópskur bankaréttur - og áhrif hans á íslenskan rétt*. Fons Juris 2017.
- Commission welcomes Council agreements on Market Abuse and Financial Conglomerates Directives*. Press release. IP/02/669. Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins, 2. maí 2002.
- Commission Staff Working Paper. Impact Assessment. Accompanying the document [MiFID II] and [MiFIR] (SEC(2011) 1226 final)*. Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins, 20. október 2011.
- Craig Pirrong: „Cornered: Market Power Manipulation by a Large Speculator“ [*Citeeater*] Working paper, University of Houston, 2008, bls. 1-25.
- Daniel R. Fischel and David J. Ross: „Should the Law Prohibit 'Manipulation' in Financial Markets?“ *Harvard Law Review* 1991, bls. 503-553.
- David Moalem og Nis Jul Clausen: „Kursmanipulation - Status og perspektivering med udgangspunkt i dansk ret“. *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*. 4. tbl. 2009, bls. 91-125.
- Delegated & Implementing Acts. The New Comitology. EIPA Essential Guide*. 5. útgáfa. European Institute of Public Administration (EIPA), september 2013.

- Eilis Ferran: „The Break-up of the Financial Services Authority“. *Oxford Journal of Legal Studies* 2011, bls. 1–26.
- Emilios Avgouleas: *The Mechanics and Regulation of Market Abuse. A legal and Economic Analysis*. Oxford University Press 2005.
- Financial Services: Implementing the Framework for Financial Markets: Action Plan COM(1999)232*. Commission Communication, Brussel 11. maí 1999.
- Final report of the Committee of the Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*. The Committee of Wise Men, 15. febrúar 2001.
- Gráinne De Búrca og Paul Craig: *EU law: text, cases, and materials*. 5. útgáfa. Oxford University Press 2011
- Hans Fogtdal: *Børskriminalitet*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2015.
- Initial Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*. The Committee of Wise Men, Brussel 9. nóvember 2000.
- Jerry W. Markham: *Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation*. M.E. Sharpe 2013.
- Jesper Lau Hansen: *Informationsmisbrug*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001.
- Jesper Lau Hansen: „The New Proposal for a European Union Directive on Market Abuse“. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 2002, bls. 241–268.
- Jesper Lau Hansen: „The trinity of market regulation: Disclosure, insider trading and market manipulation“. *International Journal of Disclosure and Governance*, 1. tbl. 2003, bls. 82–96.
- Jesper Lau Hansen: „MAD in a Hurry: The Swift and Promising Adoption of the EU Market Abuse Directive“. *European Business Law Review*, 2. tbl. 2004, bls. 183–221.
- Jesper Lau Hansen: *Værdipapirhandelsloven med kommentarer. Bind II*. Jurist- og Økonomforbundet 2015.
- Kristen Dooley: „Developments in Banking and Financial Law: The LIBOR Scandal“. *Review of Banking and Financial Law* 2012, bls. 2–12.
- Market abuse. Consultation on a draft Code of Market Conduct*. 59. Financial Services Authority (FSA), júlí 2000.
- Market abuse. Part 1: Consultation on a draft Code of Market Conduct*. 10. Financial Services Authority (FSA), júní 1998.
- Maxwell K Multer: „Open-Market Manipulation under SEC Rule 10b-5 and its Analogues: Inappropriate Distinctions, Judicial Disagreement and Case Study: Ferc's Anti-Manipulation Rule“. *Securities Regulation Law Journal* 2011.
- Mårten Knuts: *Kursmanipulation på värdepappersmarknaden*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010.
- NASDAQ Nordic Member Rules*. NASDAQ OMX Nordic. Útgáfa 2.9, 14. desember 2015.

Niamh Moloney: *EU Securities and Financial Markets Regulation*. 3. útgáfa. Oxford University Press 2014.

*Outcome of EP's first reading of the MAR proposal*. Evrópuþingið, 18. september 2013.

Paul R. Carpenter og Shaun D Ledgerwood: „A framework for the analysis of market manipulation“. *Review of Law & Economics*, 1. tbl. 2012, bls. 253-295.

Per Samuelsson o.fl.: *Lagen om marknadsmissbruk och lagen om anmälningsskyldighet. En kommentar*. Norstedts Juridik AB 2005.

*Principles for Financial Benchmarks. Final Report (FR07/13)*. IOSCO, júlí 2013.

*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on insider dealing and market manipulation (market abuse) COM(2001) 281 final*. Framkvæmdastjórnin 28. ágúst 2001.

*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on insider dealing and market manipulation (market abuse) COM(2011) 651 final*. Framkvæmdastjórnin 20. október 2011.

Richard D Friedman: „Stalking the Squeeze: Understanding Commodities Market manipulation“. *Michigan Law Review* 1990, bls 30-68.

Robert Sevenius og Torsten Örtengren: *Börsrätt*. Studentlitteratur 2012.

Rüdiger Veil: *European Capital Markets Law*. Hart Publishing 2013.

Sigurður Líndal og Skúli Magnússon: *Réttarkefji Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins. Megindráttir*. Hið íslenska bókmenntafélag 2011.

*Stjórnartíðindi Evrópusambandsins*.

Thomas Lee Hazen: *The Law of Securities Regulation*. 5. útgáfa. West Group 2006.

Wendy Collins Perdue: „Manipulation of Futures Markets: Redefining the Offense“. *Fordham Law Review*, 3. tbl. 1987, bls. 345-402.

### **Skrá yfir dóma og aðrar úrlausnir**

Dómur Hæstaréttar Íslands frá 21. mars 2011 í máli nr. 52/2010 (sjóðsstjórnin og miðlarinn).

Dómur Hæstaréttar Íslands frá 12. febrúar 2015 í máli nr. 145/2014 (Al Thani málið).

Dómur Hæstaréttar Íslands frá 4. febrúar 2016 í máli nr. 842/2014 (Landsbankamálið)

Dómur Hæstaréttar Íslands frá 6. október 2016 í máli nr. 498/2015 (Kaupþingsmálið).

Dómur sænska áfrýjunardómstólsins, Svea Hovrätt, frá 30. maí 2008, í máli nr. B 4343-07 (Brinova).

Dómur Evrópuðómstólsins frá 7. júlí 2011 í máli nr. C-445/09.



**Abstract**

The aim of this article is to clarify the concept of market manipulation as it is described in the Icelandic Securities Transactions Act and in the 2014 Market Abuse Regulation or MAR, which will be adopted into national legislation, and to provide some guidelines to distinguish between lawful behaviour and market manipulation (the unlawful behaviour). The so-called core definition of market manipulation does not change materially with the adoption of MAR, which means that analysis of on the current definition still applies after the adoption of MAR. It is concluded based on all relevant legal sources that the ban on market manipulation requires two objective elements: 1) Material misinformation and 2) its likely effect on the value of a financial instrument. The main focus is to argue that misinformation is an essential element of all forms of market manipulation covered by the ban, including market power manipulation. This is because the most controversy seems to be over this element and it is therefore necessary to analyse this aspect of the ban more thoroughly.

# Hve bindandi er dómsorð við aðför?<sup>1</sup>

---

» **Sindri M. Stephensen** aðstoðarmaður dómara við EFTA-dómstólinn

---

## Útdráttur

Í greininni er reifaður dómur Hæstaréttar frá 31. ágúst 2016 í máli nr. 450/2016 er laut meðal annars að skýringu á dómsorði við fjárnám. Settar eru fram hugleiðingar um það hvort forsendur dómsins samrýmist þeim greinarmun sem lög gera á launakröfum annars vegar og skattkröfum hins vegar. Jafnframt eru settar fram vangaveltur um það hvort dómur Hæstaréttar sé í samræmi við reglur einkamálaréttarfars og laga nr. 90/1989 um aðför er gilda þegar skýra ber fyrir dómsúrlausn við aðför.

---

<sup>1</sup> Höfundur færir þeim Andra Andrasyni lögmanni, Ara Guðjónssyni lögmanni, Einari Brynjarssyni lögmanni, Guðnýju Rögnu Ragnarsdóttur lögfræðingi, Ingvari Ásmundssyni lögmanni, Jóni Erni Árnasyni lögfræðingi og Láru Herborgu Ólafsdóttur lögmanni þakkir fyrir góðar og gagnlegar ábendingar við samningu greinarinnar.



- 1 Inngangur
- 2 Launahugtakið og skattkrafa
  - 2.1 Launahugtakið
  - 2.2 Staðgreiðsla skatta
- 3 Skýring á dómsorði við aðför og efnislegar varnir
  - 3.1 Skýring á dómsorði við aðför
  - 3.2 Efnislegar varnir við aðför
- 4 Dómur Hæstaréttar frá 31. ágúst 2016 í máli nr. 450/2016
- 5 Niðurlag

## 1 Inngangur

Þann 25. september 2014 kvað Hæstiréttur Íslands upp dóm í máli nr. 84/2014, Sjóklæðagerðin hf. („**S hf.**“) gegn Halldóri Gunnari Eyjólfssyni („**H**“), þar sem S hf. var gert að greiða H að fullu tilgreinda launakröfu vegna kaup- og söluréttarsamnings ásamt dráttarvöxtum af allri kröfunni. Í kjölfar dómsins greiddi S hf. í fjögur skipti inn á dæmda skuld sína við H. Jafnframt greiddi S hf. staðgreiðslu opinberra gjalda í ríkissjóð vegna hinnar dæmdu launakröfu og dró þá fjárhæð frá skuld sinni gagnvart H.<sup>2</sup> Að auki dró S hf., við síðara tímamark, lífeyrissjóðsiðgjald H frá hinni dæmdu kröfu og greiddi í lífeyrissjóð. S hf. taldi að með þessum aðgerðum væri umdæmd krafa að fullu greidd og að félaginu bæri ekki að greiða dráttarvexti af þeim hlutum kröfunnar sem ráðstafað var annars vegar í lífeyrissjóð og hins vegar í ríkissjóð.

Í kjölfarið krafðist H þess að gert yrði fjárnám fyrir þeim hluta launakröfunnar sem S hf. hafði greitt í lífeyrissjóð ásamt dráttarvöxtum, þar sem engin lagaheimild væri fyrir hendi sem heimilaði að fullnægja mætti dæmdri launakröfu með greiðslu til lífeyrissjóðs. Jafnframt krafðist H þess að fjárnám yrði gert fyrir dráttarvöxtum af þeim hluta kröfunnar sem við síðara tímamark var greiddur í ríkissjóð sem staðgreiðsla opinberra gjalda, sbr. 7. tölul. 5. gr. laga nr. 45/1987 um staðgreiðslu opinberra gjalda.<sup>3</sup> Byggði H á því að samkvæmt dómsorði Hæstaréttar í hinu fyrra máli hefði S hf. borið að greiða dráttarvexti af allri umdæmdri fjárhæð, þ.m.t. af þeim hluta sem var greiddur í ríkissjóð sem staðgreiðsla opinberra gjalda.

Með dómi *Hæstaréttar frá 31. ágúst 2016 í máli nr. 450/2016* var fallist á kröfur H er sneru að lífeyrissjóðsiðgjöldum og talið að S hf. gæti ekki losnað undan skyldu samkvæmt dómsorði Hæstaréttar með greiðslu þeirra gjalda til annars en H, nema til kæmi samþykki hans,

<sup>2</sup> Rétt er að geta þess að staðgreiðsla af launum launþega rennur bæði til ríkissjóðs til greiðslu tekjuskatts og viðkomandi sveitarfélags til greiðslu útsvars. Til hægðarauka er hins vegar einvörðungu vísað til ríkissjóðs.

<sup>3</sup> H vefengdi ekki að S hf. hafi verið skylt að halda eftir hluta launakröfunnar og staðgreiða opinber gjöld í ríkissjóð.

aðilaskipti að kröfunni eða viðtökudráttur.<sup>4</sup> Á hinn bóginn komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að þar sem óumdeilt var að S hf. hafi borið að draga frá kröfu H staðgreiðslu opinberra gjalda ætti hann ekki rétt á að fá í hendur dráttarvexti af þeirri fjárhæð.

Dómurinn er athyglisverður fyrir margra hluta sakir, meðal annars hvað varðar eftirfarandi skýringu á dómsorði Hæstaréttar í fyrra dómsmáli sem og um eðli skattkröfu samanborið við launakröfu launþega á hendur atvinnurekanda. Í grein þessari verða færð rök fyrir því að fyrrgreind niðurstaða Hæstaréttar um rétt til dráttarvaxta af launakröfu sé ekki í samræmi við eðli launakröfu og skattkröfu, þar sem um er að ræða tvær eðlisólíkar kröfur í mismunandi lagaumhverfi. Sú staðreynd að launagreiðanda ber að ráðstafa hluta launa til ríkissjóðs til staðgreiðslu opinberra gjalda á grundvelli lagaskyldu leiðir ekki jafnframt til þess að áfallnir dráttarvextir af þeim hluta launakröfunnar falli niður við þá ráðstöfun. Ekki er um að ræða sömu kröfuna heldur er ein krafa, þ.e. skattkrafa, greidd með greiðslu annarrar kröfu, launakröfu. Sú tilhögun hefur ekki áhrif á rétt til dráttarvaxta af síðarnefndu kröfunni frá upphafsdegi dráttarvaxta og fram til þess er hluti kröfunnar er greiddur í ríkissjóð sem staðgreiðsla opinberra gjalda.<sup>5</sup> Vextir teljast almennt fjármagnstekjur og falla ekki undir gildissvið laga nr. 45/1987 um staðgreiðslu opinberra gjalda. Skoðast það jafnframt í ljósi þess að fyrrnefnd niðurstaða Hæstaréttar leiddi til þess að hluti hinnar umdæmdu kröfu bar í raun ekki dráttarvexti, þrátt fyrir ótvírætt dómsorð Hæstaréttar þar um í fyrra dómsmáli, þar sem H fékk, svo sem fyrr greinir, ekki dráttarvexti af þessum þætti kröfunnar og ríkissjóður átti enga kröfu um greiðslu dráttarvaxtanna.

<sup>4</sup> Höfundur tekur fram að hann flutti mál það er grein þessi lýtur að fyrir hönd H í héraði. Greinin endurspeglar einungis persónulega afstöðu höfundar.

<sup>5</sup> Rétt er og að geta þess að samkvæmt 1. mgr. 12. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu leggjast vextir, þ. á m. dráttarvextir, við höfuðstól kröfu ef vaxtaútmabil er lengra en tólf mánuðir. Í fyrirliggjandi samhengi ætti launþeginn réttilega tilkall til þeirra dráttarvaxta sem höfðu verið höfuðstólsfærðir samkvæmt lögnum sem og dráttarvaxta af þeim höfuðstólsfærðu vöxtum, enda skattkrafa vegna launa einvörðungu miðuð við upphaflegan höfuðstól, sbr. og umfjöllun í kafla 4.

Jafnframt verða færð rök fyrir því að niðurstaða Hæstaréttar sé ekki í samræmi við lög nr. 90/1989 um aðför þar sem við aðför er fulltrúum réttarvörslukerfisins þröngur stakkur skorinn við skýringu á dómsorði. Sýslumaður og dómstólar eru og bundnir af fyrri dómsúrlausn þannig að efnislegar varnir komast almennt ekki að við aðför, meðal annars sökum reglunnar um svonefnd *res judicata* áhrif dóma. Dómsorð Hæstaréttar í framangreindu máli um dráttarvexti af allri launakröfunni var skýrt og fyrirvaralaust og engin réttarheimild gaf til kynna að unnt væri að skýra dómsorðið með þeim hætti að hluti dráttarvaxta tildæmdrar launakröfu félli brott í síðara aðfararmáli.

Í þessari grein er í stuttu máli útlistað hvernig laun eru skilgreind í vinnulöggjöf og samspili þeirra reglna við lagaumhverfi tekjuskatts og staðgreiðslu opinberra gjalda lýst. Jafnframt er gerð grein fyrir reglum laga nr. 90/1989 er verða skýringu á dómsorði við aðför og möguleika gerðarþola til að hafa uppi efnislegar varnir. Í framhaldinu eru málsatvik sem lágu til grundvallar dómi Hæstaréttar í máli nr. 450/2016 heimfærð til umrædds lagaumhverfis og röksemdir dómsins greindar. Að lokum eru niðurstöður greinarinnar dregnar saman.

## 2. Launahugtakið og skattkrafta

### 2.1 Launahugtakið

Engin einhlít skilgreining er á launum í íslenskrri löggjöf og hefur hugtakið, sem og efnislega sambærileg hugtök á borð við vinnulaun, verkkaup og kjör, mismunandi þýðingu eftir lagabálkum.<sup>6</sup> Kjarni

<sup>6</sup> Hugtakið laun hefur, svo sem nánar er rakið í kafla 2.2, til dæmis mun víðtækari merkingu í 5. gr. laga nr. 45/1987 um staðgreiðslu opinberra gjalda en í 1. tölul. 1. mgr. 112. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. Lára V. Júlíusdóttir: *Réttindi og skyldur á vinnumarkaði*, Reykjavík 1997, bls. 90. Viðar Már Matthíasson: „Um ráðningarsamninga“, *Úlfjótur* 1989, bls. 385. Sjá til dæmis 1. mgr. 1. gr. laga nr. 28/1930 um greiðslu verkkaups, 1. mgr. 5. gr. laga nr. 80/1938 um stéttarfélög og vinnudeilur, 1. gr. laga nr. 55/1980 um starfskjör launafólks og skyldutryggingu lífeyrisréttinda, 9. gr. og 10. gr. laga nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins og a-lið 5. gr. laga nr. 88/2003 um Ábyrgðasjóð launa. Sjá og til hliðsjónar Guðni Á. Haraldsson: „Um biðlaun“, *Tímarit Lögréttu* 2006, bls. 77–78 og Viðar Már Matthíasson: „Nokkrir þættir um réttarstöðu ríkisstarfsmanna“, *Úlfjótur* 1993, bls. 209–212 og 231–233.

launahugtaksins í íslenskri löggjöf virðist eftir sem áður sá að laun eru endurgjald launþega fyrir vinnu sem hann innir af hendi til handa atvinnurekanda.<sup>7</sup> Réttur launþega til launa er háður því að hann inni af hendi vinnuframlag sitt en er ekki bundinn við árangur verks líkt og oftast á við um verktöku.<sup>8</sup> Gera verður greinarmun á launum annars vegar og greiðslum vegna útlagðs kostnaðar hins vegar, svo sem greiðslu vegna notkunar ökutækis í þágu atvinnurekanda, þar sem endurgreiðsla slíks kostnaðar felur ekki í sér endurgjald fyrir vinnu. Einnig er í löggjöf gerður greinarmunur á launum annars vegar og svonefndum hlunnindum eða fríðindum hins vegar sem atvinnurekandi lætur launþega í té, til dæmis frítt fæði á vinnustöð. Hlunnindi og fríðindi eru laun í víðtækum skilningi, þ.e. fela í sér endurgjald fyrir vinnu sem innt er af hendi til atvinnurekanda. Á hinn bóginn eru þau laun sérstaks eðlis, svo sem tilkomin vegna sérstakra aðstæðna eða greidd í öðru formi en peningum. Virðast þessi auðkenni hlunninda og fríðinda einkum útskýra þann greinarmun

<sup>7</sup> Arnmundur Backman og Gunnar Eydal: *Vinnuréttur*, Reykjavík 1978, bls. 106. Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuféttur I. Efnidir kröfu*, Reykjavík 2009, bls. 71, 83 og 335. Lára V. Júlíusdóttir: *Réttindi og skyldur á vinnumarkaði*, bls. 90. Lára V. Júlíusdóttir: „Réttindi og skyldur launafólks – Orlof og atvinnuleysisbætur“, *Úlfjótur* 1989, bls. 398. *Lögfræðiorðabók með skýringum*, Reykjavík 2008, bls. 242. Viðar Már Matthíasson: „Um ráðningarsamninga“, bls. 372. Gunnar Sæmundsson: „Vinnusamningar“, *Tímarit lögfræðinga* 1974, bls. 91. Sjá og *Hrd.* 2004, bls. 1658 (mál nr. 434/2003).

<sup>8</sup> Um skil þess að vera launþegi annars vegar og verktaki hins vegar vísast til Arnmundur Backman og Gunnar Eydal: *Vinnuréttur*, bls. 97-99, Ása Ólafsdóttir: *Handbók. Gjaldþrotaskipti o.fl.*, Reykjavík 2011, bls. 175-176, Lára V. Júlíusdóttir: *Réttindi og skyldur á vinnumarkaði*, bls. 42-43, Páll Sigurdsson: *Verksamningar. Meginreglur íslensks verktakaréttar*, Reykjavík 1991, bls. 30. Viðar Már Matthíasson: „Um ráðningarsamninga“, bls. 369-371 og Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuféttur I. Efnidir kröfu*, bls. 102-105. Sjá jafnframt *Hrd.* 1978, bls. 772 (þýðingarstörf), *Hrd.* 1980, bls. 1948 (framreiðslustörf), *Hrd.* 1983, bls. 1751 (Sælgætisgerðin Víkingur), *Hrd.* 1986, bls. 1241 (Sjófnavinnslan), *Hrd.* 1988, bls. 157 (kransæðasjúkdómur), *Hrd.* 1994, bls. 1743 (Mikligarður), *Hrd.* 1997, bls. 2041 (Ásmundur á jarðtunni), *Hrd.* 1997, bls. 2128 (Helgarpósturinn), *Hrd.* 1999, bls. 1946 (mál nr. 286/1998) (Garðar Svanlaugsson), *Hrd.* 2001, bls. 3111 (mál nr. 138/2001) (Útgerðarfélagið Njörður ehf.), *Hrd.* 2002, bls. 578 (mál nr. 58/2002) (Genelogia Islandorum), *Hrd.* 2002, bls. 2344 (mál nr. 93/2002) (Holtasmári) og dóm Hæstaréttar frá 24. september 2009 í máli nr. 17/2009 (Allhjúkrun).



sem gerður er í löggjöf og fræðiskrifum á launum annars vegar og hlunnindum og fríðindum hins vegar.<sup>9</sup>

Í 1. mgr. 1. gr. laga nr. 28/1930 um greiðslu verkkaups segir að verkkaup skuli greitt með gjaldgengum peningum. Ákvæðið mælir jafnframt fyrir um það að óheimilt sé að greiða verkkaup með skuldajöfnuði nema um það hafi verið sérstaklega samið. Gildissvið laganna er, samkvæmt orðanna hljóðan, einskorðað við tiltekna starfsstéttir, svo sem í dagvöruverslunum, verksmiðjum, námum og á sjó. Gildissvið laganna hefur á stundum sætt nokkuð rúmri skýringu, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 22. maí 2008 í máli nr. 472/2007 (Veraldarvinir)* þar sem hafnað var skuldajafnaðarkröfu gagnvart launakröfu starfsmanns sjálfboðaliðasamtaka á grundvelli 1. mgr. 1. gr. laga nr. 28/1930.<sup>10</sup>

Í fræðiskrifum hefur því verið haldið fram að ákvæðið feli í sér almenna reglu um greiðslufyrirkomulag en semja megi um annað form greiðslu, svo fremi sem ekki sé samið um lakari kjör en mælt er fyrir um í kjarasamningum.<sup>11</sup> Almennt er nú samið um að greiða

<sup>9</sup> Sjá 6. tölul. 1. mgr. 6. gr. sjómanna laga nr. 35/1985, 2. mgr. 9. gr. laga nr. 94/1986 um kjarasamninga opinberra starfsmanna, 1. tölul. 5. gr. laga nr. 45/1987 um staðgreiðslu opinberra gjalda, 1. tölul. A-liðar 7. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt og 2. mgr. 4. gr. laga nr. 130/2016 um kjararáð. Í 1. tölul. 1. mgr. 112. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. er talað um laun og annað endurgjald fyrir vinnu. Arnmundur Backman og Gunnar Eydal: *Vinnuréttur*, bls. 106. Lára V. Júlíusdóttir: *Réttindi og skyldur á vinnumarkaði*, bls. 91.

<sup>10</sup> Sjá þó í samanburðarskyni *dóm Hæstaréttar frá 31. október 2013 í máli nr. 254/2013 (K7 ehf.)* þar sem Hæstiréttur tiltekur sérstaklega að störf launþega hjá hönnunar- og framleiðslufyrirtæki á tiskusviði teljist til starfa sem talin eru upp í 1. mgr. 1. gr. laga nr. 28/1930. Sjá jafnframt *dóm Hæstaréttar frá 19. desember 2012 í máli nr. 379/2012 (Borgarahreyfingin)* þar sem segir orðrétt: „Lög nr. 28/1930 hafa að geyma ákvæði um tiltekin starfskjör launamanna í störfum, sem nánar eru talin upp í lögnum. Starf áfrýjanda í þágu stefnda fellur utan skilgreinds gildissviðs þeirra og áfrýjandi hefur ekki vísað til annarra heimilda sem girða fyrir skuldajöfnuð.“ Sjá jafnframt Þorgeir Örlygsson og Benedikt Bogason: *Kröfuvéttur*. Ættir, Reykjavík 2014, bls. 239–240.

<sup>11</sup> Lára V. Júlíusdóttir: *Réttindi og skyldur á vinnumarkaði*, bls. 90. Viðar Már Matthíasson: „Um ráðningarsamninga“, bls. 385.

beri laun inn á bankareikninga launþega í stað afhendingar reiðufjár og endurspeglar það breyttar aðstæður frá því er lögin voru sett.<sup>12</sup>

Þótt óheimilt sé að greiða verkkaup með skuldajöfnuði, nema sérstaklega hafi verið um það samið, hefur þó verið talið heimilt að skuldajafna launakröfu við gagnkröfu atvinnurekanda, ef um er að ræða samrættar kröfur, þ.e. einkum í fyrirbyggjandi samhengi kröfur sem atvinnurekandi getur haft uppi gegn launþega vegna vanefnda þess síðarnefnda á vinnusamningi, sbr. *Hrd.* 1978, bls. 1247 (*Bót hf.*).<sup>13</sup>

Þótt ýmis löggjöf hér á landi skýri tilhögun launakjara launþega er mælt fyrir um einn mikilvægasta þátt launa, þ.e. fjárhæð þeirra, í kjarasamningum. Í 1. gr. laga nr. 55/1980 um starfskjör launafólks og skyldutryggingu lífeyrisréttinda segir að laun og önnur starfskjör, sem aðildarsamtök vinnumarkaðarins semja um, skuli vera lágmarkskjör, óháð kyni, þjóðerni eða ráðningartíma fyrir alla launamenn í viðkomandi starfsgrein á svæði því er samningurinn tekur til. Kjarasamningar mæla því á bindandi hátt fyrir um lágmarkskjör launþega og eru samningar launþega og atvinnurekanda um lakari kjör ógildir.<sup>14</sup>

Launakrafa launþega á hendur atvinnurekanda nýtur verndar eignarréttarins samkvæmt 72. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. lög nr.

---

<sup>12</sup> Lára V. Júlíusdóttir: *Réttindi og skyldur á vinnumarkaði*, bls. 91. Sjá varðandi eldri framkvæmd Armundur Backman og Gunnar Eydal: *Vinnuréttur*, bls. 106-107 og *Hrd.* 1970, bls. 29 (*Ísflélag Vestmannaeyja hf.*).

<sup>13</sup> Sjá Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, *Úlfjótur* 1997, bls. 387-389. Þorgeir Örlygsson og Benedikt Bogason: *Kröfuréttur. Þættir*, bls. 252-253. Viðar Már Matthíasson: „Um ráðningarsamninga“, bls. 385. Í framkvæmd hefur töluvert reynt á bann við skuldajöfnuði samkvæmt 1. mgr. 1. gr. laga nr. 28/1930, sbr. *Hrd.* 2003, bls. 198 (*mál nr. 335/2002*) (*Tölvuþjónustan á Akranesi ehf.*), *dómur Hæstaréttar frá 29. janúar 2009 í máli nr. 312/2008* (*Álfasteinn ehf.*), *dómur Hæstaréttar frá 31. október 2013 í máli nr. 254/2013* (*K7 ehf.*) og *dómur Hæstaréttar frá 2. febrúar 2017 í máli nr. 312/2016* (*Viðarsúla ehf.*). Í 1. mgr. 45. gr. laga nr. 90/1989 um aðför segir að fjárnám verði ekki gert í kröfu um ógreidd laun eða annað ógreitt endurgjald fyrir vinnu, nema liðinn sé mánuður frá lokum þess tímabils, sem unnið var til launanna eða endurgjaldsins. Sjá Aðalsteinn E. Jónasson: „Hugtakið eign við fjárnám“, *Úlfjótur* 1992, bls. 167-168.

<sup>14</sup> Armundur Backman og Gunnar Eydal: *Vinnuréttur*, bls. 106.

33/1944, sem og 1. gr. 1. viðauka mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994.<sup>15</sup> Launþegi hefur af þeim sökum lögvarinn rétt til þess að krefjast greiðslu launa frá atvinnurekanda og eftir atvikum til að leita á náðir réttarvörslukerfisins ef atvinnurekandi skirrist við að greiða launin. Auk þess að geta krafð atvinnurekanda um greiðslu launa birtist eignarréttarvernd launa meðal annars í þeirri staðreynd að ef laun eru gerð að skattandlagi með svo íþyngjandi hætti að skattlagningin er í reynd ólögmeð eignarnám getur launþegi haft uppi endurgreiðslukröfu á hendur ríkinu.<sup>16</sup>

Af dómaframkvæmd og fræðiskrifum, svo sem nánar er jafnframt rakið í köflum 2.2 og 3, er ljóst að launþeginn er eigandi heildarlauna (þ.e. brúttólauna).<sup>17</sup> Löggjafanum er á hinn bóginn heimilt að skylda launþegann og atvinnurekanda fyrir hans hönd til þess að ráðstafa hluta launa sinna til greiðslu á tilteknum lögmeðtum kröfum, svo sem sköttum, lífeyrissjóðsiðgjöldum og framlögum til stéttarfélaga.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, Reykjavík 2008, bls. 458.

<sup>16</sup> Sjá nánar Sindri M. Stephensen: „Markalína eignarnáms og skatta“, *Úlfjótur* 2014, bls. 650–652. Til að mynda er almennt viðurkennt að ekki megi ganga svo langt í beinum tekjuskatti að taka allar tekjur ofan við eitthvert tiltekið hámark. Johs. Andenæs og Arne Fliflet: *Statsforfatningen i Norge*, Ósló 2006, bls. 425. Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, Reykjavík 1978, bls. 450. Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 481–482. Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, Reykjavík 1999, bls. 558. Gaukur Jörundsson: *Um eignarnám*, Reykjavík 1969, bls. 121. Jónatan Þórmundsson: *Fyrirlestrar í skattarétti*, Reykjavík 1982, bls. 6. Per Helset og Bjørn Stordrange: *Norsk statsforfatningsrett*, Ósló 1998, bls. 261. Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter*, Björgvin 2011, bls. 300.

<sup>17</sup> Sjá Arnmundur Backman og Gunnar Eydal: *Vinnuréttur*, bls. 107. Í Lára V. Júlíusdóttir: *Réttindi og skyldur á vinnumarkaði*, bls. 94 segir: „Allir þeir sem hafa menn í þjónustu sinni og greiða laun fyrir starfa eru skyldugir að kröfu innheimtumanns að halda eftir af kaupri launþega til lúkningar gjöldum þeirra aðila sem launþegar bera sjálfskuldarábyrgð á og innheimta ber.“ Af dómaframkvæmd verður ekki annað ráðið en launþegar krefjast almennt launa, án frádráttar vegna skatta, lífeyrissjóðsiðgjalda, stéttarfélagsiðgjalda o.þ.u.l. og eru slíkar kröfur um „brúttó“ laun almennt teknar til greina ef lögvarinn réttur er fyrir hendi. Sjá jafnframt nmgr. 30.

<sup>18</sup> Í 2. mgr. 6. gr. laga nr. 55/1980 um starfskjör launafólks og skyldutryggingu lífeyrisséttinda segir að atvinnurekanda sé skylt að halda eftir af launum starfsmanns iðgjaldi hans til viðkomandi stéttarfélags samkvæmt þeim reglum, sem kjarasamningar greina. Í 2. mgr. 7. gr. laga nr. 94/1986 um kjarasamninga opinberra starfsmanna segir að starfsmaður, sem lögin taka til og eigi er innan stéttarfélags samkvæmt lögnum, greiði til þess stéttarfélags, sem hann ætti að tilheyra, gjald jafnt því sem honum bæri

Slík ákvæði laga skulu vera almenns eðlis og mega ekki íþyngja launþega með þeim hætti að þau fari í bága við eignarréttarvernd launakröfunnar.<sup>19</sup>

## 2.2 Staðgreiðsla skatta

Með lögum nr. 45/1987 um staðgreiðslu opinberra gjalda var fyrst mælt fyrir um að launagreiðanda bæri að halda eftir af launum launþega svonefndri staðgreiðslu opinberra gjalda, sem felur í sér bráðabirgðagreiðslu tekjuskatts og útsvars launamanns á tekjuári, sbr. 1. gr. laganna.<sup>20</sup> Fyrir gildistöku laganna þurftu launþegar að telja fram laun sín vegna síðasta tekjuárs og standa sjálfir skil á skattkröfum gagnvart ríkissjóði á álagningarári.<sup>21</sup> Staðgreiðsla samkvæmt lögumum

---

að greiða væri hann í því, enda fari um laun hans og önnur starfskjör samkvæmt samningum þess samkvæmt nánari ákvörðun ráðherra eða sveitarstjórnar. Skylda til að greiða gjöld í stéttarfélag hefur hér á landi ekki verið álitin fela í sér skyldu til aðildar að félaginu, í andstöðu við 2. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinna, sbr. lög nr. 33/1944, sem og 11. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Sjá í þessu samhengi *dóm Félagsdóms bls. 315 (mál nr. 4/1998)*. Sjá jafnframt Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 418–419, Elín Blöndal: „Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Sørensen og Rasmussen gegn Danmörku og áhrif hans“, *Tímarit lögfræðinga* 2006, bls. 141–145 og Lára V. Júlíusdóttir: *Réttindi og skyldur á vinnumarkaði*, bls. 94–96. Í 3. mgr. 1. gr. laga nr. 129/1997 um skyldutryggingu lífeyrisréttinda og starfsemi lífeyrissjóða segir að öllum launamönnum og þeim sem stunda atvinnurekstur eða sjálfstæða starfsemi sé rétt og skylt að tryggja sér lífeyrisréttindi með aðild að lífeyrissjóði frá og með 16 ára aldri til 70 ára aldurs. Í 1. mgr. 2. gr. laganna segir að iðgjald til öflunar lífeyrisréttinda skuli ákveðið í sérlægum, kjarasamningi, ráðningarsamningi eða með öðrum sambærilegum hætti. Lágmarksiðgjald til lífeyrissjóðs skuli vera a.m.k. 12% af iðgjaldsstofni. Í 1. tölul. A-liðar 7. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt segir að til skattskyldra tekna teljist meðal annars endurgjald fyrir hvers konar vinnu, starf eða þjónustu, án tillits til viðmiðunar, sem innt er af hendi fyrir annan aðila.

<sup>19</sup> Sjá Sindri M. Stephensen: „Markalína eignarnáms og skatta“, bls. 642–645. Auk eignarréttarákvæðisins kemur jafnframt til skoðunar við mat á lögmæti skattlagningar jafnræðisregla stjórnskipunarréttarins, sbr. 65. gr. laga nr. 33/1944.

<sup>20</sup> Sjá um hugtakið launagreiðandi í skilningi laga nr. 45/1987 *dóm Hæstaréttar frá 20. september 2007 í máli nr. 523/2006 (Impregilo)* og breytingar sem gerðar voru á lögumum í kjölfarið, sbr. lög nr. 169/2007 og lög nr. 45/2013. Sjá jafnframt *dóm Hæstaréttar frá 14. janúar 2010 í máli nr. 166/2009 (Stjórnumlíkk ehf.)*. Sjá og til hliðsjónar 1. mgr. 1. gr. laga nr. 94/1996 um staðgreiðslu skatts á fjármagnstekjur.

<sup>21</sup> Fyrir gildistöku laga nr. 45/1987 var tekjuskattur af launum innheimtur fyrir fram og bar launagreiðanda að halda eftir fyrirframgreiðslu af launum launþega sem var

nær til tekjuskatts manna sem skattskyldir eru samkvæmt ákvæðum 1. gr. og 1. og 2. tölul. 3. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt af skattskyldum tekjum skv. 1. tölul., 1. og 2. másl. 2. tölul., 3. tölul. og 1. másl. 4. tölul. A-liðs 7. gr. án nokkurs frádráttar, sbr. þó 2.–6. tölul. A-liðs 1. mgr. 30. gr. þeirra laga. Enn fremur til tekjuskatts manna og annarra aðila sem skattskyldir eru samkvæmt ákvæðum 3., 2. másl. 4., 6., 7., 8. og 10. tölul. 1. mgr. og 2. mgr. 3. gr. greindra laga af þar tilgreindum skattskyldum tekjum hér á landi án nokkurs frádráttar, sbr. skatthlutföll í 3., 6., 7., 8. og 10. tölul. 70. gr. þeirra laga; útsvars samkvæmt ákvæðum IV. kafla laga nr. 4/1995, um tekjustofna sveitarfélaga og tryggingagjalds samkvæmt ákvæðum laga nr. 113/1990 um tryggingagjald, sbr. 2. gr. laga nr. 45/1987.<sup>22</sup> Vextir af fjárkröfu falla ekki undir gildissvið laga nr. 45/1987.

Af ákvæðum laga nr. 45/1987, sem og athugasemdum með frumvarpi til þeirra, er ljóst að staðgreiðsla þeirra skatta sem falla undir gildissvið laganna er eingöngu bráðabirgðagreiðsla og endanleg álagning tekjuskatts og útsvars fer fram að tekjuári liðnu, þ.e. á álagningarári, sbr. 93. gr. og 95. gr. laga nr. 90/2003.<sup>23</sup> Samkvæmt 7. gr. laga nr. 45/1987 kemur launagreiðandi fram gagnvart launþega sem innheimtumaður ríkissjóðs, dregur af launum launþegans opinber gjöld og stendur skil

---

miðuð við hlutfall af álögðum gjöldum fyrra árs, sbr. 49. gr. laga nr. 7/1980. Ef launagreiðandi hélt ekki eftir fyrirframgreiðslu skattsins bar hann sjálfskuldarábyrgð á greiðslu fjárins, sbr. 2. mgr. 113. gr. laga nr. 40/1978 um tekjuskatt og eignarskatt. Sjá nánar Jónatan Þórmundsson: *Fyrirlestrar í skattarétti*, bls. 21 og Guðmundur Vignir Jósefsson: „Um innheimtu tekju- og eignarskatts o.fl.“, *Úlfjótur* 1977, bls. 256–266. Í Sigurður Líndal: „Um lagaskil og afturvirkni laga“, *Úlfjótur* 2006, bls. 28 segir orðrétt: „Hér verður að hafa í huga að afturvirk skattalög höfðu löngum verið talin standast, meðal annars vegna þeirrar skipunar skattamála - að skattar voru greiddir eftirá - áður en staðgreiðsla skatta var tekin upp, en bann við slíku var sett í stjórnarskrá árið 1995, sbr. 15. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995. Rík nauðsyn til að hafa stjórn á sveiflum í efnahagsmálum hefur verið talin réttlæta slíka afturvirkni.“

<sup>22</sup> Í 1. mgr. 115. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt og 4. mgr. 28. gr. laga nr. 4/1995 um tekjustofna sveitarfélaga kemur fram að ekki megi halda eftir hærri fjárhæð en sem nemur 75% af heildarlaunagreiðslum til greiðslu á útsvari og gjöldum samkvæmt lögum nr. 90/2003.

<sup>23</sup> Alþt. 1986–1987, A-deild, bls. 2956 og 2961. Sjá jafnframt *UA frá 30. desember 1999 í máli nr. 2125/1997 og Hrd. 2000, bls. 571 (mál nr. 356/1999)* (Magnús Hreggviðsson).

á þeim gagnvart ríkissjóði, sbr. 16. gr. og 20. gr. laga nr. 45/1987.<sup>24</sup> Í 1. mgr. 22. gr. laga nr. 45/1987 segir að launagreiðandi beri ábyrgð á þeim opinberu gjöldum sem hann hefur haldið eftir eða bar að halda eftir samkvæmt lögnum. Launamaður ber ekki ábyrgð á greiðslu opinberra gjalda sem hann sannar að launagreiðandi hafi haldið eftir af launum hans. Launagreiðandi og launamaður bera hins vegar óskipta ábyrgð á vanteknum opinberum gjöldum. Af ákvæðinu leiðir að launagreiðandi ber greiðsluábyrgð á þeim hluta launa er honum ber að innheimta fyrir ríkissjóð og er launþegi laus undan kröfu ríkissjóðs ef launagreiðandi sannanlega hélt eftir staðgreiðslu skattsins, sem einkum er sannað með afriti launaseðils, jafnvel þótt hún skili sér ekki til ríkissjóðs.<sup>25</sup>

Dómaframkvæmd hefur varpað ljósi á eðli krafna sem stofnast í tengslum við launakröfur launþega þegar kröfuhafar slíkra krafna hafa lýst kröfum í þrotabú á grundvelli þess að þær falli undir 1. tölul. 1. mgr. 112. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. sem kröfur um laun og annað endurgjald fyrir vinnu í þjónustu þrotamanns.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Sjá dóm Hæstaréttar frá 25. febrúar 2010 í máli nr. 142/2009 þar sem segir orðrétta: „Samkvæmt 1. mgr. 1. gr. laga nr. 29/1995 skulu stjórnvöld, sem innheimta skatta eða önnur gjöld, endurgreiða það fé sem ofgreitt reynist. Fé, sem stefnda var gert að skila vegna staðgreiðslu af launum portúgölsku starfsmannanna, var ekki oftekið í þeim skilningi að áfrýjandi ætti ekki rétt á því eða að hann hafi fengið meira en honum bar. Þvert á móti liggur ekki annað fyrir en að skattskyldu þeirra launamanna, sem áttu í hlut, hafi verið fullnægt með réttum fjárhæðum samkvæmt íslenskum lögum með greiðslum stefnda. Ekkert hefur því verið oftekið þegar litið er til þess hvort áfrýjandi hafi átt réttmæta kröfu til fjárans hjá launamönnunum. Þá verður heldur ekki litið framhjá því að stefndi var ekki í hlutverki gjaldanda þegar hann innti féð af hendi, heldur hafði hann milligöngu við að uppfylla skattskyldu, sem hvíldi á öðrum. Ef réttur til endurgreiðslu oftekens fjár er til staðar samkvæmt lögum nr. 29/1995 er hann á hendi gjaldandans sjálfis en ekki milligöngumanns um greiðslu. Samkvæmt þessu verður ekki fallist á með stefnda að hann geti með stöð í ákvæðum laga nr. 29/1995 krafist áfrýjanda um endurgreiðslu staðgreiðslu af launum. Það á jafnt við um þann hluta greiðslanna, sem honum var sjálfum skylt að skila, sem annan hluta þeirra.“

<sup>25</sup> Sjá UA frá 3. maí 1996 í máli nr. 1440/1995, dóm Hæstaréttar frá 29. janúar 2009 í máli nr. 312/2008 (Álfasteinn ehf.) og dóm Félagsdóms frá 16. september 2009 í máli nr. 8/2009.

<sup>26</sup> Annað endurgjald fyrir vinnu í þjónustu þrotamanns í skilningi 1. tölul. 1. mgr. 112. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. nær til hlunnindagreiðslna en ekki útlagðs kostnaðar. Sjá Ása Ólafsdóttir: *Handbók. Gjaldþrotaskipti o.fl.*, bls. 176. Sjá jafnframt *Hrd.* 1997, bls. 2128 (*Helgarpósturinn*) og dóm Hæstaréttar frá 2. mars 2012 í máli 85/2012 sem og umfjöllun í kafla 2.1.

Í *Hrd.* 1990, bls. 182 (*Þrotabú Guðbjörns Guðjónssonar hf.*) voru mála-  
vextir þeir að bú Guðbjörns Guðjónssonar hf. var tekið til gjald-  
þrotaskipta.<sup>27</sup> Gjaldheimtan í Reykjavík lýsti kröfu í þrotabú félagsins  
vegna vangreiddrar staðgreiðslu skatta launþega. Ágreiningur varð  
um stöðu kröfunnar í skuldaröð við skiptin en kröfunni var lýst sem  
forgangskröfu á grundvelli 84. gr. skiptalaga nr. 3/1878, sem laun. Taldi  
Gjaldheimtan meðal annars að sá hluti launa launþega sem gengi til  
staðgreiðslu skatts fæli í sér lögbundið framsal á launakröfunni og  
færi því um réttarstöðu kröfu innheimtumanns ríkissjóðs með sama  
hætti og kröfu launþega gagnvart þrotabúinu.

Orðrétt segir í forsendum Hæstaréttar:

Samkvæmt 15. gr. laga nr. 45/1987, sbr. 10. gr. laga nr. 90/1987, skal  
launagreiðandi draga staðgreiðslu af launum launamanns og skila til  
innheimtuadila. Í 22. gr. er mælt, að launagreiðandi beri ábyrgð á  
þeim opinberu gjöldum, sem hann hefur haldið eftir eða bar að halda  
eftir samkvæmt lögunum, og launamaður beri ekki ábyrgð á greiðslu  
opinberra gjalda, sem hann sannar, að launagreiðandi hafi haldið eftir  
af launum hans. Við þessar aðstæður kemur launagreiðandi fram sem  
innheimtumaður hins opinbera gagnvart launamanni. Verður ekki á  
það fallist, að í afdrætti launagreiðanda felist framsal launamanns á  
launakröfu eða annars konar aðilaskipti, sem falli undir 87. gr. laga  
nr. 3/1878. Kröfum gagnáfrýjanda verður því ekki skipað í skuldaröð  
samkvæmt 1. tölulíð 84. gr. laga nr. 3/1878.

<sup>27</sup> Í *Hrd.* 1977, bls. 334 (*söluskattur*) var því hafnað að söluskattur sem þrotabú hafði  
ekki staðið skil á væri krafa utan skuldaraðar. Orðrétt segir í forsendum Hæstaréttar:  
„Enginn lagagrundvöllur er fyrir því, að áfrýjandi standi utan raðar skuldheimtumanna um  
heimtu kröfu sinnar, sem er um tiltekna fjárhæð peninga, er hann krefst, að greidd verði af eignum  
þrotabúsins óségreint.“ Var krafan talin hafa stöðu almennra krafna í skuldaröð búsins.  
Í *Hrd.* 1987, bls. 664 (*þrotabú Hafskips hf.*) gerði Gjaldheimtan í Reykjavík þá  
kröfu fyrir skiptarétti Reykjavíkur að vangreidd opinber gjöld fyrrum starfsmanna  
Hafskips hf. yrðu viðurkennd sem krafa utan skuldaraðar á hendur þrotabú  
Hafskips hf. Studdi Gjaldheimtan kröfu sína við reglu 69. gr. gjaldþrotalaga nr.  
6/1978. Því grundvallarskilyrði lagaákvæðisins var ekki fullnægt í málinu, að til  
staðar hefði verið við upphaf skipta sérgreind eða afmörkuð peningafjárhæð í  
vörslum þrotabúsins, sem hugsanlegt eignarréttartilfall Gjaldheimtunnar gæti  
beinst að. Var kröfu Gjaldheimtunnar því hafnað.

Var kröfu Gjaldheimtunnar vegna opinberra gjalda sem þrotabúinu bar að halda eftir skipað sem almennri kröfu í skuldaröð búsins.

Í *Hrd.* 1996, bls. 2017 (*Innheimtustofnun sveitarfélaga*) voru málavextir þeir að þrotabú Drafnar fasteignaþjónustu hf. var tekið til gjaldþrotaskipta. Félagið hafði haldið eftir hluta af launum þriggja starfsmanna sinna að kröfu Innheimtustofnunar sveitarfélaga til greiðslu barnameðlaga, sbr. 1. tölul. 4. mgr. 5. gr. laga nr. 54/1971 um Innheimtustofnun sveitarfélaga (nú í 7. mgr. sömu greinar), en þeim hluta var ekki ráðstafað til Innheimtustofnunarinnar. Lýsti stofnunin kröfu vegna þessa í þrotabúinu og krafðist þess að krafan nyti sömu stöðu í réttindaröð við gjaldþrotaskiptin og krafa starfsmannanna um laun hefði notið, ef ekki hefði komið til afdráttarins. Hafnaði skiptastjóri að skipa kröfunni í réttindaröð sem forgangskröfu og taldi kröfuna vera almenna kröfu í skuldaröð.

Orðrätt segir um þennan ágreining í forsendum Hæstaréttar:

Með því að verða við skyldu samkvæmt fyrrgreindu ákvæði laga nr. 54/1971 til að halda eftir fé samkvæmt kröfu sóknaraðila til greiðslu meðlaga stóð Dröfn, fasteignaþjónusta hf., hlutaðeigandi starfsmönnum sínum skil á hluta launa þeirra. Félagið efndi þar með kröfur starfsmannanna, sem kunna að hafa verið um laun fyrir vinnu í þjónustu þess í skilningi 1. töluliðar 1. mgr. 112. gr. laga nr. 21/1991. Réttindi sóknaraðila til greiðslu úr hendi félagsins voru hins vegar ekki háð því, að það héldi í reynd eftir fé við útborgun launa, svo sem ráðið verður af 4. málslíð 1. töluliðar 4. mgr. 5. gr. laga nr. 54/1971, heldur urðu þau til við það eitt, að laun hlutaðeigandi starfsmanna yrðu gjaldkræf. Í ljósi þessa alls er því ekki unnt að líta á kröfu sóknaraðila sem hluta af launakröfu starfsmannanna, sem aðilaskipti hafi orðið að samkvæmt 1. mgr. 115. gr. laga nr. 21/1991.

Dómarnir sýna glögglega að aðilar sem eiga kröfur á hendur launþega, meðal annars samkvæmt lögum nr. 45/1987, og geta krafist þess að atvinnurekandi haldi eftir hluta af launakröfunni til greiðslu á öðrum kröfum, verða ekki eigendur hluta launakröfunnar, heldur eru að lögum einvörðungu eigendur sjálfstæðra krafna á hendur



launþeganum, sem atvinnurekandanum ber eftir atvikum að standa skil á gagnvart kröfuhöfunum.<sup>28</sup>

Bent hefur verið á að vafi geti komið upp, við kröfulýsingu í þrotabú um merkingu launahugtaksins samkvæmt 1. tölul. 1. mgr. 112. gr. laga nr. 21/1991, um hvort átt sé við nettólaun, þ.e. þegar búið er að draga frá alla frádráttarliði svo sem staðgreiðslu opinberra gjalda, iðgjöld til lífeyrissjóðs og stéttarfélagsgjöld, eða hvort átt sé við heildarlaun eða brúttólaun. Talið hefur verið að ætla verði að réttur launþega geti ekki náð lengra en til nettólauna, enda séu innheimtumaður ríkissjóðs og lífeyrissjóður réttir aðilar til þess að krefjast staðgreiðslufjár og lífeyrissjóðsiðgjalda.<sup>29</sup>

Í ákvarðandi bréfi ríkisskattstjóra frá 17 apríl 2000 í máli nr. 16/2000 er sett fram gagnrýni á framangreinda túlkun um merkingu launahugtaksins í 1. tölul. 1. mgr. 112. gr. laga nr. 21/1991.

<sup>28</sup> Rétt er að geta þess að laun og annað endurgjald fyrir vinnu í þjónustu þrotamanns, í skilningi 1. tölul. 1. mgr. 112. gr. laga nr. 21/1991, hafa sætt þrengri skýringu en launahugtakið í vinnurétti og í skilningi 5. gr. laga nr. 45/1987. Sjá í þessu samhengi *Hrd.* 2003, bls. 2950 (mál nr. 326/2003) (eftirlaun), dóm Hæstaréttar frá 13. ágúst 2010 í máli nr. 378/2010 (ánangurstengdur kaupauki), dóm Hæstaréttar frá 24. ágúst 2010 í máli nr. 416/2010 (kaupauki), dóm Hæstaréttar frá 20. júní 2011 í máli nr. 286/2011 (bónusgreiðsla), dóm Hæstaréttar frá 3. nóvember 2011 í máli nr. 566/2011 (kaupaukagreiðsla) og dóm Hæstaréttar frá 6. júní 2012 í máli nr. 367/2012 (launauki). Sjá þó dóm Hæstaréttar frá 25. ágúst 2011 í máli nr. 372/2011 (bónusgreiðslur). Í dómi Hæstaréttar frá 24. ágúst 2010 í máli nr. 416/2010 (kaupauki) segir ordrétt: „Af gögnum málsins verður ráðið að við ákvörðun um kaupaukann og fjárhæð hans hafi einkum verið litið til frammistöðu varnaraðila í starfi, mikilvægis hans sem starfsmanns fyrir sóknaraðila og afkomu sóknaraðila á árinu 2008. Ekki skyldi greiða iðgjald til lífeyrissjóðs vegna kaupaukans og sóknaraðili skuldbatt sig til þess að tryggja að varnaraðili þyrfti ekki að greiða tekjuskatt eða tryggingargjald vegna kaupaukans. Af þessum ástæðum er ekki umt að líta svo á að kaupaukinn, að fjárhæð 200.000 evrur, teljist laun eða annað endurgjald fyrir vinnu í skilningi 1. tölulídar 1. mgr. 112. gr. laga nr. 21/1991, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar í máli nr. 378/2010 sem kveðinn var upp 13. ágúst 2010. Krafan getur því ekki notið forgangsréttar við slit sóknaraðila samkvæmt síðastgreindu lagaákvæði.“ Sjá jafnframt Ása Ólafsdóttir: *Handbók. Gjaldþrotaskipti o.fl.*, bls. 176–177. Sjá í samanburðarskyni varðandi launahugtakið í vinnurétti til dæmis dóm Hæstaréttar frá 7. júní 2007 í máli nr. 518/2006 (FL-Group hf.) og dóm Hæstaréttar frá 4. mars 2010 í máli nr. 246/2009 (launauki).

<sup>29</sup> Ása Ólafsdóttir: *Handbók. Gjaldþrotaskipti o.fl.*, bls. 176.

Í bréfinu segir meðal annars orðrétt:

Ríkisskattstjóri telur að ekki fái staðist að launamanni beri einungis að lýsa „nettólaunum“, eins og haldið er fram í Handbók um gjaldþrotaskipti o.fl. og vitnað er til hér að framan. Slík kröfulýsing og úthlutun á grundvelli hennar kynni í þeim tilvikum, sem ekkert fæst greitt upp í kröfu innheimtumanns ríkissjóðs að valda því að launamaður myndi bera skarðan hlut frá borði við skattlagningu. Leiðir þetta af tengslum launakröfu launamanns og staðgreiðslukröfu innheimtumanns annars vegar og lögbundinni skilgreiningu á skattskyldum tekjum. Þannig myndi launamaður telja fram þau laun sem hann hefði fengið greidd og við skattuppgjör við álagningu kæmi til frádráttar álögðum sköttum á framtaldar tekjur sú staðgreiðsla sem skilað hefur verið í ríkissjóð. Ef launamaður hefur einungis fengið „nettólaun“ við búskiptin og ekki hefur fengist neitt greitt vegna staðgreiðslu af þeim launum, myndu nettólaunin koma til skattlagningar sem hver önnur laun án þess að til frádráttar kæmi nein staðgreiðsla. Álagning skatta er lögbundin og hvorki tekjuhugtak laga nr. 75/1981, um tekjuskatt og eignarskatt, né ákvæði laga nr. 45/1987, um staðgreiðslu opinberra gjalda, gera ráð fyrir frávikum varðandi skattalega meðferð svonefndra „nettólauna“. Þannig hefur skattstjóri ekki heimild í lögum til að falla frá álagningu skatta á „nettólaun“, heldur ber honum að leggja á þau skatt eins og aðrar tekjur, sbr. einkum 62. gr. laga nr. 75/1981, um tekjuskatt og eignarskatt, sbr. og 1. mgr. 1. tölul. A-liðar 7. gr. sömu laga. Ef einungis hefur verið lýst nettólaunum er því hætta á því að launamaður beri skarðan hlut frá borði, hvort heldur það er þrotabúið sem greiðir launin eða greiðsluskyldan fellur á Ábyrgðarsjóð launa. Skaðleysi launa kröfuhafa verður því aðeins tryggt að kröfu hans um heildarlaun hafi verið lýst.

Taka verður undir þá gagnrýni sem fram kemur í ákvarðandi bréfi ríkisskattstjóra þar eð skattstofn 1. tölul. A-liðar 7. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt er launakrafa launþega í heild og er skattkrafan sjálfstæð krafa á hendur launþega sem atvinnurekanda ber eftir atvikum að fullnusta. Sé einungis hluta launakröfunnar lýst við gjaldþrotaskipti myndar því einvörðungu sú fjárhæð skattstofn til tekjuskatts. Er því nauðsynlegt fyrir launþega að lýsa heildarlaunakröfu í þrotabúi atvinnurekanda til þess að gætt sé ýtrasta réttar. Er túlkun þessi og í samræmi við þá dóma sem raktir eru hér að framan. Í framkvæmd

virðist enda sem launakröfum í þrotabú sé almennt lýst í heild, án þess að gert sé ráð fyrir nokkrum frádrætti, svo sem vegna krafna innheimtumanns ríkissjóðs.<sup>30</sup> Jafnframt hafa launþegar almennt uppi kröfur um greiðslu heildarlauna í hefðbundnum einkamálum og eru slíkar kröfur jafnan teknar til greina eflögvarinn réttur er fyrir hendi.<sup>31</sup>

**3. Skýring á dómsorði við aðför og efnislegar varnir**  
Meginregla einkamálaréttarfars er sú að leita verður á náðir dómstóla til þess að fá úrlausn um réttindi áður en hægt er að fá þeim fullnægt. Í kjölfar slíkrar úrlausnar dómstóla getur sú staða komið upp að sá er efnadaskylda hvílir á skirrist við að efna skylduna og verður þá kröfuhafi enn að leita á náðir réttarvörslukerfisins til þess að fá fullnustu fyrir kröfu sinni.<sup>32</sup> Svo að leita megi atbeina réttarvörslukerfisins til fullnustu kröfunnar verður krafan að vera aðfararhæf í viðtækri merkingu, þ.e. aðfararheimild fyrir hendi

<sup>30</sup> Í ákvarðandi bréfi ríkisskattstjóra frá 17 apríl 2000 í máli nr. 16/2000 segir orðrætt: „Tekið skal fram að samkvæmt upplýsingum frá Ábyrgðarsjóði launa mun það heyra til undantekninga að launakröfum hafi verið lýst sem “nettólaunum”. Einhver brögð munu þó hafa verið að þessari framkvæmd, sem hafa leitt til þess að launamenn hafa þegar upp er staðið borið skarðan hlut frá borði, enda heldur Ábyrgðarsjóður launa lögum samkvæmt staðgreiðslu eftir af greiðslum sem inntar eru af hendi úr sjóðnum óháð því hvort kröfum var lýst sem heildarlaunum eða “nettólaunum”. Með vísan til þess sem hér hefur verið rakið vill ríkisskattstjóri vekja athygli þeirra sem hafa með kröfulýsingar og skiptastjórn að gera, að til þess að tryggja sem best skadleysi launakröfuhafa við gjaldþrotaskipti og skattákvörðun í kjölfarið, verður að lýsa kröfum vegna heildarlauna en ekki vegna svonefndra “nettólauna”. Jafnframt þykir rétt að áréttá þá skyldu skiptastjóra, sem forráðamanna þrotabúa, að þeir bera skyldur launagreiðanda í skilningi laga nr. 45/1987, um staðgreiðslu opinberra gjalda, bæði vegna greiðslu launa vegna starfa í þágu þrotabús og jafnframt við uppgjör á launakröfum við skipti þrotabúsins vegna krafna sem eru greiddar við sjálf gjaldþrotaskiptin.“

<sup>31</sup> Sjá í dæmaskyni dóm Hæstaréttar frá 6. mars 2014 í máli nr. 618/2013, dóm Hæstaréttar frá 14. apríl 2016 í máli nr. 568/2015, dóm Hæstaréttar frá 9. júní 2016 í máli nr. 322/2015, dóm Hæstaréttar frá 9. júní 2016 í máli nr. 323/2015 og dóm Hæstaréttar frá 30. mars 2017 í máli nr. 494/2016. Sjá og til hliðsjónar dóm Hæstaréttar frá 14. febrúar 2008 í máli nr. 307/2007 þar sem fallist var á að rétt væri að halda eftir staðgreiðsluskatti af bótum vegna tímabundins atvinnutjóns. Samkvæmt 2. tölul. 28. gr. laga nr. 90/2003 teljast meðal annars bætur fyrir varanlega örorku ekki til tekna í skilningi laganna séu þær ákvednar í einu lagi, sbr. og Hrd. 1993, bls. 720.

<sup>32</sup> Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, Reykjavík 1995, bls. 18–19.

samkvæmt 1. gr. laga nr. 90/1989 um aðför og aðfararfrestur liðinn, sbr. 2. kafla sömu laga.<sup>33</sup>

Í 1.-3. tölul. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 90/1989 er kveðið á um heimildir til aðfarar á grundvelli dómsúrlausna, áritaðra stefna, dómsátta og nauðasamninga, en umræddar aðfararheimildir endurspeglar þá grunnreglu að aðfarar verði ekki krafist nema fyrir liggi dómsúrlausn. Í 4.-11. tölul. 1. mgr. 1. gr. laganna er hins vegar mælt fyrir um vissa tegund réttarfarshagræðis þannig að gera megi aðför til fullnustu tiltekinna krafna án undangengins dóms eða dómsáttar.<sup>34</sup> Í eftirfarandi umfjöllun verður sjónum einvörðungu beint að aðför til fullnustu kröfu samkvæmt dómum og úrskurðum uppkveðnum af íslenskum dómstólum, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 90/1989.

### 3.1 Skýring á dómsorði við aðför

Í dómum og úrskurðum dómstóla, bæði í einka- og sakamálum, ber að draga saman niðurstöður mála í dóms- og úrskurðarorð, sbr. 3. mgr. 112. gr. og 2. mgr. 114. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála og 3. mgr. 181. gr. og 3. mgr. 183. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála.<sup>35</sup> Sú meginregla gildir í íslenskum rétti að eingöngu er heimilt að gera aðför fyrir þeirri kröfu sem mælt er fyrir um í dóms- eða úrskurðarorði, en ekki með skírskotun til atriða sem aðeins koma fram í forsendum úrlausnar. Jafnan er engin þörf á skýringu dómsúrlausna við aðför. Meginreglan útilokar á hinn bóginn ekki að

<sup>33</sup> Sjá Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 57-58. *Lögfræðiorðabók með skýringum*, bls. 3.

<sup>34</sup> Sjá Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 36-41. Vísast jafnframt til 2. mgr. 1. gr. laga nr. 90/1989 um aðför fyrir fylgikröfum, sbr. Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 233-241, 3. mgr. 1. gr. laga nr. 90/1989, sbr. 12. kafla laganna, um beinar aðfarargerðir, sbr. Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 208-233 og Helgi Áss Grétarsson: „Réttarfar beinna aðfarargerða – Hvort á að höfða einkamál eða krefjast dómsúrskurðar um beina aðför?“, *Tímarit lögfræðinga* 2006, bls. 147-167. Sjá og 1. mgr. 13. gr. laga nr. 53/1989 um sammingsbundna gerðardóma. Um aðra tegund réttarfarshagræðis í lögum hér á landi má í dæmaskyni nefna heimild til þess að hafa uppi einkaréttarkröfur í sakamáli, sbr. XXVI. kafla laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála.

<sup>35</sup> Sjá jafnframt 1. mgr. 111. gr. laga nr. 91/1991 þar sem segir að dómari má ekki fara út fyrir kröfur aðila í dómi sínum eða úrskurði nema um atriði sé að ræða sem honum ber að gæta af sjálfðáðum.

í dómSORði sé til dæmis vísað um tiltekin atriði til forsendna dómSins eða að dómSORð þurfi að skýra með hliðsjón af forsendum dómSins.<sup>36</sup> Hefur það og verið talið haganlegt, ef vafi kemur upp um efnislegt inntak aðfararheimildar sökum þess að engin eða óglögg afstaða er tekin til álitaefnis í dómSORði, orðalag er álitid óskýrt eða glögglega má ráða að villa hafi slæðst inn í dómSORð, að heimila sýslumönnum innan þröngra marka að skýra dómSúrlausnir við aðfarargerð.<sup>37</sup>

Að öðru jöfnu skulu dómur vera óskilyrtir þannig að ekki sé í þeim skírskotað til sannana eða atvika sem síðar kunna að koma fram, sbr. 4. mgr. 114. gr. laga nr. 91/1991. Ákvæðið útlistar þó að verða megi í dómSORði við kröfu um að stefnda verði gert að leysa af hendi skyldu gegn tilteknu gagnjaldi úr hendi stefnanda eða að skylda verði lögð á stefnda til annars en peningagreiðslu að viðlögðum dagsektum. Í slíkum tilvikum getur komið til kasta sýslumanns að taka afstöðu til þess hvort tiltekin skilyrði í dómSORði hafi verið uppfyllt þannig að aðför megi fara fram fyrir réttindum gerðarbeiðanda. Að öðru leyti leggur 4. mgr. 114. gr. laga nr. 91/1991 bann við skilyrtum aðfararheimildum.<sup>38</sup>

Almennt er því óheimilt að gefa aðfararheimild annað efnislegt inntak en skýrlega er mælt fyrir um í dómS- eða úrskurðarorði. Frá þeirri reglu er gerð sú undantekning að löggjafinn getur mælt fyrir um það

<sup>36</sup> Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 123 og 128.

<sup>37</sup> Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 128–129. Sjá jafnframt í sömu heimild bls. 130–140. Sjá og í dæmaskyni *Hrd. 1997*, bls. 2965. Rétt er og að geta þess að í 3. mgr. 116. gr. laga nr. 91/1991 segir að dómur sé bindandi fyrir dómara þegar hann hefur verið kveðinn upp. Dómara er þó heimilt að leiðrétta ritvillur, reikningsskekkjur, nafnskekkjur og aðrar bersýnilegar villur í dómi, enda láti hann aðilum sem hafa fengið endurrit af dómi þá í té nýtt endurrit án tafar.

<sup>38</sup> Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 130–131. Á bls. 130 í fyrrnefndri heimild segir að hægt sé að líta svo á að reglur 4. mgr. 114. gr. laga nr. 91/1991 eigi jafnframt við um dómSáttir. Þó hefur síðari dómaframkvæmd heimilað skilyrtar dómSáttir sem ekki falla ljóslega að skilyrðum umræddrar greinar, sbr. til dæmis *Hrd. 2002*, bls. 123 (*mál nr. 15/2002*) (*Sláturfélagið Ferskar afurðir ehf.*) og *Hrd. 2003*, bls. 294 (*mál nr. 6/2003*) (*Hlíðardalur ehf.*). Benda skal og á að í 1. mgr. 108. gr. laga nr. 91/1991 segir meðal annars að dómari geti synjað aðilum um að gera dómSátt ef hann telur ólögmaett að gera hana, efni hennar er óljóst eða ómögulegt er að efna hana.

í settum lögum að dæmdri kröfu fylgi víðtækari réttindi en leiða af orðanna hljóðan.<sup>39</sup> Slíkt ákvæði er að finna í 4. mgr. 129. gr. laga nr. 91/1991 þar sem segir að málskostnaður, sem er dæmdur aðila úr hendi gagnaðila hans, beri dráttarvexti frá fimmtánda degi eftir uppkvaðningu dóms eða úrskurðar og til greiðsludags þótt þess sé ekki krafist sérstaklega eða getið í dómi eða úrskurði. Jafnframt má nefna að í 1. mgr. 12. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu segir að sé vaxtatímabil lengra en 12 mánuðir án þess að vextir séu greiddir, skuli þeir lagðir við höfuðstól og nýir vextir reiknaðir af samanlagðri fjárhæð. Ákvæðið nær meðal annars til dráttarvaxta af dæmdum kröfum.<sup>40</sup>

Rétt er að geta þess í fyrirliggjandi samhengi að í 2. mgr. 1. gr. laga nr. 90/1989 um aðför segir meðal annars að aðför til fullnustu kröfu samkvæmt 1. mgr. verði, eftir því sem við eigi, einnig gerð fyrir verðbótum og vöxtum. Umrætt ákvæði kemur að þessu leyti almennt ekki til skoðunar við skýringu dóma þar sem dómsorðið sjálft kveður á um rétt til vaxta af kröfufjárhæð, sé slíkum kröfum teft fram af hálfu stefnanda í einkamáli og þær teknar til greina.<sup>41</sup>

### 3.2 Efnislegar varnir við aðför

Í lögum nr. 90/1989 um aðför er kveðið á um að ekki sé hægt að hafa uppi kröfur eða varnir í máli samkvæmt V. kafla laganna fyrir dómstólum í andstöðu við fyrri úrlausn dómstóls um málefnið, sbr.

<sup>39</sup> Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 131–132. Í eldri réttarframkvæmd má finna þess dæmi að dæmdur málskostnaður hafi í aðfarmáli verið skýrður með þeim hætti að bæta mætti við fjárhæð málskostnaðarins viðauka vegna virðisaukaskatts, þótt hvorki hafi verið mælt fyrir um þá fjárhæð í dómsorði né heimild sé fyrir slíkri skipan í lögum nr. 50/1988 um virðisaukaskatt, sbr. *Hrd. 1993*, bls. 1966. Umræddri réttarframkvæmd var hrundið með *Hrd. 1997*, bls. 1106. Sjá jafnframt til hliðsjónar *Hrd. 1995*, bls. 3003. Sjá gagnrýni á eldri réttarframkvæmd í Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 135–137.

<sup>40</sup> Eyvindur G. Gunnarsson: „Meginatriði laga um vexti og verðtryggingu“, í *Afmælisrit: Jónatan Þórmundsson sjötugur*, Reykjavík 2007, bls. 180.

<sup>41</sup> Alþt. 1988–1989, A–deild, bls. 822. Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 233–235.

2. mgr. 83. gr. og 2. mgr. 88. gr. laganna.<sup>42</sup> Sama regla á við þegar aðfararbeiðni er til meðferðar á vettvangi sýslumanns, sbr. meðal annars 1. mgr. 17. gr. laga nr. 90/1989.<sup>43</sup>

Umræddar reglur laga nr. 90/1989 eru birtingarmyndir reglunnar um *res judicata* áhrif dóma, sem felur það í sér að dómur er bindandi um úrlausn sakarefnis milli aðila um þær kröfur sem hafðar voru uppi í dómsmáli, sbr. 1. mgr. 116. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Ef fyrir liggur endanlegur dómur eða áfrýjunarfrestur dóms er liðinn girðir reglan almennt fyrir að vefengja megi efnislega úrlausn dómsins um sakarefnið við síðara tímamark, sbr. 2. mgr. 116. gr. sömu laga.<sup>44</sup> Rétt er að geta þess að útilokunarregla einkamálaréttarfars, sem finna má meðal annars í 5. mgr. 101. gr. laga nr. 91/1991, áskilur að aðilar einkamáls skuli koma fram með málsástæður og mótmæli jafnskjótt og tilefni er til. Af ákvæðinu leiðir að aðilum dómsmáls er alla jafna ókleift að höfða annað dómsmál á grundvelli málsástæðna sem hefði verið hægt að tefla fram í fyrra dómsmálinu en ekki var gert.<sup>45</sup>

Af framangreindu leiðir að gerðarþola er almennt ókleift að hafa uppi varnir við aðför á grundvelli krafna og málsástæðna sem tekin var afstaða til í dómi eða hefðu getað komið fram við rekstur dómsmálsins. Lúta því hugsanlegar varnir gerðarþola við aðför einkum að atvikum eða aðstöðu sem er tilkomin eftir uppkvaðningu dóms. Almennt er

<sup>42</sup> Sjá jafnframt 1. mgr. 84. gr., 1. mgr. 91. gr. og 94. gr. laga nr. 90/1989 þar sem tiltekið er að við málsmeðferð héraðsdóms, eftir mismunandi reglum laganna, skuli fylgja almennum reglum um meðferð einkamála í héraði eftir því sem við getur átt.

<sup>43</sup> Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 144.

<sup>44</sup> Sjá um aðfararfrest og áfrýjun dómsmáls reglur í 5. gr. laga nr. 90/1989. Rétt er að geta þess að í undantekningartilvikum geta verið fyrir hendi skilyrði til þess að fá dóm endurupptekinn, sbr. 137. gr., 167. gr. og 169. gr. laga nr. 91/1991. Sjá Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 144–145, Markús Sigurbjörnsson og Kristín Benediktisdóttir: *Einkamálaréttarfar*, Reykjavík 2013, bls. 110 og 240–241 og Magnús Thoroddsen: „Res judicata eður útkljáð mál“, *Úlfjótur* 1972, bls. 344–353. Sjá einnig Arnar Þór Jónsson: „Bindandi áhrif dóma í einkamálum (Res Judicata)“, *Tímarit lögfræðinga* 2017, bls. 142–149.

<sup>45</sup> Markús Sigurbjörnsson og Kristín Benediktisdóttir: *Einkamálaréttarfar*, bls. 17–18 og 111. Sigurður Tómas Magnússon: „Aðgangur að dómstólum á sviði einkamála“. *Tímarit lögfræðinga* 2005, bls. 168. Sjá og til dæmis *dóm Hæstaréttar frá 14. apríl 2016 í máli nr. 617/2015 (Drómi hf.)*.

álitid að fjórar tegundir efnislegra varna geti náð fram að ganga og leitt til synjunar gerðarbeiðanda um aðför fyrir kröfu sinni.<sup>46</sup>

Í *fyrsta lagi* hefur verið talið að synja beri um aðför, þótt kveðið sé á um tiltekna skyldu gerðarþola í dómsúrlausn, ef talið er almennt óframkvæmanlegt að fylgja skyldunni eftir eða ef fullnusta skyldunnar er andstæð lögum eða velsæmi.<sup>47</sup> Ekki verður álitid að mögulegt sé að synja um fjárnám á grundvelli almenns ómöguleika, nema í afar sérstökum aðstæðum. Sú staða getur enda vart komið upp að óframkvæmanlegt sé almennt að fylgja eftir skyldu um greiðslu peningakröfu í ljósi þess að ef gerðarþoli er ekki borgunarmaður fyrir kröfufjárhæð er kleift að ljúka fjárnámi sem árangurslausu, sbr. 8. kafli laga nr. 90/1989. Ekki er þó loku fyrir það skotið að almennur ómöguleiki geti hindrað fjárnám til fullnustu peningakröfu, svo sem ef náttúruhamfarir eða styrjöld hafa leitt til þeirrar aðstöðu að fjármálakerfi landsins hrynur með þeim afleiðingum að almennt er ókleift að nálgast sannanleg fjárverðmæti.<sup>48</sup> Ætti raunar í slíkum tilvikum alla jafna að nægja sýslumanni að fresta aðför um tiltekinn tíma, sbr. 26. gr. laga nr. 90/1989. Jafnframt verður að teljast ósennilegt að dómsúrlausn kveði á um að fjárnám skuli gert fyrir kröfu sem er í andstöðu við lög eða velsæmi, þótt ekki sé það með öllu útilokað. Efnislegar varnir af þessum meiddi eiga því sjaldan við þegar gerðarþoli hefur uppi kröfur um synjun fjárnáms þegar aðfararheimild er dómsúrlausn.

<sup>46</sup> Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 144–157.

<sup>47</sup> Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 145–146.

<sup>48</sup> Sjá umfjöllun um almennan og einstaklingsbundinn ómöguleika í Þorgeir Örlýgsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuvéttur II. Vánefndaúræði*, Reykjavík 2011, bls. 36–40. Til hliðsjónar má nefna *Hrd. 1948, bls. 115 (Seinni heimsstyrjöldin)* þar sem málavextir voru þeir að skuldara bar að greiða skuld sína ásamt vöxtum í Kaupmannahöfn. Skuldaranum var á hinn bóginn ókleift að efna skylduna samkvæmt efni sínu meðan á heimsstyrjöldinni stóð árin 1939–1945 og leiddi sá tímabundni ómöguleiki samkvæmt dómi Hæstaréttar til frestunar greiðsluefnda og framlengingar vaxtaákvæðis skuldabréfs. Var í dómi Hæstaréttar talið að ekki bæri að taka til greina kröfu kröfuhafa um vaxtavexti sökum þessara atvika. Leiða má af málavöxtum að um hafi verið að ræða einstaklingsbundinn ómöguleika, þ.e. styrjöldin leiddi ekki til þess að öllum landsmönnum væri ókleift að inna af hendi peningagreiðslu. Fjárnámi væri því ekki synjað á grundvelli atvika sem þessa. Sjá jafnframt til hliðsjónar *Hrd. 1944, bls. 102 (skattaleg heimilisfesti)*.



Í *öðru lagi* getur gerðarþoli varnað aðfarargerð með vísan til sérstaks ómöguleika um að efna skyldu, þ.e. að honum sé með öllu ókleift að efna skyldu samkvæmt dómsúrlausn, þótt annar aðili geti eftir atvikum efnt sambærilega skyldu. Slíkar mótbárur vegna fjárnáms eru haldlausar þar sem ákvæði laga nr. 90/1989 heimila einvörðungu slíkar varnir ef um er að ræða skyldu um annað en greiðslu peninga, sbr. einkum 77. gr. laganna. Af þeim sökum er ekki ástæða til frekari umfjöllunar um efnislegar varnir á grundvelli sérstaks ómöguleika.<sup>49</sup>

Í *þriðja lagi* getur sú staða komið upp að skuldari kröfu samkvæmt dómsúrlausn hefur, að hluta eða öllu leyti, greitt kröfuna með skuldajöfnuði að dómi gengnum. Slík tilvik geta komið til með tvenns konar hætti, annars vegar að skuldajöfnuði hafi verið lýst áður en fjárnámsgerð hófst eða hins vegar að skuldajöfnuði var lýst fyrst við framkvæmd aðfarargerðar. Ef um fyrrnefnda tilvikið er að ræða gilda almennar reglur kröfuréttarins um skuldajöfnuð þannig að aðalkrafa gerðarbeiðanda og gagnkrafa gerðarþola ganga upp á móti hvor annarri og falla niður að því leyti sem þeim þær nægja til fullnustu hvor annarrar.<sup>50</sup> Sé skuldajöfnuði hins vegar fyrst lýst yfir við framkvæmd fjárnámsgerðar er það, auk almennra reglna kröfuréttarins um skuldajöfnuð, jafnframt skilyrði fyrir skuldajöfnuði að krafa gerðarþola sé annaðhvort orðin aðfararhæf eða að gerðarbeiðandi viðurkenni kröfu gerðarþola sem rétta, sbr. 40. gr. laga nr. 90/1989, en í því felst meðal annars að fjárhæð gagnkröfunnar sé ekki andmælt.<sup>51</sup> Gagnkrafa gerðarþola verður því að vera í þeim búningi að hann gæti krafist fjárnáms fyrir henni án frekari ráðstafana eða gerðarbeiðandi

<sup>49</sup> Sjá nánar Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 147–149.

<sup>50</sup> Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 149. Sjá nánar um skilyrði skuldajöfnuðar í almennum kröfurétti Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, bls. 360–377 og Þorgeir Örlygsson og Benedikt Bogason: *Kröfuréttur. Þættir*, bls. 211–230. Sjá jafnframt *Hrd. 1995*, bls. 2270 og *dóm Hæstaréttar frá 18. nóvember 2015 (mál nr. 745/2015) (Háfell ehf.)*.

<sup>51</sup> Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 149–152. Um skilyrði 40. gr. laga nr. 90/1989 vísast meðal annars til *Hrd. 1995*, bls. 2777 og *dóms Hæstaréttar frá 2. apríl 2014 í máli nr. 174/2014*.

viðurkennir að gagnkrafan sé rétt.<sup>52</sup> Getur gerðarþoli því varnað fjárnámi samkvæmt dómsúrlausn, að hluta eða öllu leyti, á grundvelli þess að með skuldajöfnuði hafi krafa gerðarbeiðanda verið greidd að fullu eða hluta.

Í *ffórða lagi* getur gerðarþoli haft uppi varnir gegn fjárnámskröfu gerðarbeiðanda á grundvelli þess að skylda samkvæmt dómsúrlausn sé fallin brott. Gerðarþoli getur til dæmis haldið því fram að hann hafi efnt skyldu samkvæmt dómsúrlausn að hluta eða öllu leyti þannig að synja beri um aðför að því marki.<sup>53</sup> Sé með dómi knúid á um að gerðarþola beri að verða við tiltekinni skyldu að viðlögðum dagsektum getur hann mótmælt gerðarbeiðni á grundvelli þess að hann hafi þegar efnt skylduna. Jafnframt getur gerðarþoli borið því við að krafa samkvæmt dómsúrlausn hafi verið gefin eftir, hún sé fyrnd, krafan sé fallin niður sökum tómlætis eða hún hafi fallið niður vegna vanlýsingar við búskipti.<sup>54</sup> Í öllum þessum tilvikum er það sýslumanns, og eftir atvikum dómstóla sé málið borið undir þá, að taka afstöðu til þess hvort gerðarþola hafi tekist lögfull sönnun þess að krafa gerðarbeiðanda sé fallin brott, sbr. 2. mgr. 27. gr. laga nr. 90/1989.

Í ljósi efnistaka er rétt að taka sérstaklega til umfjöllunar þá stöðu sem upp kemur þegar lög mæla almennt fyrir um það að skuldara kröfu beri að greiða hluta hennar til þriðja aðila, til greiðslu krafna sem kröfuhafi er skuldari að, þannig að með þeirri ráðstöfun telst fyrrnefnda krafan, að því marki, greidd. Hafi dómur um kröfu gengið

---

<sup>52</sup> Rétt er að geta þess að ef í lögum er mælt fyrir um takmarkanir á rétti til skuldajafnaðar vegna vissra tegunda krafna eða í ólögfestum tilvikum gilda slíkar takmarkanir jafnframt við fjárnám. Sjá Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 151. Sjá jafnframt Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, bls. 378–387 og Þorgeir Örlygsson og Benedikt Bogason: *Kröfuréttur. Þættir*, bls. 237–250.

<sup>53</sup> Sjá til dæmis *Hrd. 2001*, bls. 372 (*mál nr. 21/2001*) og *dóm Hæstaréttar frá 18. mars 2009 í máli nr. 99/2009*. Í raun fellur skuldajöfnuður undir umræddan flokk efnislegra varna, enda er beiting skuldajafnaðar aðeins ein leið til fullnustu kröfu.

<sup>54</sup> Sjá nánar Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 152–157. Í 2. mgr. 21. gr. laga nr. 150/2007 um fyrningu kröfuréttinda segir meðal annars að sé krafa dæmd þá hefjist nýr tíu ára fyrningarfrestur. Sjá og *dóm Hæstaréttar frá 4. desember 2015 í máli nr. 751/2015*.

Þannig að kröfuhafa er að fullu dæmd krafan vakna álitamál um það hvort skuldara hennar sé engu að síður heimilt að greiða hluta hennar til þriðja aðila á grundvelli almennrar lagaskyldu. Það reyndi á þetta álitaeftni í *Hrd. 1997, bls. 3217 (Albert Ólafsson HF 39)* og samkynja *Hrd. 1997, bls. 3224*, þar sem málavextir voru þeir að upp reis deila milli sjómanna og skipstjóra á Alberti Ólafssyni HF 39 um svonefnt hafnarfrí sem sjómenn skipsins töldu sig eiga rétt á. Leiddi deilan til þess að skipstjóri skipsins sagði upp nokkrum sjómannanna, þar á meðal Ö. Í framhaldinu deildu Ö og Ó, útgerðarmaður skipsins, um laun í uppsagnarfresti Ö sem og um aflahlut hans. Með *Hrd. 1996, bls. 3531* var Ó dæmdur til að greiða Ö 353.586 krónur ásamt nánar tilgreindum dráttarvöxtum, 316.126 krónur vegna vangreiddra launa og 37.460 krónur vegna aflahlutarins. Jafnframt var Ó dæmdur til að greiða Ö 150.000 krónur í málskostnað fyrir héraðsdómi og Hæstarétti.

Í kjölfar dóms Hæstaréttar taldi lögmaður Ö að krafa umbjóðanda hans á hendur Ó næmi þann 9. desember 1996 samtals 702.567 krónum. Ó greiddi Ö þann 11. desember 1996 538.618 krónur og taldi kröfuna þá að fullu greidda þar eð hann hefði haldið eftir af heildarfjárhæð hennar fé til að standa skil á staðgreiðslu skatta sóknaraðila, iðgjaldahluta hans til lífeyrissjóðs og félagsgjöldum til stéttarfélags. Ö vildi ekki una þessu og krafðist fjárnáms fyrir 170.255 krónum hjá Ó. Gerði sýslumaðurinn í Keflavík þann 12. febrúar 1997 fjárnám í fasteign Ó en hann bar í kjölfarið lögmati fjárnámsins undir dómstóla.

Í dómi Hæstaréttar segir orðrétt um lögmati fjárnámsins:

Með fyrrnefndum dómi Hæstaréttar 14. nóvember 1996 var varnaraðila gert skylt án nokkurra fyrirvara að greiða sóknaraðila tiltekna skuld með ákveðnum vöxtum og tilgreinda fjárhæð í málskostnað. Vel má vera, að varnaraðila hefði verið rétt eða skylt að halda eftir fé til greiðslu skatta, lífeyrissjóðsiðgjalda og félagsgjalda, ef hann hefði staðið sóknaraðila réttilega skil á skuldinni, án þess að dómur félli um hana. Að gengnum umræddum dómi breytir þetta því hins vegar í engu, að varnaraðili gat ekki losnað undan skyldu samkvæmt dómsorðinu með greiðslu til annars en sóknaraðila, nema til kæmi samþykki hans,

aðilaskipti að kröfunni eða viðtökudráttur. Ekki er um að ræða nein slík atvik í þessu máli, en til þess er einnig að líta, að þeir, sem hafa með höndum innheimtu fyrrnefndra skatta og gjalda, gætu ekki við aðstæður sem þessar réttilega borið því við, að varnaraðili ábyrgðist greiðslur til þeirra, eða krafid hann um að halda eftir fé fyrir greiðslunum af kröfu sóknaraðila.

Staðfesti Hæstiréttur því fjárnám sýslumannsins í Keflavík frá 12. febrúar 1997 í fasteign Ó fyrir kröfu Ö.

Af dóminum er ljóst að sé skuldara kröfu gert að greiða kröfuhafa hana að fullu samkvæmt dómsorði getur hann ekki borið því við í aðfararmáli að krafan hafi að hluta til verið greidd þriðja aðila á grundvelli almennrar lagaskyldu, þannig að lögfylgjur hafi gagnvart kröfuhafa.

Í kjölfar umrædds dóms voru samþykkt á Alþingi lög nr. 159/1998 um breytingar á ákvæðum ýmissa skattalaga. Með 1. gr. laganna var bætt við nýjum tölulíð, 7. tölul., við 5. gr. laga nr. 45/1987 um staðgreiðslu opinberra gjalda þar sem tekið er fram að hvers konar greiðslur samkvæmt 1.–6. tölul. greinarinnar, sem inntar eru af hendi að gengnum úrskurði stjórnvalda, dómi, dómsátt eða öðru samkomulagi eftir að launatímabili lýkur, teljist til launa samkvæmt lögnum.<sup>55</sup> Með lögnum er því skýrlega mælt fyrir um það að þótt launakrafa sé að fullu dæmd til handa launþega er skuldara kröfunnar eftir sem áður rétt að greiða hluta hennar í ríkissjóð til staðgreiðslu opinberra gjalda og hefur launagreiðandinn með þeirri ráðstöfun greitt launakröfuna að því marki.

<sup>55</sup> Alþt. 1998–1999, A-deild, bls. 1077. Í athugasemdum með frumvarpi til laga nr. 159/1998 segir orðrétt um 1. gr.: „Breyting samkvæmt þessari grein er lögð til í tilefni af dómi Hæstaréttar frá 10. nóvember 1997 í málinu nr. 442/1997. Í dóminum komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að launagreiðanda væri óheimilt að halda eftir staðgreiðslu opinberra gjalda af dæmdri launakröfu. Túlkun skattfyrvalda varðandi tildæmd laun hafði fram að dómi Hæstaréttar verið sú að draga bæri frá staðgreiðslu við fullnustu dómsins, til samræmis við þá meginreglu laga nr. 45/1987, um staðgreiðslu opinberra gjalda, með síðari breytingum, að draga beri staðgreiðslu af launagreiðslum. Þar sem niðurstaða sú sem fram kemur í dómi Hæstaréttar verður ekki talin vera til hagsbóta fyrir launamenn eða til þess fallin að auðvelda skattfrákvæmdina er lagt til að nýjum tölulíð verði bætt við 5. gr. laga nr. 45/1987, þar sem afdráttarlaust verði tekið fram að draga beri staðgreiðslu af dæmdum launakröfum.“

Í því samhengi ber að horfa sérstaklega til þess að staðgreiðsla samkvæmt lögum nr. 45/1987 nær til endurgjalds fyrir hvers konar vinnu í skilningi 1. tölul. 5. gr. laganna, sbr. 1. tölul. A-liðar 7. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt. Löggin ná hins vegar ekki til staðgreiðslu vaxtatekna, svo sem ef launakrafa ber dráttarvexti. Ber skuldara launakröfu því á grundvelli laganna, svo sem nánar verður rakið í kafla 4, einvörðungu að staðgreiða tekjuskatt launþegans en ekki svonefndan fjármagnstekjuskatt vegna vaxtatekna, sbr. 3. tölul. C-liðar 7. gr. og 8. gr. laga nr. 90/2003.<sup>56</sup>

**4 Dómur Hæstaréttar frá 31. ágúst 2016 í máli nr. 450/2016**  
 Þann 25. september 2014 kvað Hæstiréttur Íslands upp dóm í máli nr. 84/2014, Sjóklæðagerðin hf. („S hf.“) gegn Halldóri Gunnari Eyjólfssyni („H“), þar sem S hf. var gert að greiða H að fullu tilgreinda launakröfu vegna kaup- og söluréttarsamnings ásamt dráttarvöxtum.

Dómsorð héraðsdóms um launakröfuna, sem staðfest var með vísan til forsendna í Hæstarétti, var svohljóðandi:

Stefndi, Sjóklæðagerðin hf., greiði stefnanda, Halldóri Gunnari Eyjólfssyni, 109.577.514 krónur auk dráttarvaxta samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 frá 20. apríl 2011 til greiðsludags.

Í kjölfar dómsins, svo sem rakið er í kafla 1, greiddi S hf. fjórum sinnum inn á skuld sína við H. Jafnframt greiddi S hf. þann 17. nóvember 2014 staðgreiðslu opinberra gjalda samkvæmt 7. tölul. 5. gr. laga nr. 45/1987 um staðgreiðslu opinberra gjalda í ríkissjóð vegna hinnar dæmdu launakröfu.<sup>57</sup> Að auki dró S hf., við síðara tímamark, lífeyrissjóðsiðgjald H frá hinni dæmdu kröfu og greiddi í lífeyrissjóð. S hf. taldi að með þessum aðgerðum væri umdæmd krafa að fullu

<sup>56</sup> Um staðgreiðslu fjármagnstekna gilda lög nr. 94/1996 um staðgreiðslu skatts á fjármagnstekjur. Af gildissviði laganna leiðir að fjármagnstekjuskattur er ekki staðgreiddur af vaxtakröfum í innheimtu, heldur er hann gerður upp eftir á.

<sup>57</sup> Fjárhæðin sem S hf. ráðstafaði til skattgreiðslu var 46,24% af höfuðstól launakröfunnar sem samsvarar efsta skattþrepi tekjuskatts árið 2014 að viðbættu útsvari.

greidd og að félaginu bæri meðal annars ekki að greiða dráttarvexti af þeim hluta sem var greiddur í ríkissjóð sem staðgreiðsla opinberra gjalda.<sup>58</sup>

Í aðfararmáli sem lauk með *dómi Hæstaréttar frá 31. ágúst 2016 í máli nr. 450/2016* krafðist H þess meðal annars að fjárnám yrði gert fyrir dráttarvöxtum af þeim hluta umræddrar launakröfu sem við síðara tímamark var greiddur í ríkissjóð sem staðgreiðsla opinberra gjalda, sbr. 7. tölul. 5. gr. laga nr. 45/1987.<sup>59</sup> H vefengdi ekki að S hf. hafi verið skylt að halda eftir hluta launakröfunnar og staðgreiða opinber gjöld í ríkissjóð. Á hinn bóginn byggði H á því að samkvæmt dómsorði Hæstaréttar í hinu fyrra máli hafi S hf. borið að greiða dráttarvexti af allri umdæmdri fjárhæð, þ.m.t. af þeim hluta sem við síðara tímamark var ráðstafað til að greiða skattkröfu ríkissjóðs. Sá hluti hinnar umdæmdu kröfu væri ógreiddur og bæri því að gera fjárnám fyrir þeim hluta.

Um þessa kröfu segir orðrétt í forsendum Hæstaréttar:

Með áður nefndum dómi Hæstaréttar 25. september 2014 var varnaraðila gert án fyrirvara að greiða sóknaraðila tiltekna skuld með dráttarvöxtum, auk tilgreinds málskostnaðar í héraði og fyrir Hæstarétti. Óumdeilt er að varnaraðila hafi verið heimilt að draga frá kröfu sóknaraðila staðgreiðslu opinberra gjalda að fjárhæð 50.668.642 krónur, en sem fyrr segir innti varnaraðili þá greiðslu af hendi í ríkissjóð 17. nóvember 2014. Af þeim sökum átti sóknaraðili engan rétt á að fá þá greiðslu í hendur eða vexti af henni. Verður sú fjárhæð því dregin frá höfuðstól kröfu sóknaraðila.

Í ljósi umfjöllunar í köflunum hér á undan verður að telja að umrædd niðurstaða sé ekki hafin yfir gagnrýni.

<sup>58</sup> Ekki er ástæða til þess að taka sérstaklega til skoðunar niðurstöðu Hæstaréttar um lífeyrissjóðsiðgjöld en niðurstaða dómsins er í samræmi við *Hrd. 1997, bls. 3217 (Albert Ólafsson HF 39)* sem rakinn er í kafla 3.2.

<sup>59</sup> Sjá til hliðsjónar neðanmálgrein 39 í Arnar Þór Jónsson: „Bindandi áhrif dóma í einkamálum (Res Judicata)“, bls. 142.

Í *fyrsta lagi* gefa dómsforsendur Hæstaréttar, sem eru æði knappar, til kynna að ríkissjóður eigi einhvers konar eignarréttarlegt tilkall til hluta launakröfu vegna staðgreiðslu tekjuskatts þannig að launþegi eigi „engan rétt“ á því að fá vexti af þeim hluta launakröfunnar. Sú skýring er ekki í samræmi við fræðiskrif og dómafrankvæmd er lýtur að launakröfum annars vegar og skattkröfum hins vegar, sbr. umfjöllun í kafla 2. Launþegi á að lögum tilkall til heildarlaunakröfunnar jafnvel þótt eftir upptöku staðgreiðslukerfisins, og einkum í kjölfar breytingarlaga nr. 159/1998, beri launagreiðanda að halda eftir og standa skil á hluta kröfunnar og ráðstafa í ríkissjóð. Benda verður í þessu samhengi á að krafa um tekjuskatt er sjálfstæð krafa sem stofnast almennt á því ári sem myndast hefur krafa á hendur einhverjum um tekjur. Þó gera lög nr. 90/2003 um tekjuskatt ráð fyrir því að óvissar tekjur falli ekki að umræddri reglu, sbr. 2. mgr. 59. gr. laganna, þannig að skattkrafa stofnast fyrst vegna slíkra tekna þegar þær eru orðnar vissar.<sup>60</sup> Af dómafrankvæmd leiðir að ef aðilar deila um réttmæti kröfu, svo sem fyrir dómstólum, teljist slíkar kröfur almennt ekki vissar í skilningi laga nr. 90/2003, þannig að skattkrafa stofnist, fyrr en að endanlegum dómi gengnum.<sup>61</sup> Skattkrafa ríkissjóðs í máli þessu

<sup>60</sup> Eðli málsins samkvæmt er ekki hægt að staðgreiða skattkröfu fyrr en krafan stofnast í skilningi laga nr. 90/2003 og verður því að horfa til samspils laga nr. 45/1987 og laga nr. 90/2003. Í 1. mgr. 16. gr. laga nr. 45/1987 segir að afdráttur opinberra gjalda af launum skuli fara fram þegar laun eru *borguð út* eða færð launamanni til tekna vegna ákveðins greiðslutímabils. Ekki verður séð að málsatvik máls þessa falli undir 2. mgr. 16. gr. laganna, þar sem segir að þegar laun eða hluti launa, svo sem greiðslur fyrir yfirvinnu, ákvæðisvinnu, aflahlut og aflaverðlaun, komi ekki til uppgjors fyrr en að loknu því greiðslutímabili þegar krafa til þessara launa myndast að fullu eða hluta skuli þau talin til launa þess greiðslutímabils, enda fari uppgjör þeirra fram innan 14 daga frá lokum þess. Jafnframt er rétt að geta þess að launagreiðandi samkvæmt lögum nr. 45/1987 sætir ekki vanskilalági vegna vangreiddrar staðgreiðslu fyrr en launakrafa hefur sannanlega verið borguð út eða færð launamanni til tekna og skilafé er ekki ráðstafað til ríkissjóðs á lögbundnum gjalddögum í kjölfarið, sbr. 1. mgr. 20. gr. og VI. kafla laga nr. 45/1987.

<sup>61</sup> Í *dómi Hæstaréttar frá 4. febrúar 2015 í máli nr. 77/2015 (uppgjör bótakröfu)* voru málavextir þeir að með *dómi Hæstaréttar frá 25. október 2012 í máli nr. 6/2012* hafði Í verið gert að greiða A skaðabætur að tiltekinni fjárhæð ásamt vöxtum. Við greiðslu bótanna deildu aðilar um það við hvaða hlutfall fjármagnstekjuskatts ætti að miða við greiðslu vaxta af bótunum. Í úrskurði héraðsdóms, sem staðfestur var með vísan til forsendna í Hæstarétti, var talið að umræddar vaxtatekjur

stofnaðist því fyrst þann 25. september 2014 jafnvel þótt launakrafa launþega málsins hafi stofnast 28. febrúar 2011. Ekki verður séð með hvaða hætti umrædd skattkrafa raskar rétti launþegans til dráttarvaxta af allri launakröfunni frá 20. apríl 2011.

Í öðru lagi verður ekki talið að umrædd niðurstaða Hæstaréttar samrýmist þeim reglum sem gilda við aðför, sbr. umfjöllun í kafla 3, um að dómsorði verði ekki gefið annað inntak í síðara aðfararmáli og reglum er takmarka efnislegar varnir við aðför. Dómsorð Hæstaréttar í máli nr. 84/2014 mælir skýrlega fyrir um það að launþegi eigi rétt til dráttarvaxta af allri fjárhæðinni. Ekki verður séð að í síðara aðfararmálinu séu fyrir hendi skilyrði til þess að skýra umrætt dómsorð á aðra vegu, svo sem sökum þess að það sé með einhverjum hætti óljóst eða að villa hafi leynst í dómsorðinu. Efnislegar varnir gerðarþola, sem teknar voru til greina, um að skattkrafa hafi verið greidd með hluta launakröfunnar og því falli dráttarvextir af þeim hluta jafnframt brott,

---

hefðu verið óvissar í merkingu 2. mgr. 59. gr. laga nr. 90/2003 og ekki orðið greiðslukræfar, sbr. 2. tölul. 2. mgr. 8. gr. sömu laga, fyrr en með dómi Hæstaréttar frá 25. október 2012. Til skattskyldu stofnaðist því við endanlegan dóm Hæstaréttar og bar að miða skatthlutfall fjármagnstekjuskatts við það tímamark. Sjá jafnframt dóm Hæstaréttar frá 5. mars 2015 í máli nr. 381/2014 (*Hafnarfjarðar-kaupstaður*) þar sem segir orðrétt í forsendum héraðsdóms, sem staðfestar voru með dómnum til forsendna í Hæstarétti: „Samkvæmt 2. mgr. 59. gr. laga nr. 90/2003 skal tekjur að jafnaði telja til tekna á því ári sem þær verða til, þ.e. þegar myndast hefur krafa þeirra vegna á hendur einhverjum, nema um óvissar tekjur sé að ræða. Um er að ræða ákvæði sem hefur staðið efnislega óbreytt frá setningu laga nr. 6/1935 um tekjuskatt og eignarskatt, sbr. 7. gr. þeirra laga, og hefur verið talið fela í sér þá meginreglu að í skattalegu tilliti beri að miða tekjur við stofnun kröfu án tillits til þess hvenær greiðsla fari fram, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar 10. júní 1986 í máli nr. 37/1985. Eins og ráðið verður af orðalagi ákvæðisins verður aðeins vikið frá þessari meginreglu um kröfustofnum þegar tekjur teljast óvissar og ber þá að miða tekjufærslu við þann tíma þegar bundinn er endi á óvissu. Samkvæmt framangreindu verður að leggja til grundvallar að þegar ágreiningi um gildi kröfu er skotið til dómstóla verði jafnan að ganga út frá því að krafa teljist óviss þar til endanlegur dómur gengur um skuldbindingargildi hennar. Er þá horft til þess að fyrst við það tímamark geta tekjur viðkomandi kröfuhafa talist svo öruggar að réttlætianlegt sé að þær verði andlag tekjuskatts, enda séu varnir skuldara gegn gildi kröfu ekki bersýnilega tilhæfufalausar. Við þessar aðstæður er þannig ekki unnt að horfa einvörðungu til reglna fjármunaréttar um stofniun og efnudátíma kröfunnar heldur verður að líta til þess tíma þegar endir er bundinn á óvissu um skuldbindingargildi kröfunnar með endanlegum dómi.“ Nefna má og til hlíðsjónar dóm Hæstaréttar frá 16. október 2014 í máli nr. 115/2014 (*vatnsréttindi*).



eiga sér og ekki stoð í lögum. Erfitt er að sjá hvernig dráttarvaxtakrafa sem skýrlega er mælt fyrir um í dómsorði geti einfaldlega horfið á braut þegar höfuðstóll kröfu er fullnustaður, án skýrrar lagaheimildar, sbr. og forsendur *Hrd. 1997, bls. 3217 (Albert Ólafsson HF 39)* sem raktar eru í kafla 3.2. Í því samhengi skal tekið fram að ríkissjóður á enga kröfu til dráttarvaxtanna sem slíkra enda stofnaðist skattkrafa hans, sem fyrr greinir, við síðara tímamark. Ríkissjóður hefði á hinn bóginn átt kröfu á hendur launþega um fjármagnstekjuskatt af dráttarvöxtunum, hefðu þeir verið greiddir. Skoðast þessi umfjöllun í ljósi þess að lög nr. 45/1987, sbr. 7. tölul. 5. gr., taka til krafna sem tengjast endurgjaldi fyrir vinnu, en hins vegar ekki til vaxta af slíkum kröfum sem eru fjármagnstekjur.<sup>62</sup>

Í þriðja lagi má velta því fyrir sér hvort rökstuðningur Hæstaréttar sé öðrum þræði reistur á þeirri forsendu að ef sá hluti launakröfunnar, sem greiddur var sem staðgreiðsla opinberra gjalda, væri dráttarvaxtareiknaður fæli það í sér óréttmæta auðgun af hálfu launþegans.<sup>63</sup> Slík sjónarmið gætu verið byggð á því að ef atvinnurekandi hefði innt launakröfuna af hendi tímanlega hefði launþeginn eingöngu fengið laun sín greidd að frádreginni staðgreiðslu tekjuskatts. Sú staða að hann fái, sökum dráttar á greiðslu launakröfu, dráttarvexti af hluta kröfu sem hann hefði aldrei getað notið eða ávaxtað sjálfur við tímanlega greiðslu, fæli því í sér auðgun honum til handa.

Hins vegar ber að hafa í huga að launþegi er, svo sem fyrr greinir, kröfuhafi heildarlauna án tillits til þess hvort greiða megi þriðja aðila hluta kröfunnar þannig að skuldari losni undan efnaskyldu. Ekki

<sup>62</sup> Sjá í því sambandi dóm Hæstaréttar frá 4. febrúar 2015 í máli nr. 77/2015 (uppgjör bótakröfu), sem reifaður er í nmgr. 61.

<sup>63</sup> Sjá Viðar Már Matthíasson: *Skadabótaréttur*. Reykjavík 2005, bls. 719-721 og Viðar Már Matthíasson: *Endurheimt verðmæta við gjaldþrot*. Reykjavík 2000, bls. 195-201. Í *Hrd. 2003, bls. 2693 (mál nr. 39/2003) (Kvennaathvarf)* segir orðrétt um óréttmæta auðgun: „Þótt ekki verði talið að almenn auðgunarregla gildi í íslenskum rétti verður að fallast á að réttmætt geti verið að beita auðgunarreglu við sérstakar aðstæður, þótt ekki sé til þess bein heimild í settum rétti. Verður þá að meta kröfu af þessum toga eftir eðli máls í einstökum tilvikum með hliðsjón af öllum atvikum.“

verður tekið fyrir rétt lögmeats eiganda fjárkröfu til dráttarvaxta af allri peningakröfunni, sbr. 5. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu, nema fyrir því sé stöð í lögum. Tilgangur dráttarvaxta hér á landi er ekki einvörðungu sá að vera lögákveðnar skaðabætur fyrir kröfuhafa heldur jafnframt að hvetja skuldara til efnda. Hefur enda verið talið að skuldara kröfu beri að greiða dráttarvexti jafnvel þótt hann geti sannað að raunverulegt vaxtatap kröfuhafans hafi verið minna.<sup>64</sup> Ættu því sjónarmið um óréttmæta auðgun ekki að standa í vegi fyrir dráttarvaxtakröfu launþega af öllum höfuðstól launakröfu sinnar.

## 5 Niðurlag

Samkvæmt því sem að framan hefur verið rakið má álykta að launþegi eigi eignarréttarlegt tilkall til launakröfu sinnar í heild jafnvel þótt atvinnurekanda beri lögum samkvæmt að halda eftir og standa skil á hluta kröfunnar til ríkissjóðs. Um skattkröfur fer enda eftir sérákvæðum laga nr. 90/2003 um tekjuskatt og myndast skattkrafa ríkissjóðs vegna launa ekki fyrr en launakrafa stofnast og stundum við síðara tímamark.

Ef atvinnurekandi heldur eftir staðgreiðslu af launum samkvæmt launaseðli, og stendur launþega skil á laununum að öðru leyti á gjalddaga, á launþeginn ekki dráttarvaxtakröfu á hendur atvinnurekandanum, jafnvel þótt atvinnurekandinn standi ríkissjóði ekki skil á staðgreiðslunni. Er það sökum þess að með því að halda sannanlega eftir hluta af launakröfu launþegans á gjalddaga til greiðslu á skattkröfu ríkissjóðs losnar launþeginn undan allri ábyrgð á skattkröfunni og hefur því fengið launakröfu sína að fullu greidda.

Sé launakrafa hins vegar óviss getur liðið langur tími frá því að launakrafa stofnast og þar til hún verður að skattandlagi þannig að skattkrafa stofnist. Sú staðreynd að atvinnurekanda ber að greiða hluta

<sup>64</sup> Eyvindur G. Gunnarsson: „Meginatriði laga um vexti og verðtryggingu“, bls. 153-154. Viðar Már Matthíasson: „Um vexti og dráttarvexti í lögum og lagaframkvæmd“, *Úlfjótur* 1996, bls. 11-13.

launakröfu til ríkissjóðs til staðgreiðslu opinberra gjalda, eftir að dómur hefur gengið um launakröfu og hún því orðin viss í skilningi laga, leiðir ekki til þess að áfallnir dráttarvextir af þeim hluta launakröfunnar falli brott við þá ráðstöfun. Skoðast það í ljósi þess að skattandlag í staðgreiðslu samkvæmt lögum nr. 45/1987 er einvörðungu höfuðstóll launakröfu og falla vextir ekki undir gildissvið laganna.

Dómur Hæstaréttar í máli nr. 450/2016 samrýmist ekki því sem að framan er rakið þar sem rétturinn taldi að launþegi ætti „engan rétt“ til dráttarvaxta af þeim hluta launakröfu sem við síðara tímamark var haldið eftir til staðgreiðslu skattkröfu. Virðast forsendur dómsins ekki gera greinarmun á sjálfstæðu lífi skattkrafna annars vegar og launakrafna hins vegar.

Fyrirgreind niðurstaða Hæstaréttar er heldur ekki í samræmi við reglur einkamálaréttarfars og lög nr. 90/1989 um aðför, þar sem að við aðför er fulltrúum réttarvörslukerfisins þröngur stakkur skorinn við skýringu á dómsorði. Dómsorð Hæstaréttar í fyrri dómi um dráttarvexti af allri launakröfu launþegans var í senn skýrt og fyrirvaralaust og engin heimild er í lögum er varðar efnislegar varnir þannig að tilkall launþega til dráttarvaxta af launakröfu í einu máli falli að hluta til brott í síðara aðfararmáli.

## Heimildaskrá

*Alþingistíðindi.*

Aðalsteinn E. Jónasson: „Hugtakið eign við fjárnám“. *Úlfjótur*, 2. tbl. 1992, bls. 161-200.

Arnar Þór Jónsson: „Bindandi áhrif dóma í einkamálum (Res Judicata)“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. hefti 2017, bls. 125-168.

Arnmundur Backman og Gunnar Eydal: *Vinnuréttur*. Reykjavík 1978.

Ása Ólafsdóttir: *Handbók. Gjaldþrotaskipti o.fl. Handrit til kennslu vor 2011*. Reykjavík 2011.

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*. Reykjavík 2008.

Elín Blöndal: „Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Sørensen og Rasmussen gegn Danmörku og áhrif hans“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. hefti 2006, bls. 131-146.

Eyvindur G. Gunnarsson: „Meginatriði laga um vexti og verðtryggingu“. *Afmælisrit: Jónatan Þórmundsson sjötugur*. Ritstj. Ragnheiður Bragadóttir. Reykjavík 2007, bls. 141-189.

Gaukur Jörundsson: *Um eignarnám*. Reykjavík 1969.

Guðmundur Vignir Jósefsson: „Um innheimtu tekju- og eignarskatts o.fl.“. *Úlfjótur*, 3.-4. tbl. 1977, bls. 256-266.

Guðni Á. Haraldsson: „Um biðlaun“. *Tímarit Lögréttu*, 1. hefti 2006, bls. 73-84.

Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. 2. útgáfa. Reykjavík 1999.

Gunnar Sæmundsson: „Vinnusamningar“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. hefti 1974, bls. 91-109.

Helgi Áss Grétarsson: „Réttarfar beinna aðfarargerða – Hvort á að höfða einkamál eða krefjast dómsúrskurðar um beina aðför?“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. hefti 2006, bls. 147-167.

Johs. Andenæs og Arne Fliflet: *Statsforfatningen i Norge*. 10. útgáfa. Ósló 2006.

Jónatan Þórmundsson: *Fyrirlestrar í skattarétti*. Reykjavík 1982.

Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter. En innføring i vernet om individuelle sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*. 3. útgáfa. Björgvin 2011.

Lára V. Júlíusdóttir: *Réttindi og skyldur á vinnumarkaði*. 2. útgáfa. Reykjavík 1997.

Lára V. Júlíusdóttir: „Réttindi og skyldur launafólks – Orlof og atvinnuleysisbætur“. *Úlfjótur*, 4. tbl. 1989, bls. 397-404.

*Lögfræðiorðabók með skýringum*. Ritstj. Páll Sigurðsson. Reykjavík 2008.

Magnús Thoroddsen: „Res judicata eður útkljáð mál“. *Úlfjótur*, 4. tbl. 1972, bls. 342-357.

Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*. Reykjavík 1995.

Markús Sigurbjörnsson og Kristín Benediksdóttir: *Einkamálaréttarfar*. 3. útgáfa. Reykjavík 2013.

- Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*. 2. útgáfa. Reykjavík 1978.
- Páll Sigurðsson: *Verksamningar. Meginreglur íslensks verktakaréttar*. Reykjavík 1991.
- Per Helset og Björn Stordrange: *Norsk statsforfatningsrett*. Ósló 1998.
- Sigurður Líndal: „Um lagaskil og afturvirkni laga“. *Úlfjótur*, 1. tbl. 2006, bls. 5–80.
- Sigurður Tómas Magnússon: „Aðgangur að dómstólum á sviði einkamála“. *Tímarit lögræðinga*, 2. hefti 2005, bls. 133–182.
- Sindri M. Stephensen: „Markalína eignarnáms og skatta“. *Úlfjótur*, 4. tbl. 2014, bls. 605–662.
- Viðar Már Matthíasson: *Endurheimt verðmæta við gjaldþrot*. Reykjavík 2000.
- Viðar Már Matthíasson: „Nokkrir þættir um réttarstöðu ríkisstarfsmanna“. *Úlfjótur*, 3. tbl. 1993, bls. 205–235.
- Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*. Reykjavík 2005.
- Viðar Már Matthíasson: „Um ráðningarsamninga“. *Úlfjótur*, 4. tbl. 1989, bls. 367–395.
- Viðar Már Matthíasson: „Um vexti og dráttarvexti í lögum og lagaframkvæmd“. *Úlfjótur*, 1. tbl. 1996, bls. 5–72.
- Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, *Úlfjótur*, 1. tbl. 1997, bls. 347–393.
- Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur I. Efnidir kröfu*. Reykjavík 2009.
- Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II. Vænfundaúrræði*. Reykjavík 2011.
- Þorgeir Örlygsson og Benedikt Bogason: *Kröfuréttur. Þættir*. Reykjavík 2014.

## Dómaskrá

### Dómar Hæstaréttar Íslands

- Hrd.* 1944, bls. 102 (*skattaleg heimilisfesti*)
- Hrd.* 1948, bls. 115 (*Seinni heimsstyrjöldin*)
- Hrd.* 1970, bls. 29 (*Ísfélag Vestmannaeyja hf.*)
- Hrd.* 1977, bls. 334 (*söluskattur*)
- Hrd.* 1978, bls. 772 (*þýðingarstörf*)
- Hrd.* 1978, bls. 1247 (*Bót hf.*)
- Hrd.* 1980, bls. 1948 (*framreiðslustörf*)
- Hrd.* 1983, bls. 1751 (*Sælgætisgerðin Víkingur*)
- Hrd.* 1986, bls. 1022
- Hrd.* 1986, bls. 1241 (*Sjóefnavinnslan*)
- Hrd.* 1987, bls. 664 (*protabú Hafskips hf.*)
- Hrd.* 1988, bls. 157 (*kransæðasjúkdómur*)

## Ritrýnd fræðigrein

- Hrd. 1990, bls. 182 (Þrotabú Guðbjörns Guðjónssonar hf.)*
- Hrd. 1993, bls. 720*
- Hrd. 1993, bls. 1966*
- Hrd. 1994, bls. 1743 (Mikligarður)*
- Hrd. 1995, bls. 2270*
- Hrd. 1995, bls. 2777*
- Hrd. 1995, bls. 3003*
- Hrd. 1996, bls. 2017 (Innheimtustofnun sveitarfélaga)*
- Hrd. 1996, bls. 3531*
- Hrd. 1997, bls. 1106*
- Hrd. 1997, bls. 2041 (Ásmundur á jarðýtunni)*
- Hrd. 1997, bls. 2128 (Helgarpósturinn)*
- Hrd. 1997, bls. 2965*
- Hrd. 1997, bls. 3217 (Albert Ólafsson HF 39)*
- Hrd. 1997, bls. 3224*
- Hrd. 1999, bls. 1946 (mál nr. 286/1998) (Garðar Svanlaugsson)*
- Hrd. 2000, bls. 571 (mál nr. 356/1999) (Magnús Hreggviðsson)*
- Hrd. 2001, bls. 372 (mál nr. 21/2001)*
- Hrd. 2001, bls. 3111 (mál nr. 138/2001) (Útgerðarfélagið Njörður ehf.)*
- Hrd. 2002, bls. 123 (mál nr. 15/2002) (Sláturfélagið Ferskar afurðir ehf.)*
- Hrd. 2002, bls. 578 (mál nr. 58/2002) (Genelogia Islandorum)*
- Hrd. 2002, bls. 2344 (mál nr. 93/2002) (Holtasmári)*
- Hrd. 2003, bls. 198 (mál nr. 335/2002) (Tölvuþjónustan á Akranesi ehf.)*
- Hrd. 2003, bls. 294 (mál nr. 6/2003) (Hlíðardalur ehf.)*
- Hrd. 2003, bls. 2693 (mál nr. 39/2003) (Kvennaathvarf)*
- Hrd. 2004, bls. 1658 (mál nr. 434/2003)*
- Hrd. 2003, bls. 2950 (mál nr. 326/2003) (eftirlaun)*
- Dómur Hæstaréttar frá 7. júní 2007 í máli nr. 518/2006 (FL-Group hf.)*
- Dómur Hæstaréttar frá 20. september 2007 í máli nr. 523/2006 (Impregilo)*
- Dómur Hæstaréttar frá 14. febrúar 2008 í máli nr. 307/2007*
- Dómur Hæstaréttar frá 22. maí 2008 í máli nr. 472/2007 (Veraldarvinir)*
- Dómur Hæstaréttar frá 29. janúar 2009 í máli nr. 312/2008 (Álfasteinn ehf.)*
- Dómur Hæstaréttar frá 18. mars 2009 í máli nr. 99/2009*
- Dómur Hæstaréttar frá 24. september 2009 í máli nr. 17/2009 (Allhjúkrun)*
- Dómur Hæstaréttar frá 14. janúar 2010 í máli nr. 166/2009 (Stjórnublikk ehf.)*
- Dómur Hæstaréttar frá 25. febrúar 2010 í máli nr. 142/2009*

- Dómur Hæstaréttar frá 4. mars 2010 í máli nr. 246/2009 (launauki)
- Dómur Hæstaréttar frá 13. ágúst 2010 í máli nr. 378/2010 (árangurstengdur kaupauki)
- Dómur Hæstaréttar frá 24. ágúst 2010 í máli nr. 416/2010 (kaupauki)
- Dómur Hæstaréttar frá 20. júní 2011 í máli nr. 286/2011 (bónusgreiðsla)
- Dómur Hæstaréttar frá 25. ágúst 2011 í máli nr. 372/2011 (bónusgreiðslur)
- Dómur Hæstaréttar frá 3. nóvember 2011 í máli nr. 566/2011 (kaupaukagreiðsla)
- Dómur Hæstaréttar frá 2. mars 2012 í máli nr. 85/2012
- Dómur Hæstaréttar frá 6. júní 2012 í máli nr. 367/2012 (launauki)
- Dómur Hæstaréttar frá 25. október 2012 í máli nr. 6/2012
- Dómur Hæstaréttar frá 19. desember 2012 í máli nr. 379/2012 (Borgarahreyfingin)
- Dómur Hæstaréttar frá 31. október 2013 í máli nr. 254/2013 (K7 ehf.)
- Dómur Hæstaréttar frá 6. mars 2014 í máli nr. 618/2013
- Dómur Hæstaréttar frá 2. apríl 2014 í máli nr. 174/2014
- Dómur Hæstaréttar frá 25. september 2014 í máli nr. 84/2014 (kaup- og söluréttur)
- Dómur Hæstaréttar frá 16. október 2014 í máli nr. 115/2014 (vatnsrétindi)
- Dómur Hæstaréttar frá 4. febrúar 2015 í máli nr. 77/2015 (uppgjör bótakröfu)
- Dómur Hæstaréttar frá 5. mars 2015 í máli nr. 381/2014 (Hafnarfjarðarkaupstaður)
- Dómur Hæstaréttar frá 18. nóvember 2015 í máli nr. 745/2015 (Háfell ehf.)
- Dómur Hæstaréttar frá 4. desember 2015 í máli nr. 751/2015
- Dómur Hæstaréttar frá 14. apríl 2016 í máli nr. 568/2015
- Dómur Hæstaréttar frá 14. apríl 2016 í máli nr. 617/2015 (Drómi hf.)
- Dómur Hæstaréttar frá 9. júní 2016 í máli nr. 322/2015
- Dómur Hæstaréttar frá 9. júní 2016 í máli nr. 323/2015
- Dómur Hæstaréttar frá 31. ágúst 2016 í máli nr. 450/2016 (Sjóklæðagerðin hf.)
- Dómur Hæstaréttar frá 2. febrúar 2017 í máli nr. 312/2016 (Viðarsúla ehf.)
- Dómur Hæstaréttar frá 30. mars 2017 í máli nr. 494/2016

### **Dómar Félagsdóms**

- Dómur Félagsdóms, bls. 315 (mál nr. 4/1998)
- Dómur Félagsdóms frá 16. september 2009 í máli nr. 8/2009

### **Álit umboðsmanns Alþingis**

- UA frá 3. maí 1996 í máli nr. 1440/1995
- UA frá 30. desember 1999 í máli nr. 2125/1997

### **Ákvarðandi bréf ríkisskattstjóra**

- Ákvarðandi bréf ríkisskattstjóra frá 17. apríl 2000 í máli nr. 16/2000

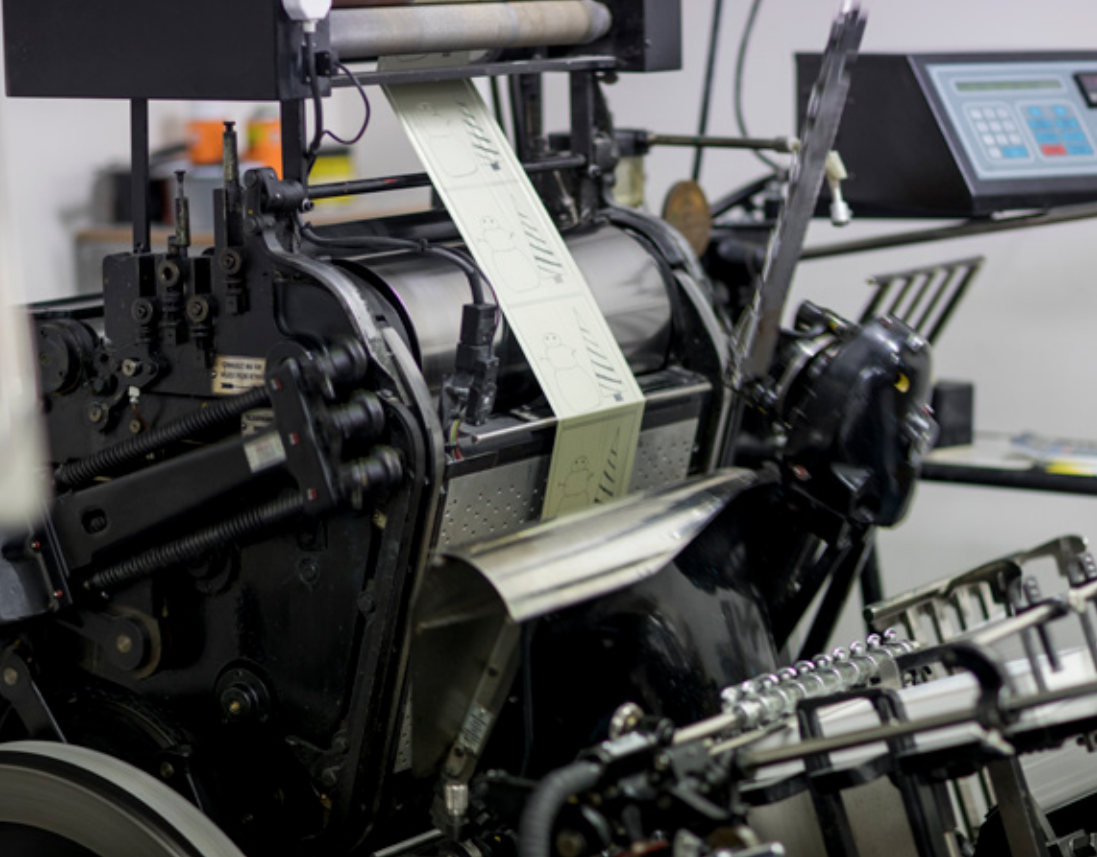
Sindri M. Stephensen, Legal Secretary at the EFTA Court

## **How binding is an operative part of a judgment during enforcement proceedings?**

### **Abstract**

The article summarises the Judgment of the Supreme Court of Iceland from 31 August 2016 in Case No. 450/2016 which concerned inter alia how to interpret an operative part of a judgment during enforcement proceedings. It is suggested that the judgment is not in line with the differences that Icelandic law makes between salary claims and tax claims. Further, it is advanced that the judgment is not in accordance with rules on civil procedure and Act No. 90/1989 on Enforcement which apply when an operative part of a judgment is interpreted in later proceedings.





FORVINNSLA



PRENTUN



FRÁGANGUR



**Litla** **prent**

**Stór verk lítið mál**



**Flestar gerðir límmiða**



**Litlaprent ehf.**

Skemmuvegi 4 | 200 Kópavogi  
Sími 540 1800 | [litlaprent@litlaprent.is](mailto:litlaprent@litlaprent.is)

**Miðaprent ehf.**

Skemmuvegi 4 | 200 Kópavogi  
Sími 540 1818 | [midaprent@midaprent.is](mailto:midaprent@midaprent.is)

## **Pökkum stuðninginn**

Héraðsdómur Suðurlands

Héraðsdómur Reykjavíkur



---

**juris**



Mörkin lögmannsstofa hf.  
Suðurlandsbraut 4, 3. hæð, 108 Reykjavík  
Sími 414 4100 · Fax 414 4101 · [www.law.is](http://www.law.is)

---

**LANDSLÖG** |



# LOGOS

REYKJAVÍK • LONDON



9 789979 727507