



2011

Þjóðarspegilinn

# RANNSÓKNIR Í FÉLAGSVÍSINDUM XII

Lagadeild

Erindi flutt á ráðstefnu í október 2011

Ritstjóri  
Hrefna Friðriksdóttir

Félagsvísindastofnun Háskóla Íslands



HÁSKÓLI ÍSLANDS

© 2011 Höfundar  
ISSN 1670-8725  
ISBN 978-9935-424-13-6

Öll réttindi áskilin

Greinar í bók þessari má afrita í einu eintaki til einkanota, en efni þeirra er verndað af ákvæðum höfundalaga og með öllum réttindum áskildum.

# Efnisyfirlit

Höfundalisti .....	IV
Formáli .....	V
<i>Fyrning krafna við gjaldprotaskipti</i>	
Ása Ólafsdóttir .....	1
<i>Reglan um að fullyrðingar í auglýsingum þurfi að vera unnt að sanna</i>	
Eiríkur Jónsson .....	9
<i>Upplýsingaskylda lánveitanda í samningum um neytendalán</i>	
Eyvindur G. Gunnarsson .....	19
<i>Réttaráhrif óvígðrar sambúðar</i>	
Hrefna Friðriksdóttir .....	27
<i>Geta yfirlýsingar ráðamanna mögulega skuldbundið ríkið samkvæmt þjóðarétti?</i>	
Pétur Dam Leifsson .....	36
<i>Almennar atkvæðagreiðslur í sveitarfélögum</i>	
Trausti Fannar Valsson .....	44
<i>Lögmæti hvalveiða Íslendinga</i>	
Þórunn Oddný Steinsdóttir og Þorbjörn Björnsson .....	52

## Höfundalisti

Ása Ólafsdóttir, lektor HÍ  
Eiríkur Jónsson, dósent HÍ  
Eyvindur Jónsson, dósent HÍ  
Hrefna Friðriksdóttir, dósent HÍ  
Pétur Dam Leifsson, dósent HÍ  
Trausti Fannar Valsson, lektor HÍ  
Þorbjörn Björnsson, ML  
Þórunn Oddný Steinsdóttir, meistaranemi

## Formáli

Eins og undanfarin ár tekur lagadeild þátt í ráðstefnunni Rannsóknir í félagsvísindum við Háskóla Íslands. Í ár fer ráðstefnan fram 28. október 2011 og samhliða er gefið út ráðstefnurit þar sem framsögumenn birta þær rannsóknir sem liggja til grundvallar fyrirlestrum.

Í riti lagadeildar eru birtar sjö greinar á sviði lögfræði. Að þessu sinni er ekki um að ræða ritrýndar greinar en allar greinar eru ritstýrðar. Ráðstefnuritið er gefið út á rafrænu geymslusvæði Landsbókasafns Íslands, Skemmunni ([www.skemman.is](http://www.skemman.is)). Höfundar fjalla um efni þeirra greina á áðurnefndri ráðstefnu þann 28. október.

Efni greina í ritinu er að öðru leyti fjölbreytt og snertir ýmis réttarsvið. Hér er að finna tvær greinar um neytendamál. Í annarri þeirra er fjallað um fullyrðingar í auglýsingum og varpað ljósi á úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála. Í hinni er fjallað um upplýsingaskyldu lánveitenda í samningum um neytendalán þar sem m.a. eru reifuð mál þar sem reynt hefur á ákvæði laga um neytendalán og laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu. Þá er að finna tvær greinar á sviði þjóðaréttar. Þar er annars vegar varpað fram þeirri spurningu hvort hvalveiðar Íslendinga stangist á við þjóðréttarlegar skuldbindingar Íslands og hins vegar um það með hvaða hætti einstök ríki geti talist skuldbundin að þjóðarétti. Hér er einnig að finna grein þar sem fjallað er um nýlegar breytingar á reglum skuldaskilaréttar um ábyrgð einstaklinga á kröfum á hendur þeim við lok gjaldþrotaskipta. Þá er í ritinu grein um almennar atkvæðagreiðslur í sveitarfélögum þar sem m.a. er fjallað um beint lýðræði á sveitarstjórnarstiginu samkvæmt ákvæðum nýrra sveitarstjórnarlaga sem samþykkt voru í september 2011.

Lagadeild þakkar höfundum fyrir greinarnar og erindi sem flutt verða á málstofum ásamt því að þakka fundarstjórum og öðrum sem koma að skipulagningu ráðstefnunnar. Þá er Völu Jónsdóttur, Gunnari Þór Jóhannessyni, og Sóley Lúðvíksdóttur þakkað sérstaklega fyrir yfirstjórn verkefnisins.

Fyrir hönd lagadeildar Háskóla Íslands  
*Hrefna Friðriksdóttir*

# Fyrning krafna við gjaldþrotaskipti

Ása Ólafsdóttir

## Inngangur

Gjaldþrotaskipti eru sameiginleg fullnustugerð allra kröfuhafa þrotamanns. Þegar gjaldþrotaskiptum er lokið, vaknar sú spurning hvernig fara eigi um ábyrgð á kröfum þrotamanns sem ekki hafa fengist greiddar við skiptin. Einkum og sér í lagi skiptir þetta máli um kröfur á hendur einstaklingum. Hér á eftir verður fjallað um nýlegar breytingar á reglum skuldaskilaréttar um ábyrgð einstaklinga á kröfum á hendur þeim við lok gjaldþrotaskipta.

## Almennt um ábyrgð á kröfum við gjaldþrotaskipti

Við gjaldþrotaskipti stofnast ný lögpersóna, þrotabúi, sem tekur við réttindum og skyldum þrotamanns.<sup>1</sup> Við lok gjaldþrotaskipta vaknar sú spurning hvort og þá að hvaða marki þrotamaður ber áfram ábyrgð á þeim kröfum, eða þeim hluta krafna, sem ekki fæst greiddur við skiptin. Þessi spurning varðar eðli máls einungis þær kröfur sem hvíla á einstaklingum við lok gjaldþrotaskipta. Ástæða þess er sú að lok gjaldþrotaskipta á búi lögpersónu leiða til þess að tilvist hennar er lokið. Því verður ekki gengið að neinum í þessum skilningi í kjölfar gjaldþrotaskipta, nema skiptum hafi þá verið lokið með nauðasamningi eða með afturköllun krafna. Ekki kemur því til greina að ábyrgð hvíli áfram á félagi sem slíku við lok gjaldþrotaskipta. Krafan er þó áfram til og kann að vera hægt að sækja greiðslu hennar til þeirra sem tekist hafa á hendur ábyrgð á greiðslu hennar.<sup>2</sup>

Almennt gildir sú regla að krafa fellur ekki niður við lok gjaldþrotaskipta, sbr. 2. mgr. 165. gr. gþl. Það er óháð því hvort kröfu hefur verið lýst við gjaldþrotaskiptin, þar sem vanlýsingaráhrifin koma þá einungis fram gagnvart þrotabúinu sjálfu en ekki gagnvart þrotamanni.<sup>3</sup> Má hér vísa til Hrd. 1926, bls. 233 þar sem einstaklingur hélt því fram, í máli sem höfðað var gegn honum af banka, að krafan hefði fallið niður við vanlýsingu. Hafði bú einstaklingsins verið tekið til gjaldþrotaskipta, en bankinn hafði ekki lýst kröfu sinni við gjaldþrotaskiptin. Ekki var fallist á að krafan hefði fallið niður, því jafnvel þótt bankinn hefði ekki lýst kröfunni hafði það aðeins í för með sér að bankinn missti réttinn til að fá skuldina greidda af eignum þrotabúsins. Bankinn hafði hins vegar ekki misst rétt til greiðslu kröfunnar úr hendi þrotamanns.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Hér eftir verður vísað til laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. sem gþl.

<sup>2</sup> Ása Ólafsdóttir: *Handbók um gjaldþrotaskipti*. Reykjavík 2011, bls. 204.

<sup>3</sup> Hér verður ekki verið fjallað um áhrif vanlýsingar gagnvart öðrum en þrotabúi og þrotamanni. Um áhrif vanlýsingar gagnvart öðrum en þrotabúi má vísa til *Hrd. 1986, bls. 1105* og til samanburðar *Hrd. 1994, bls. 1793*. Í fyrra málinu var talið að vanlýsing hefði haft í för með sér brottfall ábyrgðar, en í seinna málinu var ekki á það fallist enda upplýst að litlar sem engar eignir hefðu verið til staðar í búinu og að ekkert hefði komið til greiðslu almennra krafna eftir 113. gr. gþl. við skipti á búi aðalskuldara. Sjá einnig reglu 2. mgr. 9. gr. laga um ábyrgðarmenn nr. 32/2009, um þá lánasamninga sem undir gildissvið laganna falla.

<sup>4</sup> Ása Ólafsdóttir: *Handbók um gjaldþrotaskipti*, bls. 204.

Almenna reglan var sú fyrir gildistöku laga nr. 142/2010 að þrotamaður bar fulla ábyrgð á kröfum við lok gjaldþrotaskipta, að gættum reglum laga um fyrningu nr. 150/2007.<sup>5</sup> Hversu lengi sú ábyrgð var, fór eftir efni kröfunnar og því hvort sá fyrningarfrestur sem um hana gildi væri fjögur ár, tíu eða tuttugu, og jafnframt hvort fyrning kröfunnar hefði verið rofin, eins og fram kom í eldri reglu 2. mgr. 165. gr. gþl. Þar kom fram að nýr fyrningarfrestur kröfu byrjaði að líða við skiptalok þegar um væri að ræða viðurkenndar ófullnægðar kröfur sem hafði verið lýst við gjaldþrotaskiptin. Hefði krafan hins vegar ekki verið viðurkennd við skiptin, hófst nýr fyrningarfrestur þann dag sem henni var lýst,<sup>6</sup> sbr. Hrd. 2000, bls. 2819 (mál nr. 346/2000).<sup>7</sup>

## Nýjar reglur laga nr. 142/2010

Reglu 2. mgr. 165. gr. gþl. var breytt með lögum nr. 142/2010. Hefur sá tími sem þrotamanni er ætlað að bera ábyrgð á kröfum við lok gjaldþrotaskipta verið stytur og möguleikar kröfuhafa á að viðhalda kröfu sinni jafnframt skertir. Í ákvæðinu kemur fram að hafi kröfu verið lýst við gjaldþrotaskiptin og krafan ekki fengist greidd sé fyrningu slitið gagnvart þrotamanninum og byrjar þá nýr tveggja ára fyrningarfrestur að líða á þeim degi sem skiptunum er lokið. Þessi regla gildir einnig um þær kröfur sem ekki hefur verið lýst við skiptin, ef þær fyrnast ekki á skemmri tíma.

Í nýrri 3. mgr. 165. gr. gþl. er svo að finna reglur um hvernig hægt er að viðhalda kröfum við lok gjaldþrotaskipta. Felst í þeim takmörkun frá meginreglum laga nr. 150/2007 um fyrningu. Verður fyrningu krafna samkvæmt 2. mgr. 165. gr. gþl. aðeins slitið á ný með því að kröfuhafi höfði mál innan fyrningarfrests á hendur þrotamanni og fái dóm um viðurkenningu á fyrningarslitum gagnvart honum. Fyrir því eru sett tvíþætt skilyrði, sem kröfuhafi verður að sýna fram á við slíka málshöfðun. Annars vegar að kröfuhafi hafi sérstaka hagsmuni af því að slíta fyrningu og hins vegar að líkur megi telja á að fullnusta geti fengist á kröfu hans á nýjum fyrningartíma. Að gengnum slíkum dómi gilda almennar reglur um fyrningu kröfunnar. Í greinargerð með frumvarpinu til breytinga á gþl. kemur fram að kröfuhafi verði að uppfylla bæði fyrrgreind skilyrði. Horfa ætti til þess af hvaða rót krafan væri runnin, til að mynda þegar krafa á hendur þrotamanni hefði orðið til með saknæmri eða ámælisverðri háttsemi, en um væri að ræða undantekningartilvik og að túlka ætti heimildina með þröngum hætti.<sup>8</sup>

Til þess að tryggja réttindi þeirra sem kynnu að eiga óbein eignarréttindi í eign þrotamanns, var svo sett sú sérregla í 3. mgr. 165. gr. gþl., að hafi kröfuhafi fengið tryggingarréttindi fyrir kröfu sinni í eign þrotamannsins áður en frestur samkvæmt 2. mgr. væri á enda, fyrnist krafa hans þó ekki að því leyti sem fullnusta fengist á henni á síðari stigum vegna þeirra tryggingarréttinda.

Lögin tóku gildi 28. desember 2010, en í gildistökuákvæði kemur fram að þau taki til krafna við gjaldþrotaskipti sem er ólokið við gildistöku þeirra. Hafi skiptum á þrotabúi lokið fyrir gildistöku laganna fyrnast kröfur, sem þar fengust ekki greiddar og ekki eru fyrndar, á tveimur árum frá gildistöku laganna nema skemmri tími standi eftir af fyrningarfresti, en fyrningu þeirra krafna verður aðeins slitið eftir hinum nýju reglum. Þá er jafnframt mælt fyrir um að fyrrgreindar reglur skuli endurskoðaðar innan fjögurra ára frá gildistöku laganna, þ.e. fyrir 28. desember 2014.

<sup>5</sup> Sjá einnig lög nr. 14/1905 um kröfur sem stofnuðust fyrir gildstöku laga nr. 150/2007 þann 1. janúar 2008. Sjá til samanburðar reglur úr tíð gjaldþrotalaga nr. 6/1978, Stefán Már Stefánsson: *Íslenskur gjaldþrotaréttur*. Reykjavík 1982, bls. 275.

<sup>6</sup> Sjá til samanburðar reglur úr tíð gjaldþrotalaga nr. 6/1978, Stefán Már Stefánsson: *Íslenskur gjaldþrotaréttur*, bls. 305.

<sup>7</sup> Sjá til hliðsjónar Hrd. 2005, bls. 3885 (mál nr. 410/2005).

<sup>8</sup> Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 116 – 108. mál.

## Forsaga breytinganna

Í kjölfar efnahagskreppunnar haustið 2008 komu ýmsar reglur skuldaskilaréttar til skoðunar. Því var meðal annars haldið fram að íslenskar réttarreglur væru of „kröfuhafamiðaðar“ í þeim skilningi að í settum lögum væri of mikið tillit tekið til réttinda kröfuhafa, oftast en ekki á kostnað skuldara. Voru ýmis frumvörp lögð fram á Alþingi í því skyni að jafna stöðu kröfuhafa og skuldara. Sum þeirra urðu að lögum og má hér í dæmaskyni nefna lög nr. 24/2009 og síðar nr. 101/2010 (lög um greiðsluáðlögun einstaklinga), lög nr. 60/2010 (lög um breyting á lögum um gjaldþrotaskipti o.fl., lögum um nauðungarsölu, lögum um lögmenn og innheimtulögum), auk þess sem sett var á fót sérstakt embætti umboðsmanns skuldara með lögum nr. 100/2010.

Í opinberri umræðu var því meðal annars haldið á lofti að óeðlilegt væri að kröfur hvíldu áfram á einstaklingum löngu eftir að gjaldþrotaskiptum á búi þeirra væri lokið. Var þetta hvati þess að frumvarp sem síðar varð að lögum nr. 142/2010 var lagt fram á Alþingi, eins og ráða má af framsöguræðu dómsmála- og mannréttindaráðherra, þar sem fram kom:

... vilji löggjafans hins vegar, og þar kemur að pólitíkinni, er að búa svo um hnútana að gjaldþrota fólk geti reist sig við á ný. Það er okkur öllum hagsmunamál.<sup>9</sup>

Í tilvitnuðum ummælum endurspeglast sjónarmið um að það hljóti að vera þjóðhagslega hagkvæmt að þrotamaður geti tekið þátt í hagkerfinu að loknum gjaldþrotaskiptum og stofnað til nýrra skuldbindinga. Ámóta leið var um tíma farin í tilteknum réttarkerfum, en frá henni hefur verið horfið eða hún takmörkuð, eins og fjallað verður um hér á eftir. Fyrir því eru nokkrar ástæður. Meginástæða þess að kröfur falla almennt ekki niður við lok gjaldþrotaskipta er sú að krafa er stjórnarskrárvarin eign kröfuhafa. Auk þess gildir sú regla að samninga skuli halda og efna. Sé vikið frá henni hefur verið talið að það geti haft í för með sér víðtæk og ófyrirséð áhrif á stofnun og efni samninga, svo sem um vaxtakjör og aðra skilmála. Á þetta var reyndar bent í umræðu um frumvarp til laga nr. 142/2010 á Alþingi. Þar kom meðal annars fram að:

... fyrningarreglurnar hvíla á ákveðinni hugsun um tiltekið jafnvægi á milli stöðu skuldara og kröfuhafa. Það sem við höfum í höndunum er frumvarp sem gerir mikla grundvallarbreytingu á þessari stöðu ...<sup>10</sup>

Álitaefnið er því hvort skerða megi stjórnarskrárvarinn eignarrétt kröfuhafa og um leið víkja frá meginreglunni um skuldbindingargildi samninga í kjölfar gjaldþrotaskipta. Hér ber að hafa í huga að gjaldþrotaskipti eru í reynd lögþvinguð innheimtuaðgerð, þ.e.a.s. sameiginleg fullnustugerð allra kröfuhafa skuldara, sem einn kröfuhafi getur komið til leiðar án vilja skuldara eða annarra kröfuhafa. Því þarf að huga vel að heimild löggjafans til þess að lögleiða reglu þar sem kveðið er á um brottfall krafna í kjölfar gjaldþrotaskipta. Við mótun slíkrar reglu þarf að horfa til hagsmuna skuldara, en jafnframt til hagsmuna kröfuhafa sem og hagkerfisins í heild.

Sem fyrr segir er Ísland ekki eina landið sem hefur þurft að takast á við þetta álitaefni og hefur spurningunni verið svarað með ýmsum hætti. Útfærsla einstakra landa hefur óhjákvæmilega farið eftir skilyrðum þeirrar sameiginlegu fullnustugerðar sem felst í gjaldþrotaskiptum og þeim aðgerðum sem felast í þessari fullnustugerð, því þær kunna að vera mismunandi. Þess vegna er varhugavert að taka reglur úr tilteknum réttarkerfum og leiða í lög hér á landi, án þess að skoðað sé það heildarsambandi sem reglan telst hluti af.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Alþt. 2010-2011, B-deild, umræður um 108. mál. Ræða dómsmála- og mannréttindaráðherra á 18. fundi 21. október 2010, sjá <http://www.althingi.is/altext/raeda/139/rad20101021T145307.html>

<sup>10</sup> Alþt. 2010-2011, B-deild, umræður um 108. mál. Ræða þingmannsins Bjarna Benediktssonar á 18. fundi 21. október 2010, sjá <http://www.althingi.is/altext/raeda/139/rad20101021T151022.html>

<sup>11</sup> Hér vakna að auki álitamál af vettvangi alþjóðlegs einkamálaréttar, þ.e. hvort innlendar reglur geti skert eignarrétt erlendra kröfuhafa, sem eru búsettir í öðrum ríkjum. Ian F. Fletcher: *Insolvency in private international law*. Oxford 1999, bls. 89-92.



## Réttaráhrif greiðsluáðlögunar einstaklinga

Í norrænum rétti er að meginstefnu til byggt á því að kröfur hvíli áfram á þrotamanni við lok gjaldþrotaskipta. Á Norðurlöndum var hins vegar í lok síðustu aldar tekið upp nýtt úrræði fyrir einstaklinga í fjárhagserfiðleikum, svokölluð greiðsluáðlögun. Með greiðsluáðlögun er þeim einstaklingum sem uppfylla lögbundin skilyrði gefinn kostur á að gera nauðasamning við kröfuhafa sína. Lykilatriðið í úrræðinu er samstarf skuldara við kröfuhafa, og er grundvallarhugsunin sú að með samstarfi við kröfuhafa og gerð þvingaðs nauðasamnings sé fundið jafnvægi á milli sjónarmiða um að einstaklingur geti fengið skuldir sínar afskrifaðar og svo eignarréttar og reglunnar um skuldbindingargildi samninga.

Á það hafði reyndar verið bent hér á landi að í íslenskan rétt skorti úrræði fyrir einstaklinga í verulegum fjárhagsvanda. Í skýrslu Lagastofnunar Háskóla Íslands til viðskiptaráðherra frá árinu 2008 var til að mynda lagt til að lögfest yrði slíkt úrræði og á það bent að takmarkaður ávinningur væri af gjaldþrotaskiptum þegar um einstaklinga væri að ræða. Þá hefðu nauðasamningar samkvæmt gbl. og sú aðstoð sem boðin er með lögum um réttarastoð við einstaklinga sem leita nauðasamninga nr. 65/1996 ekki náð því markmiði að aðstoða einstaklinga við að koma nýrri skipan á fjármál sín. Fyrir því væru einkum tvær ástæður. Sú fyrri væri sú að ferill formlegra nauðasamninga eftir gbl. væri tiltölulega flókinn og væri til að mynda ekki gerður greinarmunur á hvort um einstaklinga eða fyrirtæki væri að ræða. Seinni ástæðan væri sú að nauðasamningar hefðu einungis áhrif á samningskröfur skuldara, en ekki veðkröfur eða kröfur ábyrgðarmanna.<sup>12</sup>

Með setningu laga nr. 24/2009 var fyrst veitt heimild til að leita nauðasamninga til greiðsluáðlögunar hér á landi. Í úrræðinu fólst sérstök tegund nauðasamninga, en til þess að geta leitað slíkra nauðasamninga þurftu einstaklingar að uppfylla ákveðin skilyrði. Markmiðið með úrræðinu var að koma á samvinnu milli skuldara og kröfuhafa til að koma í veg fyrir gjaldþrotaskipti. Að loknu ferlinu féllu því allar kröfur á hendur einstaklingnum niður, stæði hann við nauðasamninginn. Eftir að nokkur reynsla hafði komist á hið nýja úrræði samkvæmt lögum nr. 24/2009 var ákveðið að endurskoda það frá grunni og leit afrakstur þeirrar vinnu dagsins ljós með lögum nr. 101/2010 um greiðsluáðlögunar einstaklinga. Með því var komið á nýju kerfi greiðsluáðlögunar og var greiðsluáðlögunarferlinu komið undir nýtt embætti umboðsmanns skuldara.

Sérstaklega höfðu verið gagnrýnd ákvæði laga nr. 24/2009 um að við lok greiðsluáðlögunar féllu allar skuldir á hendur skuldara niður, og í sumum tilvikum án þess að skuldari greiddi nokkuð upp í samningskröfur sínar.<sup>13</sup> Því var ákveðið að breyta því til hvaða skulda greiðsluáðlögunarsamningur tæki og hvaða skuldir féllu niður í kjölfar greiðsluáðlögunar, sbr. 3. gr. laga nr. 101/2010. Samkvæmt ákvæðinu tekur greiðsluáðlögun m.a. ekki til fésekta sem ákveðnar hafa verið með dómi eða af stjórnvaldi eða með sátt áður en umsókn um greiðsluáðlögun er tekin til greina. Þá falla ekki niður kröfur um vangoldinn virðisaukaskatt og kröfur um afdregna vangoldna staðgreiðslu opinberra gjalda, kröfur um skaðabætur vegna tjóns sem samkvæmt dómi hefur verið valdið með refsiverðu athæfi, skuldir vegna námslána<sup>14</sup> og uppsafnaðar skuldir við opinbera aðila vegna meðlags.

<sup>12</sup> Ása Ólafsdóttir og Eiríkur Jónsson: *Staða neytendamála á Íslandi*. Reykjavík 2008, bls. 199 og 222-224.

<sup>13</sup> Samantekt höfundar á samningum til greiðsluáðlögunar frá gildistöku laga nr. 24/2009 fram til 7. febrúar 2010, leiddi í ljós að af 221 auglýstum fyrirtökum héraðsdóms til þinghalds til staðfestingar nauðasamnings til greiðsluáðlögunar sem birtust í Lögbirtingablaði, var í 79 tilvika lögð til alger eftirgjöf skulda, í 10 tilvikum var einungis farið fram á gjaldfrest samningskrafna, í 99 tilvikum var lagt til að greidd væri afborgunarfrjárhæð í tiltekið árabíl og í 33 tilvikum var um að ræða blöndu af greiðslu samningskrafna og gjaldfresti.

<sup>14</sup> Gerðar voru enn frekari breytingar á ákvæði 3. gr. laganna með lögum nr. 135/2010, m.a. vegna lánaþyrirgreiðslu fjármálastofnana vegna lána frá Lánasjóði íslenskra námsmanna.

## Samanburður á réttaráhrifum gjaldþrotaskipta og greiðsluáðlögunar

Eðli málsins samkvæmt mætti ætla að samræmis hefði verið gætt við setningu reglna um réttaráhrif greiðsluáðlögunar annars vegar og gjaldþrotaskipta hins vegar.

Í því sambandi er rétt að geta þess að á árinu 2009 var lögð til breyting á reglum gþl. um fyrningu krafna við lok gjaldþrotaskipta, með frumvarpi sem lagt var fram samhliða frumvarpi sem síðar varð að lögum nr. 24/2009. Var í frumvarpinu lagt til að fyrningarfrestur krafna við gjaldþrotaskipti yrði framvegis tvö ár. Þá var í frumvarpinu lagt til að væri fyrningu slitið innan tveggja ára frestsins færi um fyrningarfrest upp frá því eftir almennum reglum.<sup>15</sup> Frumvörpin voru samtímis til meðferðar hjá allsherjarnefnd Alþingis, en við hina þinglegu meðferð var horfið frá því að leiða slíka fyrningarreglu í lög. Var ekki talið að markmiðið um að bæta stöðu skuldara myndi nást með lögfestingu slíkrar fyrningarreglu. Auk þess var talið nauðsynlegt að skoða þessar breytingar í samhengi við frumvarp til laga um greiðsluáðlögun, sem síðar varð að lögum nr. 24/2009, þar sem með því úrræði gæfist þrotamanni kostur á að ljúka gjaldþrotaskiptum með greiðsluáðlögun. Í því samhengi tók nefndin fram:

Nefndin telur eðlilegt að líta svo á að greiðsluáðlögun verði hin almenna leið fyrir þrotamann sem vilja taka ábyrgð á eigin skuldbindingum til að efna þær eftir því sem greiðslugeta þeirra leyfir og til að ljúka gjaldþrotaferli með skilvirkum hætti. Svo er um mikinn meiri hluta þrotamanna, en þeir hafa hingað til ekki átt skýran kost á því að ljúka málum sínum með skilvirkum hætti. Í ljósi þessa úrræðis telur nefndin ekki ástæðu til að viðhalda í lögum sérstökum fyrningarfresti krafna við gjaldþrot. Ber þar að hafa í huga að eina þýðing slíkrar sérreglu, í ljósi nýja greiðsluáðlögunarúrræðisins, yrði að umbuna þeim þrotamönnum sem ekki væru tilbúnir að axla ábyrgð á eigin gerðum og að torvelða þolendum í bótamálum að halda uppi kröfum gagnvart þrotamanni. Nefndin telur því ekki ástæðu til að hafa sérreglu um fyrningarfrest krafna við gjaldþrot og leggur því til að þessi grein, þ.e. 5. gr. frumvarpsins, falli brott.<sup>16</sup>

Eins og fram kom í kafla 3.2. voru settar enn frekari skordur við því hvaða kröfur falla niður við greiðsluáðlögun með setningu laga nr. 101/2010 um greiðsluáðlögun einstaklinga. Meðal þeirra skulda sem hér eftir falla ekki niður í kjölfar greiðsluáðlögunar eru námslánaskuldir, meðlagsskuldir og vissar tegundir opinberra gjalda. Niðurfelling annarra krafna fer hins vegar ekki fram fyrr en að lokinni greiðsluáðlögun, sem tekur að jafnaði eitt til þrjú ár samkvæmt 2. mgr. 16. gr. laga nr. 101/2010. Að auki hvíla ýmsar skyldur á þeim sem sækjast eftir greiðsluáðlögunarsamningi eftir lögum nr. 101/2010 og er ráðstöfunarréttur hans takmarkaður meðan á greiðsluáðlögunartímabili stendur, samkvæmt 12. og 13. gr. laga nr. 101/2010.

Ef þetta er borið saman við réttaráhrif gjaldþrotaskipta er fyrst að líta til þess að við töku bús einstaklings til gjaldþrotaskipta, falla öll réttindi og eignir þrotamanns til þrotabúsins samkvæmt 72. gþl. Þau réttindi og þær skyldur sem falla til þrotabúsins miðast að meginstefnu til við eignir á úrskurðardegi, en skuldari heldur hins vegar óskertum þeim launum sem hann vinnur sér inn eftir úrskurðardag, samkvæmt 73. gþl. Þá falla allar skuldir þrotamanns niður að liðnum tveimur árum frá lokum skipta, þótt viðhalda megi með dómsmáli tilteknum skuldum, en svo sem að framan greinir á það einungis við í tilteknum undantekningartilvikum samkvæmt 3. mgr. 165. gr. gþl.

Þótt ekki verði dregið úr afleiðingum þess að bú einstaklings sé tekið til gjaldþrotaskipta, verður ekki annað séð en að athafnafrelsi skuldara sé rýmra við gjaldþrotaskipti en við greiðsluáðlögun eftir lögum nr. 101/2010. Þá falla fleiri kröfur niður við lok gjaldþrotaskipta en við lok greiðsluáðlögunar eftir lögum nr. 101/2010.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Alþt. 2008-2009, A-deild, bls. 3014.

<sup>16</sup> Alþt. 2008-2009, A-deild, bls. 4109-4110.

<sup>17</sup> Hér má einnig benda á að samkvæmt nýrri reglu 2. mgr. 87. gr. gþl. getur einstaklingur haldið áfram afnotum fasteignar í allt að 12 mánuði, gegn greiðslu leigu, í kjölfar gjaldþrotaskipta.

Á þetta misræmi var bent við meðferð allsherjarnefndar á frumvarpi því sem varð að lögum nr. 142/2010, en í áliti nefndarinnar kom eftirfarandi fram:

Nefndin skoðaði í því sambandi kröfur sem greiðsluáðlögur tekur ekki til en það eru m.a. forgangskröfur við gjaldþrotaskipti, svo sem kröfur um viðbótarmeðlag til barns. Nefndin fjallaði einnig um hvort undanþiggja ætti skattkröfur þessum styttri fyrningarfresti, þ.e. kröfur um vangoldinn virðisaukaskatt eða afdregna staðgreiðslu, en telur að þegar lítið er til þess að þær kröfur eru almennar kröfur við gjaldþrot sé ekki unnt að fallast á að undanþiggja þær almennt þessari sérreglu um fyrningarfrest sem lögð er til í frumvarpinu.<sup>18</sup>

### Samanburður við reglur annarra ríkja

Þegar forsaga ákvæða laga nr. 142/2010 er skoðuð kemur í ljós að hér er um að ræða íslenska sérreglu, sem á sér að því er virðist ekki fordæmi í nágrennaríkjum. Í umræðum á Alþingi um fyrningarfrest í kjölfar gjaldþrotaskipta tók dómsmála- og mannréttindaráðherra fram:

Það er alveg rétt að ef lítið er til grannríkjanna þá er rýmri frestur á Norðurlöndum t.d. og í Evrópu miðað við þetta. Vestan hafs hins vegar er þessi frestur miklu skemmri. Þar geta einstaklingar og fyrirtæki reist sig við miklu fyrr. En staðreyndin er sú náttúrlega, sem við getum ekki horft fram hjá á Íslandi, að efnahagskerfi okkar hefur hrunið, fjármálakerfið hefur hrunið, fjöldi einstaklinga og fyrirtækja hefur misst fótanna í þessum darraðardansi og það er þeim sem manneskjum og okkur sem samfélagi og okkur sem efnahagskerfi mjög mikilvægt að allir komist sem fyrst á fætur.<sup>19</sup>

Ætla mætti því að við samningu laganna hafi verið fylgt fordæmum úr bandarískum rétti. Við meðferð málsins í allsherjarnefnd kom fram að nánari skoðun hefði leitt í ljós að ekki væri að finna sambærilega reglu þar. Í nefndaráliti allsherjarnefndar kom þannig fram:

Nefndin fjallaði stuttlega um sambærilega löggjöf annarra ríkja, þ.e. í Bretlandi, Bandaríkjunum og nokkuð um löggjöf annars staðar á Norðurlöndum, og af þeirri stuttu skoðun virðist frumvarp þetta fela í sér reglu sem á sér ekki fyrirmynd þar. Annars staðar á Norðurlöndum gilda sambærilegar reglur og hér samkvæmt gildandi lögum en í Bretlandi og Bandaríkjunum virðast skilyrði til gjaldþrotaskipta og niðurfellingar krafna hafa verið þrengd þannig að greiðsluáðlögur eða nauðasamningar eru þær leiðir sem þar eru í boði ... Nefndin telur að frumvarpið sé engu að síður mikilvægt skref í þeirri vinnu sem nauðsynleg er til að aðstoða einstaklinga við að ljúka fjárhagslegu uppgjöri við kröfuhafa sína innan skynsamlegra tímamarka, þ.e. við þær óvenjulegu aðstæður sem eru í samfélaginu eftir bankahrunið. Bendir meiri hlutinn í því sambandi sérstaklega á þann mun sem er á réttarstöðu skuldsettra einstaklinga og hinna sem stofnuðu hlutafélög eða einkahlutafélög utan um skuldsetningu sína og geta skilið þær skuldir endanlega eftir í hlutafélaginu við gjaldþrot og eru þar með lausir allra mála. Kröfum á einstaklinga er hægt að halda endalaust við með því að rjúfa fyrningu þeirra. Það getur haft þau áhrif að einstaklingar sem eru í vinnu og hafa orðið gjaldþrota, t.d. vegna mikilla skattskulda, fái ekki nema lítinn hluta launatekna sinna útborgaðan vegna skattkrafanna. Með greiðslu upp í kröfurnar hefur fyrningarfrestur því verið rofinn í hverjum mánuði. Þannig hafa þessir einstaklingar fundið sig knúna til að vinna án þess að gefa upp tekjur sínar.<sup>20</sup>

Í Bandaríkjum Norður Ameríku eru í gildi alríkisreglur um gjaldþrotaskipti. Þeim var breytt árið 2005 með svokölluðum „Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer

<sup>18</sup> Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 469 – 108. mál.

<sup>19</sup> Alþt. 2010-2011, B-deild, umræður um 108. mál. Ræða dómsmála- og mannréttindaráðherra á 18. fundi 21. október 2010, sjá slóðina <http://www.althingi.is/altxt/raeda/139/rad20101021T150820.html>

<sup>20</sup> Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 469 – 108. mál.

Protection Act“, frá 1. mars 2005 sem tóku gildi þann 20. apríl 2005. Að meginstefnu til standa einstaklingi í greiðsluvanda til boða tvær leiðir, og getur hann leitað verndar í skjóli 7. kafla og 13. kafla laganna. Í 7. kafla laganna er að finna fyrirmæli um gjaldþrotaskipti en 13. kafla laganna hefur að geyma reglur um nauðasamninga. Við lok gjaldþrotaskipta eftir 7. kafla, falla kröfur á hendur einstaklingi niður að meginstefnu til. Það á þó ekki við um allar kröfur, svo sem til að mynda skattakröfur, framfærsluskuldir og námslán.<sup>21</sup> Meti dómari það hins vegar svo að einstaklingur hafi stofnað til skulda með óábyrgum hætti, svo sem með neysluskuldum, eða ef umsækjandi hefur tekjur umfram tiltekið lágmark svo dæmi sé tekið, beinir dómari honum í nauðasamningsferli samkvæmt 13. kafla laganna.<sup>22</sup> Þá ber skuldara að hafa samráð við kröfuhafa sína og að greiða þeim tiltekna fjárhæð upp í skuldir sínar en fær að því loknu niðurfelldar skuldir sínar, og þá í rýmri mæli en eftir 7. kafla.<sup>23</sup>

Hér má að lokum nefna að í 156. gr. dönsku gjaldþrotaskiptalaganna nr. 278/1977 (konkursloven), kemur fram að krafa fellur ekki niður við lok gjaldþrotaskipta, heldur lifir áfram og fer um fyrningu hennar eftir almennum reglum.<sup>24</sup> Þá er tekið fram í 6. mgr. 6. gr. laga nr. 59/1984 um ábyrgð á kröfum við norsk gjaldþrotaskipti (om fordringshavernes dekningsrett) að þrotamaður beri áfram ábyrgð á þeim kröfum sem ekki fást greiddar við gjaldþrotaskipti. Í fræðilegri umfjöllun um ákvæðið hefur verið tekið fram að ástæða þess að kröfur falli ekki niður við lok gjaldþrotaskipta sé sú að hér sé um að ræða sameiginlega fullnustugerð þar sem eignum þrotamanns er komið í verð og þeim úthlutað til kröfuhafa. Því eigi þar við önnur sjónarmið en við greiðsluáðlögun.<sup>25</sup>

## Samantekt

Gjaldþrotaskipti eru sameiginleg fullnustugerð allra kröfuhafa þrotamanns. Er úrræðið sérstök tegund fullnustugerðar þar sem þær eignir og þau réttindi sem tilheyra þrotamanni á úrskurðardegi er komið í verð og andvirði þeirra greitt til þeirra kröfuhafa sem gefa sig fram á kröfulýsingarfresti. Með greiðsluáðlögun er á hinn bóginn stefnt að samvinnu kröfuhafa og skuldara í því skyni að koma á samningi um skuldaskil til frambúðar.

Ströng skilyrði eru fyrir því að leita eftir greiðsluáðlögun samkvæmt 6. gr. laga nr. 101/2010. Uppfylli einstaklingur ekki skilyrði 6. gr. laga nr. 101/2010 um greiðsluáðlögun getur hann þurft að sæta því að bú hans verði tekið til gjaldþrotaskipta. Af nýrri reglu 2. og 3. mgr. 165. gr. gþl. leiðir hins vegar að eftir því sem einstaklingur hefur minna samráð við kröfuhafa sína við skuldauppgjör, þeim mun meira fær hann fellt niður af skuldum sínum við lok ferilsins. Til að mynda verður einstaklingur sem fer í greiðsluáðlögun eftir sem áður að greiða námslán sín að loknu ferlinu, en það þarf þrotamaður ekki að gera að liðnum tveggja ára fyrningarfresti. Áður hefur verið bent á að greiðsluáðlögunarferlið leggi meiri skyldur á hendur einstaklingi en gjaldþrotaskipti, auk þess sem gjaldþrotaskiptum lýkur að jafnaði mun fyrr en greiðsluáðlögun.

Erfitt er að sjá hvers vegna reglum á sviði skuldaskilaréttar hefur verið breytt með þessum hætti og í reynd valin öfug leið miðað við til að mynda reglur bandaríks réttar. Þar gildir sú meginregla, sem lýst var að framan, að eftir því sem skuldari hefur meira

<sup>21</sup> Sjá nánar um 7. kafla, <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter7.aspx>

<sup>22</sup> Sjá nánar um 13. kafla <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter13.aspx>

<sup>23</sup> Sjá til samanburðar lög nr. 45 frá 1986 um gjaldþrotaskipti í Bretlandi, einkum gr. 251. I um „moratorium“ og 280.-282. gr. laganna um gjaldþrotaskipti. Samkvæmt síðarnefndu reglunum getur skuldari óskað eftir niðurfellingu skulda að loknum fimm árum frá upphafi gjaldþrotaskipta, en þó falla ekki allar skuldir niður.

<sup>24</sup> Lars Lindecrone Petersen og Anders Ørgaard. *Konkursloven med kommentarer 10. Udgave*. Kaupmannahöfn 2005, bls. 731

<sup>25</sup> Mads Henry Andenæs. *Konkurs 3. utg.* Ósló 1999, bls. 400.

samráð við kröfuhafa sína, þeim mun meira er afskrifað af skuldum hans. Hér er þó á engan hátt dregið úr þeim alvarlegu ábendingum sem fram koma í álitum allsherjarnefndar Alþingis við setningu laga nr. 142/2010 og raktar voru hér að framan. Það getur verið þungbært fyrir einstaklinga að sæta því eftir lok gjaldþrotaskipta að kröfum á hendur þeim sé haldið við um langa hríð. Hið sama gildir um þá aðstöðu þegar einstaklingar fá ekki nema lítinn hluta launatekna sinna útborgaðan vegna skattkrafna.<sup>26</sup> Eftir stendur hins vegar sú spurning hvers vegna einstaklingar í slíkum fjárhagsvandræðum gætu ekki fengið úrlausn sinna mála í greiðsluaðlögun eftir lögum nr. 101/2010. Þá hefur því ekki verið svarað hvernig á því stendur að allsherjarnefnd snéri af þeirri stefnu sem hún mótaði árið 2009 þar sem fram kom að „eina þýðing slíkrar sérreglu, í ljósi nýja greiðsluaðlögunarræðisins, yrði að umbuna þeim þrotamönnum sem ekki væru tilbúnir að axla ábyrgð á eigin gerðum og að torvelda þolendum í bótamálum að halda uppi kröfum gagnvart þrotamanni.“<sup>27</sup>

Hér hljóta því að vakna áleitnar spurningar um hugsanlega bótaskyldu íslenska ríkisins vegna breytinga á lögum um gjaldþrotaskipti, sérstaklega í ljósi þess að markmiðum lagabreytinganna virðist þegar hafa verið náð með setningu laga nr. 24/2009 og síðar laga nr. 101/2010 um greiðsluaðlögun einstaklinga. Er því ekki hægt að útiloka að með lögum nr. 142/2010 hafi verið gengið of nærri friðhelgi eignarréttar sem varin er af 72. gr. stjórnarskrárinnar.

## Heimildir

Alþingistíðindi

Ása Ólafsdóttir og Eiríkur Jónsson. *Staða neytendamála á Íslandi*.

Reykjavík 2008.

Ása Ólafsdóttir: *Handbók um gjaldþrotaskipti*. Reykjavík 2011.

Ian F. Fletcher. *Insolvency in private international law*. Oxford 1999.

Lars Lindecrone Petersen og Anders Ørgaard. *Konkursloven med kommentarer 10*.

Udgave. Kaupmannahöfn 2005.

Mads Henry Andenæs. *Konkurs 3*. Útgáfa. Ósló 1999, bls. 400.

Stefán Már Stefánsson. *Íslenskur gjaldþrotaréttur*. Reykjavík 1982.

## Skrá yfir dóma

Hrd. 1926, bls. 233

Hrd. 1986, bls. 1105

Hrd. 1994, bls. 1793

Hrd. 2000, bls. 2819 (mál nr. 346/2000)

Hrd. 2005, bls. 3885 (mál nr. 410/2005)

---

<sup>26</sup> Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 469 – 108. mál.

<sup>27</sup> Alþt. 2008-2009, A-deild, bls. 4109-4110.

# Reglan um að fullyrðingar í auglýsingum þurfi að vera unnt að sanna

Eiríkur Jónsson

## Inngangur

Í 4. mgr. 6. gr. laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005 er svohljóðandi ákvæði:

Fullyrðingar sem fram koma í auglýsingum eða með öðrum hætti þarf fyrirtæki að geta fært sönnur á.

Ákvæðið var lögfest árið 2008, með breytingalögum nr. 50/2008, og myndar hluta af þeim ákvæðum laga nr. 57/2005 sem banna óréttmæta viðskiptahætti. Á ákvæðið hefur reynt með ýmsum hætti frá lögfestingu þess, bæði í framkvæmd Neytendastofu, sem fer með eftirlit með ákvæðum laga nr. 57/2005, og í framkvæmd áfrýjunarnefndar neytendamála, sem endurskoðar ákvarðanir Neytendastofu. Hér verður stuttlega vikið að þessari framkvæmd, þeim álitafnum sem hún hefur snert og þeirri afstöðu sem umrædd stjórnvöld hafa lýst til þeirra álitafna. Markmiðið er að draga fram nokkur atriði um það hvernig reglan er túlkuð og henni beitt í framkvæmd Neytendastofu og áfrýjunarnefndar neytendamála.

Fyrst verður stuttlega vikið að bakgrunni og gildissviði reglunnar. Því næst verður hugað að stöðu reglunnar gagnvart EES-rétti og tjáningarfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar, auk þess sem vikið verður að því hvernig rannsóknarskylda stjórnvalda horfir við reglunni. Að því loknu verður nánar vikið að því hvernig sönnun í skilningi ákvæðisins fer fram. Í lokin verða helstu niðurstöður dregnar saman. Áréttu ber að greinin felur á engan hátt í sér heildstæða greiningu og lýsingu á þeim ýmsu álitamálum sem tengst geta 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005, heldur er markmið hennar fyrst og fremst að draga saman nokkur atriði úr stjórnsýsluframkvæmdinni síðastliðin þrjú ár, þ.e. frá því að ákvæðið var lögfest.

## Bakgrunnur og gildissvið reglunnar

Þótt reglan í ákvæðinu hafi ekki verið lögfest fyrr en með lögum nr. 50/2008 fól sú lögfesting í reynd ekki í sér efnislegt nýmæli. Bann við villandi upplýsingum hafði lengi verið í gildi og var skilið með þeim hætti að auglýsandi yrði að geta fært sönnur á fullyrðingar sínar.<sup>1</sup> Í frumvarpinu sem varð að lögum nr. 50/2008 var því tekið fram að „lagt [væri] til að lögfest [yrði] áralöng framkvæmd“.<sup>2</sup> Hvað sem þessu líður má færa rök að því að lögfesting umræddrar kröfu sem sjálfstæðrar reglu, óháð öðrum bannákvæðum, hafi aukið vægi þeirrar sönnunarkröfu sem í ákvæðinu felst, enda er framkvæmdin um 4. mgr. 6. gr. þegar nokkuð ríkuleg. Rétt er þó að hafa í huga að brot gegn ákvæðinu felur jafnan um leið í sér brot gegn öðrum ákvæðum laganna, enda telst fullyrðing sem ekki verða færðar sönnur á jafnan til villandi viðskiptahátta, sem sérstaklega eru bannaðir í lögnum.

<sup>1</sup> Sbr. Ása Ólafsdóttir og Eiríkur Jónsson: *Neytendaréttur*. Reykjavík 2009, bls. 216, og Eiríkur Jónsson: „Lög um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu“. Í ritinu *Afmalisrit Háskóla Íslands* Reykjavík 2008, bls. 166.

<sup>2</sup> Alþt. 2007-08, A-deild, bls. 3192.



Þótt fyrirliggjandi framkvæmd um 4. mgr. 6. gr. (og þar af leiðandi umfjöllunin í þessari grein) lúti mjög að fullyrðingum í *auglýsingum*, er rétt að taka fram að gildissvið ákvæðisins er ekki bundið við auglýsingar. Vísar ákvæðið berum orðum til þess að það eigi einnig við um fullyrðingar sem koma fram „með öðrum hætti“ og dæmi eru um slíka beitingu ákvæðisins í stjórnsluframkvæmd. Í *ákvörðun Neytendastofu 6. apríl 2009 (7/2009)* var til að mynda komist að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn ákvæðinu með fullyrðingu á vefsíðu.

## Staða reglunnar gagnvart EES-rétti

Eftir breytingarnar með lögum nr. 50/2008 byggja lög nr. 57/2005 að verulegu marki á tilskipun 2005/29/EB um óréttmæta viðskiptahætti, enda voru lög nr. 50/2008 sett til innleiðingar á henni. Tilskipunin mælir fyrir um allsherjarsamræmingu á því sviði sem hún tekur til, en í því felst að lög aðildarríkjanna mega hvorki ganga lengra né skemur en ákvæði hennar. Auk þess krefst allsherjarsamræmingin þess að túlkun lagaákvæða sem innleiða tilskipunina verði að vera með sama hætti á öllu Evrópska efnahagssvæðinu, en í því felst að horfa verður til dómafordæma EB-dómstólsins og EFTA-dómstólsins.<sup>3</sup> Hefur EB-dómstóllinn raunar fylgt markmiðinu um allsherjarsamræmingu fremur fast eftir í nýlegum dómum sínum.<sup>4</sup>

Ákvæði eins og 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 er ekki að finna í tilskipun 2005/29/EB. Ákvæðið er þannig eitt hinna fáu ákvæða laganna um óréttmæta viðskiptahætti, sem ekki eiga sér beina samsvörun í ákvæðum tilskipunarinnar. Framangreind atriði hafa leitt til þess að aðilar undir eftirliti hafa meðal annars hreyft því að reglan í 4. mgr. 6. gr. fari í bága við EES-rétt, enda felist í kröfunni um allsherjarsamræmingu að ekki megi ganga lengra en mælt er fyrir um í tilskipuninni. Þessu hefur skýrlega verið hafnað í stjórnsluframkvæmdinni og um það verið vísað til forsögu og inngangsorða tilskipunarinnar, auk framkvæmdarinnar í öðrum ríkjum. Einna skýrastir um þessi atriði eru *úrskurður áfryjunarnefndar neytendamála 5. mars 2010 (16/2009)* og *úrskurður áfryjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (17/2010)*. Í fyrrnefnda úrskurðinum sagði meðal annars:<sup>5</sup>

Lög nr. 50/2008 fólu í sér innleiðingu á tilskipun 2005/29/EB um óréttmæta viðskiptahætti. Upphafleg tillaga framkvæmdastjórnarinnar að þeirri tilskipun hafði að geyma sönnunarreglu af framangreindum meiddi og í greinargerð með tillögunni var m.a. vísað til þess að söluaðili ætti ekki að setja fram fullyrðingu ef hann væri ekki í aðstöðu til að sanna hana. Í endanlegum efnisákvæðum tilskipunarinnar er slíka reglu hins vegar ekki að finna, heldur er gert ráð fyrir því að sönnunarbyrði sé ákveðin í innlendum lögum, sbr. 21. tölulið inngangsorðanna. Ísland hefur nú lögfest slíka reglu í framangreindri 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005, en áþekkar reglur er að finna í sambærilegum lögum ýmissa grannríkja, sbr. 2. mgr. 3. gr. norsku laganna og 3. mgr. 3. gr. dönsku laganna, en síðarnefnda ákvæðið er svohljóðandi: „Rigtigheden af angivelser om faktiske forhold skal kunne dokumenteres“ (lov om markedsføring nr. 1389/2005).

Samkvæmt framangreindu er ljóst að ákvæði 4. mgr. 6. gr. samrýmist tilskipun 2005/29/EB og það svigrúm sem tilskipunin veitir hefur verið nýtt til að fara svipaða leið hér á landi og í ýmsum grannríkjum.

<sup>3</sup> Sbr. Ása Ólafsdóttir og Eiríkur Jónsson: *Neytendaréttur*, bls. 23 og 209, sem og Alþt. 2007-08, A-deild, bls. 3189.

<sup>4</sup> Sem nýleg dæmi má benda á EBD, *mál C-304/08, ECR 2010*, og EBD, *mál C-540/08, ECR 2010*. Sem dæmi um nánari umfjöllun um þá allsherjarsamræmingu sem tilskipunin stefnir að skal bent á Hans-W. Micklitz: „Minimum/Maximum Harmonisation and the Internal Market Clause“. Í ritinu *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot 2006, bls. 27-47.

<sup>5</sup> Í *úrskurði áfryjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (19/2010)* er jafnframt vísað til úrskurðarins frá 5. mars 2010 um það að 4. mgr. 6. gr. rúmist innan marka tilskipunar 2005/29/EB.

Auk 21. töluliðs inngangsorða tilskipunarinnar, sem þarna er sérstaklega vikið að, skal bent á að til samræmis við innganginn mælir 12. gr. tilskipunarinnar sjálf frá fyrir um að aðildarríkin skuli veita dómstólum eða stjórnvöldum umboð er heimili þeim „að krefjast þess að söluaðilinn leggi fram sönnunargögn um réttmæti staðhæfinga um staðreyndir í tengslum við óréttmæta viðskiptahætti“, og heimili þeim „að dæma staðhæfingar um staðreyndir rangar ef sönnunargögnin, sem krafist er [...], hafa ekki verið lögð fram eða eru talin ófullnægjandi af dóms- eða stjórnvaldi.“ Þótt umrædd 12. gr. sé ekki hluti af hinum efnislegu bannákvæðum tilskipunarinnar, mælir hún skýrlega fyrir um heimild til að krefjast sönnunargagna og til að dæma fullyrðingar rangar ef sönnunargögnin eru ófullnægjandi. Í þessu sambandi skal minnt á að efnisákvæði tilskipunarinnar banna skýrlega ranga og villandi upplýsingagiöf. Fullyrðingar sem brjóta gegn 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 teldust almennt brjóta gegn þeim efnisákvæðum (sem og samsvarandi ákvæðum laga nr. 57/2005), þótt ákvæði eins og 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 sé ekki að finna í tilskipuninni. Til samræmis við framangreint er meðal annars tekið fram í nýlegri umfjöllun Thomas Wilhelmsson um þau ákvæði tilskipunarinnar sem varða villandi viðskiptahætti:

Given that ‘it is for national law to determine the burden of proof’[recital 21], this will likely entail that courts in such Member States where it is accepted practice to consider the use of factual claims that cannot be substantiated as unfair or misleading can continue more or less along the same lines without breaching the Directive.<sup>6</sup>

## Staða reglunnar gagnvart tjáningarfrelsinu

Hæstiréttur hefur með skýrum hætti lýst því yfir að auglýsingar njóti verndar tjáningarfrelsisákvæðis 73. gr. stjórnarskrárinnar, auk þess sem mannréttindadómstóll Evrópu hefur margoft staðfest að auglýsingar njóti verndar 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu.<sup>7</sup> Því hefur verið hreyft í einstökum tilvikum að beiting Neytendastofu á 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 fari í bága við þá vernd sem í framangreindum mannréttindaákvæðum felst. Áfrýjunarnefnd neytendamála hefur hins vegar skýrlega lýst því yfir að 4. mgr. 6. gr. og sú beiting hennar að krefja auglýsendur um sönnun á staðhæfingum um staðreyndir fari ekki í bága við ákvæðin. Um það hefur verið vísað til hinnar lakari verndar sem svonefnd viðskiptaleg tjáning nýtur. Í *úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 5. mars 2010 (16/2009)* var til að mynda tekið fram:

[Þótt tjáning kæranda njóti verndar 73. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 þá rúmast [ákvæði 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005] og sú beiting þess að krefja auglýsendur um sönnun á staðhæfingum sínum um staðreyndir innan þeirra takmörkunarheimilda sem mælt er fyrir um í 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. og 2. mgr. 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Í því sambandi skal haft í huga að dómaframkvæmd Hæstaréttar sem og mannréttindadómstóls Evrópu ber með sér fremur rúmt svigrúm til mats á nauðsyn takmörkunar á viðskiptalegri tjáningu.

Eins má benda á úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (17/2010) og úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (19/2010). Í fyrrnefnda málinu hafði Neytendastofa meðal annars lagt bann við birtingu Húsasmiðjunnar á fullyrðingunni „Lægsta lágá verðið“, enda bryti hún gegn 4. mgr. 6. gr., sem og ýmsum fleiri ákvæðum laga nr. 57/2005. Um sjónarmið kæranda í þá veru að með ákvörðuninni væri brotið gegn 73. gr. stjórnarskrárinnar tók áfrýjunarnefndin meðal annars fram:

<sup>6</sup> Thomas Wilhelmsson: „Misleading Practices“. Í ritinu *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot 2006, bls. 130.

<sup>7</sup> Hér má til dæmis benda á *Hrd. 1999, bls. 781 (mál nr. 415/1998)* og *Hrd. 2006, bls. 1776 (mál nr. 462/2005)*.



Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst ekki á að ákvörðunin brjóti gegn 73. gr. stjórnarskrárinnar. Þær takmarkanir sem í ákvörðuninni fólust byggðu skýrlega á lögum, voru gerðar í lögmatum tilgangi og uppfylltu auk þess þriðja skilyrðið í 3. mgr. 73. gr., um að teljast nauðsynlegar og samrýmast lýðræðishefðum. Í því sambandi skal haft í huga að dómaframkvæmd Hæstaréttar sem og mannréttindadómstóls Evrópu ber með sér fremur rúmt svigrúm til mats á nauðsyn takmörkunar á viðskiptalegri tjáningu. Raunar hafa flest Evrópuríki sammælt um nauðsyn takmarkana í þá veru sem hér reyndi á, enda byggja framangreind lagaákvæði og gildissvið þeirra að verulegu marki á tilskipun 2005/29/EB. Fyrri ákvörðun Neytendastofu var samkvæmt þessu fyllilega innan marka 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu.

Þótt viðskiptaleg tjáning njóti fremur takmarkaðrar verndar<sup>8</sup> er stjórnarskrárvernd hennar ekki án þýðingar. Þannig er til að mynda ljóst að þótt 4. mgr. 6. gr. og beiting hennar í framangreinda veru fari ekki í bága við 73. gr. stjórnarskrárinnar, getur stjórnarskrárverndin sett Neytendastofu tiltekin mörk þegar hún ákveður til hvaða valdheimilda skuli gripið vegna brota á 4. mgr. 6. gr. Í því sambandi má nefna að í síðastgreindu máli áfrýjunarnefndarinnar var síðari ákvörðun Neytendastofu felld úr gildi, en þar hafði stofnunin gefið Húsasmiðjunni ítarleg fyrirmæli um það hvernig hún skyldi haga auglýsingum sínum í framtíðinni. Áfrýjunarnefndin tók meðal annars fram að hún hefði „efasemdir um að svo ítarleg og margþætt fyrirmæli um það hvernig auglýsingum kæranda skuli háttað fái stoð í [2. mgr. 21. gr. b laga nr. 57/2005], m.a. með hliðsjón af 73. gr. stjórnarskrárinnar“. Auk þess má halda því fram að á sum álitafni tengd 4. mgr. 6. gr. og tjáningarfrelsinu hafi hreinlega ekki enn skýrlega reynt á áfrýjunarstigi, til dæmis álitafni er snerta tjáningu einstaklinga í auglýsingum.

## Staða reglunnar gagnvart rannsóknarskyldu stjórnvalda

Sem stjórnvald ber Neytendastofa vitanlega tiltekna rannsóknarskyldu, samanber meðal annars 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, þar sem fram kemur að stjórnvald skuli „sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því“. Í málum sem snert hafa 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 hafa aðilar stundum varist kröfum um að þeir sanni fullyrðingar sínar með vísan til rannsóknarskyldu Neytendastofu. Bæði Neytendastofa og áfrýjunarnefnd neytendamála hafa hins vegar verið afdráttarlaus um að rannsóknarskylda stjórnvaldsins dragi almennt ekki úr þeim kröfum sem 4. mgr. 6. gr. geri til fyrirtækjanna sjálfra um að sanna sínar fullyrðingar. Í *úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (19/2010)*, sem snerti fullyrðinguna „Engir vírusar“ í auglýsingum um Apple tölvu, var til dæmis tekið fram:

[S]amkvæmt skýru orðalagi 4. mgr. 6. gr. leggur ákvæðið skyldur á þann sem auglýsir, en felur ekki í sér skyldu Neytendastofu til að afsanna fullyrðingar í auglýsingum. Það er auglýsandans að sanna þær fullyrðingar sem hann setur fram, þar á meðal fullyrðingar sem erfitt er að sanna, enda felst í ákvæðinu að hann á ekki að setja fram fullyrðingar sem hann er ekki í aðstöðu til að sanna.

Í *úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 5. mars 2010 (16/2009)* var deilt með beinum hætti um þýðingu rannsóknarskyldu Neytendastofu andspænis þeim kröfum sem 4. mgr. 6. gr. gerir til auglýsenda. Þar byggðu Hagkaup á því að fyrirtækið hefði beitt öllum þeim úrræðum sem því væru tæk til að renna stöðum undir slagorð sín um *mesta vöruúrvalið*. Því tækju meginreglur íslensk stjórnsýsluréttar um rannsóknarskyldu stjórnvaldsins við, sem stæðu meðal annars til þess að Neytendastofa leitaði upplýsinga um vöruúrval hjá samkeppnisaðilum. Fyrirtækið vísaði einnig til skyldu stjórnvaldsins til að leiðbeina um

<sup>8</sup> Um nánari umfjöllun um þá vernd sem slík tjáning nýtur skal bent á Eiríkur Jónsson: „Vernd viðskiptalegrar tjáningar fyrirtækja“. Í ritinu *Rannsóknir í félagsvísindum IX, Reykjavík 2008*, bls. 31-62.

hvaða upplýsingar leggja þyrfti fram. Áfrýjunarnefnd neytendamála hafnaði umræddum sjónarmiðum Hagkaupa og tók meðal annars fram:

Ákvæði 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 er skýrt um að það er fyrirtækja að sanna þær fullyrðingar sem þau setja fram í auglýsingum. Þrátt fyrir tilvist rannsóknarskyldu Neytendastofu gat sú skylda ekki staðið til þess að stofnuninni bæri að ráðast í gagnaöflun hjá samkeppnisaðilum kæranda, eins og máli þessu er háttáð. Kærandi kaus að setja fram fullyrðingar í efsta stigi, en líkt og fyrirliggjandi framkvæmd ber með sér er iðulega erfitt að færa sönnur á slíkar fullyrðingar. Neytendastofa leiðbeindi kæranda um gildandi lagaákvæði og gaf honum kost á að koma að sönnunum, skýringum eða athugasemdum áður en ákvörðun var tekin. Kærandi brást við og lagði fram gögn, en þau sanna ekki fullyrðingarnar, líkt og að framan er rakið. Að fengnum gögnunum tók Neytendastofa hinar kærðu ákvarðanir. Með umræddri málsmeðferð uppfyllti Neytendastofa þær skyldur sem á henni hvíldu samkvæmt 7. og 10. gr. stjórnsýslulaga... Þá var úrræðið sem Neytendastofa greip til vægt, auk þess sem áfrýjunarnefnd neytendamála getur ekki fallist á að kærandi hafi fyllilega beitt öllum úrræðum sem honum kunna að vera fær, enda lutu fyrirliggjandi kannanir sem fyrr segir að engu leyti að staðreyndunum sjálfum, heldur eingöngu að mati neytenda á þeim.

Það væri í ósamræmi við skýr fyrirmæli 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 og gæti auk þess torveldað að markmið laga nr. 57/2005 og hins opinbera eftirlits með þeim næðu fram að ganga ef Neytendastofu væri gert að framkvæma sjálfstæða rannsókn á því hvort fullyrðingar auglýsanda í efsta stigi, sem ekki eru studdar beinum sönnunum á þeim staðreyndum sem fullyrt er um, standist. Grunnskyldan er enda augljóslega auglýsandans samkvæmt ótvíræðu orðalagi 4. mgr. 6. gr. Það er hans að sanna þær fullyrðingar sem hann setur fram, þar á meðal fullyrðingar sem erfitt er að sanna, enda á hann ekki að setja fram fullyrðingar sem hann er ekki í aðstöðu til að sanna.

Samkvæmt úrskurðinum leiðir rannsóknarskylda stjórnvaldsins almennt ekki til afsláttar á þeim sönnunarkröfum sem 4. mgr. 6. gr. gerir til auglýsanda, á þann hátt að Neytendastofa beri skyldu til sjálfstæðrar rannsóknar á því hvort fullyrðingar þeirra standist, til dæmis með gagnaöflun frá þriðja manni. Réttarstaðan er þó vitanlega ekki svo einföld að engin rannsóknarskylda hvíli á Neytendastofu. Þannig er til að mynda ljóst að stofnunin þarf að rannsaka og leggja mat á þau gögn sem auglýsendur leggja fram til stuðnings fullyrðingum sínum. Þá eru raunar ýmis dæmi um að Neytendastofa hafi litið til annarra gagna en þeirra sem auglýsandinn hefur lagt fram. Loks skal bent á að lýsingin á réttarstöðunni í framangreindum úrskurði áfrýjunarnefndarinnar er ekki án fyrirvara. Þannig er meðal annars tekið fram að rannsóknarskylda Neytendastofu standi ekki til þess að hún ráðist í gagnaöflun hjá samkeppnisaðilum kæranda „eins og máli þessu er háttáð“, auk þess sem tekið er fram að ekki sé unnt að fallast á „að kærandi hafi fyllilega beitt öllum úrræðum sem honum kunna að vera fær“. Umfjöllunin útilokar þannig ekki að í einstaka tilvikum geti rannsóknarskylda stjórnvaldsins með vissum hætti tekið við, hafi auglýsandi sannarlega neytt allra þeirra úrræða sem hann hefur til beinnar sönnunar á fullyrðingum sínum, og ef framlögð gögn hans verða talin færa fullyrðingunum verulega stöð (án þess að þó að færa fullar sönnur á þær). Um þessi atriði er annars ördugt að fullyrða, sem og að gera tilraun til að lýsa með almennum hætti mörkunum á milli skyldu auglýsanda samkvæmt 4. mgr. 6. gr. og rannsóknarskyldu Neytendastofu. Kjarnaatriðið í fyrirliggjandi framkvæmd er þó samkvæmt framangreindu að tilvist rannsóknarskyldu Neytendastofu dregur almennt séð ekki úr þeim skýru kröfum sem 4. mgr. 6. gr. gerir til auglýsendanna sjálfra.

## Hvernig fer sönnunin fram?

### Inngangur

Hér að framan hefur verið vikið að nokkrum álitamálum sem hreyft hefur verið um stöðu 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 gagnvart öðrum reglum, og því lýst hvaða afstöðu eftirlitsstjórnvöldin hafa tekið til þeirra álitamála. Hér verður nánar hugað að því hvernig sönnur verða færðar fram í skilningi ákvæðisins. Sem fyrr ber ekki að skoða umfjöllunina sem heildstæða úttekt á þeim kröfum sem ákvæðið gerir, heldur er umfjölluninni einungis ætlað að draga fram nokkur atriði sem fyrirliggjandi stjórnsluframkvæmd ber með sér.

### Afmörkun á því sem sanna þarf

Áður en metið er hvort sönnur hafi verið færðar á fullyrðingu í skilningi 4. mgr. 6. gr. þarf að afmarka hvað felist í fullyrðingunni, og þar af leiðandi hvað sanna þurfi. Við slíka afmörkun virðast Neytendastofa og áfrýjunarnefnd neytendamála líta til þess hvaða skilning dæmigerður neytandi mátti leggja í þær. Í þeim efnum virðist einkum horft til orðalags fullyrðinganna en einnig að nokkru marki til hins breiðara samhengis, þ.e. hvaða skilaboð auglýsingin í heild sendir neytendum. Skulu hér eftirfarandi dæmi nefnd um afmörkun á því sem sanna þarf:

*Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (17/2010).* Neytendastofa bannaði auglýsingar Húsasmiðjunnar sem innihéldu fullyrðinguna „Lægsta lága verðið“ og eftirfarandi texta: „Húsasmiðjan lækkar verð á völdum vörum og lætur ávinning af nýjum og betri samningum við framleiðendur renna beint til neytenda. Við leggjum okkur fram um að bjóða lægra verð til hagsbóta fyrir heimilin í landinu. Það köllum við lægsta lága verðið!“. Húsasmiðjan leitaði til áfrýjunarnefndar neytendamála og byggði meðal annars á því að hún þyrfti ekki að sanna að hún byði lægsta verðið á markaðnum, enda væri ekki fullyrft um slíkt í auglýsingunum. Þessu hafnaði áfrýjunarnefndin og tók meðal annars fram: „Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst á það með Neytendastofu að umræddar auglýsingar verði ekki skildar öðruvísi en svo að verði sé að vísa til lægsta lága verðsins á markaðnum. Skýringarnar í auglýsingunni fela ekki í sér fyrirvara sem dregið geta úr þeim skýru skilaboðum sem felast í fullyrðingunni „Lægsta lága verðið“, sem neytendur hljóta að skilja sem svo að um lægsta verðið á markaði sé að ræða. Þá verður raunar að teljast villandi hvernig fullyrðingum um „lægsta lága verðið“ er slegið upp, en þær síðan m.a. útskýrðar með því að kærandi leggi sig fram um að bjóða „lægra verð“, enda annars vegar um miðstig að ræða en hins vegar efsta stig. Í því sambandi skal tekið fram að fullyrðingar í efsta stigi verða eðli málsins samkvæmt ekki réttlættar með tilvísun til þess hvað auglýsandinn kalli hlutina, heldur verður að horfa til nærtækasta skilningsins á þeim fullyrðingum sem slegið er upp. Þar sem auglýsingarnar bera með sér fullyrðingu um lægsta verð á markaði, sem kærandi hefur ekki fært sönnur á, fólu þær í sér brot gegn 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005“.

*Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (19/2010).* Neytendastofa komst að þeirri niðurstöðu að Skakkiturn ehf. hefði brotið gegn lögum nr. 57/2005 þar sem fyrirtækið hefði ekki fært sönnur á fullyrðinguna „engir vírusar“ í auglýsingu á Apple fartölvum. Fyrirtækið leitaði til áfrýjunarnefndar neytendamála og byggði meðal annars á því að með fullyrðingunni væri vísað til svonefndra PC-vírusa og fyrir lægi að Apple tölvur fengju ekki slíka vírusa. Því var hafnað að fullyrðingin yrði skilin með svo þröngum hætti og meðal annars tekið fram: „Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst ekki á að sjónarmið í framangreinda veru geti leitt til þess að sönnur teljist hafa verið færðar á fullyrðinguna í skilningi 4. mgr. 6. gr. Fullyrðingin í auglýsingu kæranda var ekki um PC-vírusa, heldur var orðið „vírusar“ notað. Jafnvel þó að til PC-vírusa sé gjarnan vísað sem „vírusa“ er ljóst að síðarnefnda orðið er almennara og nær einnig yfir þá vírusa sem áður nefndum vírusvörnum vegna Apple tölva er ætlað að varna. Með jafn almennri fullyrðingu

og „engir vírusar“ var skýrlega gefið til kynna að Apple tölvur fengju ekki nokkra tegund vírusa, en fyrir slíku hafa ekki verið færðar sönnur [...], og jafnvel þótt fyrir lægi sönnun um að Apple tölvur fái ekki PC-vírusa fæli það eðli málsins samkvæmt ekki í sér sönnun um að sama gildi um alla aðra vírusa. Kærandi getur m.ö.o. orðum ekki sannað svo almenna fullyrðingu, sem neytendur hljóta að skilja þannig að engir vírusar séu til staðar, með tilvísun til þess að tilteknir vírusar séu ekki til staðar.<sup>9</sup>

### Fullyrðingar í efsta stigi

Mörg málanna um 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 hafa snert fullyrðingar í efsta stigi. Hin skýra krafa ákvæðisins um að unnt þurfi að vera að færa sönnur á fullyrðingar leiðir í reynd til þess að fullyrðingar í efsta stigi brjóta tíðast gegn ákvæðinu, enda er sönnun um að eitthvað sé best eða mest iðulega erfið eða jafnvel ómöguleg.<sup>10</sup> Slíkir erfiðleikar við sönnun leiða ekki til afsláttar af sönnunarkröfum, samanber það sem áður var rakið úr úrskurðum áfrýjunarnefndar neytendamála.

Rétt er þó að hafa í huga að ákvæði 4. mgr. 6. gr. bannar ekki fullyrðingar í efsta stigi sem slíkar, enda eru þær heimilar svo fremi sem hin erfiða sönnun á þeim tekst. Í *úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (17/2010)* var þannig tekið fram:

[R]eglan bannar ekki notkun efsta stigs lýsingarorða sem slíka, heldur krefst hún þess einfaldlega að unnt verði að vera að færa sönnur á slíkar fullyrðingar. Þótt sönnun á fullyrðingum sem innihalda efsta stig lýsingarorða sé iðulega erfið og jafnvel ómöguleg, er ekki útilokað að hún takist í einstaka tilvikum og þá telst ekki brotið gegn ákvæðinu.

Í þessu sambandi skal tekið fram að finna má þess dæmi úr eldri framkvæmd að sönnun á fullyrðingum í efsta stigi hafi þótt fullnægjandi, samanber til dæmis *ákvörðun samkeppnisráðs 10. mars 2004 (3/2004)*, sem varðaði slagorð Hagkaupa: „Þar sem Íslandingum finnst skemmtilegast að versla“.<sup>11</sup>

### Gögn til stuðnings fullyrðingum og mat stjórnvalda á þeim

Sönnun á fullyrðingum í auglýsingum getur eðli málsins samkvæmt farið fram með margvíslegum hætti. Hún er þannig ekki bundin við tiltekin gögn og það ræðst mjög af aðstæðum í hverju og einu máli hvort sönnun telst fram komin. Í *ákvörðun Neytendastofu 17. maí 2010 (26/2010)* tók stofnunin til að mynda fram:

Með 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 er auglýsendum gert að sanna fullyrðingar sínar en í ákvæðinu er ekki fjallað um með hvaða hætti fullyrðingar skuli sannaðar eða hversu strangar kröfur skuli ger[ðar] til sönnunarinnar eða þeirra gagna sem lögð eru fram til sönnunar. Slíkt er því háð mati Neytendastofu í hverju máli.

Framkvæmdin ber með sér að sum gögn eru algengari en önnur. Þannig er nokkuð algengt að auglýsendur vísi til einhvers konar kannana til stuðnings fullyrðingum sínum. Í sumum tilvikum hafa aðilar reynt að byggja á sínum eigin könnunum, en slíkt hefur ekki verið til árangurs fallið.<sup>12</sup> Fleiri dæmi eru því um að auglýsendur hafi byggt á könnunum

<sup>9</sup> Sem frekari nýleg dæmi um afmörkun á því sem sanna þarf skal bent á *ákvörðun Neytendastofu 5. maí 2011 (9/2011)* og *ákvörðun Neytendastofu 21. júní 2010 (33/2010)*.

<sup>10</sup> Í Eiríkur Jónsson: „Lög um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu“, bls. 167, og Ása Ólafsdóttir og Eiríkur Jónsson: *Neytendaréttur*, bls. 216-217, eru allnokkur dæmi nefnd um slík brot úr eldri framkvæmd.

<sup>11</sup> Eftirlit með óréttmætum viðskiptaháttum var í höndum samkeppnisfyrvalda til ársins 2005. Í Eiríkur Jónsson: „Lög um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu“, bls. 167-168, og Ása Ólafsdóttir og Eiríkur Jónsson: *Neytendaréttur*, bls. 217-218, eru nefnd fleiri dæmi um að sönnun á fullyrðingum í efsta stigi hafi tekist.

<sup>12</sup> Um slíkt má til dæmis benda á *ákvörðun Neytendastofu 29. apríl 2009 (9/2009)* og *ákvörðun Neytendastofu 14. ágúst 2009 (9/2009)*

óháðra aðila en ýmis dæmi eru um að deilt hafi verið um hvort slíkar kannanir færi sönnur á fullyrðingar. Hér má til dæmis benda á:

*Ákvörðun Neytendastofu 30. desember 2009 (38/2009).* Neytendastofa taldi fullyrðingu Griffils, „Alltaf ódýrari“, ekki brjóta gegn lögum nr. 57/2005, en um það var meðal annars tekið fram: „Lögd hafa verið fram ýmis gögn því til stuðnings að ýmsar verðkannanir, sem framkvæmdar hafa verið af óháðum aðilum, sýni að þær vörur sem skoðaðar hafa verið séu ódýrari hjá Griffli. Þrátt fyrir að einhverjir keppinautar bjóði ódýrari vörur en Griffill selji fyrirtækið ávallt ódýrari vöru en keppinautarnir. Neytendastofa telur fullyrðingu Griffils „Alltaf ódýrari“ vera setta fram í samræmi við það og því ekki brjóta gegn ákvæðum laga nr. 57/2005.“ Á hinn bóginn var talið að Griffill hefði ekki sýnt fram á með fullnægjandi hætti að skiptibókamarkaður fyrirtækisins væri með lang langflesta titla.

*Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 5. mars 2010 (16/2009).* Fullyrðingar Hagkaupa um landsins mesta vöruúrval voru taldar brjóta gegn 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Ekki var fallist á að þær kannanir sem Hagkaup vísuðu til sönnuðu fullyrðingarnar, en um þær tók áfrýjunarnefndin fram: „Kærandi hefur lagt fram kannanir IMG Gallup / Capacent Gallup frá 2006, 2007 og 2009 til stuðnings umræddum fullyrðingum. Kannanirnar sanna hins vegar ekki fullyrðingarnar. Í könnuninum voru þátttakendur spurðir: „Hvaða verslun er að þínu mati með mesta vöruúrvalið?“, auk þess sem sambærilegar spurningar voru lagðar fyrir um tiltekna vörflokka, svo sem snyrtivörur. Samkvæmt niðurstöðum kannananna var það mat flestra neytenda að kærandi væri með mesta vöruúrvalið (yfir 70% nefna kæranda í svári við tilvitnaðri spurningu og á bilinu 54,2% til 74,4% í tilviki snyrtivara). Í hinum umdeildu auglýsingum var hins vegar ekki fullyrt um það hvert mat neytenda væri, heldur um staðreyndir – staðreyndir sem kannanirnar geta ekki fært sönnur á þar sem þær lúta að skoðunum neytenda en ekki beinni rannsókn á vöruúrvali. [...] Rétt er einnig að vekja athygli á því að mat neytenda á staðreyndum er í eðli sínu ekki nákvæmur mælikvarði á staðreyndirnar sjálfar, enda mótast matið m.a. af þeim auglýsingum sem þegar hafa birst. Svo dæmi sé tekið þá var nýjasta könnunin gerð í júní 2009, eftir að kærandi hóf að nota fullyrðinguna um „Landsins mesta vöruúrval snyrtivöru“ sem hér er m.a. deilt um. Könnunin sýndi mikla fjölgun þeirra þátttakenda sem álitu kæranda með mesta úrvalið af snyrtivörum. Hlutfall þeirra fór úr 55,3% í september 2007 í 74,4% í júní 2009. Ördugt er að álykta hverjar nákvæmlega skýringarnar á þessari aukningu eru en ekki er hægt að útiloka að tilvist auglýsinga um að tiltekin verslun bjóði mesta vöruúrvalið, hafi áhrif á mat neytenda á staðreyndum um vöruúrval. Það felst enda beinlínis í eðli auglýsinga að þeim er ætlað að hafa áhrif á viðhorf og hegðun neytenda. Mat neytenda á staðreyndum er þannig háð ýmsum öðrum þáttum en þeirra eigin könnun á staðreyndum og könnun á slíku mati þeirra getur ekki fært sönnur á staðreyndirnar sjálfar“.<sup>13</sup>

Stjórnsýsluframkvæmdin ber með sér að atvik sem snerta 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 geta verið býsna margvísleg og ördugt að draga fram í stuttu máli almenn atriði um það hvernig sönnunin fer fram og hvernig matið á framlögðum gögnum er. Rétt er þó að taka fram að Neytendastofa hefur lagt til grundvallar að gögn til stuðnings fullyrðingum verði að liggja fyrir áður en auglýsingar eru birtar, samanber til dæmis *ákvörðun Neytendastofu 4. desember 2009 (34/2009)*. Loks skal bent á að jafnvel þótt fyrirtæki takist sönnun á fullyrðingu, kann framsetning fullyrðingarinnar engu að síður að teljast villandi í skilningi laga nr. 57/2005. Sú var einmitt raunin í *úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 18. desember 2008 (9/2008)*, sem laut að fullyrðingum um sólarvörn.

<sup>13</sup> Hér má einnig benda á *ákvörðun Neytendastofu 17. maí 2010 (26/2010)*, *ákvörðun Neytendastofu 21. júní 2010 (33/2010)* og *ákvörðun Neytendastofu 9. maí 2011 (11/2011)*.



## Samantekt

Að framan var vikið að nokkrum álitafnum sem hreyft hefur verið um 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005, en ákvæðið var lögfest árið 2008 og kveður á um að fullyrðingar í auglýsingum þurfi fyrirtæki að geta fært sönnur á. Því hefur verið hreyft að ákvæðið fari í bága við EES-rétt og tjáningarfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar, en hvoru tveggja hefur skýrlega verið hafnað í nýlegri stjórnarsýslufrákvæmd. Aðilar undir eftirliti hafa einnig vísað til þýðingu rannsóknarskyldu stjórnvalda andspænis ákvæðinu. Nýleg stjórnarsýslufrákvæmd ber hins vegar með sér að tilvist rannsóknarskyldu Neytendastofu dregur almennt ekki úr þeim skýru kröfum sem 4. mgr. 6. gr. gerir til auglýsendanna sjálfra.

Áður en metið er hvort sönnur hafi verið færðar á fullyrðingu í skilningi 4. mgr. 6. gr. þarf að afmarka hvað felist í fullyrðingunni, en við þá afmörkun líta stjórnvöld til skilnings dæmigerðs neytanda á henni. Sönnunin á fullyrðingunni getur síðan farið fram með ýmsum hætti, enda er hún ekki bundin við tiltekin gögn og það ræðst mjög af aðstæðum í hverju og einu máli hvort sönnun telst fram komin. Nokkuð algengt er að fyrirtæki vísi til kannana til stuðnings fullyrðingum sínum, en þar er tíðast um að ræða könnun óháðra aðila, enda hafa eigin kannanir fyrirtækjanna sjálfra ekki verið fallnar til árangurs. Fullyrðingar í efsta stigi brjóta tíðast gegn ákvæðinu, enda er sönnun á þeim almennt erfið eða jafnvel ómöguleg. Ákvæðið leggur þó ekki blátt bann við slíkum fullyrðingum, enda eru þær heimilar svo fremi sem hin erfiða sönnun á þeim tekst.

## Heimildir

Alþingistíðindi.

Ása Ólafsdóttir og Eiríkur Jónsson: Neytendaréttur. Reykjavík 2009.

Eiríkur Jónsson: „Lög um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu“.

Afmælisrit lagadeildar Háskóla Íslands. Ritstj. María Thejll. Reykjavík 2008, bls. 155-203.

Eiríkur Jónsson: „Vernd viðskiptalegrar tjáningar fyrirtækja“. Rannsóknir í

félagsvísindum IX. Lagadeild. Ritstj. Trausti Fannar Valsson. Reykjavík 2008, bls. 31-62.

Hans-W. Micklitz: „Minimum/Maximum Harmonisation and the Internal Market

Clause“. European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive.

Geraint Howells, Hans-W. Micklitz og Thomas Wilhelmsson. Aldershot 2006, bls. 27-47.

Thomas Wilhelmsson: „Misleading Practices“. European Fair Trading Law. The

Unfair Commercial Practices Directive. Geraint Howells, Hans-W. Micklitz og

Thomas Wilhelmsson. Aldershot 2006, bls. 123-165.

## Skrá yfir dóma, úrskurði og ákvarðanir

Hrd. 1999, bls. 781 (mál nr. 415/1998)

Hrd. 2006, bls. 1776 (mál nr. 462/2005)

EBD, mál C-304/08, ECR 2010

EBD, mál C-540/08, ECR 2010

Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 18. desember 2008 (9/2008)

Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 5. mars 2010 (16/2009)

Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (17/2010)

Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (19/2010)

- Ákvörðun samkeppnisráðs 10. mars 2004 (3/2004)*
- Ákvörðun Neytendastofu 6. apríl 2009 (7/2009)*
- Ákvörðun Neytendastofu 29. apríl 2009 (9/2009)*
- Ákvörðun Neytendastofu 14. ágúst 2009 (9/2009)*
- Ákvörðun Neytendastofu 4. desember 2009 (34/2009)*
- Ákvörðun Neytendastofu 30. desember 2009 (38/2009)*
- Ákvörðun Neytendastofu 17. maí 2010 (26/2010)*
- Ákvörðun Neytendastofu 21. júní 2010 (33/2010)*
- Ákvörðun Neytendastofu 5. maí 2011 (9/2011)*
- Ákvörðun Neytendastofu 9. maí 2011 (11/2011)*

# Upplýsingaskylda lánveitanda í samningum um neytendalán

Eyvindur G. Gunnarsson

## Inngangur

Samkvæmt lögum nr. 121/1994 um neytendalán (hér eftir nefnd nll.) hvílir sérstök upplýsingaskylda á lánveitendum. Í kjölfar bankahrunsins 2008 hefur í framkvæmdinni reynt töluvert á þessa upplýsingaskyldu. Nánara inntak skyldunnar hefur mótast í ákvörðunum Neytendastofu og úrskurðum áfrýjunarnefndar neytendamála sem fallið hafa á umliðnum árum. Í þessari grein verður fjallað um meginatriði nefndra ákvarðana og úrskurða og kannað hvaða ályktanir megi draga af þeim um upplýsingaskylduna.

## Lög um neytendalán

Lög um neytendalán voru upphaflega sett árið 1993 sem lög nr. 30/1993, en þau voru síðar endurútgefin sem lög nr. 121/1994. Setning laganna var liður í aðlögum íslensks réttar að reglum Evrópubandalagsins á þessu sviði, þ.e. tilskipunum 87/102/EBE og 90/88/EBE um neytendalán.<sup>1</sup> Lög um neytendalán taka til lánessamninga sem lánveitandi gerir í atvinnuskyni við neytendur, sbr. 1. gr. laganna. Með neytanda er átt við einstakling sem á lánsviðskipti sem lögin ná til, enda séu þau ekki gerð í atvinnuskyni af hans hálfu, sbr. a-lið 4. gr. nll.<sup>2</sup>

Í 5. gr. nll. segir að lánessamningur skuli gerður skriflega og fela í sér þær upplýsingar sem tilgreindar eru í 6. og 8. gr. laganna, auk þess sem neytandi skuli fá í hendur eintak af lánessamningnum. Þó að lánessamningur skuli vera skriflegur er það ekki skilyrði fyrir gildi samningsins. Þannig er munnlegur samningur jafngildur skriflegum samningi eins og almenna reglan kveður á um. Engu að síður getur verið nauðsyn á skriflegum samningi vegna sönnunar.<sup>3</sup> Augljóst er að sönnun um gerð samnings og efni hans er auðveldari þegar hann er skriflegur. Í seinni tíð hefur færst í vöxt að í lögum, einkum á sviði neytendaréttar, sé krafist skriflegs samnings. Að baki þeirri kröfu búa sjónarmið um neytendavernd, en slíkum reglum er einnig ætlað að auvelða sönnun.<sup>4</sup>

Neytendastofa starfar á sviði neytendamála, vöruöryggismála, opinberrar markaðsgæslu, mælifræði og markaðseftirlits með rafföngum, sbr. 1. gr. laga nr. 62/2005 um Neytendastofu og talsmann neytenda. Neytendastofa hefur eftirlit með ákvæðum laga um neytendalán, en ákvörðunum sem Neytendastofa tekur á grundvelli laganna má skjóta til áfrýjunarnefndar neytendamála, sbr. 25. gr. nll.

<sup>1</sup> Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 531-532. Ástæðan fyrir endurskoðun laganna og endurútgáfu þeirra voru vandkvæði við framkvæmd þeirra sem stöfðu af óljósum ákvæðum, ónákvæmri og ósamræmdri notkun hugtaka í ýmsum ákvæðum laganna. Auk þess skorti ákvæði um eftirlit með framkvæmd laganna.

<sup>2</sup> Sjá nánar um hugtakið neytandi, Eiríkur Jónsson og Ása Ólafsdóttir: *Neytendaréttur*. Reykjavík 2009, bls. 27-38.

<sup>3</sup> Sjá Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 535. Talið var að ákvæðið myndi ekki hafa í för með sér miklar breytingar á réttarframkvæmd, enda tíðkuðust munnlegir lánessamningar almennt ekki í lánsviðskiptum.

<sup>4</sup> Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret*. Kaupmannahöfn 2005, bls. 228-229.



## Megininntak upplýsingaskyldu lánveitanda

### Almennt

Lánveitandi er skyldugur til þess að gefa lántaka upplýsingar um það lán sem boðið er. Í II. kafla laga um neytendalán er að finna ítarlegar reglur um þessa skyldu. Í framkvæmdinni hefur einkum reynt á 6. og 9. gr. nll. en í eftirfarandi umfjöllun verður einkum gerð grein fyrir skýringum á þeim ákvæðum laganna.

Í 1. mgr. 6. gr. segir að lánveitandi skuli við gerð lánsamnings gefa neytanda upplýsingar um eftirfarandi:

1. Höfuðstól, þ.e. lánsfjárhæð án nokkurs kostnaðar. Þegar lánveitandi er jafnframt seljandi vöru eða þjónustu skal höfuðstóll lánsins jafngilda staðgreiðsluverði vörunnar eða þjónustunnar. Ef einungis hluti af andvirði vörunnar eða þjónustunnar er lánaður skal draga útborgunina frá höfuðstól.
2. Fjárhæð útborgunar, þ.e. höfuðstól að frádregnum lánskostnaði.
3. Vexti.
4. Heildarlántökukostnað í krónum, reiknaðan út skv. 7. gr.
5. Árlega hlutfallstölu kostnaðar, þ.e. heildarlántökukostnað, lýst sem árlegri prósentu af upphæð höfuðstólsins og reiknaðri út skv. 10.–12. gr.
6. Heildarupphæð þá sem greiða skal, þ.e. samtölu höfuðstóls, vaxta og lánskostnaðar.
7. Fjölda einstakra greiðslna, fjárhæð þeirra og gjalddaga.
8. Gildistíma lánsamnings og skilyrði uppsagnar hans.
9. Heimild til að greiða fyrir lokagjalddaga, sbr. 16. gr.

Í 2. mgr. 6. gr. nll. segir að megi breyta lánskostnaði, afborgunum eða öðrum atriðum lánskjara á samningstímanum skuli lánveitandi greina neytanda frá því við hvaða aðstæður breytingarnar geti orðið. Sé ekki unnt að reikna út árlega hlutfallstölu kostnaðar skuli lánveitandi þess í stað skýra neytanda frá því hverjir vextir séu, hvaða gjöld falla á lánið og við hvaða aðstæður breytingar geti orðið. Þá skal enn fremur tilkynna breytingar á gjaldtöku vegna lánsamninga samkvæmt lögum að lágmarki einni viku áður en þær taka gildi ef þær eru ekki til hagsbóta fyrir neytendur, sbr. 3. mgr. 6. gr. nll.

Af 5. gr. nll., sem áður getur, má ráða að framangreindar upplýsingar skuli veita þegar samningur er gerður og koma fram í hinum skriflega lánsamningi.<sup>5</sup>

Þó að skylt sé að veita allar nauðsynlegar upplýsingar um vexti og annan kostnað af neytendalánum kemur það ekki í veg fyrir að samið sé um breytilega vexti. Í 9. gr. nll. segir að þó að í lögum sé kveðið á um að neytandi skuli fá upplýsingar um vexti eða fjárhæðir þar sem vextir eru meðtaldir, sbr. 6. gr., komi það ekki í veg fyrir að aðilar geti samið um að vextir séu að nokkru eða öllu leyti breytilegir. Því næst segir: „Skal þá greint frá vöxtum eins og þeir eru á þeim tíma sem upplýsingarnar eru gefnar, tilgreint skal með hvaða hætti vextirnir eru breytilegir og við hvaða aðstæður þeir breytast.“

Hér að neðan er gerð grein fyrir helstu ákvörðunum áfrýjunarnefndar neytendamála sem varða samninga um neytendalán.<sup>6</sup>

### Úrskurðir vegna brota gegn lögum um neytendalán

Í eftirfarandi úrskurðum áfrýjunarnefndar neytendamála reyndi á túlkun ákvæða laga um neytendalán:

<sup>5</sup> Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 535. Sjá einnig *úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 6. júlí 2010 (10/2011)*.

<sup>6</sup> Sjá nánar um hlutverk Neytendastofu, Eiríkur Jónsson og Ása Ólafsdóttir: *Neytendaréttur*, bls. 45-51.

Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 25. september 2009 (9/2009). Deilt var um það hvort skilmálar svokallaðs myntkórfuláns, sem lántaki tók hjá Kaupþingi, bryti gegn 6. og 9. gr. nll. Samkvæmt skilmálum lánsins samanstóðu vextir annars vegar af svokölluðum kjörvöxtum og hins vegar vaxtaálagi, en þar sagði m.a. orðrétt: „Í vexti af höfuðstól skuldar þessarar eins og hann er á hverjum tíma, ber skuldara að greiða breytilega vexti eins og þeir eru ákveðnir af [K] á hverjum tíma og tekur það jafnt til *kjörvaxta* hverrar myntar og *vaxtaálags*. [K] er heimilt að breyta vöxtum á 3ja mánaða fresti til samræmis við þá vexti sem gilda gagnvart nýjum sambærilegum og/eða hliðstæðum lánnum.“ (leturbr. höf.) Lántaki gerði athugasemdir við að ekki kæmi fram í skilmálunum að við útreikning *kjörvaxta* væri raunverulega miðað við LIBOR vexti auk álags, sem bankinn ákvæði á hverjum tíma og kalla mætti kjörvaxtaálag. Kvaðst lántakinn því ekki hafa vitað að öðru vaxtaálagi væri bætt ofan á LIBOR vexti. Neytendastofa bannaði notkun skilmálanna með vísan til 26. gr. nll.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála sagði að samkvæmt 9. gr. nll. væri heimilt að semja um að vextir væru breytilegir að nokkru eða öllu leyti. Einkum skipti máli hver væri merking þeirra orða ákvæðisins að tilgreint skyldi „með hvaða hætti vextirnir eru breytilegir og við hvaða aðstæður þeir breytast.“ Ekki var fallist á að „vextir sem gilda gagnvart nýjum sambærilegum og/eða hliðstæðum lánnum“ væru þær „aðstæður“ í skilningi 9. gr. nll. sem tilgreina skyldi í samningi um lán með breytilega vexti. Í raun og veru fæli lánskilmálinn bankanum sjálfðæmi um það hverjir vextir skyldu vera. Í skilmálanum fælist eingöngu tilvísun til þess að bankinn áskildi sér rétt til að láta öll sambærileg og/eða hliðstæð lán bera sömu vexti án tillits til þess hvenær til þeirra væri stofnað. Ekkert segði um það hvaða aðstæður kölluðu á breytingar á vöxtunum, svo sem skýrlega væri kveðið á um í 9. gr. nll. að gera skyldi.

Þá kom fram að í lánsamningnum væri þess ekki getið að kjörvextir væru samsettir úr a.m.k. tveimur þáttum, báðum breytilegum, þ.e. LIBOR vöxtum og vaxtaálagi (kjörvaxtaálagi). Að mati áfrýjunarnefndarinnar væru þessir tveir þættir „aðstæður“ í skilningi 9. gr. nll. sem skylt væri að gera grein fyrir í lánsamningi.

Í úrskurðinum var rakið að tilgangur laga um neytendalán væri m.a. að bæta möguleika lántakenda til að bera saman mismunandi tilboð lánveitanda og þar með gera lántakanda auðveldara að meta hvort hann vill taka lánið. Í samræmi við þann tilgang var orðalagið „... tilgreint skal með hvaða hætti vextirnir eru breytilegir og við hvaða aðstæður þeir breytast“ í 9. gr. nll. túlkað svo að lánveitanda væri skylt að upplýsa lántaka um allar breytur sem áhrif hefðu til hækkunar eða lækkunar á hlutfalli vaxtanna. Miða yrði við að lánveitandi veitti leiðbeiningar um það hvaða aðstæður gætu leitt til breytinga á vöxtunum. Ekki mætti vera neinum vafa undirorpið hverjar þessar aðstæður væru svo lántaki gæti með fullnægjandi hætti gert sér grein fyrir því hvernig vextirnir væru breytilegir og við hvaða aðstæður þeir breyttust. Einungis þannig yrði gagnsæi lánskjaranna tryggt.

Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 6. júlí 2010 (10/2011). Í málinu var deilt um skilmála bílaláns sem Avant veitti í íslenskum krónum með breytilegum vöxtum. Um hina breytilegu vexti sagði í skilmálunum: „Skuldari skuldbindur sig til að greiða tilgreinda ársvexti, sem skulu vera vextir samkv. gildandi vaxtaskrá [A] um bílalán, eins og hún er á hverjum tíma fyrir verðtryggt skuldabréf.“ Neytendastofa bannaði notkun skilmálanna með vísan til 26. gr. nll.

Lánveitandi taldi að skylda 9. gr. nll. til þess að veita upplýsingar tæki ekki til hins skriflega lánsammans og nægði að gera grein fyrir þessum atriðum munnlega. Í úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála sagði að í 6. gr. nll. fælist skylda til skriflegrar tilgreiningar á vöxtum í lánsamningi en 9. gr. heimilaði að „samið [væri] um“ breytilega vexti, ef tilgreint væri með hvaða hætti vextirnir væru

breytilegir og við hvaða aðstæður þeir breyttust. Þessi ákvæði yrðu ekki skýrð öðruvísi en svo að sú tilgreining skyldi vera í lánsamningum sjálfum, rétt eins og gildi um vaxtakjör endranær. Lögskýringargögn styddu þessa niðurstöðu en þau fælu að nokkru leyti í sér tilvísun til samningsgerðarinnar í umfjöllun um 9. gr. nll. Í þessu sambandi var vísað til úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála 25. september 2009 (9/2009), þar sem komist hafði verið að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn 9. gr. með því að tilgreina ekki í lánsamningi þau atriði sem þar er mælt fyrir um. Þá var heldur ekki fallist á að slík tilgreining væri háð því að neytandinn bæri fram ósk um að verða upplýstur um þessi atriði, enda mæltu jafnt 6. og 9. gr. berum orðum fyrir um skyldu.

Þessu næst kom til athugunar hvort tilgreining hinna skriflegu skilmála uppfyllti kröfur 9. gr. nll. um að þar skyldi „greint frá vöxtum eins og þeir eru á þeim tíma sem upplýsingarnar eru gefnar“ og tilgreint „með hvaða hætti vextirnir eru breytilegir og við hvaða aðstæður þeir breytast“. Í úrskurðinum sagði að fyrra skilyrðið væri uppfyllt enda kæmi fram í umræddu veðskuldabréfi að „vextir nú“ væru „7,25%“. Deilan snerist hins vegar um hvort síðarnefnda skilyrðið hefði verið uppfyllt með því orðalagi að vextirnir skyldu vera „samkv. gildandi vaxtaskrá [A] um bílalan, eins og hún væri á hverjum tíma fyrir verðtryggð skuldabréf.“ Því var hafnað að skilmálarnir uppfylltu síðarnefnda skilyrði en um kröfurnar í þessum efnum var að verulegu leyti vísað til úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála 25. september 2009 (9/2009). Skilmálinn fæli lánveitanda í reynd algjört sjálfðæmi um það hverjir vextirnir skyldu vera. Því væri einfaldlega lýst yfir að vextir skyldu vera samkvæmt gildandi vaxtaskrá lánveitanda á hverjum tíma. Að engu leyti væri nefnt hvaða aðstæður gætu ráðið breytingu þeirrar vaxtaskrár né vaxtabreytingarnar útskýrðar frekar eða þeim markaður nokkurn annar rammi. Einföld tilvísun til vaxtaskrár, án nokkurra frekari útskýringa, uppfyllti ekki hið skýra skilyrði 9. gr. nll. um að tilgreint væri „með hvaða hætti vextirnir eru breytilegir og við hvaða aðstæður þeir breytast.“

Loks var tekið fram að þótt taka mætti undir það að í reynd væri ómögulegt að veita nákvæmar tölulegar upplýsingar um það hvernig vextir kynnu að breytast í framtíðinni veittu þeir erfðleikar enga heimild til þess að sleppa því að tilgreina þær aðstæður sem áhrif hefðu á vexti. Þeim aðstæðum mætti vel lýsa í skilmálum lánsins þótt nákvæmar tölulegar upplýsingar yrðu ekki settar fram. Loks var tekið fram að síðari upplýsingagjöf lánveitanda um forsendur vaxtabreytinga gæti vitanlega ekki breytt þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn 9. gr. nll. við samningsgerð.

*Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 20. desember 2010 (17/2010).* Staðfest var ákvörðun Neytendastofu um að Lýsing hefði brotið gegn ákvæðum 3. tölul. 1. mgr. 6. gr. og 9. gr. nll. og ákvæðum 5. og 8. gr. laga nr. 57/2005 með því að tilgreina ekki í bílasamningi að vextir af íslenskum hluta lánsins væru breytilegir og með því að tilgreina ekki með hvaða hætti og við hvaða aðstæður vextir gætu breyst. Þá hefði L brotið gegn ákvæðum 5. gr. og 2. mgr. 6. gr. nll. og ákvæðum 5. og 8. gr. laga nr. 57/2005 með því að tilgreina ekki í bílasamningi hvort íslenskur hluti lánsins væri verðtryggður eða óverðtryggður. Einnig hefði L brotið gegn ákvæðum 3. tölul. 1. mgr. 6. gr. og 9. gr. nll. og ákvæðum 5. og 8. gr. laga nr. 57/2005 með því að tilgreina ekki í bílasamningi að innheimt væri vaxtaálag á LIBOR-vexti þess hluta lánsins sem væri í erlendri mynt og með því að greina ekki frá því hversu hátt slíkt vaxtaálag væri.

Í bílasamningi var ekki að finna upplýsingar um upphæð vaxta á þeim hluta láns, sem var í íslenskum krónum, auk þess sem ekki kom fram hvort vextir væru fastir eða breytilegir. Í úrskurði áfrýjunarnefndar sagði að uppfyllt væri það skilyrði 9. gr. nll. að greint væri frá vöxtum eins og þeir væru á þeim tíma sem upplýsingarnar voru gefnar. Aftur á móti var talið að það orðalag greiðsluáætlunar, sem á var byggt í málinu, „að vextir eru skv. nógildandi vöxtum og gjaldskrá Lýsingar hf.“

uppfyllti ekki það skilyrði 9. gr. nll. að tilgreint væri „með hvaða hætti vextirnir eru breytilegir og við hvaða aðstæður þeir breytast.“

*Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 20. desember 2010 (18/2010).* Staðfest var ákvörðun Neytendastofu um að banna SP-Fjármögnun að notast við skilmála í bílasamningum við neytendur í íslenskum krónum þess efnis að ársvexti skyldi greiða samkvæmt gildandi vaxtaskrá SP á hverjum tíma. Samkvæmt 3. tölul. 1. mgr. 6. gr. nll. bæri lánveitanda að greina skriflega frá vöxtum lánsins við samningsgerð. Væru vextir breytilegir bæri einnig samkvæmt 9. gr. nll. að greina frá því með hvaða hætti og við hvaða aðstæður vextir gætu breyst. Í lögnum væri ekki gerð frekari krafa til þess að greint væri frá því þegar vextir væru fastir. Þá mætti ganga út frá því að væri ekki greint frá því með hvaða hætti og við hvaða aðstæður vextir gætu breyst væru þeir fastir. Hvorki í skilmálum né fylgiskjöllum með samningi aðila væri greint frá því að greiða skyldi sérstakt álag á LIBOR-vexti eða hversu hátt slíkt álag skyldi vera. Komið hefði fram að áður hefði vaxtaálag SP verið fast en í nýrri samningum væri það nú breytilegt. Að mati Neytendastofu voru upplýsingar um það hversu hátt hlutfall vaxta væri tengt LIBOR og hversu hátt hlutfall þeirra væri álag á LIBOR, sem annað hvort væri fast eða breytilegt samkvæmt breytingarástæðum lánveitanda, mikilvægar fyrir neytendur við töku lánsins og því hluti af upplýsingaskyldu lánveitanda. Væri álagið breytilegt væri einnig nauðsynlegt skv. 9. gr. nll. að tilgreina við hvaða aðstæður og með hvaða hætti það gæti breyst. Neytendastofa taldi því að SP hefði brotið gegn ákvæði 5. gr. og 3. tölul. 1. mgr. 6. gr. nll. með því að tilgreina ekki í samningi að af erlendum hluta lánsins skyldi greiða sérstakt álag á LIBOR-vexti og hversu hátt það álag væri.

### Úrskurðir vegna brota gegn lögum um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu við gerð lánsamninga

Reynt getur á ákvæði laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu við gerð lánsamninga. Gildssvið laganna er víðtækt en þau taka til „hvers konar atvinnustarfsemi, svo sem framleiðslu, verslunar og þjónustu, án tillits til þess hvort hún er rekin af einstaklingum, félögum, opinberum aðilum eða öðrum.“ Í 5. gr. laganna eru óréttmætir viðskiptahættir bannaðir og gildir bannið áður en, á meðan og eftir að viðskipti með vöru fara fram eða þjónusta er veitt. Þessari reglu, sem nefnd hefur verið hin almenna bannregla, er ætlað að ná til ýmissa tilvika sem sérákvæði laganna taka ekki til.<sup>7</sup> Þá eru viðskiptahættir óréttmætir ef þeir brjóta í bága við góða viðskiptahætti gagnvart neytendum og raska verulega eða eru líklegir til að raska verulega fjárhagslegri hegðun neytenda, sbr. 8. gr. laganna.

Á framangreind ákvæði reyndi í neðangreindum máli sem átti rætur að rekja til skilmálabreytinga á lánsamningi.

*Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 21. janúar 2009 (25/2009).* Deilt var um framkvæmd á skilmálabreytingum bílasamninga SP-Fjármögnunar. Í samningunum kom fram að vextir væru með föstu vaxtaálagi og á bakhlið þeirra var að finna ítarlega almenna samningsskilmála sem leigutaki undirritaði. SP bauð síðar upp á samkomulag um skilmálabreytingu. Þar var ekki minnst á vaxtaálag en á bakhlið samkomulagsins var að finna nýja útgáfu almennra samningsskilmála, sem leigutaki undirritaði, en í samkomulaginu sagði að með undirritun sinni á núgildandi skilmála viðurkenndi leigutaki að hann hefði lesið skilmálana, áttað sig á inntaki þeirra og væri þeim í einu og öllu samþykkuð. Á útgáfunum var hins vegar sá munur að í 2. gr. nýju skilmálanna hafði verið bætt inn málsgrein þar sem mælt var fyrir um að SP væri heimilt að breyta vaxtaálagi samnings til hækkunar

<sup>7</sup> Reglan er talin nauðsynleg til að unnt sé að fylgja eftir breytingum í viðskiptaháttum og beina þeim í þann farveg sem heppilegastur er á hverjum tíma. Sjá Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 377. Sjá nánar Eiríkur Jónsson og Ása Ólafsdóttir: *Neytendaréttur*, bls. 211-213.

eða lëkkunar einu sinni á ári. Þessi málsgrein var ekki kynnt sérstaklega fyrir þeim sem undirgengust samkomulagið.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála sagði að með umræddri framkvæmd hafi verið ætlunin að breyta föstu vaxtaálagi í breytilegt vaxtaálag, án þess að slíkt væri skýrlega orðað í samkomulaginu. Hafi neytendum verið ætlað að átta sig á breytingunni með því að bera saman nýju almennu skilmálana og eldri skilmála. Væri hið nýja ákvæði, sem mælti fyrir um breytinguna, fjarri því að blasa við þegar skilmálarnir væru bornir saman, enda virtust þeir við fyrstu sýn á allan hátt mjög áþekkir. Bryti þessi framkvæmd í bága við góða viðskiptahætti og uppfyllti að öðru leyti skilyrði bannákvæðisins í 8. gr., sbr. 5. gr. laga nr. 57/2005, enda væri tegund vaxtaálags, þ.e. hvort um fast eða breytilegt álag væri að ræða, ótvírætt meðal þeirra þátta sem áhrif hefðu á ákvarðanir neytenda í slíkum viðskiptum. Rök SP þess efnis að breytingin hafi í reynd verið ívilnandi og að vaxtaálag væri enn sem komið óbreytt gátu ekki breytt þessari niðurstöðu.

## Skýring lagaákvæða

Meginregla íslenskrar stjórnskipunar er sú að stjórnvöld eru bundin af lögum. Í þessari reglu, sem nefnd hefur verið lögmatísreglan, felst annars vegar að ákvarðanir stjórnvalda verða almennt að eiga sér stoð í lögum (lagaáskilnaðarregla) og hins vegar að þær mega ekki vera í andstöðu við lög.<sup>8</sup>

Í málum sem rekin hafa verið fyrir áfrýjunarnefnd neytendamála hefur því verið haldið fram að ákvarðanir Neytendastofu standist ekki lögmatísregluna, t.d. að hendur stjórnvalda séu bundnar varðandi túlkun í samræmi við tilgang viðkomandi laga. Í úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 20. desember 2010 (17/2010) var ekki á það fallist að Neytendastofu skorti lagaheimild til að ákvarða að kærandi hafi brotið gegn 9. gr. nll. Lögum samkvæmt annaðist Neytendastofa eftirlit með ákvæðum laganna og yrði ákvörðunum hennar skotið til áfrýjunarnefndar neytendamála, að undanskildum ákvörðunum um dagsektir. Þá sagði að ekki yrði hjá því komist að stjórnvöld túlkuðu lagaákvæði á þeim sviðum réttarins sem þeim væri falið að hafa eftirlit með. Í þessu sambandi yrðu stjórnvöld m.a. að horfa til orðalags viðkomandi ákvæðis, undirbúningsgagna með lagafrumvörpum o.fl. atriða.<sup>9</sup>

Það er að sjálfsögðu athugunarefni hverju sinni hvort stjórnvöld hafi lagaheimild til þess að taka ákvörðun í máli. Aftur á móti breytir það engu um nauðsyn þess að stjórnvöld túlki lög á sviði allsherjarréttar. Þó að túlkun lagaákvæða á sviði stjórnsýsluréttar lúti í meginatriðum sömu lögmaílum og á öðrum sviðum réttarins gæti vissrar tilhneigingar hjá stjórnvöldum til þess að leggja áherslu á lögskýringargögn.<sup>10</sup> Skal á það bent að þar sem lögmatísreglan er í forgrunni verður að setja markmiðsskýringu mörk. Þetta er fyrst og fremst talið eiga við þegar markmiðsskýring getur leitt til túlkunar sem er aðila í óhag, t.d. þegar til greina kemur að túlka ákvæði rúmt.<sup>11</sup>

## Mörkin milli opinbers réttar og einkaréttar

Samkvæmt 25. gr. nll. annast Neytendastofa eftirlit með ákvæðum laga um neytendalán

<sup>8</sup> Sjá um lögmatísregluna *Skýrsla um starfskilyrði stjórnvalda*. Forsætisráðuneytið, Reykjavík 1999, bls. 17-20. Sjá um beitingu lögmatísreglunnar Eiríkur Jónsson: „Lögmatísreglan í framkvæmd opinberra eftirlitsstofnana.“ *Rannsóknir í félagsvísindum X*, Reykjavík 2009, ritstj. Trausti Fannar Valsson, bls. 81-96

<sup>9</sup> Sjá til hliðsjónar um vægi lögskýringargagna og markmiða sem leiða má af lögum á sviði stjórnsýsluréttar, *Skýrsla um starfskilyrði stjórnvalda*, bls. 25-28.

<sup>10</sup> Jens Garde o.fl.: *Forvaltningsret*. Kaupmannahöfn 1997, bls. 135.

<sup>11</sup> Sjá Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*. Reykjavík 2007, bls. 205.



og getur stofnunin gripið til úrræða samkvæmt þeim lögum, svo sem að banna athafnir sem brjóta í bága við lög. Banninu er unnt að framfylgja með dagsektum, en einnig er unnt að ljúka máli með sátt, sbr. 26. gr. nll. Um úrræði Neytendastofu og málsmeðferð gilda að öðru leyti lög nr. 57/2005 um eftirlit með óréttmætum viðskiptaháttum og gagnsæi markaðarins.

Í málum, sem heyra undir Neytendastofu og varða brot á reglum laga um neytendalán, er stundum vísað til lagareglna á sviði einkaréttar, t.d. laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umbod og ógilda löggæringa (sml.). Þó að háttsemi, sem brýtur gegn lögum um neytendalán, kunnir einnig að brjóta gegn ákvæðum samningalaga getur Neytendastofa ekki vikið samningi til hliðar með vísan til þeirra laga. Slík ákvörðun fengi tæpast staðist lögmætisregluna sem að framan greinir, sbr. *úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 21. janúar 2010 (1/2010)*. Neytendastofa getur einungis gripið til þeirra úrræða sem henni eru fengin sérstaklega í lögum og að framan greinir.

## Breytingar með tilskipun 2008/48/EB

Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins um lánasamninga fyrir neytendur 2008/48/EB, sem samþykkt var 23. apríl 2008, er ætlað að leysa af hólmi eldri tilskipun 87/102/EBE sama efnis. Markmið tilskipunarinnar er að tryggja að neytendur verði betur upplýstir þegar þeir taka lán, stuðla að opnun markaðar fyrir lán á milli aðildarríkja og gera markaðinn gagnsærri fyrir neytendur og viðskiptalíf. <sup>12</sup> Í tilskipuninni er að finna ýmis nýmæli sem ætlað er að stuðla að þessu markmiði.

Ljóst er að innleiðing tilskipunar 2008/48/EB kallar á endurskoðun á lögum um neytendalán. <sup>13</sup> Ætla má að gerðar verði auknar kröfur til vandaðra vinnubragða lánastofnana, þar á meðal aukin krafa um upplýsingagjöf auk skyldu til að meta gjaldþol lántaka fyrir samningsgerð. Í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar verður sett þak á uppgreiðslukostnað lána og neytendur munu hafa 14 daga frest til að falla frá samningi. Réttarstaða neytenda við gerð lánasamnings mun með þessum fyrirhuguðu breytingum væntanlega batna til muna frá því sem nú er. Með 5. og 6. gr. tilskipunarinnar eru lögð aukin upplýsingaskylda á lánveitanda í samanburði við gildandi rétt.

## Niðurstöður

Að framan er gerð grein fyrir megininntaki upplýsingaskyldu lánveitanda samkvæmt lögum um neytendalán. Nánara inntak upplýsingaskyldunnar hefur mótast með ákvörðunum Neytendastofu og úrskurðum áfrýjunarnefndar neytendamála. Af úrskurðunum má t.d. ráða að gerðar eru miklar kröfur til fjármálaforritækja þegar metið er hvort í samningi sé tilgreint „með hvaða hætti vextirnir eru breytilegir og við hvaða aðstæður þeir breytast“ í skilningi 9. gr. nll. Í þessum efnum er horft til þess að *tilgangur* laga um neytendalán er m.a. að bæta möguleika lántakenda til að bera saman mismunandi tilboð lánveitenda og þar með gera lántakanda auðveldara að meta hvort hann vill taka lánið. Af þessu leiðir að upplýsa verður lántaka um *allar breytur* sem haft geta áhrif til hækkunar eða lækkunar vöxtum. Auk þess má *ekki vera vafa undirorpið* hverjar þær aðstæður eru. Af þessu leiðir að tryggja verður *gagnsæi* lánskjara, sbr. *úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 25. september 2009 (9/2009)*.

Ljóst er að lánsskilmálar mega ekki fela lánveitanda algert *sjálfðæmi* um það hverjir vextir eigi að vera. Þannig uppfyllir einföld tilvísun í samningi til vaxtaskrár t.d. ekki

<sup>12</sup> Alþt. 2007-2008, A-deild, bls. 3116-3117.

<sup>13</sup> Sjá um innleiðingu tilskipunarinnar í danskan rétt Betænking nr. 1509: „*Gennemførelse af forbrugerkreditdirektivet*.“ Kaupmannahöfn 2009, en um innleiðingu í sænskan rétt vísast til Ds 2009:67: „*Ny konsumentkreditlag*.“ Stokkhólmur 2009.

kröfur 9. gr. nll., sbr. *úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 6. júlí 2010 (10/2010)*, *20. desember 2010 (17/2010)* og *20. desember 2010 (18/2010)*. Í þessu sambandi hafa *erfiðleikar* lánveitenda um að veita nákvæmar upplýsingar um það hvernig vextir kunni að breytast ekki talist veita heimild til þess að tilgreina ekki þær aðstæður sem áhrif hafa á vexti.<sup>14</sup> Þá er ljóst að *síðari upplýsingar* lánveitanda um forsendur vaxtabreytinga geta ekki breytt því að það telst brot gegn 9. gr. nll. að tilgreina ekki þessar upplýsingar við samningsgerðina, sbr. *úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 6. júlí 2010 (10/2010)*.

Í framkvæmd er litið svo á að ákvæði 3. tölul. 6. gr. og 9. gr. nll. verði að skýra svo að tilgreining vaxta skuli vera í lánsamningnum sjálfum. Lögskýringargögn styðja þessa niðurstöðu en í umfjöllun um 9. gr. fela þau að nokkru leyti í sér tilvísun til samningsgerðarinnar, sbr. t.d. *úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 25. september 2009 (9/2009)* og *20. desember 2010 (17/2010)*.

Auk þeirrar verndar sem lántakar hafa samkvæmt lögum um neytendalán njóta þeir einnig verndar samkvæmt lögum nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu. Þannig eru viðskiptahættir óréttmætir ef þeir brjóta í bága við góða viðskiptahætti gagnvart neytendum og raska verulega eða eru líklegir til að raska verulega fjárhagslegri hegðun neytenda, sbr. *úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 21. janúar 2009 (25/2009)*.

## Heimildir

Alþingistiðindi.

Betænkning nr. 1509: „*Gennemførelse af forbrugerkreditdirektivet.*“ Kaupmannahöfn 2009.

Ds 2009:67: „*Ny konsumentkreditlag.*“ Stokkhólmur 2009.

Eiríkur Jónsson og Ása Ólafsdóttir: *Neytendaréttur*. Reykjavík 2009.

Jens Garde o.fl.: *Forvaltningsret*. Kaupmannahöfn 1997.

Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret*. Kaupmannahöfn 2005.

Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*. Reykjavík 2007.

*Skýrsla um starfskilyrði stjórnvalda*. Forsætisráðuneytið, Reykjavík 1999.

*Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 21. janúar 2009 (25/2009)*.

*Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 25. september 2009 (9/2009)*.

*Úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 6. júlí 2010 (10/2010)*.

*Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 20. desember 2010 (17/2010)*.

*Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 20. desember 2010 (18/2010)*.

---

<sup>14</sup> Í *úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 25. september 2009 (9/2009)* var rakið að þeir þættir sem helst hefðu áhrif á vaxtakjör sem banki gæti boðið væru annars þau kjör sem lánveitendur gætu boðið honum (fjármögnunarkostnaður) og hins vegar álag sem bankinn legði á þennan fjármögnunarkostnað. Þegar bankinn tæki erlend lán væru LIBOR vextir vaxtaviðmiðið á erlendum millibankamarkaði.

# Réttaráhrif óvígðrar sambúðar

## Hrefna Friðriksdóttir

### Inngangur

Í fjölskyldurétti er fjallað um *hjúskap* og *óvígða sambúð* en það eru þau fjölskylduform sem fylgja sérstök afmörkuð réttaráhrif að lögum. Í mikilvægum grundvallaratriðum hefur löggjafinn gert skýran greinarmun á hjúskap og óvígðri sambúð enda byggt á því að einstaklingar hafi val um fjölskylduform. Hér reynir á ólíkar formreglur um stofnun og slit og mismunandi efnisreglur um réttaráhrifin. Óvígð sambúð hefur æ ríkari réttaráhrif á ýmsum sviðum, oftast þannig að svipaðar reglur gildi um sambúð og hjúskap. Þessar lagareglur hafa þróast heilmikið víðast á Norðurlöndunum.

Áleitnar spurningar hafa vaknað um það hvort einstaklingar geri sér grein fyrir ólíkum réttaráhrifum hjúskapar og óvígðrar sambúðar. Ákveðið var að leggja fyrir spurningakönnun í samvinnu við Félagsvísindastofnun Háskóla Íslands þar sem spurt var um þekkingu á mismunandi reglum um fjármál og erfðir eftir fjölskylduformi. Einnig var spurt um óskir svarenda í þessum efnum. Í þessari grein verður fjallað um svör við spurningum um þekkingu á reglunum. Niðurstöðurnar styðja þá fullyrðingu að fólk átti sig ekki nægilega vel á réttaráhrifum óvígðrar sambúðar. Mikilvægt er að auka fræðslu um réttarstöðu sambúðarfólks og muninn á sambúð og hjúskap. Á síðari stigum verður unnið nánar úr svörum og sérstaklega litið á óskir svarenda. Frekari rannsóknir á stöðu sambúðarfólks hér á landi væru einnig til þess fallnar að leggja grunn að markvissri stefnumótun á þessu sviði.

### Óvígð sambúð

#### Viðurkennd sambúðarform

Fjölskylda er oft lýst sem grundvallareiningu samfélagsins. Fjölskylda er þó fyrst og fremst félagsfræðilegt hugtak sem er notað um þá sem velja sér að búa saman og deila lífsgæðum með ákveðnum hætti. Fjölskylda sem slík er ekki skilgreint hugtak í lögum. Löggjafinn hefur hins vegar valið að tengja réttaráhrif með tilteknum hætti við ákveðnar gerðir af fjölskyldum sem kalla má viðurkennd sambúðarform.<sup>1</sup>

Óvígð sambúð er almennt talin til viðurkenndra sambúðarforma á Íslandi, þ.e. hér er um að ræða fjölskylduform sem löggjafinn hefur valið að marka nokkra sérstöðu umfram ýmis önnur eða að tengja við allvíðtæk réttaráhrif. Hjúskapur er þó það sambúðarform sem hefur skýrustu sérstöðuna og samfelldust réttaráhrif.<sup>2</sup>

Engin heildstæð löggjöf er til um óvígða sambúð á Íslandi, ólíkt því sem á við um hjúskap. Í hjúskaparlögum nr. 31/1993 er þannig að finna yfirgripsmiklar reglur um stofnun og slit hjúskapar, réttindi og skyldur og um fjármál hjóna en samkvæmt 1. gr. laganna er tekið skýrt fram að þau gildi ekki um óvígða sambúð.

<sup>1</sup> Hrefna Friðriksdóttir: „Sifja- og erfðaréttur“. Í ritinu *Um lög og rétt – helstu greinar íslenskrar lögfræði*, Reykjavík 2009, bls. 436.

<sup>2</sup> Með lögum nr. 87/1996 var tveimur einstaklingum af sama kyni gert kleift að staðfesta samvist sína og öðlast með því nánast sömu réttarstöðu og hjón. Lög um staðfesta samvist voru felld úr gildi með lögum nr. 65/2010. Jafnframt var gerð sú breyting á hjúskaparlögum að heimila tveimur eintaklingum að ganga í hjúskap óháð kyni. Þeir sem voru í staðfestri samvist við gildistöku laganna geta breytt samvistinni í hjónaband eða verið áfram í staðfestri samvist og njóta þá sömu réttarstöðu og hjón.



## Hvað er óvígð sambúð?

Hugtakið sambúð er ekki skilgreint í íslenskri löggjöf. Bent hefur verið á að það sé í eðli sínu víðtækt og geti náð yfir hverja þá einstaklinga sem velja sér að deila heimili óháð aðstæðum, markmiðum og tilfinningum.<sup>3</sup> Krafa um sérstakar lagareglur hefur fyrst og fremst tengst því sem kallað hefur verið *óvígð sambúð*. Óvígð sambúð er heldur ekki skilgreind sérstaklega í lögum en í fræðunum hafa mótast vissar lágmarkskröfur til sambúðar sem fallið getur undir hið þrengra hugtak. Segja má að með hugtakinu óvígð sambúð sé almennt átt við sambúð tveggja fullorðinna einstaklinga sem eiga sameiginlegt heimili, hafa vissa fjárhagslega samstöðu og deila lífi sínu með nánnum hætti án þess að vera í hjúskap.<sup>4</sup>

Í þeim lagaákvæðum sem binda tiltekin réttaráhrif við óvígða sambúð eru nánar afmörkuð skilyrði, eins og t.d. um skráningu, tímalengd sambúðar og/eða barneignir. Þá hafa dómstólar einnig markað réttaráhrif óvígðrar sambúðar á vissum sviðum, og þá um leið þau skilyrði sem þarf að uppfylla. Þetta á fyrst og fremst við þegar ágreiningur verður um fjárskipti við sambúðarslit.

## Hverjir eru í óvígðri sambúð?

Engar formreglur gilda um stofnun eða slit óvígðrar sambúðar á Íslandi. Þar sem skráning óvígðrar sambúðar er ekki algilt formskilyrði er erfitt að fullyrða um fjölda þeirra sem velja þetta sambúðarform. Það hefur þó tíðkast nokkuð lengi að reyna að halda saman tölfræði um óvígða sambúð í einhverri mynd.

Samkvæmt lögum nr. 21/1990 er einstaklingum heimilt að skrá óvígða sambúð í Þjóðskrá að vissum skilyrðum uppfylltum. Tölur Hagstofu Íslands um óvígða sambúð, svo sem um tilvist sambúðar og um sambúðarslit, ná eingöngu til þeirra sem hafa valið að skrá sambúð sína. Óvígð sambúð hefur farið vaxandi á Íslandi á undanförunum áratugum. Samkvæmt upplýsingum frá Hagstofu Íslands voru alls 77.227 kjarnafjölskyldur á Íslandi þann 1. janúar 2010. Af þeim voru 51.960 pör í hjúskap og 12.462 pör í óvígðri sambúð.<sup>5</sup> Einstaklingar sem skrá sambúð sína eru almennt yngri en þeir sem ganga í hjúskap og sambúð er algengur undanfari hjúskapar.<sup>6</sup> Ef litid er á skilnaði og slit óvígðrar sambúðar þá benda tölur Hagstofu Íslands til þess að sambúð vari almennt skemur en hjúskapur.

## Almennt um réttaráhrif óvígðrar sambúðar

Í gegnum tíðina hafa verið settar ýmsar lagareglur um réttarstöðu einstaklinga í óvígðri sambúð. Hefur stefnumið síðustu áratuga verið í þá átt að leggja sambúð án vígslu í auknum mæli til jafns við hjúskap í einstökum lagasamböndum, þó að uppfylltum tilteknum skilyrðum í hverju tilviki. Þetta á helst við á sviði opinbers réttar, þ.e. með tilliti til almannatrygginga, bóta, félagslegrar aðstoðar og að sumu leyti skatta. Réttaráhrifin eru almennt önnur á sviði einkaréttar og þá fyrst og fremst að því er tekur til fjármála og erfða. Réttarreglur um fjármál hjóna annars vegar og sambúðarfólks hins vegar eru því ólíkar. Þetta á við um fjármál meðan samvistur vara, fjárskipti við slit og um erfðir og stöðu eftirlifandi maka.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> *Skýrsla um réttarstöðu sambúðarfólks*, Alpt. 2000-2001, A-deild, bls. 3950.

<sup>4</sup> Ármann Snævarr: *Hjúskapar- og sambúðarréttur*. Reykjavík 2008, bls. 918-924 og Steinunn Guðbjartsdóttir: „Óvígð sambúð“. Í ritinu *Heiðursrit Ármann Snævarr 1919-2010*. Reykjavík 2010, bls. 427. Þess má geta að áður fyrr var það talið eitt af viðmiðunatriðum við afmörkun óvígðrar sambúðar að um karl og konu væri að ræða en með lögum nr. 65/2006 nær hugtakið einnig til sambúðar einstaklinga af sama kyni.

<sup>5</sup> Landshagur 2010. Hagstofa Íslands 2010, bls. 63.

<sup>6</sup> Lars Dommermuth, Turid Noack og Kenneth Aarskaug Wiik: Gift, samboer eller «bare» kjæreste? *Samfunnsspeilet* 1/2009, bls. 19.

<sup>7</sup> Hér er ekki svigrúm til að gera nánari grein fyrir mismunandi reglum um þetta efni, sjá nánar *Skýrsla um réttarstöðu sambúðarfólks*, bls. 3952-3954.

Athyglisvert er að skoða þróun þessara mála á hinum Norðurlöndunum. Í Noregi voru sett árið 1991 sérstök lög um þá sem deila saman heimili.<sup>8</sup> Þá var norsku erfðalögnum breytt árið 2008 og kveðið á um tiltekinn erfðarétt sambúðarfólks og afmarkaðan rétt til setu í óskiptu búi.<sup>9</sup> Svíar settu árið 1987 lög um sameiginlegt heimili<sup>10</sup> þar sem kveðið var á um vissa réttarstöðu þeirra sem bjuggu saman. Árið 2003 tóku gildi þar í landi ný lög um óvígða sambúð sem kveða nánar á um einskonar helmingaskipti á tilteknum eignum sambúðarfólks.<sup>11</sup> Finnar settu sambúðarlög um tiltekin atriði árið 2011 sem ganga þó talsvert skemur en sænsku löggin.<sup>12</sup> Danir hafa ekki sett heildarlög um óvígða sambúð en rætt hefur verið um þörf á því að setja lög með hliðsjón af þróun í Noregi og í Svíþjóð.<sup>13</sup>

Það er ekki auðvelt að hafa yfirsýn yfir réttarstöðu einstaklinga í óvígðri sambúð á ólíkum réttarsviðum. Það er algeng fullyrðing að sambúðarfólk geri sér ekki grein fyrir réttarstöðu sinni og átti sig ekki á muninum á óvígðri sambúð og hjúskap.<sup>14</sup> Mikilvægt er að varpa frekara ljósi á þekkingu og óskir fólks í þessum efnum.<sup>15</sup>

## Framkvæmd könnunar

Hér verður fjallað um nokkrar niðurstöður spurningakönnunar sem lögð var fyrir í samstarfi við Félagsvísindastofnun Háskóla Íslands.<sup>16</sup> Markmið spurningakönnunarinnar var að kanna þekkingu á réttindum fólks í sambúð. Spurningar miðuðu að því að kanna hvort svarendur teldu sambúðarfólk öðlast sömu réttarstöðu og hjón á tilteknum sviðum og þá hvaða skilyrði sambúðarfólk þyrfti að uppfylla til að svo yrði. Við afmörkun á skilyrðum voru höfð til hliðsjónar þau skilyrði sem eru algeng í lögum til að tryggja réttaráhrif sambúðar. Lögð var áhersla á almenna réttarstöðu, rétt sambúðarfólks til að erfa hvort annað og reglur um skipti á eignum við slit óvígðrar sambúðar. Þá var spurt hvaða reglur svarendur teldu að ættu að gilda um þessi efni. Þátttakendur voru einnig beðnir um ýmsar bakgrunnsupplýsingar, svo sem um kyn, menntun, starfsstétt og hjúskaparstöðu.

Hér var um netkönnun að ræða. Úrtakið var einfalt tilviljunarúrtak úr Netpanel Félagsvísindastofnunar. Þátttakendur í Netpanel eru valdir með tilviljunaraðferð úr

<sup>8</sup> Husstandsfellesskapslov nr. 45 frá 1991. Löggin heimila sambúðarmaka við sérstakar aðstæður að leysa til sín sameiginlegt heimili og innbú gegn greiðslu

<sup>9</sup> Lög nr. 112 frá 2008 um breytingu á norsku erfðalögnum nr. 5 frá 1972. Réttur sambúðarfólks er þó ekki sá sami og hjóna, sjá nánar Thomas Eeg: „Samboeres arve- og uskifterettslige stilling.“ *Tidskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørgsmål*, nr. 1-2/2010, bls. 46.

<sup>10</sup> Lög 1987:282 Om sambors gemensamma hem.

<sup>11</sup> Sambolag 2003:376. Löggin gilda um þá sem búa sem þar á sameiginlegu heimili en við skýringu á þessu ákvæði er m.a. litið til sambúðartíma og fjárhagslegrar samstöðu, sjá Prop. 2002/03:80 *Ný sambolag*.

<sup>12</sup> Lag om oppløsning av sambors gemensamma hushåll nr. 26 frá 2011. Sjá Urpo Kangas: ”Réttarreglur um sambúð í Finnlandi”. Í ritinu *Heiðursrit Ármann Snævarr 1919-2010*. Reykjavík 2010, bls. 270 og 274.

<sup>13</sup> Ingrid Lund-Anderson: *Familieøkonomien*. Kaupmannahöfn 2011. bls. 165-167. Einnig Betækning 1473/2006 *Om revision af arvelogvningen mv*.

<sup>14</sup> Sjá t.d. Ármann Snævarr: *Hjúskapar- og sambúðarréttur*, bls. 906 og NOU 1999:25 *Samboerne og samfunnet*. Oslo 1999, bls. 106: „Alt i alt ser det altså ut til at bare i liten grad er slik at samboende par velger sin samlivsform ut fra ideell overbevisning...“ og bls. 198: „...mange samboere synes å ha liten bevissthet om de rettslige sidene ved denne samlivsformen, og mange tror at de – i hvert fall etter en viss tid – har de samme juridiske rettigheter som ektepar.“

<sup>15</sup> Í Noregi var lögð fyrir spurningakönnun árið 2003 þar sem þátttakendur voru beðnir um að svara þremur spurningum um þekkingu á réttarstöðu sambúðarfólks í samanburði við hjúskap. Undir 7% svaraði öllum spurningum rangt og um þriðjungur svaraði þeim öllum rétt, sjá Torkild Hovde Lyngstad og Turid Noack: Samboerskap eller etteskap? Utbredt ønske om større likhet. [http://www.ssb.no/magasinet/slik\\_lever\\_vi/](http://www.ssb.no/magasinet/slik_lever_vi/), skoðað 30. ágúst 2011.

<sup>16</sup> Af hálfu Félagsvísindastofnunar var undirbúningur og gagnaöflun í höndum Hrefnu Guðmundsdóttur. Úrvinnslu og skýrslugerð önnuðust Auður Magnús Leiknisdóttir og Heiður Hrunn Jónsdóttir. Er þeim ásamt forstöðumanni Félagsvísindastofnunar þakkað gott samstarf.

Þjóðskrá. Haft er samband við þá símleiðis og óskað eftir því að þeir svari nokkrum könnunum á ári á Netinu. Fjöldi í úrtaki var 1400 og var upplýsingum safnað á tímabilinu 18. júlí til 12. ágúst 2011. Fjöldi svarenda var 613 og svarhlutfall því 44%.

Svör í könnuninni voru greind með þeirri tölfræði sem er viðeigandi fyrir hverja og eina spurningu. Ekki var gerð krafa um svör við öllum spurningum og því er mismunandi fjöldi sem svaraði hverri spurningu fyrir sig. Marktektarprófið kí-kvaðrat var notað til að meta hvort tölfræðilega marktækur munur væri á hlutföllum mismunandi hópa. Í bakgrunnsgreiningu var fjöldi svarenda stundum ekki nægilegur til að hægt væri að reikna marktækt. Hópar verða einungis bornir saman þar sem munurinn var marktækur.<sup>17</sup> Niðurstöður verða settar fram í myndum sem sýna hlutfall þeirra sem svara tilteknum undirliðum hverrar spurningar játandi.

## Niðurstöður

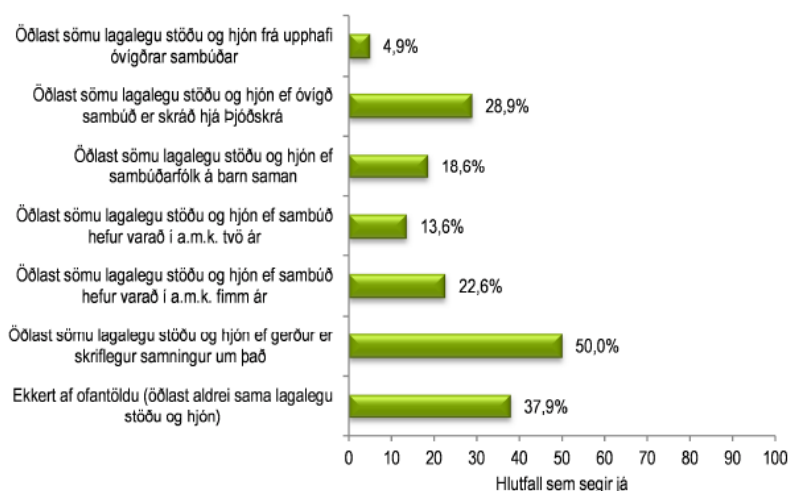
### Almennt

Í þessari grein verður litið á þekkingu fólks á réttarstöðunni í óvígðri sambúð. Á síðari stigum verður rýnt frekar í niðurstöðurnar og fjallað um svör við spurningum um óskir fólks í þessum efnum.

Af þeim sem svöruðu voru alls 47% karlar og 53% konur og var aldursdreifing nokkuð jöfn. Af þeim sem svöruðu spurningu um hjúskaparstöðu (571 þátttakandi) voru alls 60% í hjúskap eða staðfestri samvist,<sup>18</sup> 22% í sambúð, 10% einhleypir og svo lítil hluti fráskilinn, ekill eða ekkja.

### Þekking á lagalegri stöðu sambúðarfólks

Fyrst var spurt um þekkingu á lagalegri stöðu sambúðarfólks borið saman við hjón. Spurt var hvort sambúðarfólk öðlist sömu lagastöðu frá upphafi óvígðrar sambúðar, eða þegar afmörkuð skilyrði væru uppfyllt eða hvort sambúðarfólk öðlist aldrei sömu lagalegu stöðu og hjón. Svarendur voru bednir um að merkja já eða nei við hvern af þessum undirliðum en gátu merkt t.d. já við fleiri en einn valkost ef talið var að fleiri en eitt atriði ætti við.



### Mynd 1. Telur þú að tveir einstaklingar í óvígðri sambúð öðlist sömu lagalegu stöðu og hjón?

<sup>17</sup> Með marktækum mun er hér átt við það þegar a.m.k. innan við 5% líkur eru á því að munur sem sést í hópi svarenda sé kominn til af tilviljun. Í einhverjum tilvikum má fullyrða með 99% vissu að munur sé til staðar í þýði.

<sup>18</sup> Um þennan hóp verður hér eftir vísað til sem einstaklinga í hjúskap.

Eins og fram kemur á mynd 1 var einungis lítil hópur sem taldi upphaf sambúðar leysa úr læðingi samsvarandi réttaráhrif og stofnun hjúskapar. Mun fleiri töldu sambúðarfólk fá samsvarandi réttarstöðu og hjón þegar uppfyllt væru afmörkuð skilyrði.

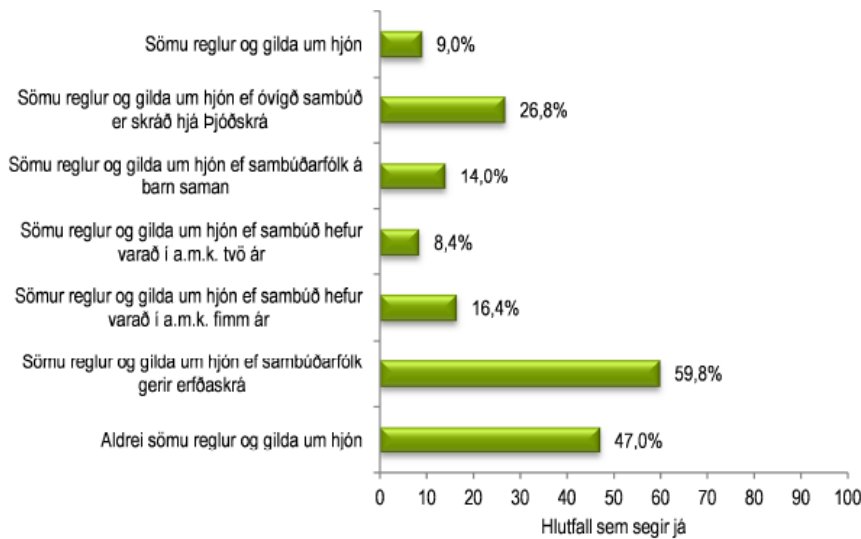
Um 38 % svöruðu því réttilega að sambúðarfólk öðlist aldrei sömu lagalegu stöðu og hjón. Vísast hér til þess sem áður var sagt um grundvallarmun á óvígðri sambúð og hjúskap.<sup>19</sup> Athygli vekur að tæp 30% töldu að sambúðarfólk öðlist sömu lagalegu stöðu og hjón við það eitt að skrá sambúð hjá Þjóðskrá. Skráning óvígðrar sambúðar tryggir aðallega þau réttaráhrif sambúðar sem byggjast alfarið á skráningu.<sup>20</sup> Skráning í Þjóðskrá getur hins vegar aldrei tryggt sambúðarfólki sömu lagalegu stöðu og hjón njóta.

Alls 19% svarenda töldu að sambúðarfólk sem á barn saman öðlist við það sömu lagalegu stöðu og hjón sem er ekki reyndin. Hér kom fram marktækur munur eftir hjúskaparstöðu. Af þeim sem voru í sambúð töldu 25% þetta eiga við en t.d. einungis 13% af svarendum í hjúskap. Æskilegra hefði verið að sambúðarfólk væri sá hópur sem hefði meiri þekkingu á þessu.

Þá stendur upp úr að 50% töldu að sambúðarfólk geti gert skriflegan samning um að lagaleg staða þess verði sú sama og hjóna. Samningar um að sambúð hafi að öllu leyti sömu réttaráhrif og hjúskapur eru ekki gildir.<sup>21</sup> Sum atriði getur sambúðarfólk alls ekki samið um. Um önnur atriði má þó semja en þetta á fyrst og fremst við um tiltekna aðstöðu sem upp er komin, t.d. við slit sambúðar. Almennt leikur aftur á móti vafi á um gildi samninga um ófyrirsjáanleg atriði sem erfitt er að hafa yfirsýn yfir.<sup>22</sup>

### Réttur sambúðarfólks til að erfa hvort annað

Spurt var með svipuðum hætti um þekkingu á rétti sambúðarfólks til að erfa hvort annað.



### Mynd 2. Hvaða reglur telur þú að gildi um rétt sambúðarfólks til að erfa hvort annað?

Á mynd 2 kemur fram að 9% töldu sambúðarfólk njóta almennt sama réttar og hjón til að erfa hvort annað. Hér voru það 47% sem völdu þá niðurstöðu að það gildi

<sup>19</sup> Sjá einnig t.d. Steinunn Guðbjartsdóttir: „Óvígð sambúð“, bls. 430.

<sup>20</sup> Í barnalögum nr. 76/2003 er skráning t.d. skilyrði réttaráhrifa.

<sup>21</sup> Ármann Snævarr: *Hjúskapar- og sambúðarréttur*, bls. 931 og Ingrid Lund-Andersen: *Familieökonomien*, bls. 538-539.

<sup>22</sup> Guðrún Erlendsdóttir: *Óvígð sambúð*. Reykjavík 1988, bls. 106-108 og Ármann Snævarr: *Hjúskapar- og sambúðarréttur*, bls. 931.

aldrei sömu reglur um rétt sambúðarfólks og hjóna til að erfa hvort annað.<sup>23</sup> Marktækur munur var á þeim sem merktu við þennan undirlið eftir hjúskaparstöðu. Telja verður jákvætt að sambúðarfólk hallaðist frekar að þessari niðurstöðu en aðrir þar sem þetta verður að teljast hið rétta svar.<sup>24</sup> Þegar rætt er um maka í erfðalögum nr. 8/1962 er einungis átt við þann sem var í hjúskap með hinum látna. Í lögnum eru ákvæði um lögbundinn erfðarétt maka og ýmsar reglur maka til hagsbóta.

Þó nokkur hópur, eða um 27%, taldi skráningu sambúðar í Þjóðskrá duga til að skapa sambúðarfólki erfðarétt en skráning hefur engin áhrif að þessu leyti.

Sérstaka athygli vekur sú niðurstaða að um 60% töldu að sömu reglur gildi um einstaklinga í óvígðri sambúð og gilda um hjón ef sambúðarfólk gerir erfðaskrá. Þó að réttarstaðan geti orðið svipuð þá getur hún ekki orðið sú sama.<sup>25</sup> Vert er að nefna hinar ólíku reglur sem gilda um afmörkun dánarbúsins. Í tilviki hjóna fara almennt fyrst fram svokölluð helmingaskipti eigna til að afmarka þann búshluta sem rennur til dánarbús hins látna.<sup>26</sup> Í tilviki sambúðarfólks renna í dánarbúið þær eignir sem tilheyrðu hinum látna. Þá ber að undirstrika að maki í hjúskap er svokallaður lögerfingi arfleifanda og öðlast því sjálfkrafa arf að arfleifanda látnum skv. lögbundnum reglum. Ef arfleifandi á engin börn eða aðra niðja á lífi þá tekur maki allan arf skv. 1. mgr. 3. gr. erfðalaga. Ef arfleifandi á börn eða aðra niðja á lífi þá erfir maki 1/3 hluta skv. 1. mgr. 2. gr. Sá sem fær arf samkvæmt erfðaskrá kallast bréferfingi. Ef arfleifandi á engin börn eða aðra niðja þá getur arfleifandi gert erfðaskrá og arfleitt sambúðarmaka að öllum eignum sínum. Ef arfleifandi á börn eða aðra niðja má hann ráðstafa til sambúðarmaka allt að 1/3 hluta eigna sinna með erfðaskrá, sbr. 35. gr. erfðalaga.<sup>27</sup> Staðan verður þó aldrei fyllilega sambærileg því að réttarstaða lögerfingja og bréferfingja er ekki sú sama. Bréferfingi getur t.d. þurft að sæta því að einhver krefjist þess að erfðaskrá verði talin ógild, t.d. vegna þess að arfleifanda hafi skort hæfi eða erfðaskráin uppfylli ekki formskilyrði. Þá getur arfleifandi tryggt eftirlifandi maka sínum úr hjúskap hvort tveggja löggarf og bréfarf til viðbótar en sambúðarmaki getur að hámarki átt rétt á bréfarfi. Að lokum er mikilvægt að nefna hér rétt til setu í óskiptu búi þótt það flokkist ekki beint sem réttur til að erfa. Við andlát einstaklings í hjúskap getur eftirlifandi maki öðlast rétt til setu í óskiptu búi, skv. II. kafla erfðalaga, með börnum eða öðrum niðjum að vissum skilyrðum uppfylltum. Í þessu getur falist mikið hagræði fyrir eftirlifandi maka sem hefur þá rúm eignarráð á öllum fjármunum búsins. Sambúðarmaki getur aldrei öðlast rétt til setu í óskiptu búi samkvæmt íslenskum lögum.

Í könnuninni var sérstaklega spurt hvort fólk hefði gert erfðaskrá en einungis 7% svöruðu því játandi. Af þeim sem sögðust vera í sambúð voru einungis 2% sem höfðu gert erfðarskrá.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Ef litid er á fjölda þeirra sem svara öðrum undirliðum játandi verður þó að draga þá ályktun að einhverjir hafi svarað þessum lið játandi en einnig einhverjum öðrum undirlið. Hið sama gerist einnig síðar í könnuninni. Hugsanlegt er að einhverjir hafi lagt þá merkingu í þennan undirlið að það gildi aldrei sjálfkrafa sömu reglur, þ.e. án þess að eitthvað af skilyrðunum eigi við.

<sup>24</sup> Alls 56% svarenda í sambúð töldu þetta eiga við, á móti t.d. 44% svarenda úr hópi einhleypa og 47% úr hópi einstaklinga í hjúskap.

<sup>25</sup> Sjá t.d. Anders Agell og Margareta Brattström: *Äktenskap, Samboende, Partnerskap*. Uppsala 2008, bls. 284.

<sup>26</sup> Sjá almennt 103. gr. hjúskaparlaga nr. 31/1993. Sjá einnig reglur um hagræði fyrir maka t.d. 33. og 35. gr. laga um skipti á dánarbúum o.fl. nr. 20/1991

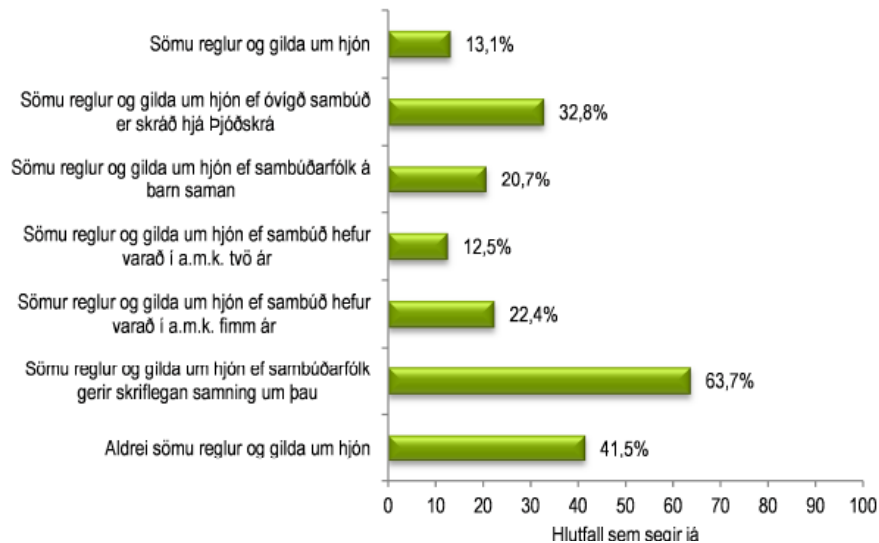
<sup>27</sup> Samkvæmt 2. mgr. 2. gr. laga nr. 14/2004 um erfðafjárskatt er maki undanþeginn greiðslu erfðafjárskatts og hið sama gildir um sambúðarmaka sem stofnað hefur til óvígðrar sambúðar við arfleifanda og tekur arf eftir hann samkvæmt erfðaskrá þar sem stóðu hans sem sambúðarmaka er ótvírætt getið.

<sup>28</sup> Munur milli hópa eftir hjúskaparstöðu var ekki marktækur. Samkvæmt könnun Eyrúnar Guðmundsdóttur frá 1998 á erfðaskráum sem gerðar voru frá 1993-1996 stóðu einstaklingar í hjónabandi að gerð 59% erfðaskráa, einhleypir 35% og einstaklingar í óvígðri sambúð 6%, sjá Páll Sigurðsson: *Erfðaréttur*. Reykjavík 1998, bls. 421.



### Réttur sambúðarfólks við slit á óvígðri sambúð

Með sama hætti og spurt var um réttinn til að erfa var einnig spurt um þekkingu á þeim reglum sem gilda um skipti á eignum við slit óvígðrar sambúðar.



**Mynd 3. Hvaða reglur telur þú að gildi um skipti á eignum við slit óvígðrar sambúðar?**

Eins og sést á mynd 3 töldu um 13% að sömu reglur eigi við um sambúðarfólk og hjón þegar kemur að skiptum á eignum. Þá töldu um 33% að sambúðarfólk öðlist sömu lagalegu stöðu og hjón að þessu leyti við það eitt að skrá sambúð hjá Þjóðskrá. Áréttu þeir að slík skráning hefur engin bein áhrif á þær efnisreglur sem gilda um skipti á eignum.

Nokkur hluti svarenda taldi barneignir eða sambúðartíma geta tryggt að sömu reglur gildi um sambúðarfólk og þær sem gilda um hjón. Þetta er hins vegar ekki rétt þó svo að þessi atriði geti haft viss áhrif á fjárskipti. Við skipti á eignum hjóna gildir almennt helmingaskiptaregla 103. gr. hjúskaparlaga, þ.e. hvor maki á tilkall til helmingis úr hreinni hjúskapareign hins.<sup>29</sup> Til hjúskapareigna teljast allar eignir maka, óháð því hvenær þær urðu til, nema sérstakar heimildir standi til annars. Við sambúðarslit er almennt gert ráð fyrir að hvor um sig taki sínar eigin eignir án þess að eiga tilkall til eigna hins. Dómstólar hafa þó viðurkennt að það geti verið ósanngjarnt að fara einungis eftir formlegum eignaheimildum. Hefur verið farin sú leið í ákveðnum tilvikum að dæma sambúðaraðila hlutdeild í þeirri eignamyndun sem hefur átt sér stað á sambúðartímanum, m.a. með tilliti til sambúðartíma, barneigna og fjárhagslegrar samstöðu.<sup>30</sup>

Um 64% töldu að sambúðarfólk geti náð sömu niðurstöðu og hjón við skipti á eignum ef sambúðarfólk gerir skriflegan samning um þau. Hér er um að ræða mun afmarkaðra svið en þegar reynir á samningsgerð um lagalega stöðu í heild sinni. Sambúðarfólki er að miklu leyti frjálst að gera samninga um fjármál sín. Þegar sambúðarslit eru yfirvofandi eða orðin að veruleika getur sambúðarfólk án efa skipt eignum sínum eftir þeim efnisreglum sem gilda um hjón. Það er hins vegar flóknara að semja fyrirfram.<sup>31</sup> Samningar um að ákvæði hjúskaparlaga ráði um fjármál sambúðarfólks í heild sinni eru almennt taldir

<sup>29</sup> Hér er ekki svigrúm til að fjalla nánar um þær efnisreglur sem gilda um skipti milli hjóna, svo sem ákvæði 102. gr. um verðmæti sem geta fallið utan skipta og 104. gr. um heimild til að víkja frá meginreglunni um helmingjaskipti.

<sup>30</sup> Sjá nánar Hrefna Friðriksdóttir: „Sifja- og erfðaréttur“ bls. 467-468.

<sup>31</sup> Sjá fyrri umfjöllun um samninga um lagalega stöðu.

ógildir.<sup>32</sup> Skýrt afmarkaðir samningar fyrirfram um hvernig haga skuli fjárskiptum við lok sambúðar geta verið gildir að meginstefnu til. Þó er talið að reynt geti á ýmis álitæfni um gildi slíkra samninga, svo sem sjónarmið um brostnar forsendur og sanngirni.<sup>33</sup> Það er því a.m.k. alveg á mörkunum að fullyrða að sambúðarfólk geti verið fyllilega í sömu stöðu og hjón að þessu leyti með því að einu að gera samning um það.

## Umræður og samantekt

Óhætt er að segja að niðurstöður gefi sterkar vísbendingar um að fólk geri sér ekki nægilega skýra grein fyrir réttarstöðu sambúðarfólks og átti sig ekki á muninum á óvígðri sambúð og hjúskap.

Það vekur athygli að í nokkrum tilvikum var marktækur munur á hópum eftir aldri. Þekking svarenda á aldursbilinu 18-29 ára var í þeim tilvikum minni en þeirra sem voru t.d. á aldursbilum 30-39 og 40-49 ára. Þetta er áhyggjuefni þar sem fjöldi þeirra sem eru í óvígðri sambúð nær hámarki um og í kringum 30 ára aldur og fer síðan lækkandi.<sup>34</sup> Þetta helst að einhverju leyti í hendur við mun eftir menntun. Þar sem marktækur munur var á hópum eftir menntun var þekking alltaf meiri hjá þeim sem höfðu háskólapróf heldur en einstaklingum með grunnskóla- eða framhaldsskólapróf.

Niðurstöður benda til þess að það sé ekki eins útbreiddur misskilningur og ætla mætti út frá almennri reynslu að barneignir eða ákveðinn sambúðartími tryggji sambúðarfólki samsvarandi rétt og hjónum. Nokkur hópur taldi þó að barneignir ráði úrslitum. Hugsanlegt er að ákvæði barnalaga nr. 76/2003 hafi hér áhrif þar sem lögð hefur verið áhersla á að jafna réttarstöðu foreldra í hjúskap og foreldra í skráðri sambúð með tilliti til barna.<sup>35</sup> Það var ekki ýkja stór hópur sem taldi að tveggja ára sambúðartími hefði eitthvað að segja en þó nokkuð fleiri töldu að fimm ára sambúð hefði tilskilin áhrif. Sérstaka athygli vekur að skráning sambúðar í Þjóðskrá var talin hafa meiri áhrif að þessu leyti. Nokkur fagleg umræða hefur verið hér á landi um að tengja réttaráhrif sambúðar sem slíkrar við skráningu með markvissari hætti. Sú umræða hefur þó alls ekki verið á þeim nótum að þar með eigi sömu efnisreglur að gilda um sambúðarfólk og þær sem gilda um hjón.<sup>36</sup>

Eins og áður sagði taldi rúmur meirihluti erfðaskrá vera leið til að tryggja erfðarétt til jafns við hjón. Í ljósi þess hversu fáir úr hópi sambúðarfólks hafa gert erfðaskrá verður að velta fyrir sér hvort sambúðarfólk annað hvort óski ekki eftir því að vera í sömu stöðu og hjón að þessu leyti eða hvort sambúðarfólk hugi ekki að því að tryggja þennan rétt.<sup>37</sup> Þátttakendur töldu með svipuðum hætti að unnt væri að tryggja réttarstöðu sambúðarfólks með samningum almennt eða samningum um skipti á eignum. Mikilvægt er að rannsaka sérstaklega í hvaða tilvikum og hvers konar samninga sambúðarfólk hefur gert. Þess má geta að fullyrt hefur verið að sambúðarfólk geri mjög sjaldan formlega samninga sín á milli hér á landi.<sup>38</sup>

Niðurstöður þessarar könnunar gefa sterkar vísbendingar um að auka þurfi fræðslu og þekkingu fólks á réttarstöðunni í óvígðri sambúð.<sup>39</sup> Það hefur verið í umræðunni

<sup>32</sup> Guðrún Erlendsdóttir: *Óvígð sambúð*, bls. 107, Ármann Snævarr: *Hjúskapar- og sambúðarréttur*, bls. 931 og Ingrid Lund-Andersen: *Familieökonomien*, bls. 538-539.

<sup>33</sup> Ármann Snævarr: *Hjúskapar- og sambúðarréttur*, bls. 932, Ingrid Lund-Andersen: *Familieökonomien*, bls. 540-541 og SOU 1999:104 *Nya samboregler*, bls. 151-152.

<sup>34</sup> Samkvæmt upplýsingum Hagstofu Íslands, [www.hagstofa.is](http://www.hagstofa.is).

<sup>35</sup> Á þetta reynir fyrst og fremst í tengslum við faðerni og forsjá barns.

<sup>36</sup> Ekki hefur náðst samstaða um skráningu sem skilyrði réttaráhrifa, sjá t.d. Alþt. 2005-2006, A-deild, bls. 1425-1426 og Alþt. 2006-2007, A-deild, bls. 4883.

<sup>37</sup> Sjá t.d. Betækning 1473/2006 *Om revision af arvelogningnen m.*, bls. 154.

<sup>38</sup> Ármann Snævarr: *Hjúskapar- og sambúðarréttur*, bls. 930.

<sup>39</sup> Sjá einnig St. meld. nr. 29 (2003-2003) *Om familien – forpliktende samliv og foreldreskap*, bls. 10.

hvort rétt væri að lögfesta grundvallarreglur um ýmis atriði varðandi óvígða sambúð.<sup>40</sup> Heildarlög um sambúð væru líklega til þess fallin að skýra og auðvelda yfirsýn yfir réttarstöðuna. Spurning er hins vegar hvort sambúð eigi að hafa sömu réttaráhrif og hjúskapur. Þá er snúið að tala um einstaklinga í óvígðri sambúð sem einn hóp eða fullyrða að líkja megi allri sambúð við hjúskap.<sup>41</sup> Almennt hefur verið lögð áhersla á að munur á réttarstöðu fólks í mismunandi fjölskyldugerðum sé eðlilegur með tilliti til þess að fólk eigi að hafa raunverulega valkosti um hvernig það vilji haga nánú lífssambandi sínu.<sup>42</sup> Þekking er ferska þess að fólk geti tekið upplýsta ákvörðun um sambúðarform.<sup>43</sup>

Það hefur reynt erfitt að svara því á hvaða sviðum og í hverju munur á hjónabandi og óvígðri sambúð skuli vera fölginn. Til að leggja grunn að frekari stefnumótun hér á landi er mikilvægt að skoða óskir fólks í þessum efnum. Þá væri æskilegt að gera viðtækari rannsóknir á því t.d. hvaða þættir það eru sem hafa áhrif á óskir fólks, á val á sambúðarformi, hvort og hvernig fólk taki tillit til réttarstöðu að lögum þegar það velur sér sambúðarform og hvort einstaklingar hafi gert viðeigandi ráðstafanir til að ná þeirri niðurstöðu sem þeir kunna að óska.

## Heimildir

Alþingistíðindi.

Anders Agell og Margareta Brattström: Äktenskap, Samboende, Partnerskap. Uppsala, 4. útg. 2008.

Ármann Snævarr: *Hjúskapar- og sambúðarréttur*. Reykjavík 2008.

Betækning 1473/2006 *Om revision af arvelovgivningen mv*. Kaupmannahöfn 2006.

Guðrún Erlendsdóttir: *Óvígð sambúð*. Reykjavík 1988.

Hrefna Friðriksdóttir: „Sifja- og erfðaréttur“. Í ritinu *Um lög og rétt – helstu greinar íslenskrar lögfræði*, Reykjavík 2009, bls. 436.

Ingrid Lund-Anderson: *Familieökonomien*. Kaupmannahöfn 2011.

Landshagur 2010. Hagstofa Íslands 2010.

Lars Dommermuth, Turid Noack og Kenneth Aarskaug Wiik: Gift, samboer eller «bare» kjæreste? *Samfunnsspeilet* 1/2009, bls. 13-19.

NOU 1999:25 *Samboerne og samfunnet*. Oslo 1999.

Páll Sigurðsson: *Erfðaréttur*. Reykjavík 3. útg. 1998.

Prop. 2002/03:80 *Ny sambolag*. Stockholm 2002.

SOU 1999:104 *Nya samboregler*. Stockholm 1999.

St.meld. nr. 29 (2003-2003) *Om familien – forpliktende samliv og foreldreskap*. Oslo 2003.

Steinunn Guðbjartsdóttir: „Óvígð sambúð“. *Heiðursrit Ármann Snævarr 1919-2010*. Reykjavík 2010, bls. 427-439.

Thomas Eeg: „Samboeres arve- og uskifterettslige stilling.“ *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørgsmål*, nr. 1-2/2010, bls. 25-59.

Torkild Hovde Lyngstad og Turid Noack: Samboerskap eller ekteskap? Utbredt ønske om større likhet. [http://www.ssb.no/magasinet/slik\\_lever\\_vi/](http://www.ssb.no/magasinet/slik_lever_vi/), skoðað 30. ágúst 2011.

Urpo Kangas: ”Réttarreglur um sambúð í Finnlandi”. *Heiðursrit Ármann Snævarr 1919-2010*. Reykjavík 2010, bls. 259-279.

<sup>40</sup> Sjá t.d. Ármann Snævarr: *Hjúskapar- og sambúðarréttur*, bls. 957, Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 2470 og St.meld. nr. 29 (2003-2003) *Om familien – forpliktende samliv og foreldreskap*.

<sup>41</sup> NOU 1999:25 *Samboerne og samfunnet*. Oslo 1999, bls. 126-127. Í skýrslunni er gengið út frá því að sambúð skuli hafa varað í a.m.k. tvö ár eða sambúðarfólk átt barn saman svo unnt sé að tala um „et stabilt og ekteskapslígnende forhold“, sjá bls. 132-133. Einnig t.d. Kenneth Aarskaug Wiik o.fl.: „A study of Commitment and Relationship Quality in Sweden and Norway“. *Journal of Marriage and Family* 71, ágúst 2009, bls. 465-477, bls. 475.

<sup>42</sup> *Skýrsla um réttarstöðu sambúðarfólks*, bls. 3950. Einnig NOU 1999:25 *Samboerne og samfunnet*. Oslo 1999, bls. 99-100.

<sup>43</sup> Steinunn Guðbjartsdóttir: „Óvígð sambúð“, bls. 427.



# Geta yfirlýsingar ráðamanna mögulega skuldbundið ríkið samkvæmt þjóðarétti?

Pétur Dam Leifsson<sup>1</sup>

## Inngangur

Ábyrgð ríkja að þjóðarétti getur stofnast með ýmsum hætti en í framkvæmd gerist slíkt einkum þannig að ríki gerist brotlegt við þjóðréttarsamning eða þjóðréttarvenjur. Einnig er mögulegt að ríki teljist hafa bakað sér skuldbindingar án þess að samningur eða venjur leiði til þess, þ.e. þá með e.k. löggerningi.<sup>2</sup>

Í þessari grein er leitast við að varpa nokkru ljósi á vissar tegundir löggerninga sem taldir eru geta stofnað til skuldbindinga ríkis að þjóðarétti að tilteknum skilyrðum uppfylltum. Þekktasta og áreiðanlegasta uppspretta skuldbindinga á sviði þjóðaréttar eru þjóðréttarsamningar. Hér verður kastljósinu þó ekki beint að þeim heldur einhliða yfirlýsingum eða óformlegu samkomulagi ríkja sem geta haft skuldbindingagildi en eru þó almennt ekki talin til þjóðréttarsamninga. Eru það einkum tvenns konar löggerningar sem þykja áleitnir í þessu sambandi: Annars vegar svonefndar sameiginlegar viljayfirlýsingar ríkja (*Memorandum of Understanding*) sem almennt er ekki ætlað að stofna til skuldbindinga en undantekningar þekkjast þó frá því. Hins vegar er um að ræða munnlegar eða skriflegar einhliða yfirlýsingar þar til bærra ráðamanna af hálfu ríkis sem bera með sér skuldbindandi loforð af hálfu þess. En áður en vikið verður nánar að þessum tveimur flokkum löggerninga sem geta mögulega leitt til skuldbindinga af hálfu ríkis að þjóðarétti er rétt að útskýra fyrst nánar hvað hér er átt við með hugtakiinu löggerningur í skilningi þjóðaréttarins.

## Almennt um löggerninga í þjóðarétti

Með því fyrsta sem sérhver laganemi lærir um í laganámi eru hugtökin réttarheimild og löggerningur. Til réttarheimilda teljast sett lög, venjur, o.s.frv., þ.e. allar þær heimildir sem viðurkennt er að geti verið uppspretta lagareglna í viðkomandi réttarkerfi.<sup>3</sup> Til löggerninga teljast á hinn bóginn m.a. loforð, tilboð, samþykki og samningur, en sé tilboð samþykkt með gildum hætti telst kominn á bindandi samningur. Í þjóðarétti hefur eðli samninga hins vegar þótt margslungnara þar sem þjóðréttarsamningar teljast mikilvægasta réttarheimildin og þá einkum fjölþjóðlegir réttarskapandi samningar sem fela í sér yfirlýsingar um almennar reglur. Tvíhliða réttarskipandi samningar miða hins vegar aðeins að því að tryggja gagnkvæmar skuldbindingar líkt og í landsrétti. Þrátt fyrir ólík markmið binda þó allir þjóðréttarsamningar sem slíkir aðeins þau ríki sem teljast aðilar að þeim og það gerir að verkum að vissir fræðimenn á sviði þjóðaréttar telja þá

<sup>1</sup> Dósent við lagadeild Háskóla Íslands og við hug- og félagsvísindasvið Háskólans á Akureyri.

<sup>2</sup> Á ensku *legal acts*, en um hugtakið í þjóðarétti sjá, Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*. New York, 2008, bls. 640. Í íslenskum rétti hefur verið litið svo á að löggerningar séu hvers kyns viljayfirlýsingar manna, sem ætlað er að stofna rétt, breyta rétti eða fella rétt niður, sbr. Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*. Reykjavík, 1987, bls. 37.

<sup>3</sup> Nánar tiltekið þá hafa réttarheimildir verið skilgreindar í íslenskum rétti sem þau viðmið – gögn, sú háttsemi, þær hugmyndir og hvaðeina annað – sem almennt er viðurkennt að nota skuli eða nota megi til rökstuðnings þegar réttarreglu er slegið fastri eða hún mótuð almennt eða í ákveðnu tilfalli. Sjá, Sigurður Línal: *Um lög og lögfræði*. Reykjavík, 2007, bls. 75-76.

fremur til löggerninga en réttarheimilda.<sup>4</sup>

Ákvæði 1. mgr. 38. gr. *Samþykktar fyrir Alþjóðadómstólinn í Haag* frá 1945 lýsir þjóðréttarsamningum sem réttarheimildum og hvað sem líður eðli þeirra þá efast enginn um mikilvægi þeirra fyrir réttinn enda tvímælalaust áreiðanlegasta og skilvirkasta tækið til að lýsa réttindum og skyldum að þjóðarétti. Mikilvægi og útbreiðsla þjóðréttarsamninga hefur einnig leitt til þess að mótast hafa í framkvæmd ítarlegar reglur um hvað geti talist þjóðréttarsamningur og um lagatæknileg atriði sem snúa að gerð þeirra, túlkun, o.s.frv., en meginheimildin um það er *Vínarsamningur um milliríkjasamninga* frá 1969.<sup>5</sup> Sem slíkur gildir Vínarsamningurinn (hér eftir VS) aðeins um skriflega milliríkjasamninga sem gerðir voru eftir gildistöku hans en óumdeilt er þó að efni VS endurspeglar einnig eins langt og það nær að meginstefnu til gildandi þjóðréttarvenjur um þjóðréttarsamninga almennt. Í ákvæði 2(1)(a) VS er skilgreining á þeim skilyrðum sem liggja til grundvallar því að um milliríkjasamning sé að ræða, en þar segir að milliríkjasamningur sé:

Alþjóðlegur samningur gerður milli ríkja á skriflegu formi sem lýtur þjóðarétti, hvort sem er í einu skjali, tveimur eða fleiri tengdum skjölum og óháð því hvernig þau eru titluð.<sup>6</sup>

Þrátt fyrir ofangreinda skilgreiningu á milliríkjasamningi er þó viðurkennt að þjóðréttarsamningar þurfi almennt ekki að vera á tilteknu formi.<sup>7</sup> Þykir fullnægjandi að um sé að ræða nægilega afmarkað samkomulag sem eigi að hafa skuldbindingargildi að þjóðarétti á milli hlutaðeigandi ríkja og eða mögulega annarra viðurkenndra þjóðréttaraðila. Í langflestum tilvikum eru þjóðréttarsamningar þó skriflegir enda inntakið óljósara á öðru formi. Hafa raunar mótast skýrar hefðir um með hvaða hætti mismunandi þjóðréttarsamningar eru settir fram svo sem varðandi heiti, form, orðalag, o.s.frv. Er því yfirleitt ljóst hvort um þjóðréttarsamning er að ræða eða ekki, og það jafnvel þótt stundum séu slíkir samningar gerðir þannig að ríkin skiptist á orðsendingum. Eftirfarandi skapar hér þó einkum óvissu:

Í fyrsta lagi hafa ríki lengi viðhaft þá framkvæmd að gera vísitandi óformlegt samkomulag um eitt og annað sem er þá yfirleitt á skriflegu formi og svipar stundum um margt til þjóðréttarsamninga en er þó almennt ekki ætlað að vera skuldbindandi. Hefur nokkur festa komist á slíkar sameiginlegar viljayfirlýsingar ríkja í framkvæmd en á ensku kallast þær gjarnan *Memorandum of Understanding*.<sup>8</sup> Helsti vandi við slíkar viljayfirlýsingar er að stundum hafa ríki kosið að gera bindandi samninga undir þessu heiti eða eitt ríkjanna síðar borið því við að um bindandi samkomulag hafi verið að ræða. Ef á reynir þá er það efnið en ekki heitið sem sker úr um hvort slíkt skjal geti talist þjóðréttarsamningur.<sup>9</sup>

Í öðru lagi hefur lengi verið viðurkennt að ríki geti mögulega einnig skuldbundið sig að

<sup>4</sup> Hefur þá stundum verið vísað til þess að hin eiginlega réttarheimild sé grundvallarreglan um *pacta sunt servanta*. Einkum hefur í fræðunum verið litið hér til hugleiðinga Gerald Fitzmaurice fyrrum dómara við Alþjóðadómstólinn í Haag um ofangreint eðli þjóðréttarsamninga, sbr. David Harris: *Cases and Materials on International Law*. London 2010, bls. 34, Robert Jennings og Arthur Watts (ritstj.): *Oppenheim's International Law*. London 1996, bls. 1191 og Rosalyn Higgins: *Problems and Process*. Oxford 1994, bls. 33-34.

<sup>5</sup> *Vienna Convention on the Law of Treaties* frá 23. maí 1969 og tók gildi 27. janúar 1980, en Ísland er þó ekki aðili að honum.

<sup>6</sup> Þýðingin er mín en á ensku segir: *An international agreement concluded between states in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation*. Ekki eru allir samningar sem gerðir eru milli ríkja þjóðaréttarsamningar, þ.e. sumum samningum ríkja er ekki ætlað að hafa gildi að þjóðarétti heldur einungis að landsrétti ríkis eða ríkja, sbr. Martin Dixon. *International Law*. New York 2007, bls. 58-59.

<sup>7</sup> Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*, bls. 639.

<sup>8</sup> Hér er *Memorandum of Understanding* þýtt sem sameiginleg viljayfirlýsing en mögulega kynni einhverjum að hugnast betur að tala hér um minnisblað, auk þess sem viðlíka skjöl hafa stundum annað heiti á borð við *Agreed Minutes*, o.s.frv.

<sup>9</sup> Anthony Aust: *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge 2007, bls. 33.

Þjóðarétti með einhliða löggæringum af ýmsu tagi og líkt og gildir um þjóðréttarsamninga getur slíkt ýmist átt sér stað munnlega eða skriflega.<sup>10</sup> Á meðal gerninga af þessu tagi eru opinberar yfirlýsingar sem fela í sér loforð af hálfu ríkis og stafa þá frá þar til bærum ráðamönnum svo sem forseta, forsætisráðherra eða utanríkisráðherra. Einnig eru þekktir ýmis konar formlegir einhliða gerningar ríkja sem geta haft réttaráhrif að þjóðarétti fyrir tilstilli samninga eða venju.<sup>11</sup> Í framkvæmd hafa verið kveðnir upp dómar á alþjóðavettvangi (sbr. umfjöllun um þá hér á eftir) sem veita vísbendingar um hvaða sjónarmið liggja því til grundvallar að ríki geti orðið skuldbundið að þjóðarétti vegna einhliða yfirlýsingar af hálfu þess. Þá hefur viðfangsefnið verið til meðferðar hjá Alþjóðalaganefndinni (ALN) sem árið 2006 gaf út svonefndar *leiðbeiningarreglur um einhliða yfirlýsingar ríkja sem geta fallið í sér skuldbindingar að þjóðarétti* (LALN).<sup>12</sup>

## Sameiginlegar viljayfirlýsingar ríkja

Meginskilyrði þess að um þjóðréttarsamning sé að ræða er að efnið beri með sér að aðilar séu að stofna til skuldbindinga að þjóðarétti. Þjóðréttarsamningar eru afar mismunandi og geta haft ólík heiti á borð við samningur, sáttmáli, stofnskrá, bókun, o.s.frv. Það er þó hvorki heiti né form sem ræður hér lyktum heldur hvort að efni samkomulags og þá eftir atvikum einnig aðstæður við gerð þess beri með sér að ætlun hafi verið að stofna til tiltekinna skuldbindinga með því. Af þessu leiðir að almennt er notast við visst hefðbundið orðalag við samningsgerð ríkja sem á að vera til þess fallið að gefa til kynna hvort um bindandi samning eða annars konar óformlegt samkomulag er að ræða.<sup>13</sup> Að ríki noti óformlegt samkomulag í staðinn fyrir eða til fyllingar þjóðréttarsamningum er algengt í framkvæmd en þekktasta form af því tagi er það sem nefnt hefur verið *sameiginleg viljayfirlýsing*.<sup>14</sup> Þótt slíkar sameiginlegar viljayfirlýsingar ríkja séu yfirleitt skráðar eru þær sjaldnast gefnar út eða birtar líkt og samningar enda yfirleitt lituð svo á að um pólitískar fremur en laglegar yfirlýsingar sé að ræða.<sup>15</sup> Hafa ber í huga að þótt sameiginlegar viljayfirlýsingar af þessu tagi séu almennt ekki formlega skuldbindandi sem þjóðaréttur hafa þær engu að síður afgerandi þýðingu í milliríkjasamskiptum.<sup>16</sup> Þá eru ekki alltaf glögg skil á milli sameiginlegra viljayfirlýsinga og óhefðbundinna réttarheimilda (soft law) enda mörg dæmi um að óformlegt fjölþjóðlegt samkomulag hafi verið gert undir slíku heiti.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> Robert Jennings og Arthur Watts (ritstj.): *Oppenheim's International Law*, bls. 1191.

<sup>11</sup> Sbr. t.d. yfirlýsing um 200 sjómílna efnahagslögsögu eða viðurkenning ríkja. Sjá David Harris: *Cases and Materials on International Law*, bls. 49. Sú réttarheimild sem við köllum þjóðréttarvenju grundvallast aukinheldur á tiltekinni einhliða háttsemi ríkja þótt fleira þurfi vissulega að koma til, sbr. Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*, bls. 640 og 645.

<sup>12</sup> Heita þær á ensku - *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*. Leiðbeiningareglurnar skiptast í aðfararorð og 10 greinar og eru birtar á vefsíðu SP á vefslóð: - <http://www.un.org/law/ilc/>

<sup>13</sup> Meðal þess sem gefur til kynna að um óformlegt samkomulag sé að ræða fremur en þjóðaréttarsamning er þegar aðilar forðast að setja í texta samkomulagsins hugtök á borð við *skulu*, *samþykkeja*, o.s.frv., auk þess sem hefðbundin lokaákvæði lagatæknilegs eðlis um gildistöku eru þá ekki til staðar. Anthony Aust: *Handbook of International Law*. Cambridge 2010, bls. 53.

<sup>14</sup> Sem áður segir er hér átt við það sem kallast á ensku *Memorandum of Understanding* og er gjarnan skammstafað MOU'ð.

<sup>15</sup> Hafa slíkar sameiginlegar viljayfirlýsingar verið skilgreindar þannig að þær séu samkomulag sem gert sé á milli ríkja en sem er þó ekki ætlað að stofna til skuldbindinga að þjóðarétti, sbr. Anthony Aust: *Modern Treaty Law and Practice*, bls. 32.

<sup>16</sup> Anthony Aust: *Modern Treaty Law and Practice*, bls. 47.

<sup>17</sup> Sem dæmi þá tilgreinir Aust t.d. *Helsinki-yfirlýsinguna* frá 1975 sem inniheldur líkt og fleiri mikilvægar yfirlýsingar ríkja af vettvangi ÖSE sérstakt ákvæði um að hún teljist ekki ætluð til skráningar sem þjóðréttarsamningur skv. 102. gr. Sáttmála SP. Að sama skapi var *Yfirlýsing ríkja um grundvallarreglur um skóga* frá ráðstefnunni um umhverfi og þróun í Ríó árið 1992 sérstaklega titluð sem „óskuldbindandi“. Ákvæði í tvíhliða yfirlýsingum sem kveða skýrt á um að þær séu pólitískar en ekki þjóðaréttur eru nú æ algengari. Anthony Aust: *Modern Treaty Law and Practice*, bls. 34-35.

Algeng ástæða þess að ríki kjósa að nota óformlegt samkomulag í stað þjóðréttarsamninga er að viðfangsefnið þykir viðkvæmt og leynd því æskileg auk þess sem einfalt form þykir stundum hentugt.<sup>18</sup> Þannig er t.d. algengt að sameiginlegar viljayfirlýsingar séu til fyllingar milliríkjasamningum á sviði varnarmála og má í því samhengi nefna að notast hefur verið við slíkar viljayfirlýsingar til fyllingar *Varnarsamningi Íslands og Bandaríkjanna* frá 5. maí 1951.<sup>19</sup> Ýmis vandamál stafa hins vegar af því að ríki gera ekki alltaf skýran greinarmun á samningi og óformlegu samkomulagi. Þannig hafa t.d. ríkin í Breska samveldinu ríka hefð fyrir að nota sameiginlegar viljayfirlýsingar um efni sem ríki myndu alla jafnan binda í samninga og í Bandaríkjunum og jafnvel aðildarríkjum ESB hefur nokkuð verið um að sameiginlegar viljayfirlýsingar hafi verið taldar bindandi þjóðréttarsamningar.<sup>20</sup>

Ef upp kemur vafi um hvort sé að ræða þjóðréttarsamning eða viljayfirlýsingu þarf því eins og áður sagði að meta skjalid og hvernig það er framsett sem og kringumstæður við gerð þess. Skráning þess sem þjóðréttarsamnings skv. 102. gr. Sáttmála SP skiptir sköpum í slíkri stöðu og ákvæði um að ekki sé um samning að ræða eyðir líka vafa. Svo tekið sé nærtækt dæmi um sameiginlega viljayfirlýsingu má nefna *Samkomulag milli Hollands og Íslands vegna ICESAVE*, gert 11. október 2008, en það virðist ekki hafa verið talið skuldbindandi.<sup>21</sup>

## Einhliða yfirlýsingar ráðamanna

Yfirlýsingar af hálfu ríkja á alþjóðavettvangi eru af ólíku tagi. Þær geta ýmist stafað frá einu ríki eða fleirum en fela yfirleitt í sér sjónarmið eða afstöðu til mála. Flestum slíkum yfirlýsingum er þó aðeins ætlað að hafa pólitíska þýðingu en ekki skuldbindingargildi að þjóðarétti.<sup>22</sup> Ljóst er að sumar slíkar yfirlýsingar fela þó ótvírætt í sér skuldbindingargildi eða viss réttaráhrif og þá einkum þegar þær tengjast þjóðréttarsamningi eða venju. Dæmi um þetta eru mótmæli, viðurkenning, afsal, fyrirvarar eða annars konar formlegar tilkynningar um afstöðu ríkis til réttinda eða skyldu að þjóðarétti. Sem hagnýt dæmi mætti hér t.d. nefna yfirlýsingu ríkis um viðurkenningu annars ríkis, eða um almenna dómslögsögu Alþjóðadómstólsins í Haag, sbr. 2. mgr. 36. gr. *Samþykktar fyrir Alþjóðadómstólinn*.<sup>23</sup>

Þær einhliða yfirlýsingar sem þó yfirleitt skapa einna mestan hagnýtan og fræðilegan vanda eru þær sem fela í sér e.k. loford af hálfu ríkis um athöfn eða athafnaleysi og verða þannig sjálfstæður grundvöllur skuldbindinga að þjóðarétti. Slíkar einhliða yfirlýsingar virðast í fljótu bragði hafa þá sérstöðu að geta stofnað til skuldbindinga að þjóðarétti án þess að sótt sé stoð í viðurkennda réttarheimild á borð við þjóðréttarsamning eða þjóðréttarvenju.<sup>24</sup> Almennt hefur verið litið svo á að slíkar yfirlýsingar séu þó hvorki þjóðréttarsamningar eða annars konar réttarheimildir enda er þeirra að engu getið í 1. mgr. 38. gr. *Samþykktar fyrir Alþjóðadómstólinn*.<sup>25</sup> Í fræðilegri umfjöllun hefur verið látið svo heita að slíkar einhliða yfirlýsingar geti engu að síður verið uppspretta

<sup>18</sup> Anthony Aust: *Modern Treaty Law and practice*, bls. 42-46.

<sup>19</sup> Sjá vefsíðu Borgarskjalasafns Reykjavíkur á vefslóð: - [http://www.borgarskjalasafn.is/Portaldata/21/Resources/bjarni\\_ben/2\\_hluti\\_stjornmalamadurinn/askja\\_212/ork\\_05/Memorandum\\_of\\_understanding\\_Arrangements\\_for\\_the\\_Accomplishment\\_of.pdf](http://www.borgarskjalasafn.is/Portaldata/21/Resources/bjarni_ben/2_hluti_stjornmalamadurinn/askja_212/ork_05/Memorandum_of_understanding_Arrangements_for_the_Accomplishment_of.pdf). Ekki liggur hins vegar fyrir nein úttekt um framkvæmd hérlendis varðandi sameiginlegar viljayfirlýsingar.

<sup>20</sup> Sjá frekari umfjöllun um þjóðréttarsamninga sem þó eru nefndir sameiginlegar viljayfirlýsingar í Anthony Aust: *Handbook of International Law*, bls. 53-54, og í riti hans *Modern Treaty Law and Practice*: Cambridge 2007, bls. 25-27 og 38-42.

<sup>21</sup> Sjá vefsíðu stjórnvalda um opinbera þjónustu á vefslóð: - <http://www.island.is/media/frettir/11.pdf>

<sup>22</sup> Alina Kaczorowska: *Public International Law*. New York 2010, bls. 64.

<sup>23</sup> Robert Jennings og Arthur Watts (ritstj.): *Oppenheim's International Law*, bls. 1190.

<sup>24</sup> Antonio Cassese: *International Law*. Oxford 2005, bls. 184-185.

<sup>25</sup> John Dugard: *International Law – A South African Perspective*. Claremont 2005, bls. 41.

skuldbindinga að þjóðarétti (source of obligation) og hefur þá einna helst verið leitt af grundvallarreglunni um að ríkjum beri að framkvæma þjóðarétt í góðri trú (good faith principle).<sup>26</sup> Enn fremur hefur verið reynt að útskýra skuldbindingargildi slíkra einhliða yfirlýsinga með því að það hljóti að grundvallast á meginreglu þjóðaréttar um réttmætar væntingar þeirra sem á slíkri yfirlýsingu byggja.<sup>27</sup> Þá eru viðlíka sjónarmið einnig talin geta átt við um einhliða yfirlýsingar af hálfu ríkis sem ekki eru beinlínis sjálfstæður grundvöllur réttinda en fela þó í sér afstöðu af þess hálfu til fyrirliggjandi réttarstöðu.<sup>28</sup>

Skulu nú rakin stuttlega þau mál sem helst þykja hafa haft þýðingu við beitingu reglu af þessu tagi:

Austur-Grænlandsmálið.<sup>29</sup>

Danmörk og Noregur deildu um yfiráð á Austur-Grænlandi, en Danir byggðu m.a. á því að Ihlen utanríkisráðherra Noregs hefði lýst yfir við danska sendimenn að „Noregur myndi ekki valda neinum vandkvæðum í tengslum við fullveldiskröfur Danmerkur yfir Austur-Grænlandi“. Dómurinn féllst ekki á að í yfirlýsingunni fælist viðurkenning Noregs á yfiráðum Danmerkur, en hún yrði þó engu að síður að túlkast svo að í henni fælist þjóðréttarleg skuldbinding af hálfu Noregs um að nema ekki land á Grænlandi.<sup>30</sup>

Kjarnorkutilraunamálin.<sup>31</sup>

Ástralía og Nýja-Sjálaland kröfðust þess að Frakkar hættu ólögmatum kjarnorkutilraunum á Suður-Kyrrahafi. Áður en krafan kom til efnisdóms höfðu forseti og utanríkisráðherra Frakklands ítrekað sent frá sér yfirlýsingar á fréttamannafundum um að Frakkland myndi alfarið hætta sprengingum ofanjarðar þegar þessar tilraunir væru afstaðnar. Dómurinn taldi yfirlýsingarnar bindandi og notaði sem ástæðu til að fella málin niður, þ.e. að Ástralía og Nýja-Sjálaland hefðu ekki lengur lögvarða hagsmuni af því að fá dóm um efnið þar sem Frakkland hefði þegar fallist á meginkröfu þeirra. Segir í dómi að „það væri vel þekkt að einhliða yfirlýsingar um málsatvik eða lagarök gætu falið í sér skuldbindingu að þjóðarétti. Væri auðsýndur vilji af hálfu ríkis í yfirlýsingu um að hún ætti að vera

<sup>26</sup> Malcolm N. Shaw: *International Law*. Cambridge 2008, bls. 122. Þá hefur verið talið að skuldbinding af þessu tagi hafi að öðru leyti viðlíka þýðingu og skuldbinding sem leiðir af þjóðréttarsamningi eða venju, sbr. Antonio Cassese: *International Law*, bls. 184.

<sup>27</sup> Vaughan Lowe: *International Law*. Oxford 2007, bls. 90.

<sup>28</sup> Sér þess m.a. víða stað í réttarfari ýmissa alþjóðadómstóla að stuðst sé við afbrigði af þeirri meginreglu úr engil-saxnesku réttarfari er nefnist *estoppel* og gengur út á að hafi A sannarlega aðhafst eitthvað sem B byggir á þá geti A ekki síðar haldið fram rökum sem ganga í berhögg við þá háttsemi, sbr. Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*, bls. 642-644.

<sup>29</sup> Dómur Fasta-Alþjóðadómstólsins í Haag í máli Danmerkur og Noregs frá 5. apríl 1933 – birt á vefsíðu Alþjóðdómstólsins í Haag á - <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a-b.php?p1=9&p2=3>.

<sup>30</sup> Það dregur þó mjög úr fordæmisgildi þessa dóms að lagt var til grundvallar að yfirlýsingin hafi verið látin í té í tengslum við yfirlýsingu af hálfu Danmerkur um að setja sig ekki upp á móti kröfum Noregs til Svalbarða svo allt eins virðist mega líta svo á að um munnlegan samning ríkjanna hafi verið að ræða. Þá lagði dómurinn einnig áherslu á í forsendum sínum að Noregur hefði verið aðili að þjóðréttarsamningum sem gerðu ráð fyrir fullveldisréttindum Danmerkur yfir öllu Grænlandi. Sjá í Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*, bls. 640 og 642 og í Martin Dixon: *International Law*, bls. 57.

<sup>31</sup> Dómar Alþjóðadómstólsins í Haag í málum Ástralíu og Frakklands og Nýja Sjálands og Frakklands frá 20. desember 1974 – birt á vefsíðu Alþjóðadómstólsins í Haag á <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2>



bindandi þá hefði það gildi að þjóðarétti.<sup>32</sup> Var talið skipta máli að yfirlýsingarnar voru ítrekað gefnar opinberlega og þóttu bera með sér skýra fyrirætlun um skuldbindingu. Dómurinn hefur verið gagnrýndur nokkuð og einkum að ekki hafi verið færð nægileg rök fyrir því að reglan sem lögð var til grundvallar væri vel þekkt.<sup>33</sup>

Landamæradeilumálið.<sup>34</sup>

Deild dómara staðfesti að einhliða yfirlýsingar af hálfu ríkja gætu talist bindandi að þjóðarétti, sbr. ofangreind sjónarmið í kjarnorkutilraunamálinu, en til að svo yrði þyrfti þó að sýna fram á skýran vilja af hálfu ríkis til slíkrar skuldbindingar. Umdeild ummæli forseta Malí þóttu ekki uppfylla þau skilyrði þar sem þau voru aðeins látin almennt í té í tvíhliða viðræðum en var ekki komið á framfæri opinberlega líkt og í kjarnorkutilraunamálinu. Virðist því talið langsóttara að staðreyna skuldbindingargildi ummæla af hálfu ríkis sem ekki er beint sérstaklega að öðru ríki né heldur kunngerð á opinberum vettvangi.<sup>35</sup>

Af framangreindum dómum Alþjóðadómstólsins hafa verið dregnar þær ályktanir að til að öðlast skuldbindingargildi að þjóðarétti þurfi einhliða yfirlýsing að fela í sér skýran vilja til skuldbindingar.<sup>36</sup> Líður í því sé að yfirlýsingunni hafi verið komið markvisst á framfæri, henni beint að tilteknum aðila eða hún kunngerð opinberlega með áberandi hætti.<sup>37</sup> Þá beri að líta heildrænt til samhengis þeirrar atburðarrásar sem yfirlýsingin sprettur úr auk þess sem einnig kunni að skipta máli að önnur ríki hafi í reynd byggt á yfirlýsingunni í þeirri trú að hún hafi skuldbindingargildi.<sup>38</sup> Þá beri að túlka ætlaðar einhliða yfirlýsingar þröngt og sé vafi um fyrirætlun skuli ríkið sem yfirlýsingin stafar frá njóta hans.<sup>39</sup>

Spurningar um eðli, inntak og réttaráhrif einhliða yfirlýsinga af hálfu ríkja hafa komið til kasta Alþjóðalaganefndarinnar sem eins og sagði sendi frá sér leiðbeiningarreglur um efnid árið 2006 (LALN). Reglurnar taka mið af framangreindum dómum Alþjóðadómstólsins og þykja endurspegla gildandi þjóðarétt.<sup>40</sup> Í aðfararorðum LALN segir efnislega að ríki geti orðið skuldbundið að þjóðarétti vegna einhliða háttsemi á alþjóðavettvangi, með formlegum yfirlýsingum eða með óformlegri hætti, svo sem

<sup>32</sup> „It is well recognised that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration.“ Sjá málgreinar 267-268 í dómi. Kom einnig fram að yfirlýsing sem fæli í sér skerðingu á fullveldisréttindum eða athafnafrelsi ríkis yrði jafnan að tilkast af mikilli varúð, en að e.k. gagngjald væri ekki skilyrði, né heldur samþykki eða önnur viðbrögð af hálfu annarra ríkja.

<sup>33</sup> Vaughan Lowe: *International Law*, bls. 89. Það kann hins vegar að hafa haft sérstaka þýðingu við matið að um var að ræða deiluefni sem var í dómsmeðferð og Frakkar meðvitaðir um þær aðstæður, sbr. Martin Dixon: *International Law*, bls. 58.

<sup>34</sup> Dómur Alþjóðadómstólsins í Haag í máli Burkina Faso og Malí frá 22. desember 1986 – birt á vefsíðu Alþjóðadómstólsins í Haag á - <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2>.

<sup>35</sup> Martin Dixon: *International Law*, bls. 58.

<sup>36</sup> Rosalyn Higgins: *Problems and Process*, bls. 35.

<sup>37</sup> Malcolm N. Shaw: *International Law*, bls. 122. Ef ferst fyrir að beina tilkynningu að tilteknum aðila verður yfirlýsing síður bindandi sbr. Rosalyn Higgins: *Problems and Process*, bls. 36. Virðist Brownlie þó telja að það hafi e.t.v. skipt máli í *Kjarnorkutilraunamálinu* að yfirlýsingar Frakklands voru gefnar opinberlega og almennt (erga omnes) sbr. Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*, bls. 461.

<sup>38</sup> Robert Jennings og Arthur Watts (ritstj.): *Oppenheim's International Law*, bls. 1190 og Rosalyn Higgins: *Problems and Process*, bls. 35.

<sup>39</sup> Robert Jennings og Arthur Watts (ritstj.): *Oppenheim's International Law*, bls. 1191.

<sup>40</sup> David Harris: *Cases and Materials on International Law*, bls. 50-51 og John Dugard: *International Law*, bls. 41. Eftirfarandi þýðing eða endursögn á inntaki reglnanna sem birtar eru á vefsíðu SP á vefslóð: - <http://www.un.org/law/ilc/> er höfundar.



þögn, sem önnur ríki taki mið af.<sup>41</sup> Í 1. gr. LALN segir að yfirlýsingar sem gefnar séu opinberlega og beri með sér vilja til skuldbindingar geti skapað skyldur að þjóðarétti.<sup>42</sup> Er skilyrði teljist uppfyllt leiði skuldbindingargildið af grundvallarreglunni um góða trú og önnur hlutaðeigandi ríki geti þá litið til yfirlýsingarinnar, lagt traust á hana og ætlast til að hún verði virt.<sup>43</sup> Í 3. gr. segir, að til að ákvarða réttaráhrif slíkra yfirlýsinga sé nauðsynlegt að líta til innihalds þeirra, við hvaða aðstæður þær voru látnar í té sem og hvaða viðbrögð þær kölluðu fram.<sup>44</sup> Samkvæmt 7. gr. getur einhliða yfirlýsing aðeins stofnað til skuldbindinga ef hún er sett fram með skýru og afmörkuðu orðalagi, en túlka beri vafa svo að ekki sé um bindandi yfirlýsingu að ræða, en líta beri til orðalags auk samhengis og aðstæðna við túlkun.<sup>45</sup>

Vert er að nefna að í tengslum við svonefnt ICESAVE mál hefur komið aðeins til umræðu hérlendis hvort tiltekna yfirlýsingar íslenskra ráðamanna hefðu mögulega getað verið til þess fallnar að stofna til eða viðurkenna e.k. ábyrgð af hálfu Íslands að þjóðarétti. Mætti í því sambandi einkum nefna yfirlýsingu frá þáverandi forsætisráðherra, þar sem sagði: „The Icelandic government reiterates that if needed it will support The Depositors’ and Investors’ Guarantee Fund in raising necessary funds“.<sup>46</sup> Hér er tvímælalaust um opinbera yfirlýsingu að ræða, en hún ber þó fremur með sér að vera af pólitískum toga, þ.e. orðalagið getur naumast talist nægilega skýrt eða afmarkað þannig að byggja megi á því einu og sér tiltekna skuldbindingar að þjóðarétti. Er t.d. ekki minnst beinlínis á eða tekin afstaða til ætlaðra skuldbindinga Íslands skv. *Samningnum um hið evrópska efnabagssvæði* (EES) varðandi lágmarkstryggingu o.fl., heldur virðast aðeins gefin almenn fyrirheit um að stutt verði við íslenska innstæðutryggingasjóðinn ef þörf krefur við að afla fjár en það er þó ekki útskýrt neitt frekar.

## Lokaorð

Ábyrgð ríkja að þjóðarétti grundvallast yfirleitt á broti á þjóðréttarsamningi eða gegn þjóðréttarvenju. Hér hefur verið leitast við að útskýra að slík ábyrgð getur mögulega enn fremur stofnast vegna löggerninga á borð við sameiginlega viljayfirlýsinga (*Memorandum of Understanding*) eða einhliða yfirlýsinga ráðamanna af hálfu ríkja, en slíkt getur þó aðeins átt við ef tiltekin skilyrði teljast vera nægilega uppfyllt.

Sameiginlegar viljayfirlýsingar ríkja teljast alla jafnan ekki fela í sér bindandi skuldbindingar að þjóðarétti en eins og rakið var hér að framan þá er það þó alls ekki

<sup>41</sup> Þá segir að jafnan beri við mat á skuldbindingargildi einhliða háttsemi að horfa til aðstæðna og að oft sé erfitt að meta hvort skuldbindingargildið leiði af þeim vilja sem ríki hefur þannig auðsýnt eða af trausti sem aðrir þjóðréttaraðilar hafi mátt öðlast. Enn fremur segir að LALN sem slíkar taki einungis til formlegra yfirlýsinga af hálfu ríkja sem ætlað er að hafa réttaráhrif að þjóðarétti.

<sup>42</sup> Skv. 5. gr. LALN geta þær yfirlýsingar verið ýmist munnlegar eða skriflegar og skv. 6. gr. getur þeim hafa verið beint að vissu ríki, ríkjum, öðrum þjóðréttaraðilum, eða þá að alþjóðasamfélaginu almennt.

<sup>43</sup> Í 2. gr. LALN er áréttað að öll ríki geti stofnað til skuldbindinga að þjóðarétti í skjóli einhliða yfirlýsinga af þeirra hálfu.

<sup>44</sup> Í 4. gr. LALN kemur fram að yfirlýsing geti þó aðeins skuldbundið ríki ef hún stafar frá þar til bærum fulltrúa, sem almennt geta verið þjóðhöfðingi, forsætisráðherra eða utanríkisráðherra, en einnig mögulega aðrir ráðamenn varðandi þau svið þar sem þeir geta talist hafa verið í fyrirsvari fyrir ríkið.

<sup>45</sup> Þá kemur fram í 8. gr. LALN að yfirlýsing sem gangi í berhög við ófrávikjanlegar reglur þjóðaréttar sé að engu hafandi og í 9. gr. segir að yfirlýsing bindi ekki önnur ríki en það sem að henni stóð nema þá fyrir liggja gilt samþykki annarra ríkja. Í 10. gr. kemur fram að yfirlýsing sem skuldbindi ríki verði ekki afturkölluð einhliða ef á henni hefur verið byggt, en þó sé litið til þess ef hún fól í sér skilyrði fyrir afturköllun eða ef grundvallarbreyting hefur orðið á aðstæðum frá því hún kom fram. Hefur verið talið að skuldbindandi yfirlýsingar sé almennt unnt að afturkalla, en þó ekki gagnvart ríkjum sem hafa á henni byggt og þá að því marki sem svo er, sbr. Robert Jennings og Arthur Watts (ritstj.): *Oppenheim’s International Law*, bls. 1188.

<sup>46</sup> Sjá tilkynningu á vefsíðu forsætisráðneytisins - <http://eng.forsaetisraduneyti.is/news-and-articles/nr/3039>

afbrigðalaust í framkvæmd. Eru þannig dæmi um að skjöl með slíku heiti eða öðrum viðlíka hafi engu að síður verið talin hafa e.k. samningsgildi. Það er því hvorki heiti né form sem skiptir sköpum varðandi það hvort slíkt skjal teljist vera bindandi heldur það hvort efni samkomulagsins og þá eftir atvikum einnig aðstæður við gerð þess beri með sér að ætlunin hafi verið að stofna til tiltekinna skuldbindinga að þjóðarétti með því.

Einhlíða yfirlýsingar þar til bærra ráðamanna geta einnig mögulega skuldbundið ríki að þjóðarétti en í framkvæmd hafa mótast sjónarmið um það sem endurspeglast í leiðbeiningarreglum Alþjóðalaganefndarinnar um efnið frá 2006. Virðast þær einkum taka mið af framkvæmd Alþjóðadómstólsins í Haag og þykja endurspeglar gildandi þjóðarétt. Að ýmsu er að hyggja við mat af þessu tagi. En eins og hér hefur verið rakið þá virðist almennt gerð sú meginkrafa að ummæli séu látin í té opinberlega og beri með sér skýran vilja til skuldbindingar, þ.e. byggi á skýru og vel afmörkuðu orðalagi, en túlka beri vafa þar um þannig að ekki sé um bindandi yfirlýsingu að ræða.

## Heimildir

Bækur og greinar:

- Alina Kaczorowska. *Public International Law*. 4. útg. Routledge, New York 2010.
- Anthony Aust. *Handbook of International Law*. 2. Útg. Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- Anthony Aust. *Modern Treaty Law and Practice*. 2. útg. Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Antonio Cassese. *International Law*. 2. útg. Oxford University Press, Oxford 2005.
- David Harris. *Cases and Materials on International Law*. 7. útg. Sweet & Maxwell, London 2010
- Ian Brownlie. *Principles of Public International Law*. 7. útg. Oxford University Press, New York 2008.
- John Dugard. *International Law – A South African Perspective*. 3. útg. Juta, Claremont 2005.
- Malcolm N. Shaw. *International Law*. 6. útg. Cambridge University Press, Cambridge 2008.
- Martin Dixon. *International Law*. 6. útg. Oxford University Press, New York 2007.
- Páll Sigurðsson. *Samningaréttur*. Bókaútgáfa Orators, Reykjavík 1987.
- Robert Jennings og Arthur Watts (ritstj.). *Oppenheim's International Law*. 9. útg. Longman, London 1996.
- Rosalyn Higgins. *Problems and Process – International Law And How We Use It*. Clarendon, Oxford 1994.
- Sigurður Líndal. *Um lög og lögfræði – grundvöllur laga - réttarheimildir*. Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík 2007.
- Vaughan Lowe. *International Law*. Oxford University Press, Oxford 2007.

Rafrænar heimildir á netinu:

- Vefsíða Alþjóðadómstólsins í Haag - <http://www.icj-cij.org>
- Vefsíða Alþingis - <http://www.althingi.is>
- Vefsíða Borgarskjalasafns Reykjavíkur - <http://www.borgarskjalasafn.is>
- Vefsíða Forsætisráðuneytisins - <http://www.forsætisraduneyti.is>
- Vefsíða Sameinuðu þjóðanna – <http://www.un.org>
- Vefsíða Stjórnvalda um opinbera þjónustu – <http://www.island.is>

# Almennar atkvæðagreiðslur í sveitarfélögum

Trausti Fannar Valsson

## Inngangur

Nýlega eru afstaðnar tvær þjóðaratkvæðagreiðslur um hið svonefnda Icesave-mál. Einnig hafa á síðustu árum farið fram almennar atkvæðagreiðslur í sveitarfélögum sem fengið hafa allmikla athygli. Hinn 31. mars 2007 fór fram almenn atkvæðagreiðsla í Hafnarfirði um deiliskipulagstillögu um stækkun athafnasvæðis fyrir álver í Straumsvík. Hinn 25. júní 2005 fór fram almenn atkvæðagreiðsla á Seltjarnarnesi þar sem íbúar kusu milli tveggja tillagna um skipulag fyrir Hrólfsskálamel og Suðurströnd og þann 17. mars 2001 var kosið í Reykjavík um framtíð Reykjavíkurflygvallar í Vatnsmýri. Einnig má nefna að almenn atkvæðagreiðsla fór fram í Reykjavík dagana 24. til 30. október 1988 um hundahald í Reykjavík. Þessar almennu atkvæðagreiðslur fela í sér frávik frá hinu hefðbundna *fulltrúalýðræði* jafnvel þó þær hafi ekki í öllum tilvikum verið bindandi um niðurstöðu máls. Ekki er ástæða til að ætla annað en að fleiri slíkar kosningar verði haldnar á næstkomandi árum og áratugum. Því er rík ástæða til að huga nánar að fyrirkomulagi og þýðingu almennra kosninga fyrir íslenska stjórnskipun og samfélag.

Frumvarp til nýrra sveitarstjórnarlaga var lagt fyrir Alþingi í apríl 2011. Það var samþykkt sem lög frá Alþingi með ákveðnum breytingum þann 17. september sama ár. Hin nýju lög munu taka gildi 1. janúar 2012. Megintilgangur þessarar greinar er að lýsa í stuttu máli reglum um almennar kosningar í sveitarfélögum. Bæði verður fjallað um ákvæði gildandi laga nr. 45 frá 1998 og svo þær reglur sem fram koma í nýjum sveitarstjórnarlögum. Umfjöllunin er ekki tæmandi.

## Fulltrúalýðræði og beint lýðræði

Lýðræði er ekki einfalt hugtak og virðist merking þess í raun fara nokkuð eftir því samhengi sem það er notað í hverju sinni. Í umræðu um íslenskan stjórnskipunarrétt virðist almennt á því byggt að hugtakið merki tiltekið fyrirkomulag á stjórnarhari ríkis þar sem áherslan er á að almenningur geti sjálfur valið og skipt um sameiginlega valdhafa eða tekið ákvarðanir um sameiginleg málefni, yfirleitt í formi atkvæðagreiðslna eða kosninga.

Hér verða notuð hugtökin *fulltrúalýðræði* og *beint lýðræði*. Fyrri hugtakið merkir í grein þessari það fyrirkomulag þegar almenningi gefst kostur í *lýðræðislegum* kosningum að kjósa fulltrúa sem síðan er falið að taka ákvarðanir um sameiginleg málefni fyrir þeirra hönd. Í þessari grein tekur hugtakið *fulltrúalýðræði* því til dæmis bæði til þess fyrirkomulags sem er á vali Alþingis, samkvæmt stjórnarskrá og lögum um kosningar til Alþingis, svo og vali á sveitarstjórnnum samkvæmt lögum um kosningar til sveitarstjórna. Orðalagið *beint lýðræði* er hins vegar notað hér um það þegar almenningur, hvort sem væri öll þjóðin eða íbúar tiltekins sveitarfélags, fær ákvörðunarvald um afmarkað málefni beint í sínar hendur og leiðir það til lykta með almennri atkvæðagreiðslu.<sup>1</sup> Í *beinu lýðræði* felst almennt að völd sem annars hefðu legið hjá kjörnum fulltrúum eru færð til umbjóðenda þeirra beint og milliliðalaust.

Af stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, með síðari breytingum, verður

<sup>1</sup> Sjá til hliðsjónar um hugtökin lýðræði, fulltrúalýðræði og beint lýðræði: Lagastofnun Háskóla Íslands: *Lögfræðiorðabók með skýringum*. Ritstjóri Páll Sigurðsson. Reykjavík 2008, bls. 258.

dregin sú ályktun að íslenska lýðveldið sé lýðræðisríki í þeim almenna og formlega skilningi sem lýst var hér að ofan. Íslenska stjórnarskráin mælir fyrir um að með stjórn lýðveldisins fari sérstök þingbundin stjórn. Þá kemur fram í stjórnarskrá að Alþingi fari með löggjafarvaldið og nánari ákvæði um það hvernig fulltrúar til þeirrar samkomu skulu kjörnir í almennum lýðræðislegum kosningum. Af þessu leiðir einnig að *fulltrúalýðræði* er að óbreyttri stjórnarskrá grunnþáttur í stjórnskipulaginu. Einnig hefur verið talið að það sé grunnþáttur í stjórnarskrárbundinni sjálfstjórn sveitarfélaga samkvæmt 1. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 1. mgr. 16. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995, að með stjórn sveitarfélaga fari stjórnir sem kjörnar eru lýðræðislegri kosningu af íbúum viðkomandi sveitarfélags.<sup>2</sup> Hefur sú afstaða m.a. birst í álitum umboðsmanns Alþingis.

*Álit umboðsmanns Alþingis frá 20. desember 2005 í máli nr. 4572/2005.* Í álitinu var fjallað um það álitaefni hvort fulltrúi í hreppsnefnd ákveðins sveitarfélags hefði verið hæfur, sbr. 19. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998, til að taka þátt í meðferð og afgreiðslu á tillögu hans um að fallið yrði frá fyrri samþykkt hreppsnefndar um að veita honum lausn frá störfum. Með öðrum orðum: Hreppsnefndarfulltrúinn fór sjálfur fram á að hann héldi áfram sæti sínu í hreppsnefndinni, þrátt fyrir að hafa sjálfur nokkru fyrir óskað lausnar og fengið þá beiðni samþykkt. Á þeim tíma sem fulltrúinn lét þessa ósk uppi hafði fyrri samþykkt um að veita honum lausn ekki tekið gildi. Í forsendum fyrir niðurstöðu sinni segir umboðsmaður meðal annars svo: „Við skýringu 2. mgr. 19. gr. sveitarstjórnarlaga verður jafnframt að hafa í huga það sjónarmið að sveitarstjórnarmenn eru kjörnir í leynilegum almennum kosningum íbúa viðkomandi sveitarfélags, sbr. 8. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998 og lög um kosningar til sveitarstjórna nr. 5/1998. Á þetta lýðræðislega umboð sveitarstjórna, sem kjörnar eru til að fara með stjórn sveitarfélaga, sér stoð í 78. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, sbr. 16. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995. Það leiðir af eðli sveitarstjórnarstigsins að í fjölda trúnaðarstarfa á vegum sveitarstjórnar er valið á pólitískum forsendum, en þó vitaskuld að gættum þeim lagareglum sem við eiga, s.s. um almenn hæfisskilyrði o.fl.“

*Fulltrúalýðræði* er því ekki aðeins ákveðinn þáttur stjórnskipulagsins, þar sem löggjafarvaldið er kjörið í almennum kosningum af þjóðinni, heldur einnig grunnstef í skipulagi og tilvist sveitarfélaganna hér á landi. Rétt er einnig að benda á að Ísland hefur fullgilt sáttmála Evrópuráðsins um sveitarstjórnarstigið, „Evrópusáttmála um sjálfstjórn sveitarfélaga“. Sáttmálinn öðlaðist gildi 1. júlí 1991 að því er Ísland varðaði (birtur sem skjal nr. 7 í C-deild Stjórnartíðinda 1991). Í 1. mgr. 3. gr. sáttmálans er tekið fram að réttur sveitarfélaga til sjálfstjórnar skuli vera í höndum ráða eða þinga skipuðum fulltrúum kjörnum í frjálsum og leynilegum kosningum.

## Sveitarstjórnarlög nr. 45 frá 1998

Samkvæmt framansögðu leiðir það af stjórnarskrá að íbúar sveitarfélaga skuli hafa rétt til þess að kjósa sjálfir, í almennum lýðræðislegum kosningum, fulltrúa til að sinna stjórn viðkomandi sveitarfélags. Nánari útfærsla á kosningum til sveitarstjórna kemur fram í ákvæðum laga nr. 5/1998, um kosningar til sveitarstjórna, með síðari breytingum. Í sveitarstjórnarlögum er síðan fjallað nánar um framkvæmd sveitarstjórnarmála, þar á meðal um heimildir sveitarstjórna til að dreifa valdi sínu (umboði) til undirnefnda eða starfslíðs.

<sup>2</sup> Ólafur Jóhannesson. *Stjórnarfarsréttur. Almennur bluti I.* (2.útg.) Reykjavík 1974, bls. 22-23. Jóhann Tómas Sigurðsson. *Sjálfstjórn sveitarfélaga. Úlfjótur*, 2. tbl. 2000, sjá t.d. bls. 173. Trausti Fannar Valsson. *Sjálfstjórn sveitarfélaga. Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti 2007, bls. 255-257.

Réttur íbúa sveitarfélaganna til að kjósa sér á lýðræðislegan hátt fulltrúa (sveitarstjórnir) til þess að fara með stjórn málefna sveitarfélagsins felur ekki í sér bann við því að sveitarstjórnir, eftir að þær hafa verið kjörnar, útfæri beina aðkomu íbúanna að ákvörðunartöku um einstök málefni sveitarfélagsins. Sjálfstæði sveitarstjórna gagnvart öðrum stjórnvöldum, lýðræðislegt umboð þeirra og sjálfstætt fjárstjórnarvald leiðir til þess að sveitarstjórnir geta nánast nýtt hverja þá löglegu leið sem þær kjósa til slíks. Stjórnarskráin stendur heldur ekki í vegi því að Alþingi ákveði með lögum að veita íbúum sveitarfélaga aukin réttindi til beinna áhrifa um málefni sveitarfélags, jafnvel þó afleiðingin kunni að vera sú að kjörnir sveitarstjórnarfulltrúar missi á móti einhverjar valdheimildir. Grunnforsendan að baki sjálfstjórn sveitarfélags er að íbúar skuli sjálfir fá að ráða málefnum sveitarfélagsins innan ramma laga. Erfitt er að sjá hvernig það gengi gegn þessari grunnforsendu að auka vægi *beins lýðræðis* við stjórn málefna sveitarfélags á kostnað valdheimilda hinna kjörnu fulltrúa, a.m.k. að nokkru marki. Stjórnarskráin mælir fyrir um að sveitarfélög skuli sjálf ráða málefnum sínum „eftir því sem lög ákveða“. Telja má að í svigrúmi löggjafans samkvæmt 1. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar felist m.a. rúm til að ákveða nánar hvernig þessi réttur íbúanna skuli útfærður á hverjum tíma. Þá kemur fram í síðari málslíð 2. mgr. 3. gr. áðurnefnds sáttmála Evrópuráðsins um sjálfstjórn sveitarfélaga að ákvæðið skuli á engan hátt rýra rétt þegnanna til að fjalla um mál á borgarafundum, í þjóðaratkvæðagreiðslum eða á hvern annan hátt sem lög leyfa beina þátttöku þegnanna.<sup>3</sup>

Þrátt fyrir ofangreint verður engu að síður að hafa í huga að það er meginregla samkvæmt gildandi rétti að stjórn málefna hvers sveitarfélags er hjá þeirri sveitarstjórn sem kjörin hefur verið. Þetta á sér stöð í stjórnarskrá, eins og leiða má af áðurnefndu álitni umboðsmanns Alþingis í máli nr. 4752/2005, en einnig er þessi meginregla staðfest í ákvæðum sveitarstjórnarlaga, sem og ákvæðum sérlaga, þar sem sveitarstjórn er falin ábyrgð á framkvæmd verkefna og töku ákvarðana um málefni sveitarfélaganna. Þessari ábyrgð getur sveitarstjórn ekki afsalað sér eða komið sér hjá án skýrra lagaheimilda. Sé ekki á annan veg mælt í lögum getur samráð við íbúa sveitarfélags, jafnvel í formi almennra atkvæðagreiðslna, því ekki létt af sveitarstjórninni endanlegri ábyrgð á þeirri ákvörðun sem tekin er og útfærslu hennar.

Í gildandi sveitarstjórnarlögum nr. 45/1998 er í 104. gr. kveðið nánar á um það með hvaða hætti sveitarstjórn getur ákveðið að standa að almennum atkvæðagreiðslum og borgarafundum í sveitarfélagi. Ákvæðið hljóðar svo:

Heimilt er sveitarstjórn að efna til almennrar atkvæðagreiðslu um einstök mál og að boða til almennra borgarafunda um málefni sveitarfélagsins.

Skylt er að halda almennan borgarafund ef ¼ hluti atkvæðisbærra manna í sveitarfélaginu óskar þess.

Til almenns borgarafundar skal boðað með opinberri auglýsingu og skal þar taka fram hverjir hafi atkvæðisrétt á fundinum ef ætlunin er að atkvæðagreiðsla fari þar fram.

Ályktanir slíkra funda eru ekki bindandi fyrir sveitarstjórn.

Sveitarstjórn getur efnt til almennrar atkvæðagreiðslu í sveitarfélagi eða hluta þess til þess að kanna vilja kosningarbærra íbúa um tiltekið málefni. Niðurstaða atkvæðagreiðslunnar er ekki bindandi um afgreiðslu málsins fyrir sveitarstjórn nema hún hafi fyrir fram ákveðið að svo skuli vera.

Við framkvæmd atkvæðagreiðslu skv. 5. mgr. skal farið eftir meginreglum laga um kosningar til sveitarstjórna eftir því sem við getur átt.

<sup>3</sup> Sjá nánar í Council of Europe: *European Charter of Local Self-Government and explanatory report*. Strassborg 1986.

Í tilvitnuðu ákvæði, 4. og 5. mgr., kemur fram að ályktanir borgarafunda eða niðurstöður almennrar atkvæðagreiðslu eru ekki bindandi fyrir sveitarstjórn, nema hún hafi fyrirfram ákveðið að svo skuli vera. Lagaleg ábyrgð á niðurstöðu máls, þ.e. þeirri ákvörðun sem tekin er, liggur því hjá sveitarstjórninni. Er það í samræmi við þá almennu skipan sem lýst var hér að framan. Þó má ætla að pólitískt aðhald eða aðstæður ættu almennt að leiða til þess að erfitt væri fyrir sveitarstjórn að fara ekki að niðurstöðu meirihluta íbúa sveitarfélags um tiltekið málefni, enda sé niðurstaðan í samræmi við lög að öðru leyti.

Í lok 5. mgr. 104. gr. sveitarstjórnarlaga kemur fram að niðurstaða almennrar atkvæðagreiðslu sé ekki bindandi fyrir sveitarstjórn „nema hún hafi fyrir fram ákveðið að svo skuli vera“. Í orðunum felst að sveitarstjórn getur ákveðið að niðurstaða atkvæðagreiðslu verði bindandi. Við fyrstu sýn virðist sveitarstjórn með slíkri ákvörðun geta fært sig undan þeirri ábyrgð sem felst í því hlutverki að fara með stjórn á málefnum sveitarfélags. Að sama skapi virðist felast í ákvæðinu möguleiki sveitarstjórnar til þess að færa íbúunum rétt til þess að taka með beinum hætti ákvörðun (meirihlutaákvörðun) um eigin málefni. Þessi niðurstaða er rétt, svo langt sem hún nær. Við hana ber þó að gera a.m.k. tvo fyrirvara.

Í *fyrsta lagi* þá hefur yfirlýsing sveitarstjórnar um að kosningar skuli vera bindandi ekki lagalegt gildi gagnvart þeirri sveitarstjórn sveitarfélagsins sem kjörin verður í næstu almennu kosningum til sveitarstjórna. Yfirlýsing sveitarstjórnar bindur því aðeins hendur hennar sjálfar út það kjörtímabil sem um er að ræða. Í ákveðnum tilvikum er þetta skýrt vegna ákvæða sérlaga. Skipulagslög nr. 123/2010 mæla til dæmis fyrir um að nýkjörin sveitarstjórn skuli þegar að loknum sveitarstjórnarkosningum meta hvort ástæða sé til að endurskoða aðalskipulag sveitarfélags. Niðurstaða almennrar atkvæðagreiðslu í sveitarfélagi um skipulagsáætlun bindur því ekki (lagalega) hendur þeirrar sveitarstjórnar er tekur sæti að loknum næstu kosningum þar á eftir. Í öðrum tilvikum ber að líta til þeirrar meginreglu að stjórn málefna sveitarfélagsins er í höndum kjörinnar sveitarstjórnar nema öðru vísi sé fyrir mælt í lögum, sbr. til hliðsjónar 1. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar. Ákvæði 5. mgr. 104. gr. sveitarstjórnarlaga er að mati höfundar þessarar greinar ekki orðað með nægilega afgerandi hætti til þess að það verði talið fela í sér heimild sitjandi sveitarstjórnar til að binda með valfrjálsri yfirlýsingu í tengslum við almenna atkvæðagreiðslu hendur þeirrar sveitarstjórnar er næst verður kjörin.

Í *öðru lagi* verður að hafa í huga að sveitarfélög eru stjórnvöld í skilningi 2. gr. stjórnarskrárinnar. Þau hafa ekki fullveldi og lúta að öllu leyti sömu grundvallarreglum og önnur stjórnvöld í íslenska stjórnkerfinu. Komi upp sú staða að yfirlýsing sveitarstjórnar eða niðurstaða almennrar atkvæðagreiðslu sé ekki í samræmi við landslög þá ber sveitarstjórn skylda til þess að fylgja lögnum. Yfirlýsing sveitarstjórnar um að hún muni fylgja niðurstöðu almennrar atkvæðagreiðslu yrði þá að víkja. Mikilvægt er að hafa þessa stjórnskipulegu stöðu sveitarfélaganna í huga þegar rætt er um lýðræði á sveitarstjórnarstiginu almennt. Sveitarfélögin fara ekki með löggjafarvald, eða fullveldi að öðru leyti. Þau verða eins og aðrir aðilar í þjóðfélaginu að lúta lögum.

## Ný sveitarstjórnarlög

Í apríl 2011 mælti innanríkisráðherra fyrir nýju frumvarpi til sveitarstjórnarlaga á Alþingi.<sup>4</sup> Frumvarpið var samþykkt sem lög 17. september sama ár.<sup>5</sup> Samkvæmt 133. gr. laganna öðlast þau gildi 1. janúar 2012. Á sama tíma falla úr gildi sveitarstjórnarlög nr. 45/1998, með síðari breytingum.

<sup>4</sup> Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 1250 - 726. mál.

<sup>5</sup> Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 1998 - 726. mál.



Í hinum nýju lögum er að finna nokkuð ítarlegri ákvæði en í gildandi lögum um upplýsingagjöf sveitarfélaga til íbúa sinna og um mismunandi form samráðs við þá. Þar á meðal er í hinum nýju lögum að finna ítarlegri ákvæði en nú gilda um borgarafundi og almennar atkvæðagreiðslur. Ákvæði um þetta efni er í raun aðeins að finna í einu ákvæði, 104. gr., í gildandi lögum nr. 45/1998. Í nýju lögunum er fjallað um samráð við íbúa í einum kafla, X. kafla, sem telur sjö lagagreinar. Í almennum skýringum við umræddan kafla í frumvarpi sem varð að þessum nýju lögum kemur fram að tilgangur hans sé ekki að lögbinda með ítarlegum hætti hvernig einstakar sveitarstjórnir eigi að útfæra samráð við íbúa sveitarfélagsins og eftir atvikum hagsmunaaðila innan sveitarfélags. Tilgangurinn sé að setja ákveðnar leiðbeinandi reglur um leiðir til samráðs sem sveitarstjórnir geti á hverjum tíma nýtt. Að baki kaflanum búi það sjónarmið að það sé mikilvægt við stjórn sveitarfélaganna að leitað sé eftir viðtækri samstöðu meðal íbúanna um einstakar ákvarðanir. Hvaða leið sé valin til að tryggja slíka samstöðu hverju sinni eða hvaða hugmyndafræði beri að leggja til grundvallar um samráð sé hins vegar ekki bundið í fastan lagaramma.<sup>6</sup>

Á umræddu hlutleysi um það með hvaða hætti samráð skuli nánar útfært eru þó ákveðnar undantekningar. Ein mikilvæg undantekning lýtur að því að sveitarstjórnnum og öðrum opinberum aðilum er nú í auknum mæli skylt, að eigin frumkvæði, að miðla upplýsingum til borgaranna um málefni einstakra sveitarfélaga og sveitarfélaganna almennt. Hér má m.a. vísa til 103. og 104. gr. nýju laganna. Önnur undantekning lýtur að rétti íbúa sveitarfélaganna til að knýja fram almennar atkvæðagreiðslur um ákveðin málefni, sbr. 108. gr.

## Almennar atkvæðagreiðslur samkvæmt nýjum sveitarstjórnarlögum

Fjallað er um almennar atkvæðagreiðslur meðal íbúa sveitarfélaga í 107. og 108. gr. hinna nýju sveitarstjórnarlaga. Í 107. gr. segir að sveitarstjórnnum sé heimilt að efna til almennra atkvæðagreiðslna um mikilvæg mál, hvernig atkvæðagreiðsla skuli kynnt og hvernig tillaga sem bera á undir atkvæði og nauðsynlegar upplýsingar þar að lútandi skuli kynntar. Í ákvæðinu er byggt á því að sveitarstjórnin sjálf hafi ákvörðunarvald um það hvort atkvæðagreiðsla fari fram, hvenær og hvaða tillaga verði lögð undir atkvæði. Þá segir eftirfarandi í 5. mgr. ákvæðisins.

Atkvæðagreiðsla samkvæmt þessari grein, sem og 108. gr., er ráðgefandi nema sveitarstjórn ákveði að hún skuli binda hendur hennar til loka kjörtímabils. Í auglýsingu skv. 2. mgr. skal koma fram hvort atkvæðagreiðsla er bindandi. Slíka ákvörðun má binda skilyrði um að tiltekið hlutfall þeirra sem voru á kjörskrá hafi tekið þátt í atkvæðagreiðslu.

Eins og sjá má er ekki um að ræða efnisbreytingar frá gildandi lögum, þó skýrar sé að orði kveðið um tiltekna þætti.

Mikilvæg nýmæli felast hins vegar í 108. gr. hinna nýju laga, en 2. og 3. mgr. þess hljóða svo:

Ef minnst 20% af þeim sem kosningarrétt eiga í sveitarfélagi óska almennrar atkvæðagreiðslu skv. 107. gr. skal sveitarstjórn verða við því eigi síðar en innan árs frá því að slík ósk berst. Sveitarstjórn er heimilt að ákveða herra hlutfall í samþykkt um stjórn sveitarfélags en þó aldrei herra en þriðjung þeirra sem kosningarrétt eiga í sveitarfélagi. Sveitarstjórnin á ákvörðunarvald um framkvæmd viðkomandi viðburðar og þá spurningu sem borin verður upp sé um að ræða almenna atkvæðagreiðslu meðal íbúa sveitarfélagsins. Um framkvæmd almennrar atkvæðagreiðslu meðal íbúa sveitarfélags fer eftir ákvæði 107. gr.

<sup>6</sup> Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 1250 - 726. mál.

Almennrar atkvæðagreiðslu skv. 107. gr. verður ekki krafist um efni fjárhagsáætlunar skv. 62. gr. og viðauka skv. 63. gr., um tekjustofna sveitarfélaga eða álagningu annarra lögheimilla gjalda, um ráðningu í störf hjá sveitarfélagi, um laun og önnur starfskjör sveitarstjórnarmanna eða starfsmanna sveitarfélags eða tillögu sem gengur gegn lögum eða mundi leiða til þess að lagaskyldu yrði ekki fullnægt af hálfu sveitarfélagsins.

Samkvæmt tilvitnaðri 2. mgr. 108. gr. geta íbúar sveitarfélaga krafist þess af sveitarstjórn að hún haldi almenna atkvæðagreiðslu um tiltekið málefni. Sveitarstjórn er skylt að verða við slíkri ósk, þegar skilyrðum ákvæðisins er fullnægt. Um tilvitnaðar reglur mætti hafa mörg orð. Að svo stöddu verður látið duga að vekja stuttlega athygli á þremur atriðum.

Í *fyrsta lagi* er rétt að benda á að þrátt fyrir að ekki væri fullnægt skilyrðum 108. gr. um skyldu til að láta atkvæðagreiðslu fara fram myndi sveitarstjórn almennt heimilt, á grundvelli 107. gr., að láta atkvæðagreiðslu fara fram engu að síður. Heimildarákvæði 107. gr. yrði þó eðli máls samkvæmt ekki beitt ef atkvæðagreiðsla teldist ganga gegn öðrum lögum eða grundvallarreglum.

Í *öðru lagi* virðist blasa við að ýmis af þeim neikvæðu skilyrðum sem kveðið er á um í 3. mgr. 108. gr. geta orðið tilefni til lagatúlkunar sem ekki er einföld í öllum tilvikum. Hvaða málefni sveitarfélaganna eru það sem ekki hafa líka þýðingu um efni fjárhagsáætlunar eða viðauka við hana, sbr. fyrsta máls. 3. mgr. 108. gr.? Þau eru væntanlega ekki mjög mörg! Ef skilyrðið um að almennrar atkvæðagreiðslu verði ekki krafist um „efni fjárhagsáætlunar skv. 62. gr. og viðauka skv. 63. gr.“ er túlkað mjög rúmt verður lítið úr þeim rétti sem ákvæði 108. gr. er ætlað að færa íbúum sveitarfélaganna. Á hinn bóginn eru einnig fyrir hendi þættir sem mæla gegn því að skilyrðið sæti of þröngri skýringu. Þar má helst nefna að af hálfu samgöngunefndar Alþingis, sem lagði til að umrætt skilyrði yrði hluti af hinum nýju lögum,<sup>7</sup> er tilgangur þess skýrður svo að ósamræmi sé á milli þess að krefjast aukinnar raunverulegrar fjárhagslegrar fyrirsjár af sveitarstjórnarmönnum og að gera þeim á sama tíma mögulega erfiðara um vik standi vilji borgaranna gegn slíkri ráðdeild.<sup>8</sup> Þröng túlkun ákvæðisins myndi leiða til þess að sá tilgangur Alþingis að tryggja sveitarstjórnarmönnum aðgengilegri skilyrði til töku ákvarðana um erfið fjárhagsmálefni næði ekki fram að ganga. Fleiri atriði af sama meiddi mætti nefna. Hvenær er tillaga til dæmis þess efnis að samþykkt hennar myndi leiða til þess að „lagaskyldu yrði ekki fullnægt af hálfu sveitarfélagsins“?

Í *þriðja lagi* er það lykilatriði, hvort sem almenn atkvæðagreiðsla byggist á ákvörðun sveitarstjórnar sjálfrar, skv. 107. gr., eða kröfum íbúanna skv. 108. gr., að niðurstaða atkvæðagreiðslunnar er ekki lagalega bindandi fyrir sveitarstjórnina nema hún velji það sjálf. Almennt gera hin nýju sveitarstjórnarlög ráð fyrir því að þrátt fyrir rétt íbúanna til að knýja fram almenna atkvæðagreiðslu fari sveitarstjórnin með ríkt forræði á atkvæðagreiðslunni, framkvæmd hennar og meðferð niðurstaðna.

## Vangaveltur um beint lýðræði á sveitarstjórnarstiginu

Eins og þegar er fram komið eru ákvæði nýrra sveitarstjórnarlaga um fyrirkomulag á samráði sveitarstjórna við íbúa sveitarfélaganna almennt tiltölulega hlutlaus; bæði um réttindi íbúanna og skyldur sveitarfélaga. Á því eru þó undantekningar. Ein sú helsta felst í því að 20% til 33% þeirra er atkvæðisrétt hafa í sveitarfélagi munu geta krafist þess að almenn atkvæðagreiðsla fari fram um tiltekið málefni.

Réttur íbúa sveitarfélaganna til að knýja fram almennar atkvæðagreiðslur er án efa mikilvægur. Engu að síður verður ekki lítið fram hjá því að í reglunum felst umtalsvert

<sup>7</sup> Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 1993 - 726. mál.

<sup>8</sup> Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 1972 - 726. mál.

ósamræmi. Íbúum sveitarfélaga er veittur réttur til að knýja fram atkvæðagreiðslu en sveitarstjórn er (a.m.k. lagalega) í sjálfsvald sett hvort hún fylgir niðurstöðum hennar eða ekki. Í ljósi þess að niðurstaða atkvæðagreiðslu er almennt ekki bindandi nema sveitarstjórnin ákveði fyrirfram að svo skuli vera má spyrja hvort ekki hefði verið rökréttara að fá sveitarstjórn heimild til að hafna því, þegar í upphafi, að atkvæðagreiðsla fari fram. Í því fælist almennt sambærileg pólitísk ábyrgð eða skuldbinding af hálfu sveitarstjórnarinnar og ef hún hafnaði tillögu að lokinni atkvæðagreiðslu þó á því kunni vissulega að vera undantekningar. Hagræði væri hins vegar að því að ekki færi fram atkvæðagreiðsla sem sveitarstjórn hefði hvort eð er ekki í huga að taka mark á.

Á hinn bóginn má vitaskuld einnig spyrja hvort e.t.v. hefði verið rétt að ganga lengra og mæla í lögum fyrir um skyldu sveitarstjórna til að fylgja niðurstöðum almennra atkvæðagreiðslna um einstök málefni, e.t.v. að fullnægðum ákveðnum skilyrðum, s.s. um þátttöku í atkvæðagreiðslu. Að mati höfundar þessarar greinar er ýmislegt sem mælir með því að slík leið sé farin en að sama skapi verður að telja að til þess séu ekki forsendur að svo stöddu. Því til stuðnings má fyrst og fremst nefna tvö atriði.

Hið fyrra lýtur almennt að samanburði fulltrúalýðræðis og beins lýðræðis. *Fulltrúalýðræðið* hefur þann kost að það gefur ríkuleg færi á rökræðu um mismunandi hagsmuni, leiðir og markmið og einnig á því að málum verði lokið með málamiðlunum. Slíkir möguleikar eru þrengri þegar beitt er *beinu lýðræði* í formi almennra atkvæðagreiðslna. Til þess að tryggja gæði ákvörðunartöku í almennum atkvæðagreiðslum (tryggja gæði *beins lýðræðis*) verður því, að mati höfundar, að huga vel að því „kerfi“ sem komið er á við undirbúning, framkvæmd og eftirfylgni atkvæðagreiðslunnar. Erfitt er að sjá fyrir sér að lýðræðislegt fyrirkomulag, hvaða nafni sem nefnist, standist til lengdar ef ekki er innbyggt í það möguleikinn til upplýstrar rökræðu og svo möguleiki þeirra sem með ákvörðunarvald fara, almennings eða kjörinna fulltrúa, til þess að taka upplýsta afstöðu til þeirra málefna sem leiða þarf til lykta. Það gefur auga leið að ef þessi atriði eru ekki fyrir hendi stórákast líkur á því að rangar ákvarðanir séu teknar. Á meðan viðunandi kerfi eða undirbúningi að almennum atkvæðagreiðslum hefur ekki verið komið á eða það undirbúið nægjanlega verður ekki séð að það sé tímabært að sá möguleiki sé opnaður að umfangsmikill hluti þeirra málefna sem sveitarfélög fást við verði útkljáður endanlega í almennum atkvæðagreiðslum.

Hitt atriðið lýtur að stjórnskipulegri stöðu sveitarfélaganna. Sveitarfélögin teljast til stjórnarvalda í skilningi 2. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944. Hlutverk þeirra er, eins og annarra stjórnvalda, að framkvæma þau lög sem löggjafinn hefur sett með stjórnskipulega réttum hætti. Sveitarfélögin hafa ekki sjálfstætt löggjafarvald. Það „kerfi“ sem komið yrði á þyrfti því ekki aðeins að hanna með tilliti til þess að tryggja upplýsta ákvörðunartöku og rétt vægi hagsmuna. „Kerfið“ þyrfti einnig að hanna m.t.t. þess að undir atkvæði íbúa sveitarfélaganna yrðu ekki bornar tillögur sem í framkvæmd myndu ganga gegn landslögum. Hin nýju sveitarstjórnarlög leggja ábyrgð á útfærslu, framkvæmd og ákvörðunum í kjölfar atkvæðagreiðslu á herðar kjörinna sveitarstjórnarfulltrúa. Þeir verða í þeim störfum að tryggja að farið sé að landslögum, jafnvel þó slíkt kalli á að hafnað sé framkvæmd tiltekinnar atkvæðagreiðslu eða því að farið sé að niðurstöðum hennar. Ef aflétta ætti þessari ábyrgð af kjörnum sveitarstjórnarfulltrúum yrði að útfæra með öðrum hætti hvernig metið yrði hvort tiltekin atkvæðagreiðsla um sveitarstjórnarmálefni mætti fara fram eða hvort niðurstöðu hennar yrði fylgt. Hugsanleg útfærsla gæti falist í því að fela ákvörðunarvald í þeim efnum öðrum stjórnvöldum. Önnur útfærsla gæti falist í því að það yrði útfært nánar í almennum lögum hvenær og um hvaða málefni hægt væri að krefjast almennrar atkvæðagreiðslu. Hvort tveggja kallar á viðamikinn undirbúning og hagsmunamat sem ekki hefur enn farið fram.

## Heimildir

Alþingistiðindi.

Council of Europe: *European Charter of Local Self-Government and explanatory report.*

Strassborg 1986.

Jóhann Tómas Sigurðsson: „Sjálfstjórn sveitarfélaga.“ *Úlfjótur*, 2. tbl. 2000, bls. 143-189.

Lagastofnun Háskóla Íslands: *Lögfræðiorðabók með skýringum.* Ritstjóri Páll Sigurðsson.

Reykjavík 2008.

Ólafur Jóhannesson. *Stjórnarfarsréttur. Almennur bluti I.* (2. útg.) Reykjavík 1974.

Trausti Fannar Valsson: „Sjálfstjórn sveitarfélaga.“ *Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti 2007, bls. 241-265.

# Lögmæti hvalveiða Íslendinga

Þórunn Oddný Steinsdóttir  
Þorbjörn Björnsson

## Inngangur

Hvalveiðar Íslendinga og stefna stjórnvalda á sviði hvalveiða hafa verið mjög umdeildar á alþjóðavettvangi. Eftir að Íslendingar hófu aftur hvalveiðar í atvinnuskyni árið 2006, eftir áralangt hlé, hafa spurningar sem tengjast hvalveiðum orðið sérstaklega áberandi og í raun eitt mikilvægasta málið í alþjóðasamskiptum Íslendinga. Í umræðu um hvalveiðar má segja að tvö sjónarmið stangist á; annars vegar verndun hvala sem er náttúruverndarsinum afar hugleikið efni og hins vegar virðast hvalveiðar samtímis hafa orðið ákveðið tákni um fullveldi þjóðarinnar í hugum margra Íslendinga.

Spurningin um lögmæti hvalveiða Íslendinga tengist áhugaverðum, og á köflum flóknum, þjóðréttarlegum álitafnum. Þessari grein er ætlað að greina þau álitafni nánar með það að markmiði að svara þeirri spurningu hvort hvalveiðar Íslendinga stangist á við þjóðréttarlegar skuldbindingar Íslands.

Uppbygging greinarinnar er eftirfarandi: Næsti kafli fjallar stuttlega um verndun hvala í sögulegu samhengi. Því næst verður fjallað um inngöngu, úrsögn og endurinnngöngu Íslands í Alþjóðahvalveiðiráðið, en lögmæti endurinnngöngunnar kann að skipta sköpum um lögmæti hvalveiða Íslendinga. Einnig verður fjallað um efni og þýðingu helstu umhverfissáttmála, sem Ísland er skuldbundið af, og geta skipt máli varðandi mat á því hvort hvalveiðar teljist lögmætar. Þá verður fjallað um mál Ástralíu gegn Japan fyrir Alþjóðadómstólnum í Haag þar sem skorið verður úr um lögmæti hvalveiða Japans við Suðurskautið. Að lokum verða dregnar saman helstu niðurstöður.

## Sögulegt yfirlit

Í byrjun 20. aldar var orðið ljóst að helstu hvalastofnar áttu undir högg að sækja. Á þeim tíma veiddu margar þjóðir hvali, einkum vegna verðmætis olíunnar sem hægt var að vinna úr þeim. Árið 1925 var ofveiði hvala rædd innan Þjóðabandalagsins og nauðsyn þess að setja alþjóðlegar reglur til þess að stjórna veiðum. Árið 1930 var síðan komið á fót sérstakri stofnun til þess að halda saman tölfraði um veiðar á hvöllum og í kjölfarið var samþykktur fyrsti alþjóðasamningurinn um hvalveiðar sem var undirritaður árið 1931 af 22 þjóðum.<sup>1</sup> Samningurinn náði ekki að koma í veg fyrir áframhaldandi ofveiðar á hvöllum; m.a. vegna fjarveru margra af helstu hvalveiðiþjóðum heims, sérstaklega Japans og Þýskalands.<sup>2</sup>

Eftir lok seinni heimstyrjaldarinnar komu 14 ríki sér saman um nýjan alþjóðasamning um hvalveiðar (*International Convention for Regulation of Whaling* (ICRW), hér eftir: Hvalveiðisamningurinn).<sup>3</sup> Með samningnum var komið á fót sérstöku hvalveiðiráði (*International Whaling Commission* (IWC), hér eftir: Hvalveiðiráðið). Hvalveiðiráðið tók

<sup>1</sup> *The Convention for the Regulation of Whaling*, 24. september 1931, LNTS CLV 349.

<sup>2</sup> Sjá m.a. um sögu alþjóðlegs samstarfs um veiðar og vernd hvala: Ray Gambell: „International Management of Whales and Whaling: An Historical Review of the Regulation of Commercial and Aboriginal Subsistence Whaling“. *Arctic* 1993; Gregory Rose og Sandra Crane: „The evolution of international whaling law“. Í ritinu *Greening international law*, London 1993, bls. 159-181.

<sup>3</sup> *International Convention for Regulation of Whaling* (ICRW), 2. desember 1946, 161 UNTS 74.

til starfa árið 1948, þegar tiltekin fjöldi ríkja hafði fullgilt samninginn, en nú eru 89 ríki aðilar að ráðinu.<sup>4</sup> Markmið samningsins var að tryggja sjálfbærar veiðar á hvólum og koma þar með í veg fyrir hnignun hvalastofna sökum ofveiða. Eins og nánar verður fjallað um hér að neðan er óhætt að segja að stefna ráðsins hafi tekið veigamiklum breytingum síðan samningurinn var upphaflega samþykktur og hefur því jafnvel verið haldið fram að tilgangur samningsins hafi þróast það mikið að um algjörlega breyttan samning sé að ræða.

Árið 1982 samþykkti Hvalveiðiráðið núllkvóta, eða tímabundið bann við öllum hvalveiðum í atvinnuskyni, og kom það til framkvæmda árið 1986 (í daglegu tali nefnt hvalveiðibannið). Samþykktin var gerð vegna bágrar stöðu hvalveiðistofna og aukinnar vakningar á sviði umhverfismála. Hún var gerð í formi breytinga á ákvæði e-liðar 10. mgr. fylgiskjals við Hvalveiðisamninginn (*Schedule to Whaling Convention*, hér eftir: Fylgiskjalið). Í þeirri málsgrein voru útlistaðar þær veiðiheimildir sem voru í gildi á hverjum tíma en þær voru allar felldar niður í núll með hvalveiðibanninu. Var banninu ætlað að standa í 5 ár. Stóð til að endurskoða bannið árið 1990 en bundin var von við að helstu hvalastofnar hefðu þá náð að taka við sér.<sup>5</sup> Þessi endurskoðun hefur ekki farið fram.

## Innganga, úrsögn og endurinnganga Íslands í Hvalveiðiráðið

### Forsaga málsins: Innganga og úrsögn

Hvalveiðar hafa verið stundaðar við Íslandsstrendur síðan á síðari hluta 19. aldar. Árið 1915 voru veiðar á stórhvelum þó bannaðar hér við land vegna merkja um slæma stöðu stórhvalastofna. Á árunum 1935-1939 voru hvalveiðar afar takmarkaðar og var það ekki fyrr en árið 1948 sem hvalveiðar hófust aftur í atvinnuskyni.<sup>6</sup> Ísland gekk í Hvalveiðiráðið árið 1953.

Eins og áður var getið samþykkti Hvalveiðiráðið tímabundið bann við öllum hvalveiðum í atvinnuskyni árið 1982. Ísland greiddi atkvæði gegn banninu, en nýtti hins vegar ekki rétt sinn til þess að vera undanþegið því eins og Noregur, Perú, Japan og Sovétríkin höfðu gert, en heimild til þess er að finna í 3. mgr. 5. gr. Hvalveiðisamningsins. Ísland var undir miklum þrýstingi í þessu máli, einkum frá Bandaríkjunum, og samþykkti Alþingi með aðeins eins atkvæðis meirihluta að nýta ekki heimild til undanþágu frá banninu.<sup>7</sup>

Í samræmi við alþjóðaskuldbindingar sínar stöðvaði Ísland hvalveiðar í atvinnuskyni árið 1986. Við tóku veiðar í vísindaskyni, sem eru heimilær samkvæmt 8. gr. Hvalveiðisamningsins og stóðu þær fram til ársins 1989, en voru þá stöðvaðar vegna utanaðkomandi þrýstings.<sup>8</sup> Eins og áður sagði átti að endurskoða hið tímabundna bann í síðasta lagi árið 1990 og bundu íslensk stjórnvöld vonir við að þá yrðu veittar

<sup>4</sup> *IWC Members and Commissioners*. Hvalveiðiráðið 2011, <http://www.iwcoffice.org>

<sup>5</sup> Sjá um forsögu og ástæður hvalveiðibannsins í: Ray Gambell: „Moratorium or Management?“. Í ritinu *The Stockholm declaration and law of the marine environment*, Haag 2003, 413-420.

<sup>6</sup> *Yfirlit yfir hvalveiðar Íslendinga*. Utanríkisráðuneytið – Auðlinda- og umhverfisskrifstofa, Reykjavík 2009, <http://www.sjavarutvegsraduneyti.is>

<sup>7</sup> *Tillaga til þingsályktunar um mótunni gegn hvalveiðibanni*, Alþt. 1982-83, A-deild, bls. 622. Sjá umfjöllun: Tómas H. Heiðar: „Inngangur: Ísland og Alþjóðahvalveiðiráðið“. *Málstofa um lagalegan grundvöll hvalveiða*, nóvember 2006, <http://www.hi.is>

<sup>8</sup> Öll ríki sem hafa stundað hvalveiðar hafa verið undir miklum þrýstingi frá Bandaríkjunum sem hefur hótað viðskiptahindrunum til þess að ná fram markmiðum hvalveiðibannsins undir svokallaðri *Pelly Amendment* löggjöf. Ísland var nýlega sett á lista yfir ríki sem Bandaríkjaforseti getur beitt viðskiptaþvingunum, áður hafa bæði Japan og Noregur verið sett á sama lista. Sjá: *Aðgerðir vegna hvalveiða*. Morgunblaðið, 20. júlí 2011, [www.mbl.is](http://www.mbl.is). Vafasamt verður að teljast að slíkar viðskiptahindranir standist reglur Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO); sjá Ted L. McDomran: „Iceland, Whaling and the U.S. Pelly Amendment: The International Trade Law Context“. *Nordic Journal of International Law* 1997, bls. 453-474.



veiðiheimildir fyrir þá hvalastofna sem væru í nægilega góðu ástandi. Þegar ljóst var að slík endurskoðun færi ekki fram sögðu Íslendingar sig úr ráðinu árið 1991 í mótmælaskyni. Þá hafði Vísindaráð Hvalveiðiráðsins lýst yfir að vissum stofnum stæði ekki sérstök hætta af veiðum en ekki var pólitískur vilji til þess að aflétta banninu.<sup>9</sup>

Í kjölfar úrsagnar sinnar úr Hvalveiðiráðinu stofnaði Ísland, ásamt Noregi, Færeyjum og Grænlandi, Norður-Atlantshafssjávarspendýraráðið (NAMMCO).<sup>10</sup> Íslendingar héldu eftir sem áður áheyrnarstöðu í Hvalveiðiráðinu.

### **Endurinnnganga í Hvalveiðiráðið**

Í mars árið 1999 ályktaði Alþingi að hvalveiðar skyldu hefjast á ný hér við land við fyrsta tækifæri.<sup>11</sup> Ráðist var í ýmsar aðgerðir til að ná fram því markmiði, m.a. endurinnngöngu í Hvalveiðiráðið. Ljóst er að yfirvöld hafa metið aðstæður svo að það samræmdist frekar hagsmunum Íslands að vinna að því að aflétta banninu innan ráðsins fremur en að ráðast í einhliða aðgerðir.<sup>12</sup>

Fyrsta tilraun Íslands til endurinnngöngu í Hvalveiðiráðið var tekin fyrir á 53. ársfundi ráðsins árið 2001. Ísland vildi ekki gerast aðili nema að tryggt yrði að það yrði ekki bundið af hvalveiðibanninu og gerði því fyrirvara þess efnis við e-lið 10. mgr. Fylgiskjalsins. Á fundinum voru teknar þrjár ákvarðanir:<sup>13</sup>

1. Að Hvalveiðiráðið væri bært til þess að taka afstöðu um gildi fyrirvara Íslands.
2. Að fyrirvari Íslands væri ekki gildur.
3. Samþykkt var að veita Íslandi áheyrnarstöðu (með ákveðnum réttindum; m.a. væri það hæft til að kjósa líkt og aðildarríki um ákvarðanir).

Ísland reyndi aftur að fá innngöngu í ráðið árið 2002 og var umsóknin tekin fyrir á ársfundi Hvalveiðiráðsins það ár. Þar var ákveðið að fjalla ekki efnislega um umsókn Íslendinga þar sem fyrirvari Íslands væri sá sami og árið áður, en Íslendingar fengu ekki að taka þátt í atkvæðagreiðslunni.<sup>14</sup> Íslendingar gengu í kjölfarið af fundinum, neituðu þátttöku í formi áheyrnarfulltrúa og hótuðu að taka aftur upp hvalveiðar í atvinnuskyni.

Sama ár var sérstakur fundur um frumbyggjaveiðar haldinn í Hvalveiðiráðinu þar sem umsókn Íslendinga var tekin fyrir í þriðja sinn. Íslendingar höfðu að þessu sinni endurskoðað fyrirvara sinn. Samkvæmt fyrirvaranum skuldbundu íslensk stjórnvöld sig nú til þess að heimila ekki hvalveiðar í atvinnuskyni á meðan framgangur væri í samningaviðræðum innan ráðsins um endurskoðun stjórnkerfis veiðanna. Auk þess skuldbundu stjórnvöld sig til þess að heimila ekki veiðar fyrr en árið 2006 og þá einungis á grundvelli vísindalegrar ráðgjafar og undir virkri stjórn og eftirliti. Leggja ber áherslu á efni fyrirvarans þar sem hann felur í sér skuldbindingu um að stunda einungis sjálfbærar veiðar.<sup>15</sup> Málalokin urðu þau að aðild Íslands var samþykkt með eins atkvæðis mun (þar sem Íslendingar fengu sjálfir að greiða atkvæði). Ísland varð því aftur aðili að Hvalveiðiráðinu þann 14. október 2002, með fyrirvara um hvalveiðibannið.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Sjá ályktanir vísindaráðsins og upplýsingar um endurskoðun stjórnkerfis veiðanna á heimasíðu Hvalveiðiráðsins: *Revised Management Scheme: Information on the background and progress of the Revised Management Scheme (RMS)*. Hvalveiðiráðið, <http://iwcoffice.org>. Sjá einnig: Sean D. Murphy: „Blocking of Iceland’s Effort to Join Whaling Convention“. *American Journal of International Law* 2002, bls. 712.

<sup>10</sup> Sjá upplýsingar um Nammco á heimasíðu samtakanna: [www.nammco.no](http://www.nammco.no)

<sup>11</sup> *Tillaga til þingsályktunar um hvalveiðar*, Alþt. 1998–99, A-deild, bls. 801.

<sup>12</sup> Tómas H. Heiðar: „Inngangur: Ísland og Alþjóðahvalveiðiráðið“.

<sup>13</sup> *Iceland: Iceland and her re-adherence to the Convention after leaving in 1992*. Hvalveiðiráðið, <http://iwcoffice.org>

<sup>14</sup> Sjá, m.a., Stefán Ásmundsson: „Iceland’s Adherence to the International Whaling Commission“. Í ritinu *The Stockholm declaration and law of the marine environment*, Haag 2003, bls. 408-409.

<sup>15</sup> Sjá m.a. röksemdafærslu í grein Stefáns Ásmundssonar: „Whaling“. Í ritinu *Law, science & ocean management*, Leiden 2006, bls. 459-467.

<sup>16</sup> *Iceland: Iceland and her re-adherence to the Convention after leaving in 1992*.

Íslendingar hófu aftur vísindaveiðar árið 2003 og árið 2006 voru hvalveiðar aftur heimilaðar í atvinnuskyni þegar sjávarútvegsráðherra gaf út veiðiheilmild fyrir 30 hrefnum og níu langreyðum fyrir fiskveiðiárið 2006/2007.<sup>17</sup>

### Lögmæti fyrirvara Íslands

Innganga Íslands í Hvalveiðiráðið og þjóðréttarlegt gildi fyrirvarans hafa lengi verið umdeild. Álitafni sem tengjast ákvörðuninni eru nokkur og varða m.a.:

- Meinta galla á málsmeðferð á fundinum, þar sem því hefur verið haldið fram að Ísland hafi ekki verið bært til þess að fara með atkvæðisrétt á fundinum (þ.e. að greiða atkvæði um eigin inngöngu);<sup>18</sup>
- Það að sum ríki hafi talið að þau væru að greiða atkvæði gegn inngöngu Íslands;<sup>19</sup>
- Þá afstöðu ríkja að eftir að ákveðnar skyldur eru samþykktar innan alþjóðastofnunar geti ríki ekki komist hjá þeim skyldum með úrsögn og endurinnngöngu með fyrirvara;<sup>20</sup>
- Þá afstöðu Íslendinga að ráðið hafi ekki verið bært til þess að taka afstöðu til lögmætis fyrirvarans; annars vegar vegna þess að Hvalveiðiráðið teldist ekki alþjóðastofnun og væri því ekki bært til þess að taka afstöðu til gildis fyrirvarans á grundvelli 3. mgr. 20. gr. Vínarsamningsins um túlkun þjóðréttarsamninga,<sup>21</sup> (hér eftir: Vínarsamningurinn)<sup>22</sup> og hins vegar vegna þess að þó að Hvalveiðiráðið teldist alþjóðastofnun þá teldist Fylgiskjalið ekki hluti af stofnsamningi þess.<sup>23</sup>

Ofangreind álitafni sem varða lög um alþjóðastofnanir og gerð alþjóðasamninga eru mikilvæg. Umfjöllunin hér verður þó eingöngu takmörkuð við efni fyrirvarans.

Í 19. gr. Vínarsamningsins, sem almennt er talinn endurspegla venjurétt,<sup>24</sup> er fjallað um fyrirvara við þjóðréttarsamninga og kemur þar fram sú regla að ekki er hægt gera fyrirvara sem ganga gegn markmiði samnings. Nokkrar deilur hafa sprottið vegna ágreinings um hvort að fyrirvari Íslands við hvalveiðibannið gangi gegn markmiði Hvalveiðisamningsins. Þannig hafa sextán ríki formlega mótmælt efni fyrirvarans og þrjú ríki til viðbótar lýst því yfir að þar sem fyrirvari Íslands sé ógildur sé samningurinn ekki í gildi milli þeirra og Íslands.<sup>25</sup> Sömu afstöðu er einnig að finna í skrifum fræðimanna sem leggja áherslu á að markmið samningsins hafi þróast frá því að hann var samþykktur árið 1946 – að Hvalveiðiráðið sé í raun hvalafriðunarráð.<sup>26</sup>

<sup>17</sup> *Hvalveiðar*. Fréttatilkynning frá sjávarútvegsráðuneytinu 17. október 2006, <http://www.sjavarutvegsraduneyti.is>

<sup>18</sup> Áheyrnarfulltrúar fara almennt ekki með atkvæðisrétt innan alþjóðastofnanna, sjá: Jan Klabbers: *An introduction to international institutional law*, Cambridge 2009, bls. 101.

<sup>19</sup> Íslendingar hafa sett fram efasemdir um slíkar fullyrðingar, sjá: *Sviarnir gerðu ekki mistök við atkvæðagreiðslu um aðild*. Morgunblaðið, 17. október 2002, <http://www.mbl.is>

<sup>20</sup> Stefán Ásmundsson: „Iceland’s Adherence to the International Whaling Commission“ – andsvar Mary B. West (Ambassador and Deputy Assistant Secretary for Oceans and Fisheries, U.S. Department of State.), bls. 410.

<sup>21</sup> *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23. maí 1969, 1155 UNTS 331.

<sup>22</sup> Stefán Ásmundsson: „Iceland’s Adherence to the International Whaling Commission“, bls. 406-407.

<sup>23</sup> Sama heimild, bls. 407. Fræðimenn hafa sett fram þá skoðun að Hvalveiðiráðið geti talist lögpersóna og þar með alþjóðastofnun; sjá, m.a.: Robin R. Churchill and Geir Ulfstein: „Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law“. *American Journal of International Law* 2000, bls 628.

<sup>24</sup> Alla vega að því leyti sem reglurnar fjalla um fyrirvara, sjá: Alain Pellet: *First Report on the Law and the Practice Relating to Reservations to Treaties*. A/CN.4/470, 30. maí 1995, mgr. 157. Þetta er sérstaklega mikilvægt þar sem Vínarsáttmálinn var gerður eftir Hvalveiðisamninginn og Ísland er ekki aðili að Vínarsáttmálanum.

<sup>25</sup> *Iceland: Iceland and her re-adherence to the Convention after leaving in 1992*.

<sup>26</sup> Sjá, m.a., Alexander Gillespie: „Iceland’s Reservation at the International Whaling Commission“.

Höfundar taka undir þau sjónarmið að markmið alþjóðasamninga, og sérstaklega stofnsamningar alþjóðastofnana, geti tekið ákveðnum breytingum og verði að túlka með hliðsjón af framkvæmd, breyttum aðstæðum og ekki síst almennri þróun þjóðaréttarins.<sup>27</sup> Í því tilviki sem hér um ræðir er þó erfitt að samþykkja að þessi sjónarmið eigi við. Mikilvægt er að leggja áherslu á að hér er ekki um að ræða þróun eða stigsmun á því markmiði sem sett var í upphafi heldur algjörlega breytt markmið. Við slíkar aðstæður verður að gera miklar kröfur um sönnun á því að samningurinn hafi þróast á þann hátt. Rökstuðningur fræðimanna byggir að miklu leyti á inngangsorðum samningsins þar sem koma fram skýr sjónarmið um vernd hvala, en þegar inngangsorðin eru skoðuð í samhengi er augljóst að átt er við vernd gegn ofveiði og að ætlun samningsaðilanna var að ríkin hefðu sameiginlegan grundvöll til þess að stjórna hvalveiðum og koma í veg fyrir að gengið yrði þessari auðlind til þurrðar.<sup>28</sup> Einnig verður að leggja áherslu á anda hvalveiðibannsins, sem samkvæmt skýru orðalagi var einungis ætlað að gilda tímabundið. Friðun hvala verður því að telja breytt markmið en ekki þróun á upphaflegum markmiðum. Varðandi þann möguleika að markmiðið hafi þróast í þessa veru þá er ekki hægt að sniðganga nýlegar yfirlýsingar aðildarríkja Hvalveiðiráðsins sem lýsa því að ennþá sé stefnt að því að hefja aftur veiðar þegar ljóst verður að þær geti orðið sjálfbærar.<sup>29</sup>

Jafnframt hafa ákveðin aðildarríki mótmælt banninu frá upphafi. Ríkin sem vilja viðhalda hvalveiðibanninu hafa einungis nauman meirihluta innan Hvalveiðiráðsins og umtalsverðum hvalveiðikvótum er úthlutað árlega til frumbyggja á grundvelli menningarlegra sjónarmiða.<sup>30</sup>

Auk ofangreinds hefur gagnrýni fræðimanna verið byggð á c. lið 1. mgr. 31. gr. Vínarsamningsins þar sem fram kemur að við túlkun þjóðréttarsamninga verði að taka tillit til hverrar þeirrar þjóðréttarreglu sem er í gildi á milli samningsaðila. Þess vegna verði að túlka skyldur samkvæmt Hvalveiðisamningnum til samræmis við aðrar skyldur samningsaðila og almenna þróun á sviði umhverfisréttar. Alþjóðadómstóllinn í Haag hefur tekið undir slík sjónarmið í tilfelli umhverfissáttmála í hinu svokallaða stíflumáli (*Gabcovo-Naymaros*) þar sem kemur fram að: „*Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight...*“<sup>31</sup> Inntak þeirra umhverfissáttmála sem hvað mesta þýðingu á þessu sviði verður skoðað nánar hér að neðan.

## Alþjóðlegir umhverfissáttmálar

### Hafréttarsáttmálinn<sup>32</sup>

---

*European Journal of International Law* 2003, bls. 989-992; Chris Wold: „Implementation of Reservations Law in International Environmental Treaties: The Cases of Cuba and Iceland“. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 2003, bls. 80-85.

<sup>27</sup> Sjá almennt um túlkun stofnsáttmála alþjóðastofnanna: José E. Alvarez: *International Organizations as Law-makers*. New York 2005, bls. 65-108.

<sup>28</sup> Í formála Hvalveiðisamningsins er m.a. að finna eftirfarandi orðalag: „... *to provide for the proper conservation of whale stocks and thus make possible the orderly development of the whaling industry*.“

<sup>29</sup> Sjá t.d. svokallaða „St. Kittis and Nevis Declaration“ sem var undirrituð árið 2006 af 30 aðildarríkjum Hvalveiðiráðsins þar sem segir m.a. „*UNDERSTANDING that the purpose of the 1946 International Convention for the Regulation of Whaling (ICRW) is to “provide for the proper conservation of whale stocks and thus make possible the orderly development of the whaling industry” (quoted from the Preamble to the Convention) and that the International Whaling Commission (IWC) is therefore about managing whaling to ensure whale stocks are not over-harvested rather than protecting all whales irrespective of their abundance*“<sup>30</sup>. Yfirlýsingin er aðgengileg á heimasíðu Hvalveiðiráðsins: <http://www.iwcoffice.org>

<sup>30</sup> Árið 2009 veiddu eftirfarandi ríki á grundvelli frumbyggjaveiða: Danmörk (181 dýr), St Vincent og Grenadíneyjar (1 dýr), Rússland (116 dýr) og Bandaríkin (38 dýr). Sjá: *Aboriginal Subsistence Whaling catches since 1985*. Hvalveiðiráðið 2011, <http://www.iwcoffice.org>

<sup>31</sup> *Gabcovo-Naymaros Project* (Hungary/Slovakia), 25. september 1997, mgr. 140.

<sup>32</sup> *United Nations Convention on the Law of the Sea*, 10. desember 1982, 1833 UNTS 3.

Eins og áður sagði stofnaði Ísland NAMMCO, ásamt öðrum ríkjum, eftir úrögn sína úr Hvalveiðiráðinu, einkum í því skyni að uppfylla skyldur sínar samkvæmt 65. gr. hafréttarsáttmálans um að eiga samstarf á vettvangi veiðigandi alþjóðastofnana um verndun hvala, stjórnun veiða og rannsóknir á þeim.<sup>33</sup> Þótt að greinin sé augljóslega skrifuð með Hvalveiðiráðið í huga er ljóst að greinin takmarkast ekki við þá stofnun.<sup>34</sup> Athygli vekur að 65. gr. gerir það að skilyrði að alþjóðastofnun skuli hafa, m.a., það markmið að stuðla með samvinnu að verndun hvala.<sup>35</sup> Það má efast um að NAMMCO, sem er stofnað sérstaklega til þess að auðvelda hvalveiðar, uppfylli þetta skilyrði.<sup>36</sup>

Varðandi fyrirvara Íslands, þá má færa rök fyrir því að þátttaka í Hvalveiðiráðinu með fyrirvara við hvalveiðibannið sé í raun og veru ekki fullnægjandi til þess að uppfylla þá skyldu um samvinnu sem kemur fram í 65. gr. hafréttarsáttmálans, samanber þá staðreynd að Íslendingar ákveða einhliða veiðiheimildir sínar.

### Samningur um alþjóðaverslun með tegundir villtra dýra og plantna sem eru í útrýmingarhættu (CITES)<sup>37</sup>

CITES-samningurinn er meðal þeirra alþjóðasamninga sem ætlað er að stjórna alþjóðlegum viðskiptum með villt dýr og plöntur sem eru í útrýmingarhættu.<sup>38</sup> Þau dýr og þær plöntur sem falla undir samninginn eru taldar upp í þremur viðaukum við samninginn. Í viðauka I við samninginn er fjallað um dýr sem teljast í mestri útrýmingarhættu og er flestar hvalategundir þar að finna, þ.m.t. hrefnu og langreyð sem Íslendingar veiða.<sup>39</sup> Íslendingar fullgiltu samninginn árið 2000, en gerðu fyrirvara við þau ákvæði í viðauka I sem lúta að viðskiptum með afurðir hvala og eru því ekki skuldbundnir af þeim hluta samningsins.

### Samningur um líffræðilega fjölbreytni (CBD)<sup>40</sup>

CBD-samningurinn um líffræðilega fjölbreytni var gerður til þess að vinna gegn hnignun líffræðilegrar fjölbreytni í náttúrunni. Fræðimenn telja að helst sé hægt að rekja hnignun á líffræðilegri fjölbreytni til nokkurra þátta. Einn helsti þátturinn er ofnýting tiltekinna dýra- og plöntutegunda.<sup>41</sup> Samkvæmt 37. gr. CBD-samningsins er óheimilt að gera fyrirvara við efni samningsins. Af þessu leiðir að samningnum er m.a. ætlað að vernda hvali gegn ofveiði og koma þannig í veg fyrir hnignun hvalastofna. Ísland fullgilti samninginn árið 1994 og skuldbatt sig þar með til þess að öll nýting á plöntum og dýrum skuli vera sjálfbær, sbr. 2. gr. samningsins, þ.m.t. nýting hvalastofna. Varúðarregla umhverfisréttar kemur einnig skýrt fram í inngangsorðum samningsins þar sem segir að skortur á vísindalegri fullvissu eigi ekki að verða til þess að fresta aðgerðum til að koma í veg fyrir hnignun á líffræðilegri fjölbreytni.<sup>42</sup> Af þessu leiðir að aðildarríkjum samningsins er ekki heimilt að bera fyrir sig vísindalega óvissu um stöðu hvalastofna sem réttlæt看arástæðu fyrir útgefnum hvalveiðikvóta. Til þess að ríkjum sé heimilt að nýta

<sup>33</sup> Tómas H. Heiðar: „Inngangur: Ísland og Alþjóðahvalveiðiráðið“.

<sup>34</sup> *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, Volume II*, Satya N. Nandan and Shabtai Rosanne (ritstj.), Dordrecht 1985, bls. 663.

<sup>35</sup> Gregory Rose og Sandra Crane: „The evolution of international whaling law“, bls. 167.

<sup>36</sup> Sjá, m.a., *Philippe Sands: Principles of international environmental law* (2. útg.). Cambridge 2003, bls. 596; Gregory Rose og Sandra Crane: „The evolution of international whaling law“, bls. 179.

<sup>37</sup> *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*, 3 mars 1973, 993 UNTS 244.

<sup>38</sup> Sjá *Frumvarp til laga nr. 85/2000 um framkvæmd samnings um alþjóðlega verslun með tegundir villtra dýra og plantna sem eru í útrýmingarhættu*, Alþt. 1999-2000, A-deild, þskj. 859 – 557. mál.

<sup>39</sup> Þó ber að athuga að Vestur-Grænlandsstofn hrefnu er að finna í Viðauka II. Sjá umfjöllun um viðauka við samninginn á heimasíðu CITES: *The CITES Appendices*, <http://www.cites.org>

<sup>40</sup> *Convention on Biological Diversity*, 5. júní 1992, 1760 UNTS 79.

<sup>41</sup> Aðalheiður Jóhannsdóttir: „Vernd líffræðilegrar fjölbreytni“. *Tímarit Löggréttu* 2007, bls. 270.

<sup>42</sup> Sjá, m.a. um varúðarreglu umhverfisréttar: Joakim Zander: *The Application of the Precautionary Principle in Practice*, Cambridge 2010.

hvalastofna skv. ákvæðum CBD-samningsins þurfa að liggja fyrir fullnægjandi gögn um þær stofnstærðir sem ætlunin er að veiða til að staðfesta að slíkar veiðar séu sjálfbærar.<sup>43</sup>

Íslensk stjórnvöld hafa gefið út kvóta til veiða á dýrum sem teljast í útrýmingarhættu skv. 1. viðauka við CITES-samninginn. Sú staðreynd gefur tvímælalaust tilefni til efasemda um hvort stjórnvöld hafi staðið við skyldur sínar samkvæmt CBD-samningnum. Ísland hefur hins vegar ekki viljað setta sig við flokkun CITES-samningsins, sbr. þann fyrirvara sem gerður var við þau ákvæði er lúta að hvólum, og m.a. lagt áherslu á mismunandi ástand staðbundinna stofna.<sup>44</sup>

## Mál Ástralíu gegn Japan

Þann 31. maí 2010 stefndi Ástralía Japan fyrir Alþjóðadómstólum í Haag vegna hvalveiða þeirra við Suðurskautið.<sup>45</sup> Japan nýtti sér upphaflega rétt sinn til að vera óbundið af breytingum á Fylgiskjalinu og því hafði bannið ekki áhrif á hvalveiðar þess. Árið 1987 lét Japan hins vegar undan þrýstingi Bandaríkjanna og dró mótmæli sín til baka. Japan hóf hins vegar fljótlega stórtækar vísindaveiðar, m.a. við Suðurskautið – fyrst samkvæmt svokallaðri JARPA áætlun sem hófst veiðitímabilið 1987/88 og stóð til tímabilsins 2004/5. Úrtakið var upphaflega 300 hrefnur (+ eða – 10%) en var fjölgað í 400 dýr frá 1995/96. Árið 2005 tilkynnti Japan að það myndi hefja aftur vísindaveiðar samkvæmt áætluninni JARPA II. Þegar áætlunin var komin í fullt gagn veiðitímabilið 2007/8 var gefin út kvóti fyrir 850 hrefnur (+ eða – 10%), 50 hnúfubaka og 50 langreyðar.<sup>46</sup> Hrefnu, hnúfubak og langreyð er öll að finna í viðauka I við CITES (tegundir í mestri hættu) og langreyð er á lista Alþjóðanáttúruverndarsamtakanna (IUCN) yfir tegundir í útrýmingarhættu (*red list: endangered*).<sup>47</sup> Vegna alþjóðlegs þrýstings hafa Japanir ekki enn veitt hnúfubak undir Jarpa II.<sup>48</sup>

Ástralía telur að með veiðum sínum brjóti Japan gegn hvalveiðibanninu, þar sem veiðarnar geti ekki talist vísindaveiðar heldur dulbúnar veiðar í atvinnuskyni. Vísað er sérstaklega til þeirrar skyldu Japans að framkvæma samningsskyldur sínar í góðri trú samkvæmt 26. gr. Vínarsamningsins og venjurétti.<sup>49</sup> Ástralía telur einnig að veiðarnar séu mun umfangsmeiri heldur en nauðsynlegt sé til þess að uppfylla vísindaleg markmið og að þær séu ekki nauðsynlegar sökum nýrrar tækni til þess að rannsaka stofnstærðir hvala. Jafnframt telur Ástralía að veiðarnar ógni viðkvæmum hvalastofnum, sérstaklega langreyð, og hvað varðar hnúfubak bendir ríkið á að þær séu framkvæmdar á svæðum þar sem margir stofnar séu og því erfitt að vita fyrirfram af hvaða stofni dýrið er sem veitt sé, en svæðisbundnir stofnar séu misvel settir.<sup>50</sup>

Jafnframt telur Ástralía að vísindaveiðar Japana brjóti gegn ákvörðun Hvalveiðiráðsins

<sup>43</sup> Ef bæði þau ríki sem styðja og standa gegn hvalveiðum leggja fram vísindaleg gögn í góðri trú máli sínu til stuðnings er um að ræða óvissu, sem samkvæmt varúðarreglunni leiðir til þess að ekki skuli leyfa veiðar. Sjá: Maria Clara Maffei: „The International Convention for the Regulation of Whaling“. *The International Journal of Marine and Coastal Law* 1997, bls. 299-300.

<sup>44</sup> Sjá, m.a. ávarp Eiðs Guðnasonar, sendiherra Íslands hönd á 11. þingi CITES í Nariobi 11. apríl 2000. Ávarpið er aðgengilegt á heimasíðu Utanríkisráðuneytisins: <http://www.utanrikisraduneyti.is>; sjá einnig álit Hafrannsóknarstofnunar: „Um stofnstærðir langreyðar og hrefnu við Ísland og flokkun IUCN“, 27. október 2006, <http://www.hafro.is>. Svo virðist sem að Íslendingar hafi gerst aðilar að CITES gagnagert til þess að vinna að endurskilgreiningu vissra hvalategunda innan flokkunarkerfis samningsins.

<sup>45</sup> *Application instituting proceedings filed in the Registry of the Court on 31 May 2010: Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan)*. Alþjóðadómstóllinn 2010.

<sup>46</sup> Sama heimild, mgr. 10-12.

<sup>47</sup> *Balaenoptera physalus*. The IUCN Red List of Threatened Species (2011:1) [www.iucnredlist.org](http://www.iucnredlist.org).

<sup>48</sup> Donald R. Rothwell: „Australia v. Japan: JARPA II Whaling Case before the International Court of Justice“. *The Hague Justice Portal* 2010, <http://www.haguejusticeportal.net>

<sup>49</sup> *Application: Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan), mgr. 5-8.

<sup>50</sup> *Application: Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan), mgr. 13-16.



um friðun á stóru hafsvæði við Suðurskautið (*Southern Ocean Sanctuary*) sem var tekin með breytingu á b. lið 7. mgr. við Fylgiskjalið, en bannið tekur ekki til vísindaveiða. Japanir mótmæltu því að friðunin tæki til hrefnu og takmarkast því þessi málsástæða að því leyti.<sup>51</sup>

Auk Hvalveiðisamningsins telur Ástralía að veiðar á hnúfubaki gangi gegn CITES-samningnum og að hvalveiðar Japana séu brot á CBD-samningnum. Meint brot á CBD-samninginum felst í því að virða ekki skylduna til þess að tryggja að aðgerðir innan lögsögu ríkja eða undir þeirra stjórn valdi ekki öðrum ríkjum skaða eða skaða á svæðum utan lögsögu þeirra (3. gr.), að vinna með ríkjum, með beinum hætti eða í gegnum viðeigandi alþjóðastofnanir (5. gr.) og að grípa til aðgerða til þess að koma í veg fyrir eða draga sem mest úr skaðlegum áhrifum á líffræðilega fjölbreytni (b. liður 10. gr.). Enn er ekki ljóst hvernig Ástralía hyggst heimfæra aðgerðir Japans á þessar greinar samningsins. Þó má líta til þess að Ástralía leggur mikla áherslu á fjölda tilmæla hvalveiðiráðsins þess efnis að Japan skuli hætta vísindaveiðum sínum.<sup>52</sup> Jafnframt má líta á lagarökin sem leið til að draga fram staðfestingu á því að ákveðnar meginreglur umhverfisréttar eigi við um verndun hvala og til að fá dómstólinn til þess að líta heildstætt á alþjóðlegan umhverfisrétt.<sup>53</sup> Þess ber að geta að bæði CITES og CBD hafa að geyma ákvæði um úrlausn deilumála sem geta hugsanlega takmarkað lögsögu Alþjóðadómstólsins varðandi efni þeirra.<sup>54</sup> Jafnframt er að finna fyrirvara í almennri yfirlýsingu Ástralíu um lögsögu Alþjóðadómstólsins er varðar deilur þar sem aðilar hafa komið sér saman um einhverja aðra leið til friðsamlegrar úrlausnar.<sup>55</sup>

Engin gögn liggja fyrir um málsvarnir Japans. Telja má miklar líkur á því að ríkið hafni lögsögu á grundvelli CITES- og CBD-samninganna. Jafnframt að Japan leggi áherslu á að Hvalveiðisamningurinn feli í sér skýra heimild til vísindaveiða og að samningurinn eftirláti ríkjnum algjört forræði til þess að ákveða með hvaða hætti slíkar veiðar skuli stundaðar.

## Niðurstöður

Stutt yfirlitsgrein sem þessi getur á engan hátt gefið fullnægjandi mynd af öllum þeim álitaeftum sem tengjast hvalveiðum. Lagaleg staða hvalveiða er mjög flókið álitaefti. Engu að síður er ljóst að helstu álitaeftin sem tengjast þjóðréttarlegum heimildum Íslendinga til hvalveiða snúa annars vegar að lögmæti fyrirvara Íslands við hvalveiðibannið, samhliða mögulegri þróun á markmiðum Hvalveiðisamningsins, og hins vegar þróun innan alþjóðlegs umhverfisréttar. Alþjóðlegur umhverfisréttur hefur þróast mikið á síðastliðnum áratugum og má í raun segja að þróun þeirra réttarreglna sem koma að verndun og veiðum hvala hafi mestmegnis farið fram á því réttarsviði,

<sup>51</sup> Önnur neðanmgr. (\*\*) við grein 7(b) Fylgiskjalsins.

<sup>52</sup> *Application: Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan), mgr. 17-21.

<sup>53</sup> Til samanburðar má nefna að Alþjóðadómstóllinn úrskurðaði nýlega að skylda til þess að framkvæma umhverfismat væri orðið hluti af venjurétti, sjá: *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, 20. apríl 2010, mgr. 204; sjá einnig ráðgefandi álit Hafréttardómstólsins þar sem gefið er í skyn að varúðarreglan teljist einnig hluti af venjurétti: *Advisory Opinion on Responsibilities and Obligations Of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area* (Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea), 1. febrúar 2011, mgr. 135.

<sup>54</sup> Úrlausn deilumála er varða CITES-samninginn er skv. gr. XVIII samningsins takmörkuð við samningaviðræður eða, með samþykki beggja aðila, gerðardómsmeðferð Alþjóðagerðardómsins í Haag; samkvæmt CBD-samningnum er úrlausn deilumála samkvæmt 27. gr. takmörkuð við settargerð, nema með samþykki aðila.

<sup>55</sup> *Yfirlýsing Ástralíu um að ríkið samþykki almenna lögsögu Alþjóðadómstólsins*, dagsett 22. mars 2002 (samþykkt Alþjóðadómstólsins gr. 36(2)): „any dispute in regard to which the parties thereto have agreed or shall agree to have recourse to some other method of peaceful settlement.“ Yfirlýsingin er aðgengileg á heimasíðu Alþjóðadómstólsins: <http://www.icj-cij.org>



en ekki innan Alþjóðahvalveiðiráðsins. Sú óljósa staða sem ríkir um lögmæti hvalveiða er fyrst og fremst afleiðing þess hversu veik stofnun Hvalveiðiráðið er. Sú pólitíska togstreita sem ríkir milli andstæðinga hvalveiða og þeirra sem styðja sjálfbærar veiðar hefur að mestu lamað stofnunina. Í málsókn Ástralíu gegn Japan felst ákveðið útspil andstæðinga hvalveiða sem er fólgið í því að nýta sér úrræði til friðsamlegar úrlausnar deilumála til þess að skýra þær reglur sem gilda um hvalveiðar, en engin slík úrræði eru fyrir hendi innan Hvalveiðiráðsins.

Þar sem að ákveðin lagalegur munur er á hvalveiðum Japans og hvalveiðum Íslands, þ.e. Íslendingar eru með fyrirvara við hvalveiðibannið og stunda ekki vísindaveiðar, er ekki útilokað að Ástralía reyni einnig að nýta sér lagaleg úrræði til þess að skýra réttarstöðu veiða Íslendinga, en slík ákvörðun gætti leitt af sér skipun gerðardóms á grundvelli hafréttarsáttmálans eða málsókn fyrir Alþjóðadómstólnum í Haag.<sup>56</sup>

Að lokum má geta þess að fræðiskrif hér á landi hafa hingað til ekki veitt þjóðréttarlegri stöðu hvalveiða mikla athygli. Þótt að umfjöllunin hér að ofan sé takmörkuð við ákveðin álitæfni, og ekki til þess fallin að gefa heildstæða mynd af lagalegri stöðu hvalveiða þá er ljóst að sú staða er ekki jafn sterk og af er látið, þ.e.a.s. ekki er um að ræða rétt sem „er ótvíræður og sjálfsagður.“<sup>57</sup> Að mati höfunda er fullt tilefni til frekari rannsókna á lögmæti hvalveiða Íslendinga og þörf á gagnrýnni umræðu um það fordæmi sem Íslendingar setja með því að stunda slíkar veiðar án þess að samhljómur sé um að þær innan alþjóðasamfélagsins.

## Heimildir

- Aðalheiður Jóhannsdóttir: „Vernd líffræðilegrar fjölbreytni“. *Tímarit Lögréttu* 2007. *Aðgerðir vegna hvalveiða*. Morgunblaðið, 20. júlí 2011, [www.mbl.is](http://www.mbl.is).
- Alain Pellet: „First Report on the Law and the Practice Relating to Reservations to Treaties“. A/CN.4/470. 30 May 1995.
- Alexander Gillespie: „Iceland’s Reservation at the International Whaling Commission“. *European Journal of International Law* 2003, bls. 977-998.
- Alþingistiðindi.
- Chris Wold: „Implementation of Reservations Law in International Environmental Treaties: The Cases of Cuba and Iceland“. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 2003, bls. 53-118.
- Donald R. Rothwell: „Australia v. Japan: JARPA II Whaling Case before the International Court of Justice“. The Hague Justice Portal 2010, <http://www.haguejusticeportal.net>
- Gregory Rose og Sandra Crane: „The evolution of international whaling law“. Í ritinu *Greening international law*, London 1993, bls. 159-181.
- Hvalveiðar*. Fréttatilkynning frá sjávarútvegsráðuneytinu 17. október 2006, <http://www.sjavarutvegsraduneyti.is>
- Jan Klabbers: *An introduction to international institutional law*, Cambridge 2009.
- Joakim Zander: *The Application of the Precautionary Principle in Practice*, Cambridge 2010.
- José E. Alvarez: *International Organizations as Law-makers*. New York 2005.
- Maria Clara Maffei: „The International Convention for the Regulation of Whaling“. *The International Journal of Marine and Coastal Law* 1997, bls. 287-305.
- Philippe Sands: *Principles of international environmental law* (2. útg.). Cambridge 2003.
- Ray Gambell: „International Management of Whales and Whaling: An Historical Review of the Regulation of Commercial and Aboriginal Subsistence Whaling“. *Arctic* 1993.

<sup>56</sup> Yfirlýsing Ástralíu um að ríkið samþykki almenna lögsögu Alþjóðadómstólsins, dagsett 22. mars 2002 (samþykkt Alþjóðadómstólsins gr. 36(2)): „any dispute in regard to which the parties thereto have agreed or shall agree to have recourse to some other method of peaceful settlement.“ Yfirlýsingin er aðgengileg á heimasíðu Alþjóðadómstólsins: <http://www.icj-cij.org>

<sup>57</sup> Alþt. 1998–99, A-deild, bls. 801.

- Ray Gambell: „Moratorium or Management?“. Í ritinu *The Stockholm declaration and law of the marine environment*, Haag 2003, bls. 413-425.
- Robin R. Churchill and Geir Ulfstein: „Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law“. *American Journal of International Law* 2000, bls. 623-659.
- Sean D. Murphy: „Blocking of Iceland’s Effort to Join Whaling Convention“. *American Journal of International Law* 2002, bls. 712-715.
- Stefán Ásmundsson: „Iceland’s Adherence to the International Whaling Commission“. Í ritinu *The Stockholm declaration and law of the marine environment*, Haag 2003, bls. 405-412.
- Stefán Ásmundsson: „Whaling“. Í ritinu *Law, science & ocean management*, Leiden 2006, bls. 459-467.
- Sviarnir gerðu ekki mistök við atkvæðagreiðslu um aðild*. Morgunblaðið, 17. október 2002, <http://www.mbl.is>
- Ted L. McDomran: „Iceland, Whaling and the U.S. Pelly Amendment: The International Trade Law Context“. *Nordic Journal of International Law* 1997, bls. 453-474.
- Tómas H. Heiðar: „Inngangur: Ísland og Alþjóðahvalveiðiráðið“. *Málstofa um lagalegan grundvöll hvalveiða*, nóvember 2006, <http://www.hi.is>
- United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, Volume II, Satya N. Nandan and Shabtai Rosanne (ritstj.), Dordrecht 1985.
- Yfirlit yfir hvalveiðar Íslendinga*. Utanríkisráðuneytið – Auðlinda- og umhverfisskrifstofa, Reykjavík 2009, <http://www.sjavarutvegsraduneyti.is>

