

Jóhann Gunnar Þórarinnsson

Forúrskurður og ráðgefandi álit. Hver er munurinn ?

- BA ritgerð í lögfræði -



HÁSKÓLI ÍSLANDS

Umsjónarkennari: Bjarnveig Eiríksdóttir

Lagadeild Háskóla Íslands

Júní 2010

Jóhann Gunnar Þórarinnsson

Forúrskurður og ráðgefandi álit. Hver er munurinn ?

- BA ritgerð í lögfræði -



HÁSKÓLI ÍSLANDS

Umsjónarkennari: Bjarnveig Eiríksdóttir

Lagadeild Háskóla Íslands

Júní 2010

EFNISYFIRLIT

1 Inngangur	2
2 Meginreglunar tvær	2
2.1 Almennt	2
2.2 Meginreglan um einsleitni	3
2.3 Trúnaðarreglan	4
3 Forúrskurður	6
3.1 Almennt	6
3.2 Þegar dómstóll aflar forúrskurðar	6
3.3 Er forúrskurður Evrópu dómstólsins bindandi fyrir dómstól aðildarríkis ?	9
4 Ráðgefandi álit	10
4.1 Almennt	10
4.2 Þegar dómstóll óskar eftir ráðgefandi álit	11
4.3 Eru ráðgefandi álit eitthvað meira en bara ráðgefandi ?	13
4.3.1 Lagalegar röksemdir varðandi skuldbindingargildi ráðgefandi álits	13
4.3.2 Möguleg pólitísk áhrif á dómara héraðs	22
5 Afleiðingar þess að forúrskurði og/eða ráðgefandi álit er ekki fylgt	23
6 Lokaorð	26
Heimildaskrá	27
Dómaskrá	29

1 Inngangur

Evrópska efnahagssvæðið var sett á fót 1. janúar 1994 í kjölfar samningaviðræðna milli EFTA-ríkjanna¹ og Evrópusambandsins. Það samkomulag hefur haft mikil áhrif á íslenskt samfélag og sitt sýnist hverjum um ágæti þess. En það sem skiptir máli fyrir álitafni þessarar ritgerðar er sú ákvörðun að setja á fót sérstakan EFTA-dómstól. Með þeirri ákvörðun kom til sögunnar eitt magnað fyrirbrigði að heiti „ráðgefandi álit“. Þegar maður les í þessi tvö einföldu orð þá verður að segjast harla ólíklegt að inntak þeirra sé eitthvað vafamál. Þó er ekki allt sem sýnist eins og höfundur mun sýna fram á í ritgerð þessari. Fyrst verður tekin fyrir meginreglan um einsleitni og trúnaðarreglan með hliðsjón af mikilvægi þeirra vegna ætlaðs samanburðar í ritgerðinni. Því næst verður farið yfir forúrskurðarkerfið þar sem velt verður upp hugsanlegri skyldu til að afla sér forúrskurðar og hvort hann hafi bindandi áhrif. Þessi álitafni eru sérstaklega tekin fyrir vegna samanburðar við ráðgefandi álit síðar í ritgerðinni. Ennfremur er fjallað um svipuð álitafni er varða beiðni um ráðgefandi álit. Í þeim samanburði verður varpað ljósi á þau umfangsmiklu áhrif sem meginreglan um einsleitni hefur á þessi tvö mismunandi úrræði. Þá verður litið á afleiðingar þess að fylgja ekki tveimur fyrrgreindum úrræðum og að hvaða leyti það getur haft áhrif á inntak hugtaksins „ráðgefandi álit“. Höfundur mun leitast við að koma sínum sjónarmiðum á framfæri eftir því sem við á og þá sérstaklega í niðurlagi ritgerðarinnar.

2 Meginreglurnar tvær

2.1 Almenn

Það verður ekki dregið úr mikilvægi meginreglunnar með tilliti til umfjöllunarefnis þessarar ritgerðar. Hún mun skipta sköpum í þeim samanburði sem hér fer á eftir milli forúrskurða og ráðgefandi álita og þeim ályktunum sem dregnar verða í kjölfarið. Því er mikilvægt að taka hana til sérstakrar skoðunar áður en við köfum ítarlega ofan í muninn á öflun forúrskurðar og beiðni um ráðgefandi álit. Meginreglan um einsleitni kemur vissulega bæði fyrir í samningum innan ESB og EFTA en hún kemur ekkert sérstaklega til skoðunar eins og hún er orðuð í þeim samningum enda í grunninn sömu sjónarmið sem eiga við innan EES. Við gerð EES-samningsins lögðu aðilar mikla áherslu á það að ekki aðeins skyldu sömu reglur gilda, heldur skyldi samræma beitingu og túlkun sameiginlegra regla á EES-svæðinu öllu. Það skyldi stefnt að „einsleitni“ eins og það er orðað í samningnum. Það sem er einna athyglisverðast við þessa

¹ EFTA-ríkin sem um ræðir voru Ísland, Liechtenstein og Noregur. Þá höfðu Austurríki, Finnland og Svíþjóð yfirgefið EFTA fyrir Evrópusambandið. Þess má geta að EFTA-ríkið Sviss samþykkti ekki samninginn um Evrópska Efnahagssvæðið og gerði seinna meir tvíhliða samning við Evrópusambandið.

meginreglu er sú tilraun sem er gerð til að ná þessum markmiðum án þess að EFTA-ríkjunum sé gert skylt að framselja fullveldisréttindi sín til sameiginlegra stofnanna. En hvort sú tilraun hafi í raun heppnast eður ei mun höfundur fjalla um síðar í þessari ritgerð enda margt sem kemur til skoðunar í því sambandi.

2.2 Meginreglan um einsleitni

Hugtakið einsleitni kemur ekki aðeins fyrir í meginmáli sjálfs EES-samningsins heldur einnig í svokölluðum „aðfararorðum“ hans sem eru mikilvæg við skýringu EES-samningsins. Í 15. lið aðfararorða samningsins segir:

STEFNA AÐ ÞVÍ, með fullri virðingu fyrir sjálfstæði dómstólanna, að ná fram og halda sig við samræmda túlkun og beitingu samnings þessa og þeirra ákvæða í löggjöf bandalagsins sem tekin eru efnislega upp í samning þennan, svo og að koma sér saman um jafnræði gagnvart einstaklingum og aðilum í atvinnurekstri að því er varðar fjórþætta frelsið og samkeppnisskilyrði;

Hvað felst í orðunum „Með fullri virðingu fyrir sjálfstæði dómstólanna“. Hvernig er hægt að ná fram fullkominni einsleitni og að sama skapi virða sjálfstæði dómstóla aðildarríkjanna þegar um ráðgefandi álit er að ræða? Það er ekki hægt að sjá að það sé eitthvað meira en óskhyggja. Þetta kemur þó til skoðunar síðar. Meginreglan um einsleitni er meginregla EES samningsins í þeim skilningi að hún er orðuð í lagalega bindandi samningstexta. Hún er fyrsta meginreglan sem kemur fyrir í samningum enda í 1. mgr. 1. gr. EES samningsins. Þar segir:

Markmið þessa samstarfssamnings er að stuðla að stöðugri og jafnri eflingu viðskipta- og efnahagstengsla samningsaðila við sömu samkeppnisskilyrði og eftir sömu reglum með það fyrir augum að mynda einsleitt Evrópskt efnahagssvæði sem nefnist hér á eftir EES.

Meginreglan styðst jafnframt við það markmið sem fram kemur í 4.lið aðfararorða EES samningsins en þar segir:

HAFA Í HUGA það markmið að mynda öflugt og einsleitt Evrópskt efnahagssvæði er grundvallist á sameiginlegum reglum og sömu samkeppnisskilyrðum, tryggri framkvæmd, meðal annars fyrir dómstólum, og jafnrétti, gagnkvæmni og heildarjafnvægi hagsbóta, réttinda og skyldna samningsaðila;

Í stuttu máli kemur m.a. þarna fram það skilyrði að einkaaðilar skuli spila eftir sömu reglum á sameiginlegum markaði Evrópska Efnahagssvæðisins, þá alveg sama í hvaða landi þeir búa. Af því leiðir sú nauðsyn að dómstólar aðildarríkjanna túlki reglurnar með

samræmdum hætti. Þetta er náskyldt jafnræðisreglunni. Allir aðilar skulu sitja við sama borð. Þetta er gert að algjörri forsendu samningsins. Það væri ólíðandi fyrir aðildarríki ESB að þau hefðu minni réttindi en önnur aðildarríki EFTA og öfugt. Það hefur verið orðað sem svo að þetta sé sjálfsgöð grundvallarforsenda fyrir tilvist sameiginlegs markaðar alls Evrópska efnahagssvæðisins.² Sú ályktun styðst við fjölmarga dóma Hæstaréttar og má þar nefna annars vegar Hrd. 1999, bls. 4916 (236/1999) í máli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur, þar sem Hæstiréttur sagði m.a.:

Samkvæmt 4. mgr. aðfararorða EES-samningsins, sbr. og 15. mgr. þeirra, er það markmið hans að mynda einsleitt Evrópskt efnahagssvæði sem grundvallast á sameiginlegum samræmdum reglum, sem leitast á við að skýra af samkvæmni [...]³

Hins vegar má vísa í Hrd. 2003, bls. 2045 (477/2002) og eftirfarandi orð réttarins:

Er það gert til þess að stuðla að samkvæmni í skýringum á ákvæðum EES-samningsins og þar með samræmdri framkvæmd hans, en það er eitt af meginmarkmiðum samningsins að mynda öflugt og einsleitt Evrópskt efnahagssvæði, er meðal annars grundvallist á sameiginlegum reglum og sömu samkeppnisskilyrðum, eins og kemur fram í 4. mgr. aðfararorða samningsins.

Af þessum og fjölmörgum öðrum dómum Hæstaréttar⁴ er ljóst að meginreglan um einsleitni skipar mikilvægan sess í framkvæmd EES-samningsins og telst því sem grundvallarregla hans.

2.3 Trúnaðarreglan⁵

Trúnaðarreglan er sú regla sem stendur í hvað nánasta sambandi við meginregluna um einsleitni og er nauðsynleg í viðleitni samningsaðila til að tryggja það að einsleitnimarkmiðið sé virt. Trúnaðarregluna er að finna í 3. gr. EES samningsins. Þar segir:

Samningsaðilar skulu gera allar viðeigandi almennar eða sérstakar ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem af samningi þessum leiðir. Þeir skulu varast ráðstafanir sem teflt geta því í tvísýnu að markmiðum samnings þessa verði náð.

² Davíð Þór Björgvinsson: *EES-Réttur og landsréttur*, bls. 231-232.

³ Í máli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur fyrir EFTA-dómstólnum sbr. *EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998, bls 95* var meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkis talin hluti af EES-réttar. Helsta ástæðan fyrir því var einmitt sú mikla áhersla sem lögð er á einsleitni í EES-samningnum.

⁴ Það má að auki benda á eftirfarandi dóma Hæstaréttar: Hrd. 2001, bls. 2505 (17/2001) og Hrd. 1998, bls. 2608 (169/1998).

⁵ Einnig nefnd Trúnaðarskylda, hollustu- og/eða samheldnisregla.

Í 1. mgr er jákvæð skylda. Verður að ná að uppfylla einsleitnimarkmiðið og virða það. Í 2. mgr. er um að ræða neikvæða skyldu, þ.e. að forðast allt sem getur komið einsleitnimarkmiðinu í uppnám eða teflt því í tvísýnu. Því er mikilvægi trúnaðarreglunnar fyrir markmiðið um einsleitni mikið. Hún krefst þess að markmiðinu um einsleitni sé fylgt eftir og styrkir því stoð meginreglunnar um einsleitni. Davíð Þór Björgvinsson orðaði mikilvægi trúnaðarreglunnar og meginreglunnar um einsleitni svo:⁶

Þá má einnig rökstyðja að reglan geti haft þýðingu þegar íslenskir dómstólar beita 34. gr. ESE um ráðgefandi álit. Þótt þar sé aðeins um heimild að ræða til að leita ráðgefandi álits, en ekki skyldu, má af skyldunni til að tryggja einsleita framkvæmd EES-samningsins og trúnaðarskyldunni í 3. gr. EES leiða það sjónarmið að sú regla sé skýrð þannig **að leitað sé**⁷ slíks álits þegar raunhæfur ágreiningur og vafi er um túlkun EES-reglna og skýringar EFTA-dómstólsins geta haft þýðingu fyrir úrslit máls. Sama á við þegar metið er hvort ráðgefandi álit skuli lagt til grundvallar við úrlausn dóms þegar þess hefur verið aflað, þótt það sé ekki **bindandi í formlegum skilningi**.⁸ Af trúnaðarreglunni má leiða það sjónarmið að það skuli jafnan gert, nema sterk rög hnígi til annars.

Með orðunum „að leitað sé” varpar Davíð Þór augljóslega ljósi á ákveðna skyldu til að afla ráðgefandi álits. Seinna segir hann að ráðgefandi álit sé ekki „bindandi í formlegum skilningi”. Í fyrsta lagi þá vísar hann ekki í neinn formlegan skilning þegar kemur að því að leitað sé ráðgefandi álits og má draga þá ályktun að hann telji skyldu vera til þess þegar ákveðnar aðstæður eru fyrir hendi skv. fyrrgreindum reglum. Í öðru lagi þá er alls kostar óvíst hvað höfundur á við með orðunum. Skiptir formlegi skilningurinn nokkru máli ef sá efnislegi er einhver annar? Er hann ekki í raun að draga þá ályktun þvert á það sem hann hefur áður sagt,⁹ að það sé ákveðin skylda til staðar til að fara eftir ráðgefandi áliti, að það sé í raun bindandi. Það má leiða sterkur líkur að því hægt sé að gagnálykta frá orðum hans þannig að efnislega sé ráðgefandi álit bindandi. Höfundur mun nánar fara út í skuldbindingargildi ráðgefandi álita síðar í ritgerðinni. Þá má að lokum vísa í áður nefndan Hrd. 2003, bls. 2045 (477/2002). Þar sagði m.a.:

Hafa Íslendingar skuldbundið sig til að gera allar viðeigandi ráðstafanir til að stuðla að þessum markmiðum, sbr. 3. gr. EES-samningsins. Þótt álit EFTA-dómstólsins séu ekki bindandi að íslenskum rétti leiðir af framansögðu, að íslenskum dómstólum er rétt að hafa hliðsjón af ráðgefandi áliti hans við skýringar á efni ákvæða EES-samningsins nema sérstakar ástæður mæli

⁶ Davíð Þór Björgvinsson. EES-Réttur og Landsréttur, bls. 251.

⁷ Leturbreyting höfundar.

⁸ Leturbreyting höfundar.

⁹ Það má benda á orð hans í áliti hans til nefndar að lögum nr. 21/1994 en þar sagði hann m.a.: “Ég hef skoðað frumvarpið sem þú sendir mér sl. föstudag og tel ekki tilefni til sérstakra athugasemda”. Með þessum orðum sínum staðfestir hann í raun þann skilning sem kemur fram í greinargerð um að ráðgefandi álit sé ekki bindandi. Höfundur vill jafnframt taka það fram að það er lofsvert að geta skipt um skoðun.

því í gegn, sbr. og dóma Hæstaréttar 18. nóvember og 16. desember 1999, bls. 4429 og 4916 í dómasafni.

Það er því alveg ljóst að það verður ekki dregið úr vægi Trúnaðarreglunnar þegar kemur að því að framfylgja markmiðinu um einsleitni á Evrópska Efnahagsvæðinu. Þvert á móti má líta svo á að hún hafi mikla þýðingu þegar kemur að hugsanlegri skyldu til að leitast eftir ráðgefandi áliti og hugsanlegu skuldbindingargildi þess.

3 Forúrskurður

3.1 Almennt

Forúrskurðarkerfið var sett á fót með Rómarsáttmálanum þann 25. mars árið 1957 og hefur verið við lýði nú í 53 ár. Á 50 ára afmæli Evrópudómstólsins hafði Vassilios Skouriz forseti dómstólsins m.a. þetta að segja:¹⁰

Forúrskurðarkerfið hefur sérstaklega sannað gildi sitt síðastliðin 50 ár og heldur áfram að vera, í hverju tilviki, aðalverkfærið fyrir þróun, beitingu og framför Evrópskar löggjafar. Tölfræðilega séð hefur verið lang mest aukning í hópi forúrskurðarmála en nokkrum öðrum hjá Evrópudómstólnum.¹¹

Sem dæmi tók hann svo muninn milli árána 2006 og 2008. Árið 2006 voru 537 mál lögð fyrir Evrópudómstólinn þar af 251 forúrskurðarmál. En árið 2008 voru lögð 592 mál fyrir dómstólnum og þar af 288 forúrskurðarmál.¹² Með aukningu forúrskurðarmála er því brýnna en nokkru sinni að það sé alveg skýrt hvað í þeim felst. Þá ekki bara með tilliti til Evrópusambandsins í heild heldur líka með tilliti til EFTA-ríkjanna og meginreglunnar um einsleitni. Hér á eftir mun höfundur fjalla einna helst um tvö álitaefni varðandi forúrskurði Evrópudómstólsins vegna ætlaðs samiburðar við ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins. Það er annars vegar hvort um skyldu sé að ræða þegar kemur að öflun forúrskurðar og hins vegar hvort úrskurðurinn sé bindandi fyrir dómstóla aðildarríkis Evrópusambandsins.

3.2. Þegar dómstóll aflar forúrskurðar

Meginregluna er að finna í 3. mgr. 267. gr. stofnsáttmála Evrópusambandsins:

¹⁰ Vassilios Skouris: „The relationship of the european court of justice with the national constitutional courts“, <http://www.mkab.hu> og finnst þegar smellt er á „symposium“ undir flípanum „twenty years of the constitutional court“.

¹¹ Lausleg þýðing höfundar.

¹² Vassilios Skouris: „The relationship of the european court of justice with the national constitutional courts“, <http://www.mkab.hu> og finnst þegar smellt er á „symposium“ undir flípanum „twenty years of the constitutional court“.

Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State, against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court.

Meginreglan er sem sagt sú að dómstólum sem ekki dæma mál á síðasta dómstigi er aðeins heimilt, en ekki skylt, að leggja fyrirspurn til Evrópudómstólsins. Það er alltaf skylt, að skilyrðum forúrskurðarmeðferðar uppfylltum,¹³ að leggja álitæfni á síðasta dómstigi í aðildarríki fyrir Evrópudómstólinn til forúrskurðar.¹⁴ Sjónarmið um samræmda túlkun innan Evrópusambandsins¹⁵ hafa mikil áhrif á þessa skyldu því ef það væri ekki skylda á síðasta dómstigi til að afla forúrskurðar myndi það að öllum líkindum brjóta í bága við trúnaðarregluna, og þá um leið meginregluna um einsleitni. Þessi regla tryggir að ákveðið samræmi verði við beitingu EB-réttar og er mjög mikilvæg innan hans. Það er undirstöðuatriði að borgarar allra landa séu jafn settir og búi við sömu reglur. Því skiptir máli að við túlkun EB-réttar sé leitað til Evrópudómstólsins þegar vafi er til staðar. Þó það virðist á yfirborðinu vera frekar skýrt, hvenær dómstóli telst skylt að leggja álitæfni fyrir Evrópudómstólinn, þá eru til vafamál. Stundum er álitæfni hvaða dómstóll telst síðasta dómstig aðildarríkis. Það má nefna nokkra dómstóla til umhugsunar. Valdheimildir á milli Cour d'Appel og Cour de Cassation í Frakklandi er frábært dæmi. Þar má aðeins skjóta máli frá þeim fyrrnefnda til hins síðarnefnda þegar deilt er um lagaatriði. Jafnframt má Cour de Cassation ekki dæma upp á eigin spýtur nýja efnisúrlausn heldur aðeins staðfesta eða ómerkja fyrri dóm Cour d'Appel. Í Danmörku er sambærilegt dæmi varðandi landsréttinn. Til hans er hægt að áfrýja fjölmörgum málum en það er ekki hægt að skjóta dómum hans til Hæstaréttar nema þegar sérstaklega stendur á.¹⁶ Er hægt að halda því fram fullum fetum að Hæstiréttur sé síðasta dómstigið? Það er hæpið. Það yrði að meta hvert tilvik fyrir sig.

Við fyrstu sýn mætti álykta af 3. mgr. 267. gr. stofnsáttmála Evrópusambandsins, og þá sérstaklega af orðunum „no judicial remedy“, að síðasta dómstig sé það stig þegar áfrýjun er alltaf óheimil. Þannig það er tekinn almennur mælikvarði, ekki tilviksbundinn. Þetta myndi, eins og fræðimenn hafa bent á, leiða til þess að stundum gæti staðan verið sú að dómstólum væri ekki skylt að leita forúrskurðar Evrópudómstólsins.¹⁷ Því hefur í framkvæmd verið lagt til grundvallar að mælikvarðinn sé tilviksbundinn. Þ.e. að í því ákveðna tilviki sem liggur fyrir

¹³ Höfundur mun lauslega fara í nokkur af þessum skilyrðum síðar í kaflanum.

¹⁴ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og evrópska efnahagsvæðið*, bls. 1026.

¹⁵ Á ensku er það orðað sem svo að nauðsyn sé að hafa „uniform interpretation“. Samræmd túlkun felst í skilyrðinu um einsleitni. Einsleitni, eða „homogeneity“ er þó mun víðtækara hugtak. Innan þess felst einnig m.a. að reglur skuli vera þær sömu og þar að leiðandi felur einsleitnin ákveðna skyldu í sér að innleiða nýjar gerðir.

¹⁶ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og evrópska efnahagsvæðið*, bls. 1026-1027.

¹⁷ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og evrópska efnahagsvæðið*, bls. 1027.

verður að vera útilokuð áfrýjun svo dómstóll teljist skuldbundinn til að leita forúrskurðar hjá Evrópuþingdómstólum að öðrum skilyrðum uppfylltum.¹⁸ Þetta hefur jafnframt verið staðfest í dómaframkvæmd Evrópuþingdómstólsins, sbr. *EBD, mál 6/64, ECR 1964, bls. 585*, í máli *Costa vs Enel*. Í því máli var dómstóll talinn síðasta stig vegna lágrar fjárupphæðar sem á reyndi í málinu. Því var ekki hægt að áfrýja í því tilviki sem lá fyrir þó það væri mögulega hægt í öðrum tilvikum. Það er sambærilegt álitaefni hér á landi varðandi áfrýjun mála frá héraðsdómi til Hæstaréttar. Þau verða að ná ákveðinni lágmarksfjárhæð.

Í framkvæmd hefur lengi verið talið að nokkur frávík gildi frá áður nefndri meginreglu.¹⁹ Þar ber helst að nefna það að dómstóll í aðildarríki verður að hafa sent úrlausnarefni til Evrópuþingdómstólsins svo unnt sé að fá forúrskurð. Í raun er lítið hægt að gera þá nema treysta á framkvæmdarstjórn Evrópusambandsins.²⁰ Því á grundvelli 258. og 259. gr. stofnsáttmála ESB kann að vera málsóknarheimild á hendur aðildarríkis vegna sammingsbrots í þeim aðstæðum. Það mun nánar verið tekið fyrir í 4. kafla um ráðgefandi álit. Dómstólum getur verið heimilt að senda ekki úrlausnarefni til Evrópuþingdómstólsins, t.d. þegar hann telur beitingu EB-réttar ekki nauðsynlega forsendu fyrir dómi í aðalmálinu. Franska kenningin um skýr tilvik er önnur undantekning sem hefur verið nefnd. Í henni felst að ef túlkun á EB rétti er alveg kristaltær þá sé óþarfi að skjóta álitaefni fyrir Evrópuþingdómstólinn. Hvort hún sé raunhæf undantekning er álitamál enda væri frekar auðvelt fyrir dómstól í aðildarríki að hunsa Evrópuþingdómstólinn með ítrekuðum tilvitnum í umrædda reglu. Hefur þessi meginregla komið fram í dómaframkvæmd sbr. *EBD, mál 283/81, ECR 1982, bls. 03415*, eða hið svokallaða CILFIT-mál. Dómurinn segir m.a.:

Although the third paragraph of article 177²¹ of the EEC treaty unreservedly requires national courts or tribunals against whose decisions there is no judicial remedy under national law to refer to the court every question of interpretation raised before them, the authority of an interpretation already given by the court may however deprive the obligation of its purpose and thus empty it of its substance. Such is the case especially when the question raised is materially identical with a question which has already been subject of a preliminary ruling in a similar case or where previous decisions of the court have already dealt with the point of law in questions, irrespective of the nature of the proceedings which led to those decisions, even though the questions at issue are not strictly identical.

Það er því helst tvennt sem þarf að vera til staðar svo að undantekningin gildi. Það álitaefni sem um ræðir þarf annað hvort áður að hafa reynt á með forúrskurði

¹⁸ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og evrópska efnahagssvæðið*, bls. 1027.

¹⁹ Meginreglan er sú að dómstólar sem ekki dæma mál á síðasta dómstigi er aðeins heimilt en ekki skylt að leggja fyrirspurn til Evrópuþingdómstólsins.

²⁰ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og evrópska efnahagssvæðið*, bls. 1027.

²¹ Nú 3. mgr. 267. gr. stofnsáttmála Evrópusambandsins.

Evrópudómstólsins eða að fyrri ákvarðanir dómstólsins hafi skýrt það lagalega álitafni sem um ræðir. Dómurinn segir jafnframt að það þurfi ekki aðeins að vera augljóst fyrir viðkomandi dómstól aðildarríkis, hvernig túlkun EB-réttar sé í því ákveðna tilviki, heldur þurfi það líka að vera augljóst hjá öllum öðrum dómstólum aðildarríkjanna og hjá Evrópudómstólnum. Aðeins þá er mögulegt að komast hjá því að leggja álitafni fyrir Evrópudómstólinn. Þá drepur Evrópudómstóllinn á því að hvert tungumál innan EB sé jafn rétthátt. Dómstólar þurfa að auki að átta sig á mögulegri ólíkri túlkun lagahugtaka innan hvers ríkis EB. Það getur verið mismunandi lagahefð í gangi og því líkur á að lagahugtök kunni að vera túlkuð með ólíkum hætti. Það ber að lokum að nefna að gullni þráðurinn gegnum dóminn er mikilvægi samræmdar túlkunar innan Evrópusambandsins. Þetta þurfi alltaf að hafa í huga þegar meta þarf hvort meginreglan um skýr tilvik gildi í ákveðnu tilviki.²²

Með hliðsjón af þessum skilyrðum EB mætti halda því fram að umrædd undantekningarregla hafi mjög takmarkað raunhæft gildi. Það er erfitt að ímynda sér það marktæk tilvik þar sem enginn vafi er til staðar um túlkun EB-réttar. Þó má vitna í núverandi forseta Evrópudómstólsins sem er á öðru máli.²³

The absolute obligation to make a reference does not apply if the interpretation of the relevant Community law is clear, that is where previous decisions of the Court of Justice have already clarified the point of law in question, or where the correct interpretation of Community law is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt.

Með hliðsjón af þessum orðum hans og dómaframkvæmd Evrópudómstólsins má álykta sem svo að þetta sé mjög svo raunhæf undantekning.

3.3 Er forúrskurður Evrópudómstólsins bindandi fyrir dómstól aðildarríkis?

Dómstóll aðildarríkis er bundinn af forúrskurðinum og ber því að leggja hann til grundvallar í dómi sínum. Honum ber því ótvíræð skylda að fara eftir forúrskurði í fyrirliggjandi máli. Það sést t.d. af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Má nefna sem dæmi Milch-Fett og Eierkontor-málið sbr. *EBD, mál 29/68, ECR 1969, bls. 00165*, þar sem dómurinn sagði m.a.:

A JUDGMENT GIVEN BY THE COURT UNDER ARTICLE 177²⁴ IS BINDING ON THE NATIONAL COURT HEARING THE CASE IN WHICH THE DECISION IS GIVEN.

²² Varðandi það að álitafnin sem um ræðir þurfa ekki að vera „strictly identical“ þá er erfitt að lesa nákvæmlega hversu mikið svigrúm dómstóll aðildarríkis hefur.

²³ Vassilios Skouris: „The relationship of the european court of justice with the national constitutional courts“, <http://www.mkab.hu> og finnst þegar smellt er á „symposium“ undir flípanum „twenty years of the constitutional court“.

²⁴ Nú 267. gr. stofnsáttmála Evrópusambandsins.

Þá má einnig vísa í þær afleiðingar sem það hefði að fylgja ekki forúrskurði Evrópudómstólsins en höfundur mun fjalla nánar um það í 5. kafla ritgerðarinnar. Það sama gildir eðli máls samkvæmt ef málinu er áfrýjað á efra dómstig. Þá er sá dómstóll einnig bundinn af forúrskurðinum.

Þá er mikilvægt að geta þess að forúrskurður varðandi túlkun EB-réttar er ekki bindandi fyrir dómstóla aðildarríkis í öðrum málum. Hann hefur aðeins ákveðið fordæmisgildi. Skilyrði þess að forúrskurður sé bindandi í síðari málum er að það sé sömu aðilar og sama sakarefni, sem sagt mjög óraunhæft. Því er hægt að halda því fram að það sé aldrei skylt að leggja forúrskurð úr öðru máli til grundvallar. Það kemur lítið að sök samt sem áður enda er ávallt skylt að leita forúrskurðar Evrópudómstólsins ef vafi er til staðar um túlkun EB-réttar.²⁵ Annar forvitnilegur vinkill er þegar Evrópudómstóllinn dæmir ákveðnar gerðir EB-réttar ógildar. Ber dómstólum aðildarríkjanna þá í öðrum sambærilegum málum að líta framhjá þeirri gerð? Já, enda er komin nægileg ástæða til þess sbr. *EBD, mál 66/80, ECR 1981, bls. 01191* í svokölluðu *International Chemical*-máli en þar sagði að dómur um ógildi afleidds réttar sé nægjanleg ástæða fyrir aðra dómstóla til að líta á slíkan rétt sem ógildan í dómum sínum. Annað væri stórundarlegt og myndi brjóta í bága við meginregluna um einsleitni. Það ástand sem gæti skapast hefur verið lýst sem ringulreið.²⁶

4 Ráðgefandi álit

4.1 Almennt

Flestir þeir sem hafa byrjað að kynna sér Evrópurétt hafa sennilega velt því fyrir sér af hverju það eru tveir dómstólar en ekki einn. Þá sérstaklega eftir að hafa kynnt sér meginregluna um einsleitni og sterk áhrif hennar í Evrópurétti. Því kemur það vart á óvart að niðurstaða samningaviðræðna um EES-samninginn var sú að stofna skyldi einn stóran EES-dómstól. Þar var einmitt sérstaklega vísað í það sem ástæðu að tryggja þyrfti samræmda túlkun á EES-svæðinu.²⁷ Áður en það var farið í að stofna sameiginlegan dómstól ákvað framkvæmdastjórn Evrópusambandsins að leita álits Evrópudómstólsins um hvort sú ráðstöfun væri heimil. Evrópudómstóllinn taldi svo ekki vera sbr. *EBD, mál C-1/91, ECR 1991, bls. I-06079*. Þar vísaði hann sérstaklega í ólík markmið samninganna og lögsögu Evrópudómstólsins um valdbærni stofnana Evrópusambandsins. Því var samið upp á nýtt og upp úr því kom EFTA-

²⁵ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og evrópska efnahagssvæðið*, bls. 1030.

²⁶ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og evrópska efnahagssvæðið*, bls. 1030.

²⁷ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-Réttur og landsréttur*, bls. 50.

dómstóllinn.²⁸ EFTA-dómstóllinn er um margt líkur Evrópudómstólnum en hérna mun ég taka til samanburðar það sem helst hefur verið talið skilja á milli. Fyrst mun ég fara út í það þegar dómstóll óskar eftir ráðgefandi álit andstætt öflun forúrskurðar. Svo mun ég fara út í möguleg bindandi áhrif ráðgefandi álits sem nýlega hefur komið upp í umræðuna.

4.2 Þegar dómstóll óskar eftir ráðgefandi álit

Í 2. mgr. 34. gr. samnings milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls segir:²⁹

Komi upp álitamál í þessu sambandi fyrir dómstóli í EFTA-ríki, getur sá dómstóll eða réttur, ef hann álitur það nauðsynlegt til að geta kveðið upp dóm, farið fram á að EFTA-dómstóllinn gefi slíkt álit.

Eftir orðanna hljóðan þá er ekki hægt að sjá að með orðinu „getur“ og „ef hann álitur það nauðsynlegt“ sé nokkur skylda til að óska eftir ráðgefandi álit. Þegar svo eru skoðuð íslensk lög um öflun ráðgefandi álits nr. 21/1994 þá er alveg ljóst að meirihluti íslenskra þingmanna sem stóð að samþykki frumvarpsins taldi ekki vera um neina skyldu að ræða. Það má sjá t.d. í 1. mgr. 1. gr. laganna og þá sérstaklega á orðinu „getur“:

Nú er mál rekið fyrir héraðsdómstóli þar sem þarf að taka afstöðu til skýringar á samningi um Evrópska efnahagssvæðið, bókunum með honum, viðaukum við hann eða gerðum sem í viðaukunum er getið og **getur**³⁰ þá dómari í samræmi við 34. gr. samnings EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls kveðið upp úrskurð um að leitað verði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um skýringu á því atriði málsins áður en málinu er ráðið til lykta.

Þegar dómaframkvæmd er skoðuð þá eru íslenskir dómara afdráttarlausir sbr. áður nefndan Hrd. 2003, bls. 2045 (477/2002) þar sem það var skýrt tekið fram að um væri að ræða heimild til að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins.

Skúli Magnússon ritari EFTA-dómstólsins hefur farið mikinn þegar kemur að skuldbindingargildi ráðgefandi álits og hafði eftirfarandi að segja í grein sinni um ráðgefandi álit varðandi mögulega skyldu til að óska eftir því:³¹

Samkvæmt 3. mgr. 234. gr. EB-sáttmálans er dómstólum skylt að vísa máli til EB-dómstólsins ef ekki er unnt að skjóta úrlausnum dómstólanna til æðra dómstigs. Ekkert sambærilegt ákvæði

²⁸ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-Réttur og landsréttur*, bls. 50.

²⁹ Hér eftir nefndur SED-samningurinn.

³⁰ Leturbreyting höfundar.

³¹ Skúli Magnússon: „Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins? Hugmyndir um „boðvald“ ráðgefandi álita“, bls. 328.

er að finna í 34. gr. eftirlits/dómstólasamningsins. Hins vegar vaknar sú spurning hvort slík skylda leiði af hollustuskyldu 3. gr. EES-samningsins án þess að kostur sé að fjalla um það atriði hér.

Umrædd hollustuskylda í 3. gr. EES-samningsins kemur því til skoðunar í þessu sambandi. Höfundur hefur fyrr í þessari ritgerð varpað ljósi á mikilvægi hennar, sérstaklega þegar kemur að því að stuðla að einsleitni innan EES-svæðisins. Því vekur það upp spurninguna hvort það felist einhver skylda í fyrrgreindu ákvæði til að afla ráðgefandi álits. Hvað felst í því að dómstóll geti aflað sér ráðgefandi álits ef hann álitur það þá nauðsynlegt? Það myndi ekki standa steinn yfir steini ef maður reyndi að rökstyðja skylduinntak í þessum orðum. Það er alveg ljóst að skv. orðanna hljóðan þá er þetta heimild fyrir dómstólinn og þá ef hann sjálfur telur það nauðsynlegt. En þegar maður bætir 1. gr. og 3. gr. EES-samningsins inn í jöfnuna þá getur þetta horft aðeins öðruvísi við. Hlýtur þá ekki mat dómstóls aðildarríkisins, þegar vafi er til staðar um inntak EES-reglna, alltaf að vera það að nauðsynlegt sé að óska eftir ráðgefandi áliti? Annað verður ekki séð út frá þeirri trúnaðarreglu sem kemur fram í 3. gr. EES-samningsins. Eins og fyrr greinir þá ber aðildarríkjum að gera allar viðeigandi ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við markmiðið um einsleitni.

Sjónarmið um „boðvald“³² sem Skúli Magnússon fer ítarlega í gegnum í fyrrnefndri grein sinni koma einnig til greina hér og hafa mikil áhrif á inntak mögulegra skyldu til að afla ráðgefandi álits. Í þessu tilviki yrði að líta til afleiðinga þess að afla ekki ráðgefandi álits en höfundur fer nánar í þær afleiðingar sem fylgja því að brjóta gegn samningsskuldbindingum í 5. kafla ritgerðarinnar. Enda eru þær afleiðingar sem það hefði fyrir dómstól aðildarríkis að óska ekki eftir ráðgefandi áliti þær sömu og þegar dómstóll aðildarríkis dæmir þvert gegn ráðgefandi áliti. Miðað við þær afleiðingar sem það hefði í för með sér að leita ekki eftir ráðgefandi áliti þegar augljóslega er þörf á því þá eru líkur á því að um eitthvað meira en bara heimild sé að ræða. Það hlýtur að felast eitthvað meira í orðunum „getur“ og „ef nauðsynlegt er“ heldur en liggur í augum uppi. Þær afleiðingar sem eru til staðar leiðir því líkum að ákveðinni skyldu til að óska eftir ráðgefandi áliti. Þó aðeins sé talað um að dómari geti óskað eftir ráðgefandi áliti þá er ekki hægt að líta svo á að engin skylda sé til þess. Það hlýtur að vera nauðsynlegt að óska eftir ráðgefandi áliti þegar vafi er til staðar. Annars myndi það brjóta gróflega gegn trúnaðarreglunni með tilheyrandi afleiðingum.

³² Skúli Magnússon: „Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins ? Hugmyndir um „boðvald“ ráðgefandi álita“, bls. 317-330.

4.3 Eru ráðgefandi álit eitthvað meira en bara ráðgefandi?

Höfundur mun taka bindandi gildi ráðgefandi álits til mun ítarlegrar skoðunar en mögulega skyldu til að óska eftir ráðgefandi álit. Þetta er að vísu mjög samofið en það má benda á að það veldur mun meiri vangaveltum, t.d. út frá stjórnskipunarlegum vangaveltum að velta fyrir sér skuldbindingargildi ráðgefandi álits. Um bindandi gildi ráðgefandi álits er skrifað í athugasemdum með frumvarpi að lögum nr. 21/1994 um öflun ráðgefandi álits. Þar kemur fram í athugasemd með 1. gr. laganna eftirfarandi:

Álitið á aðeins að vera ráðgefandi eins og segir í 1. mgr. 1. gr. og bindur það því ekki héraðsdómara við úrlausn máls þótt vissulega verði að telja að eftir því yrði að öðru jöfnu farið að því leyti sem úrlausnin veltur á álitaefninu.

Höfundur getur ekki haldið því fram fullum fetum að ráðgefandi álit séu ekki skuldbindandi á neinn hátt. Enda gefa eftirfarandi athugasemdir lítið upp um það, heldur þvert á móti benda á ákveðið skuldbindingargildi. Þá má líka hugsa sér ýmis pólitísk áhrif á mat dómara á skuldbindingargildi ráðgefandi álits. Því leitast höfundur við að setja fyrst fram röksemdir á móti skuldbindingargildi ráðgefandi álits og síðan með. Það gerir höfundur út frá annars vegar lagalegu sjónarhorni og hins vegar pólitísku sjónarhorni.

4.3.1 Lagalegar röksemdir varðandi skuldbindingargildi ráðgefandi álits

Fyrst ber að skoða orðið „ráðgefandi álit“. Skv. hefðbundinni orðskýringu felur það ekki í sér skuldbindingu til að fara eftir slíku álit. Það stendur „ráðgefandi“ Þú gefur ekki einhverjum ráð og verður svo bandbrjálaður þegar það er ekki farið eftir því. Það má vissulega líkja þessu við lögfræðilegar álitsgerðir.³³

Næst ber að skoða möguleg áhrif laga um stjórnarskrá íslenska lýðveldisins nr. 33/1944³⁴ á skuldbindingargildi ráðgefandi álits. Þá segir í 3. mgr. 2. gr. stjkskr: „Dómendur fara með dómsvaldið“. Í þessu felst að það eru íslenskir dómara sem fara með dómsvaldið. Ef ráðgefandi álit væri á einhvern hátt bindandi fyrir íslenska dómara þá væri það skýlaust brot gegn þessu stjórnarskrárákvæði. Þá má benda á 1. mgr. 61. gr stjkskr en þar segir: „Dómendur skulu í embættisverkum sínum fara einungis eftir lögum“. Íslenskir dómara eiga að fara eftir íslenskum lögum sem sett eru með stjórnskipunarlegum hætti. Í þessu er hægt að gagnálykta á þann veg að dómara séu ekki skuldbundnir af öðrum erlendum dómstólum um

³³ Skúli Magnússon: „Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins ? Hugmyndir um „boðvald“ ráðgefandi álita“, bls. 323.

³⁴ Hér eftir nefnd stjkskr.

túlkun innlendra laga.³⁵ Sem dæmi má nefna að EES-gerðir eru í langflestum tilvikum orðnar að íslenskum rétti.

Í þriðja lagi má skoða lög nr. 21/1994 um öflun ráðgefandi álits. Þar kemur orðið ráðgefandi álit fram í 1. mgr. 1. gr.:

Nú er mál rekið fyrir héraðsdómstóli þar sem þarf að taka afstöðu til skýringar á samningi um Evrópska efnahagssvæðið, bókunum með honum, viðaukum við hann eða gerðum sem í viðaukunum er getið og getur þá dómari í samræmi við 34. gr. samnings EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls kveðið upp úrskurð um að leitað verði **ráðgefandi álits**³⁶ EFTA-dómstólsins um skýringu á því atriði málsins áður en málinu er ráðið til lykta.

Inntaki ráðgefandi álits er í raun ekkert nánar lýst í lögnum sjálfum en það virðist eiga að liggja í augum uppi hvað ráðgefandi álit felur í sér. Það er þó tíundað í athugasemdum með 1. mgr. 1. gr. í greinargerð að lögum nr. 21/1994 að aðeins sé um ráðgefandi álit að ræða og það bindi því ekki héraðsdómara við úrlausn máls. Þó það sé síðan í kjölfarið sagt „að öðru jöfnu skuli fara eftir úrlausninni eftir því sem hún veltur á álitaefninu“ er ekki hægt að lesa neitt skuldbindingargildi í það enda bara almennar athugasemdir í greinargerð. Það hefði verið þeim í lófa lagt að skýra álitíð eitthvað annað en ráðgefandi álit og/eða kveða á um skuldbindingargildi þessi í lögum.

Í fjórða lagi ber að skoða EES-samninginn og þá má nefna 107. gr. EES-samningsins en í þeirri grein segir í stuttu máli að það sé háð sérstakri ákvörðun hvers EFTA-ríkis fyrir sig hvort þau vilji nýta sér þá heimild til að hafa ráðgefandi álit bindandi fyrir dómstóla sína. Þetta gefur sterklega til kynna að ráðgefandi álit sé ekki bindandi. Í 34. gr. ESE samningsins um ráðgefandi álit er ekkert gefið til kynna um hugsanlegt skuldbindingargildi ráðgefandi álits. Í aðdraganda samningsins var búið að ákveða að setja á stofn sérstakan EES-dómstól, en áður en sú ákvörðun gekk í gildi var hún borin undir Evrópudómstólinn,³⁷ sbr. *EBD, mál C-1/91, ECR 1991, bls. I-06079*. Í þessu samhengi eru athyglisverð orð Evrópudómstólsins varðandi ómöguleika þess að hafa einn sameiginlegan EES dómstól. Hann sagði að það væri óásættanlegt að svörin sem Evrópudómstóllinn gæfi dómstóli aðildarríkja EES-samningsins væru einungis ráðgefandi og án nokkurs bindandi gildis. Slík staða myndi breyta því eðli Evrópudómstólsins sem dómstóll með bindandi áhrif. Það er því enginn vafi á því skv. dómi Evrópudómstólsins að ráðgefandi álit eru ekki bindandi. Ein af helstu ástæðunum fyrir því að vera ekki með sameiginlegan Evrópudómstól.

³⁵ Er þessi gagnályktun í raun tæk? Það er alls kostar óvíst sbr. álitamál varðandi Mannréttindadómstól Evrópu sem höfundur mun taka fyrir síðar í þessari ritgerð.

³⁶ Leturbreyting höfundar.

³⁷ Þá dómstóll Evrópubandalaganna.

Að því marki sem skýringar stjórnámálanna aðstoða við skilning á orðunum „ráðgefandi álit“ má nefna tvö álit til stuðnings óskuldbindandi áhrifum þess. Þorsteinn Pálsson, dómsmálaráðherra, sem flutningsmaður frumvarpsins, taldi síður en svo ráðgefandi álit fara gegn stjkr enda fælist ekkert bindandi gildi í því. Þ.e. dómstólar væru ekki bundnir af niðurstöðu EFTA-dómstólsins sem kæmi fram í ráðgefandi álit. Dómstólar þyrftu að taka „sjálfstæða afstöðu“.³⁸ Þá sagði Sólveig Pétursdóttir, forsvarsmaður fyrsta minnihluta allsherjarnefndar,³⁹ meðal annars:⁴⁰

„Ástæða er til að gefa því gætur að í 1. gr. frv. kemur skýrlega fram að álit EFTA-dómstólsins yrði aðeins ráðgefandi um skýringu á vafaatriðum EES-samningsins. Ráðgefandi álit bindur því ekki íslenska dómstóla við úrlausn málsins heldur er þess eingöngu aflað til leiðsagnar ef dómstóllinn getur samsinnt skýringu EFTA-dómstólsins“.

Í dómafrankvæmd hefur það komið skýrt fram að dómara telja sig ekki skuldbundna af ráðgefandi álit. Má vísa í títtnefndan dóm Hæstaréttar sbr. Hrd. 2003, bls. 2045 (477/2002) þar sem segir orðrétt:

Þótt álit EFTA-dómstólsins séu ekki bindandi að íslenskum rétti leiðir af framansögðu, að íslenskum dómstólum er rétt að hafa hliðsjón af ráðgefandi álit hans við skýringar á efni ákvæða EES-samningsins nema sérstakar ástæður mæli því í gegn, sbr. og dóma Hæstaréttar 18. nóvember og 16. desember 1999, bls. 4429 og 4916 í dómasafni.

Hér segir Hæstiréttur það hreint út að ráðgefandi álit sé ekki bindandi. Því væri hægt að halda því fram að það skipti litlu máli hvað síðar segir. Dómstóllinn hefur nú þegar sagt það með skýrum hætti að hann telji sig ekki bundinn af ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins. Upphaflega var gert ráð fyrir því að það álit sem EFTA-dómstólsins gæfi yrði bindandi fyrir þann dómstól sem leitaði þess. Á endanum var þó ákveðið að horfa frá þeirri ráðahögun því það kynni að fara gegn stjórnarskrám einstakra EFTA-ríkja ef álitin væru bindandi.⁴¹ Þá hafa fjöldi fræðimanna talið að ráðgefandi álit hafi ekkert bindandi gildi. Má sem dæmi taka orð fyrirverandi forseta EFTA-dómstólsins, Bjørn Haug:⁴²

But there is no mandate for the EFTA Court to act as a supranational court handing down decisions legally binding on national courts or on nationals or corporations within the EFTA

³⁸ Alþt. 1993-94, B-deild, bls. 4114.

³⁹ Forsvarsmaður þess frumvarps sem á endanum var samþykkt en þó í breyttri mynd sem hefur ekki áhrif í þessu samhengi.

⁴⁰ Alþt. 1993-94, B-deild, bls. 3788-3789.

⁴¹ Davíð Þór Björgvinsson: „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins“, bls. 139.

⁴² Bjørn Haug: „Discussions“, bls. 101.

States. It may only act by giving advisory opinions which ideally should be convincing and persuasive, but they are not legally binding.

Peter- Christian Müller-Graff, þýskur lagaprófessor, finnst það ekki vera vafamál:⁴³

Also in accordance with Article 34 SCA the EFTA Court ‘advisory’ opinions on the interpretation of the EEA Agreement in preliminary reference procedures lack legally binding effect.

Þau sjónarmið sem mæla með skuldbindingargildi ráðgefandi álits eru eftirfarandi. Í sambandi við það sem höfundur áður sagði með 2. og 61. gr. stjkskr þá má benda á það að þó dómarrar fari með dómsvald þá eiga þeir að fara eftir lögnum. Samt sem áður hefur ekki verið hægt að grípa inn í frjálst mat dómara í fyrirliggjandi máli með lögum. Skv. stjkskr er því ekki heimilt að skuldbinda dómara til að fara eftir ráðgefandi álitu. Dómari ætti því heldur ekki að telja sig skuldbundinn til að fylgja ráðgefandi álitu. Þó er athyglisvert að dómarrar virðast leggja ráðgefandi álit til grundvallar nema önnur veigamikil rök komi til greina sbr. orð Þorgeirs Örlygssonar:⁴⁴

Hæstiréttur hefur mótað þá almennu reglu að íslenskir dómstólar skuli hafa hliðsjón af ákvörðunum EFTA-dómstólsins, nema eitthvað það komi fram sem réttlætt geti að vikið sé frá álitinu. Leiðbeiningar um það hvað réttlætt geti slík frávik er hins vegar ekki enn að finna í dómsúrlausnum.

Það virðist vera lítið sjálfstætt mat í gangi hjá dómurum landsins. Eins og segir hér að ofan þá eru heldur engar leiðbeiningar um hvað geti réttlætt slík frávik í dómum Hæstaréttar. Af dómaframkvæmd verður séð að íslenskir dómstólar hafa aldrei vikið frá ráðgefandi álitu þó röksemdarfærslan hafi oft á tíðum verið mismunandi. Það felst ákveðin mótsögn í því að lýsa því yfir í dómi að ráðgefandi álit séu ekki skuldbindandi og segja jafnframt að þeir leggi það til grundvallar nema önnur veigamikil rök komi til greina. Það að hafa hliðsjón af ákvörðunum EFTA-dómstólsins og sú staðreynd að dómstólar innan EFTA hafi aldrei vikið frá ráðgefandi álitu og alltaf dæmt eftir því, gengur ekki upp.⁴⁵ Þú hefur ekki aðeins hliðsjón af einhverju ef þú dæmir alltaf eftir því. Dómarrar hljóta því að telja ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins skuldbindandi fyrir sig. Að minnsta kosti að einhverju leyti. Það þarf eitthvað

⁴³ Peter-Christian Müller-Graff: „The Impact of Climate, Geography and Other Non-Legal Factors on EC Law and EEA Law“, bls. 64.

⁴⁴ Þorgeir Örlygsson: „Hvernig hefur Ísland brugðist við ákvörðunum EFTA-dómstólsins?“, bls. 412-413.

⁴⁵ Carl Baudenbacher: „The EFTA Court Ten Years On“, bls. 35.

sérstakt að réttlæta frávik. Því viðurkenna dómstólarnir sjálfir að ráðgefandi álit sé skuldbindandi fyrir þá að því leyti sem ekkert réttlætir frávik frá því.

Varðandi stjórnskipunarleg álitafni er vert að athuga Mannréttindadómstól Evrópu⁴⁶ og áhrif hans á stjórnarskrána. Ólíkt EES-samningnum þá hefur Mannréttindasáttmáli Evrópu,⁴⁷ sem MDE ber m.a. að tryggja að sé framfylgt, ákveðið stjórnarskrárigildi.⁴⁸ Það hefur hann haft frá breytingu á mannréttindaákvæðum stj. árið 1995 til samræmis við MSE. Björg Thorarensen segir m.a. um þær breytingar sem skipta máli í þessu sambandi:⁴⁹

Í skýringum með hverju stjórnarskrárákvæði var jafnframt tekin afstaða til þess að við leit á inntaki þeirra skyldi litið til ákvæða alþjóðlegra mannréttindasamninga um sama efni.

Þegar kemur að frjálsum mati dómara og sjónarmiðum um aðskilnað ríkisvalds þá eru umræddir samningar tvímælalaust tækir til samanburðar enda verður ekki séð að mismunandi réttthæð samninganna að íslenskum rétti skipti nokkru í því sambandi. Það er einkum tvennt sem höfundur mun taka til athugunar hér.⁵⁰ Það er annars vegar hvort dómur MDE séu skuldbindandi fyrir Ísland og hins vegar hvort að íslenskir dómstólar séu bundnir af túlkun MDE í síðari málum varðandi sömu mannréttindaákvæði. Dómur MDE eru ólíkir ráðgefandi álitum EFTA-dómstólsins að því leyti að EFTA-dómstóllinn veitir dómstólum aðildarríkjanna ráðgefandi álit áður en þeir kveða upp sinn dóm. Dómur MDE kemur eftir að einstaklingar eða lögaðilar hafa kært dóm Hæstaréttar til MDE. Það liggur alveg skýrt fyrir að dómur MDE eru bindandi fyrir íslenska ríkið sbr. orð Bjargar Thorarensen:⁵¹

Þar sem dómur Mannréttindadómstólsins eru bindandi að þjóðarétti hefur verið brugðist við niðurstöðum hans í íslenskum kærnumálum með greiðslu skaðabóta sem kæranda eru ákveðnar í slíkum dómi og gerðar lagabreytingar eftir því sem við á.

Af fyrrgreindum orðum og framkvæmd íslenska ríkisins heldur höfundur því fram að íslenska ríkið fari gegn dómum Hæstaréttar. Það greiðir aðilum skaðabætur þrátt fyrir að Hæstiréttur hafi ekki talið íslenska ríkið brjóta nein mannréttindi. Að mati höfundar er

⁴⁶ Hér eftir skammstafaður MDE.

⁴⁷ Hér eftir skammstafaður MSE.

⁴⁸ Hann talar ekki beint um stjórnarskrárigildi heldur leiðir líkum að því m.a. með eftirfarandi orðum um MSE: „Við beitingu mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar geta þessir samningar gegnt lykilhlutverki í leitinni að því hvert er inntak þeirra í raun“. Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 462.

⁴⁹ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi*, bls. 107.

⁵⁰ Höfundur mun í 5. kafla taka til samanburðar afleiðingar þess að framfylgja ekki dómi Mannréttindadómstóls Evrópu og ráðgefandi álitum EFTA-dómstólsins.

⁵¹ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi*, bls. 90.

hreinlega um að ræða brot á reglum um aðskilnað ríkisvalds sbr. 2. gr. stjkskr.⁵² Varðandi síðargreinda álitafnið ritar Björg Thorarensen.⁵³

Þótt dómur Mannréttindadómstólsins séu ekki formlega bindandi fyrir íslenska dómstóla við úrlausn síðari mála, fara þeir að jafnaði eftir þeirri túlkun sem þar kemur fram á ákvæðum sáttmálans.

Í dómaframkvæmd hefur aldrei verið orðað sem svo að dómur MDE séu bindandi fyrir íslenska dómara.⁵⁴ Það má að mörgu leyti heimfæra þau rök sem koma fram í 5. kafla varðandi afleiðingar þess að fylgja ekki ráðgefandi álitum hér. Ef Hæstiréttur færi ekki eftir túlkun MDE þá myndi hann, eða réttara sagt íslenska ríkið, einfaldlega fá dóm frá MDE í bakið á sér. Hæstiréttur hefur hins vegar vísað í fordæmi hjá MDE í dóminum sínum sbr. dóm Hæstaréttar frá 28. apríl 2008 í máli nr. 179/2008 um ítrekunaráhrif en þar segir m.a.:

Af framansögðu athuguðu verður ekki fallist á að fyrrnefnd ákvörðun sýslumannsins í Vestmannaeyjum hafi brotið í bága við 7. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu og má í því sambandi minna á dóm yfirdeildar Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Achour gegn Frakklandi frá 29. mars 2006.

Í ljósi dómaframkvæmdar er engu líkara en að Hæstiréttur segi A en meini B. Hann tekur það fram á aðra höndina að dómur MDE séu ekki bindandi en á hina höndina vísar hann í fordæmi MDE og fylgir að öllu jöfnu túlkun hans. Því heldur höfundur því fram að bæði þessi álitafni leiða sterkar líkur að því að ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins teljist einnig skuldbindandi fyrir íslenska dómstóla.

Þó stjkskr sé æðsta réttarheimildin og almenn lög megi ekki brjóta í bága við hana verður að nefna nokkur atriði til viðbótar.⁵⁵ Það er nánast ómögulegt að aðili geti mótmælt dómi sem er sama sinnis og ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins á þeim grundvelli að dómari sé ekki skuldbundinn til að fara eftir því. Það yrði að koma fram í sjálfum dómstextanum að dómari teldi sig skuldbundinn af því. Íslenskir dómara tíunda það að ráðgefandi álit sé ekki

⁵² Þó ber að geta þess að þetta er jákvæð aðgerð að hálfu ríkisins en að mati höfundar er vissulega hægt að færa fram ansi góð rök fyrir því að íslenska ríkið fari gegn dómi Hæstaréttar. Langlíklegasta ástæðan fyrir því að íslenska ríkið hefur komist upp með þetta er að þetta er gert í þágu borgaranna. Þetta er því ekki íþyngjandi fyrir þá og þar að leiðandi ekki lítið jafn alvarlegum augum. Þetta stjórnskipunarlega álitafni er ekki sérstaklega tekið fyrir í þessari ritgerð en það er alveg ljóst að íslenska ríkið telur sig skuldbundið af dómum MDE.

⁵³ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi*, bls. 90.

⁵⁴ Í því samhengi má benda á Hrd. 2005, bls. 3214 (248/2005) um innheimtu sakarkostnaðar segir m.a.: „Þótt dómur mannréttindadómstóls Evrópu séu ekki bindandi að íslenskum landsrétti, sbr. 2. gr. laga nr. 62/1994, er rétt að líta til skýringa hans á áðurgreindu ákvæði.“

⁵⁵ Meðal annars vegna þess að af fyrrgreindum rökum virðist ekkert vera einhlítt að skuldarbindingargildi ráðgefandi álits myndi brjóta í bága við stjkskr. Jafnvel þó það myndi brjóta í bága við stjkskr þá er alls ekki hægt að útiloka það að dómstólar telji það í raun bindandi fyrir sig. Það er því vert að athuga fleiri rök með skuldarbindingargildi ráðgefandi álits.

skuldbindandi en í öllum tilvikum, sem þess hefur verið óskað, hefur því verið fylgt.⁵⁶ Aðilar máls þyrftu því að komast inn í sálarsetur og hugarheim dómarans til að átta á sig á því hvort hann teldi sig í raun skuldbundinn af því. Þá má og nefna að um leið og Hæstiréttur dæmir í fyrirbyggjandi máli þá verður því ekki áfrýjað. En komi annað sambærilegt mál fyrir dómstólana geta aðilar vissulega borið fyrir sig óskuldbindingargildi ráðgefandi álits og mótmælt fyrri „fordæmum“.

Næst má nefna að í athugasemdum í greinargerð með 1. gr. laga nr. 21/1994 segir í 4. másl. 1. mgr 1. gr.:

Um 1. gr. að álitid á aðeins að vera ráðgefandi eins og segir í 1. mgr. 1. gr. og bindur það því ekki héraðsdómara við úrlausn máls þótt vissulega verði að telja að eftir því yrði að öðru jöfnu farið að því leyti sem úrlausnin veltur á álitaefninu.

Í orðunum „öðru jöfnu“ felst skv. orðanna hljóðan eitthvað meira en bara ráðgefandi. Í ljósi þessara orða er strax hægt að fallast á það að sterk rök hníga að því ráðgefandi álit hafi ákveðið skuldbindingargildi. Þó má benda á að það væri löggjafanum í lófa lagið að setja þessi ummæli í lög. Það er alls kostar óljóst hvaða tilgangi það sætir að setja þessi ummæli aðeins í greinargerð. Þessi orð orsökðu ýmis orðaskipti á þingi þar sem málsmetandi menn héldu því fram að hér fælist ákveðið skuldbindingargildi. Meðal annars tjáði sig háttvirtur þingmaður Jón Helgason um athugasemdir í greinargerð með 1. gr. fyrrgreindra laga og sagði að ráðherra sjálfur gengi út frá því í greinargerð með frumvarpi að það væru litlar líkur á að nokkur dæmdu á annan hátt.⁵⁷ Háttvirtur þingmaður Kristín Einarsdóttir hafði líka þetta að segja.⁵⁸

Þó að því sé haldið fram og bæði talað um það í þessu að þetta sé eingöngu ráðgefandi og eins var talað um það í fyrri að þetta væri ekki bindandi, þá lít ég svo á að þarna sé um bindandi úrskurði að ræða. Þannig lít ég á að verið sé að fara í kringum stjórnarskrána með því að orða það með þeim hætti sem þarna er gert. Ég skora því á hv. allshn. að fara vel ofan í þetta mál og sé ekki annað en að þarna sé verið að flytja, ef þetta frv. verður að lögum, hluta af dómssvaldi til erlendra aðila.

⁵⁶ Þeir annað hvort segja það hreint út eða orða það sem svo að það „skuli hafa hliðsjón af ráðgefandi álit“ . Það má nefna nokkra dóma þar sem þetta er tíundað. T.d. Hrd. 1999, bls. 4429 (169/1998). , Hrd 1999, bls. 4916 (236/1999) og Hrd. 2003, bls. 2045 (477/2002).

⁵⁷ Alþt. 1993-94, B-deild, bls. 733.

⁵⁸ Alþt. 1993-94, B-deild, bls. 732.

Þó má benda á það að fyrrgreindir þingmenn stóðu ekki að samþykkt frumvarpsins og fyrrgreind orð þeirra gætu því túlkast sem „pólítísk skoðun“ þeirra.⁵⁹

Þá má í framhaldinu skoða skuldbindingargildi ráðgefandi álits í ljósi meginreglunnar um einsleitni sem fyrr var rakin. Það að skapa einsleitni á sviði EES-réttar og bandalagsréttar væri mjög erfitt í framkvæmd ef aðildarríki EES gætu kvikað frá ráðgefandi áliti og kveðið upp dóm sinn sjálfstætt. Því gæti sú staða verið uppi að dómari í Frakklandi, með nákvæmlega eins orðaða reglu, gæti túlkað hana á ákveðin hátt en svo kæmi dómari héraðs og túlkaði hana með allt öðrum hætti. Þá væri þetta í raun ekki sama reglan. Það myndi brjóta í bága við meginregluna um einsleitni og þá trúnaðarskyldu sem hvílir á aðilum í 3. gr. EES-samningsins. Í þessu samhengi eru athyglisverð orð Carl Baudenbacher forseta EFTA-dómstólsins:⁶⁰

Þriðja atriðið sem skilur á milli EES-stólpanna er það að dómur EFTA-dómstólsins, sem stafa af málsmeðferð sem fellur undir 34. gr. samningsins, eru ekki, strangt til tekið, lagalega bindandi fyrir dómstólinn sem leitaði til dómstólsins. Reynslan sýnir hins vegar að niðurstöður EFTA-dómstólsins eru ekki áhrifaminni en forúrskurðir Evrópu-dómstólsins.

Ástæðan fyrir því að reynslan sýnir annað er að öllum líkindum vegna tveggja síðastnefndra meginreglna. Ef reynslan væri önnur þá væri aðildarríkið ekki beint að tryggja að staðið væri við skuldbindingar sem leiða af EES-samningnum. Undir þetta tekur Elvira Méndez með eftirfarandi orðum í sambandi við skuldbindingargildi ráðgefandi álits:⁶¹

In this context, it is essential to remember that in EEA law, the national courts are bound by the duty of loyal cooperation, as Article 3 EEA Agreement is constructed in the same terms as Article 10 EC Treaty.

Ef við skoðum framkvæmdina hjá kollegum okkar í Noregi sem búa við mjög sambærilega stjórnskipan og hér þá eru eftirtektarverðar ályktanir norska fræðimannsins Hans Petter Graver af dómaframkvæmd Hæstaréttar Noregs:⁶²

⁵⁹ Það er þegar stjórnálagmenn leggjast í pólítískar skotgrafir með lítið af röksemdum að vopni. Hafa þá skoðun sem hentar hverju sinni miðað við pólítískt landslag. Það á ekkert skylt við lögfræði.

⁶⁰ Carl Baudenbacher: „Erla María: Viðurkennd réttarsköpun dómstóla“, bls. 172. M. Elvira Méndez-Pinedo, hér eftir nefnd Elvira Méndez, tekur undir þetta með eftirfarandi orðum: „Although in theory, in the framework of EEA law, judgments in the form of an advisory opinion are not legally binding on the national court, it can be said that, in practice, however, they are not weaker than the preliminary rulings rendered by the Court of Justice of the European Communities under Article 234 EC“. M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 40.

⁶¹ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 40.

⁶² Hans Petter Graver: „Effects of EFTA Court Jurisprudence on Legal Orders of EFTA States“, bls. 90.

As we have seen from the review of EEA cases by the Supreme Court, The Court regards itself both formally competent and substantially qualified to interpret provisions of EEA law. On the other hand, although not under a strict obligation to follow the advisory opinions of the EFTA Court, the Supreme Court has set the requirements to diverge from these opinions so strictly, that it in practise amounts to an obligation to follow them.

Hans vísar í dómaframkvæmd Noregs og þá einna helst Finanger dóminn sbr. Rt. 2000, bls. 1811. Hann segir m.a. að ákvarðanir EFTA-dómstólsins séu ráðgefandi en segir svo:

Men jeg finner samtidig at uttalelsen må tillegges vesentlig vekt. Dette følger etter min mening allerede av den omstendighet at EFTA-statene i samsvar med EØS-avtalen artikkel 108 nr. 2 ved inngåelsen av ODA-avtalen har funnet grunn til å opprette denne domstolen, blant annet for å nå frem til og å opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen.

Hér vísar dómstóllinn í mikilvægi samræmdar túlkunar þegar kemur að skuldbindingargildi ráðgefandi álit. Eins og fyrr er rakið þá eru sterk rök fyrir skuldbindingargildi ráðgefandi álit frá sjónarhorni meginreglunnar um einsleitni. Eðlilega fer það ekki saman að skuldbindingargildi ráðgefandi álit sé ekkert og það að virða EES-samninginn. Í því sambandi má minnst á eftirtektarverða mótsögn sem kom fram í máli Sólveigar Pétursdóttur, forsvarsmanns fyrsta minnihluta allsherjarnefndar þegar hún sagði.⁶³

Markmiðið með þessu er að sjálfsögðu að leitast við að tryggja samræmda skýringu EES-samningsins fyrir dómstólum aðildarríkjanna og þess væri eflaust að vænta að íslenskum dómstólum þætti vert að taka mið af álit EFTA-dómstólsins ef á þetta reyndi.

Það liggur í augum uppi að það er ekki hægt að tryggja samræmda skýringu ef ráðgefandi álit hefur ekkert bindandi gildi.

Í fjórða lagi má nefna hugleiðingar um „boðvald“ sem Skúli Magnússon setur fram á sannfærandi hátt í áðurnefndri grein sinni um ráðgefandi álit. Það að sjá ekki trén fyrir skóginum er engin nýlunda í mannlegu eðli og sýna eftirfarandi röksemdir að það sama kunnir að gilda í eðli lögfræðinga. Í grein sinni leitast Skúli Magnússon við að varpa ljósi á efnislega þýðingu hugtaksins „ráðgefandi álit“. Það sem hann leggur upp með er að sjá hvort hugtakið „ráðgefandi álit“ hafi nokkuð boðvald, þ.e. hefur það bindandi áhrif? Það mikilvægasta í að átta sig á hvort hugtök hafi boðvald er að smætta⁶⁴ hugtök niður í fyrirsjáanlegar (raunverulegar) afleiðingar þess að regla er brotin, heldur hann fram. Til að átta sig betur á

⁶³ Alþt. 1993-1994, B-deild, bls. 3789.

⁶⁴ Það að smætta þýðir að draga úr eða minnka. Í þessu tilviki er hugtakið „ráðgefandi álit“ minnkað þannig aðeins standa eftir afleiðingar þess að brjóta regluna sem felur í sér hugtakið. Það að brjóta gegn reglunni yrði þá að fylgja ekki ráðgefandi álit.

þessu tekur hann sem dæmi regluna um hægri akstur. Ef hún væri viðurlagalaus þá myndi fylgisemi við regluna minnka. Þegar svo væri komið að enginn víska væri lengur fyrir því að menn keyrðu frekar hægra en vinstra megin þá hefði hún misst boðvald sitt. Þarna var ákveðið siðferðislegt boðvald til staðar en að lokum missti það gildi sitt. Hefðu ákveðnar raunverulegar afleiðingar verið til staðar við broti á reglunni þá hefði hún tæplega misst boðvald sitt.⁶⁵ Því skiptir það máli að átta sig á afleiðingum þess að dómstólar fylgi ekki ráðgefandi áliti. Afleiðingarnar munu varpa nánara ljósi á möguleg bindandi áhrif „ráðgefandi álits“. Að mati höfundar eru þetta sterkustu röksemdirnar. Þetta er „common sense“ eins og sagt er á engilsaxnesku. Þó má benda á að það þarf að framfylgja þeim viðurlögum sem sett eru á og þau þurfa að vera sterk svo ólíklegt sé að brotið verði aftur gegn reglunni.⁶⁶

Afleiðingar þess að dómstólar myndu ekki fylgja ráðgefandi áliti væri augljóslega brot á trúnaðarreglunni í 3. gr. og því brot á EES-samningnum. Höfundur mun taka afleiðingar þess að fylgja ekki ráðgefandi áliti og forúrskurðum og bera þær saman sérstaklega í 5. kafla þessarar ritgerðar.⁶⁷

4.3.2 Möguleg pólitísk áhrif á dómara héraðs

Þau rök sem mæla gegn skuldbindingargildi ráðgefandi álits eru helst þau að dómara eiga ekki að hafa áhyggjur af því hvort þeir kunni að setja ákveðinn þjóðréttarlegan samning í uppnám með ákvörðun sinni.⁶⁸ Það skiptir þá engu máli hvaða afleiðingar það kunni að hafa að fylgja ekki ráðgefandi áliti. Það er fyrir stjórnámamenn að hugsa út í það. Dómurum ber aðeins að fara eftir lögnum en ekki láta það hafa áhrif á sig að ákveðið upplausnarástand

⁶⁵ Það væri sennilega hægt að hugsa sér öfgakenndar aðstæður þar sem fjöldi fólks bryti ákveðna reglu þrátt fyrir afleiðingarnar.

⁶⁶ Þá má benda á dæmi varðandi hraðakstur. Fjöldi fólks keyrir of hratt og þá m.a. fyrir þær sakir að líkurnar á að vera „gómaður“ eru mjög litlar. Ennfremur á Íslandi, svo dæmi sé tekið, eru sektir upp á nokkur tugþúsunda ekki tiltökumál fyrir fjölda Íslendinga.

⁶⁷ Athyglisvert er að skoða mögulega gagnályktun frá athugasemdum með 1. mgr. 1. gr. í greinargerð með lögnum. Þar stendur að ráðgefandi álit bindi ekki héraðsdómara við úrlausn máls. Er því hald í því að gagnálykta sem svo að dómara í Hæstarétti séu bundnir af ráðgefandi álitum EFTA-dómstólsins? Það verður að teljast mjög hæpið þó viðurkenna megi að furðulegt sé að hafa orðið „héraðsdómara“ í stað „dómara“ í greinargerðinni. Hæstaréttardómara hafa a.m.k. með dómsúrlausnum sínum ekki talið sig vera skuldbundna af ráðgefandi álitum. Höfundur hefur áður vísað í dóma sem sýna fram á það. Þó veit maður aldrei fyrir víst hvort hæstaréttardómara telja sig fremur skuldbundna til þess að fylgja ráðgefandi áliti heldur en héraðsdómurum.

⁶⁸ EES-samningurinn er auðvitað þjóðréttarsamningur sérstakt eðlis (sui generis) líkt og kom fram í máli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur sbr. *EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95*. Samningurinn felur meðal annars í sér sérstakt og sjálfstætt réttarkerfi. Það sem er athyglisvert við þau orð að EES-samningurinn sé sérstaks eðlis er sú staðreynd að í greinargerð með EES-lögnum er ekki talað um að hann sé sérstaks eðlis. Þar virðist vera gengið út frá því að um sé að ræða hefðbundinn þjóðréttarsamning. Sjá Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 50. Carl Baudenbacher segir jafnframt að hann geti ekki talist almennur alþjóðasamningur. Hann hefði sjálfstæða stöðu og sérstakt innihald. Carl Baudenbacher: „Erla María: Viðurkennd réttarsköpun dómstóla“, bls. 170.

kunni að skapast ef þeir fara ekki eftir álit EFTA-dómstólsins. Heldur ekki þó að endanlega geti komið skuldbindingu frá EFTA-dómstólum eins og nánar verður farið í.

Það er samt sem áður hægt að ímynda sér pólitísk áhrif á dómstóla landsins þegar kemur að ráðgefandi álit og skuldbindingargildi þess. Það má ímynda sér tilvik þar sem íslenskur dómstóll sækist eftir ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins sem hann verður svo í meginatriðum ósammála. Hvaða afleiðingar hefði það fyrir íslenska ríkið ef dómstóll myndi dæma gegn EES-samningum? Gegn meginreglunni um einsleitni sem EES-samningurinn byggir á að miklu leyti. Þær afleiðingar mun höfundur nánar fara í gegnum í næsta kafla en það er alveg ljóst að önnur ríki innan EES myndu ekki þola það til lengdar ef íslenska ríkið færi ítrekað gegn EES-samningnum. Svo það vissulega leiðir til þess að dómara gætu talið ráðgefandi álit bindandi fyrir sig þó þeir geti ávallt sagst hafa tekið álitafni til sjálfstæðrar skoðunar. Þeir gætu jafnframt haft þær afleiðingar í huga sem greint er frá í næsta kafla þegar kemur að því að ákveða hvort fylgt sé ráðgefandi álit eða ekki. Ef þeir myndu ekki gera það myndi hvort sem er endanlegur dómur vera kveðinn upp frá EFTA-dómstólum sem væri þá skuldbindingu. Þetta er að mati höfundar mjög sterk vísending um að ráðgefandi álit hafi einhver bindandi áhrif. Það þyrfti að öllum líkindum mikið að koma til svo að íslenskir dómstólar myndu dæma gegn ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins.

5 Afleiðingar þess að forúrskurði og/eða ráðgefandi álit er ekki fylgt

Líkt og kemur fram í 2.mgr. 260. gr. stofnsáttmála Evrópusambandsins þá er afleiðing þess að dómstóll aðildarríkis Evrópusambandsins liti framhjá forúrskurði mögulega sú að framkvæmdastjórn Evrópusambandsins myndi höfða samningsbrotamál gegn viðeigandi ríki.⁶⁹ Þá eru auðvitað litlar líkur á því, sbr. dómaframkvæmd, og fáheyr, að Evrópudómstóllinn myndi víkja frá forúrskurði.⁷⁰ Það þyrfti sem sagt eitthvað veigamikið að koma til svo að Evrópudómstóllinn myndi dæma gegn fyrri forúrskurði sínum. Með Maastricht-sáttmálanum kom þörf viðbót við fyrrgreindar afleiðingar sem kemur nú fram í 260. gr. stofnsáttmálans.⁷¹ Þá var loks komin heimild til að mæla fyrir um sektir á hendur aðildarríkjum sem höfðu ekki fullnægt dómum Evrópudómstólsins.⁷²

Til samanburðar við þær afleiðingar að fylgja ekki ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins þá er um margt líkt. Þegar dómstóll aðildarríkis fylgir ekki ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins þá

⁶⁹ Framkvæmdastjórnin getur að sjálfsgöðu gert þetta að eigin frumkvæði og/eða eftir ábendingar eða kvartanir frá einstaklingum og lögaðilum.

⁷⁰ Skúli Magnússon: „Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins? Hugmyndir um „boðvald“ ráðgefandi álita“, bls. 324.

⁷¹ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska Efnahagssvæðið*, bls. 1070.

⁷² Þá eftir að gengið hafði dómur vegna brots aðildarríkis sbr. 258. gr. stofnsáttmála Evrópusambandsins.

telst það ríki hafa brotið gegn samningsskyldum sínum. Þetta kemur meðal annars fram í 2. mgr. 108. gr. EES-samningsins, 31., 32, og 36-39. gr SED-samningsins. Skoðum 2.mgr. 31. gr. SED-samningsins:

Ef viðkomandi ríki breytir ekki í samræmi við álitid innan þess frests sem eftirlitsstofnun EFTA setur getur hún vísað málinu til EFTA-dómstólsins.

Það er alveg ljóst, líkt því sem segir hér að ofan um forúrskurði, að ef dómstóll aðildarríkis fer gegn ráðgefandi álitu þá gæti eftirlitsstofnun EFTA á endanum þurft að höfða mál gegn aðildarríkinu fyrir EFTA-dómstólnum. Enda hefur hún skýra heimild til þess skv. 2. mgr. 31. gr. SED-samningsins.

Munurinn á ráðgefandi álitu og þeirri úrlausn sem dómurinn tekur núna er að hér er um að ræða fullgildan dóm sem er bindandi fyrir aðila máls, bæði formlega og efnislega. Það sést skýrlega af orðunum „undir valdsvið“ í 2. mgr. 108. gr. EES-samningsins:

EFTA-ríkin skulu koma á fót dómstóli (EFTA-dómstóli):

Undir valdsvið⁷³ EFTA-dómstólsins skal með tillit til beitingar samnings þessa og í samræmi við sérstakan samning milli EFTA-ríkjanna einkum heyra:

- a) mál um tilhögun eftirlits er varðar EFTA-ríkin;
- b) áfrýjanir á ákvörðunum eftirlitsstofnunar EFTA á sviði samkeppni;
- c) lausn deilumála milli tveggja eða fleiri EFTA-ríkja.

Það sem vekur ef til vill mesta furðu varðandi skuldbindingargildi ráðgefandi álitu í þessu sambandi er að EFTA-dómstóllinn virðist engan mun gera á hins vegar ráðgefandi álitu og annars vegar ofangreindum dómum sínum. Þó hefur EFTA-dómstóllinn vikið frá ráðgefandi álitu með eftirfarandi dómi sínum. *EFTAD, mál E-09/07 og E-10/07, EFTACR 2008, bls. 259 í svokallaða L'Oreal máli*⁷⁴. Þar var um að ræða ráðgefandi álit sem hafði verið gefið í Noregi en ekki verið fylgt eftir. Í millitíðinni, þ.e. áður en málið kom aftur til úrlausnar EFTA-dómstólsins þá hafði Evrópu dómstóllinn dæmt um sama ákvæði á allt annan hátt. EFTA-dómstóllinn fer í dómi sínum ítarlega yfir meginregluna um einsleitni og mikilvægi þess að ákvæði séu túlkuð eins innan EES. Þá segir dómurinn:

the Court holds that the differences between the EEA Agreement and the EC Treaty with regard to trade relations with third countries do not constitute compelling grounds for divergent interpretations of Article 7(1) of the Trade Mark Directive in EEA law and EC law.

⁷³ Leturbreytingar mínar

⁷⁴ Einn dómur um tvö mál.

Dóminum finnst það því mikilvægt að halda sömu túlkun innan svæðisins og vísar í að það séu engin mikilvæg rök fyrir því að túlka skuli sama ákvæði á mismunandi hátt og vikur því frá ráðgefandi áliti sínu og dæmir í samræmi við dóm Evrópudómstólsins.⁷⁵ Af þessum dómi má álykta sem svo að það þarf mikið til svo að EFTA-dómstóllinn víki frá ráðgefandi áliti sínu með dómi í þessum tilvikum. Enda telur hann sig augljóslega vera skuldbundinn af þeim ráðgefandi álitum sem hann hefur áður gefið þegar hann kveður upp dóm sinn vegna sammingsbrotamáls. Skúli Magnússon orðaði það svo:

Það var t.d. ekki meðal röksemda EFTA-dómstólsins fyrir fráviki frá fordæmi sínu í L'oreal-málinu (áður tilvitnað) að fordæmið væri eingöngu ráðgefandi álit en ekki eiginlegur dómur.

Þá má benda á að ef eftirlitsstofnun EFTA aðhefst ekkert, jafnvel þó borist hafa kvartanir frá einstaklingum og lögaðilum, gæti komið til þess að höfðað yrði mál gegn eftirlitstofnunni skv. 38. gr. SED-sammingsins.⁷⁶ Því liggur í augum uppi að afleiðingar þess að fylgja ekki forúrskurðum Evrópudómstólsins og ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins eru nánast þær sömu, það eru sambærileg viðurlög í báðum tilvikum. Skúli Magnússon vísar í það að munurinn sé ekki greinanlegur. Hér sé aðeins um að ræða merkingafræðilegan mun, sambærileg réttaráhrif þrátt fyrir mismunandi heiti. Þessu getur höfundur ekki sammælt enda er markverður munur á afleiðingunum að mati höfundar. Það eru sú afleiðing sem kom inn í stofnsáttmála Evrópusambandsins með Maastricht-samningnum varðandi sektargreiðslur ríkja. Sambærilegt ákvæði er ekki að finna innan EES. Það getur skipt gríðarlegu máli að ríki fái virkt aðhald fyrir því að fylgja eftir ráðgefandi álitum sem fyrst með sektargreiðslum. Það eru fá knýjandi rök fyrir því að EFTA-ríki skuli fylgja eftir eiginlegum dómi frekar en ráðgefandi áliti. Það er þá einna helst hættan á uppsögn EES-sammingsins. Það að t.d. Íslandi gæti verið vikið úr EES ef það bryti gegn sáttmálanum og aðhefðist ekkert til að bæta úr því. Það eru þó engar áþreifanlegar afleiðingar, aðeins getgátur.

Þrátt fyrir þennan mun er höfundur í grunninn sammála Skúla Magnússyni um áhrif afleiðinganna.⁷⁷ Það hljóta að teljast mjög sannfærandi röksemdir að viðurlögin séu nánast

⁷⁵ Í Maglite dóminum sbr. *EFTAD, mál E-02/97, EFTACR 1997, bls. 127*. hjá EFTA-dómstólnum lagði EFTA-dómstóllinn áherslu á að EES-samningurinn setti ekki á fót tollabandalag með sameiginlega commercial policy. Það má líka segja að þeir hafi haldið því opnu að Evrópudómstóllinn gæti túlkað í aðra átt sem hann svo gerði með Silhouette dóminum sbr *EBD, mál C-355/96, ECR 1998, bls. I-4799*. Í fyrirnefndu L'oreal máli þá lagði dómstóllinn áherslu á að þegar tveir dómstólar sjái um að dæma á sama markaðssvæði þá gæti komið fyrir að þeir túlki á mismunandi hátt. Þetta er þó ekki viðfangsefni þessarar ritgerðar svo höfundur mun ekki fara nánar út í þessi mál.

⁷⁶ Þetta á kvæði á þó ekki við um almennar kvartanir.....

⁷⁷ Skúli Magnússon: „Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins ? Hugmyndir um „boðvald“ ráðgefandi álita“, bls. 324-325.

þau sömu. Viðurlögin leiða sterkar líkur að því að ráðgefandi álit séu bindandi fyrir aðildarríkin. Enda ef dómstóll aðildarríkis myndi fara gegn ráðgefandi álit þá myndi hann fljótlega fá dóm í bakið sem hann hefði ekkert að segja um.

6 Lokaorð

Höfundur hefur í ritgerð sinni leitast eftir því að varpa ljósi á inntak hugtaksins „ráðgefandi álit“. Þegar ráðgefandi álit komu fyrst fram á sjónarsviðið á Íslandi árið 1994 hefur lítið verið deilt um inntak þess að afla ráðgefandi álits og hvort það bindi á nokkurn hátt íslenska dómara. Hingað til hefur sú skoðun ríkt að engin skylda sé til að afla ráðgefandi álits og hvað þá að það hafi eitthvað skuldbindingargildi í för með sér. Það hefur einungis nýverið, með títtnefndri grein Skúla Magnússonar, komið fram skoðun í aðra veru hér á landi.⁷⁸ Skoðun um að þegar allt kemur til alls gæti falist ákveðin skylda og skuldbinding þegar kemur að ráðgefandi álit. Höfundur hefur í þessari grein leitast við að varpa fram rökum á báða bóga í viðleitni sinni um að lýsa nánar inntaki „ráðgefandi álits“. Það fer ekki á milli mála að meginreglan um einsleitni, og þá trúnaðarreglan, leggja mikla skyldu á dómara landsins til að óska eftir ráðgefandi álit og fara eftir því. Ofan á það bætast sjónarmið Skúla Magnússonar um „boðvald“ sem höfundur tekur undir að miklu leyti. Eftir að hafa borið saman forúrskurði Evrópuþómstólsins og ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, og þá sérstaklega eftir að hafa skoðað þær afleiðingar sem sammingsbrot⁷⁹ hefði í för með sér, er höfundur sannfærður um að dómstólum landsins beri skylda til að óska eftir ráðgefandi álit. Þá er að auki ljóst að þeim ber tvímælalaust skylda til þess að fara eftir því og það þrátt fyrir, eins og áður greinir, ýmis ummæli Hæstaréttar í aðra vegin.⁸⁰ Það stendur eins og áður hefur verið haldið fram að ef dómstólar landsins myndu dæma gegn ráðgefandi álit, og ríkið myndi ekki fylgja eiginlegum dómi EFTA-dómstólsins í kjölfarið, myndi hrikta í stoðum EES-sammingsins.

⁷⁸ Skúli Magnússon hafði þó skrifað um ráðgefandi álit árið 2002 og tjáð þá skoðun sína um að það væri bindandi en fór ekkert sérstaklega ítarlega í það. Skúli Magnússon: „Fordæmi Hæstaréttar og EFTA-dómstólsins. Nokkur orð um dóm Hæstaréttar 25. október 2001“, bls. 201-202.

⁷⁹ Það ef dómstólar aðildarríkja myndu virða að vettugi skylduna til að afla forúrskurðar og ráðgefandi álits. Sem og skylduna til að fara eftir því álit.

⁸⁰ Þess ber þó að geta að það er ekki sérstakt álitaefni þessarar ritgerðar, hvort og þá að hvaða marki bindandi gildi ráðgefandi álits getur farið í bága við stjkskr.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi*. Reykjavík 2008

Bjørn Haug: „H. Discussions“. *THE EFTA COURT Ten Years On*. Ritstj. Carl Baudenbacher, Per Tresselt og Þorgeir Örlygsson. Oregon 2005, bls. 100-104.

Carl Baudenbacher: „Erla María: Viðurkennd réttarsköpun dómstóla“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. hefti 2007, bls. 147-175.

Carl Baudenbacher: „The EFTA Court Ten Years On“. *THE EFTA COURT Ten Years On*. Ritstj. Carl Baudenbacher, Per Tresselt og Þorgeir Örlygsson. Oregon 2005, bls. 13-51.

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

Davíð Þór Björgvinsson: „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. hefti 1995, bls. 134-153.

Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. Reykjavík 1997

Hans Petter Graver: „Effects of EFTA Court Jurisprudence on Legal Orders of EFTA States“. *THE EFTA COURT Ten Years On*. Ritstj. Carl Baudenbacher, Per Tresselt og Þorgeir Örlygsson. Oregon 2005, bls. 79-104.

M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law. A Comparative Study of the Effectiveness of European Law*. Groningen 2009.

Peter-Christian Müller-Graff: „The Impact of Climate, Geography and Other Non-Legal Factors on EC Law and EEA Law“. *THE EFTA COURT. Ten Years On*. Ritstj. Carl Baudenbacher, Per Tresselt og Þorgeir Örlygsson. Oregon 2005, bls. 55-77.

Skúli Magnússon: „Fordæmi Hæstaréttar og EFTA-dómstólsins. Nokkur orð um dóm Hæstaréttar 25. október 2001“. *Úlfjótur* 2. tbl. 2002, bls. 191-215.

Skúli Magnússon: „Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins? Hugleiðingar um „boðvald“ ráðgefandi álita“. *Afmælisrit. Björn Þ. Guðmundsson sjötugur*. Ritstj. Stefán Már Stefánsson. Reykjavík 2009, bls. 317-330.

Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og evrópska efnahagssvæðið*. Reykjavík 2000.

Vassilios Skouris: „The relationship of the european court of justice with the national constitutional courts“, <http://www.mkab.hu> og finnst þegar smellt er á „symposium“ undir flípanum „twenty years of the constitutional court“, November 23, 2009 (skoðað 3. febrúar 2010).

Þorgeir Örlygsson: „Hvernig hefur Ísland brugðist við ákvörðunum EFTA-dómstólsins?“, *Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti 2004, bls. 375-416.

DÓMASKRÁ

Dómar Hæstaréttar:

Hrd. 1998, bls. 2608 (169/1998)

Hrd. 1999, bls. 4429 (169/1998)

Hrd. 1999, bls. 4916 (236/1999)

Hrd. 2001, bls. 2505 (17/2001)

Hrd. 2003, bls. 2045 (477/2002)

Hrd. 2005, bls. 3214 (248/2005)

Dómar Hæstaréttar Noregs:

Rt. 2000, bls. 1811.

Dómar Evrópudómstólsins:

EBD, mál 6/64, ECR 1964, bls. 585

EBD, mál 29/68, ECR 1969, bls. 00165

EBD, mál 66/80, ECR 1981, bls. 01191

EBD, mál 283/81, ECR 1982, bls. 03415

EBD, mál C-1/91, ECR 1991, bls. I-06079

EBD, mál C-355/96, ECR 1998, bls. I-4799

Dómar EFTA-dómstólsins:

EFTAD, mál E-02/97, EFTACR 1997, bls 127

EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95

EFTAD, mál E-09/07 og E-10/07, EFTACR 2008, bls. 259

