

Skrifstofa Alþingis
B.t. utanríkismálanefndar
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík

Efni: Umsögn um frumvarp til laga um Evrópska efnahagssvæðið (bókun 35), 890. mál.

Reykjavík, 9. maí 2023.

1. Inngangur.

Eftirfarandi umsögn er rituð að beiðni nefnda- og greiningasviðs Alþingis, sbr. umsagnarbeiðni sem send var undirrituðum 28. apríl sl. Í umsögn þessari er farin sú leið að hvetja Alþingi til þess að skoða frumvarpið ekki sem einangrað málefni, heldur sem hluta af stærri heild og í samhengi við þróun EES réttarins og að sjálfsögðu um leið í ljósi grundvallarreglna stjórnarskrárinnar viðvíkjandi stjórnskipan ríkisins. Við mótun afstöðu sinnar til frumvarps þess sem hér um ræðir ber þingmönnum skylda til að gaumgæfa frumvarpið út frá þeirri stóru mynd og heildstæða stjórnarfarslega samhengi sem birtist þegar sjónum er lyft upp á hið víðara svið.

Áhrif ESB hérlendis eru e.t.v. ekki öllum sýnileg hér á landi. Alþingi er að störfum og íslenskir dómstólar og íslenskir embættismenn í ráðuneytum og stjórnsýslustofnunum. En raunveruleikinn er sá að lög og reglur ESB síast hér inn í sífellt meira mæli, dómstólar horfa til niðurstaðna dómstóls ESB og embættismenn okkar starfa í þágu ESB (jafnvel fremur en Íslendinga). Réttarreglum sem uppruna sinn eiga hjá ESB er nú framfylgt hérlendis á ýmsum sviðum, sem ekki voru talin falla innan gildissviðs EES samningsins þegar hann var gerður.

Alþingismenn og þjóðin öll verða að greina þá þungu undiröldu og sterku strauma sem fætt hafa af sér það frumvarp sem hér er komið til meðferðar Alþingis. Frumvarpið er afsprengi hugmynda sem sl. áratugi hafa í auknum mæli rutt sér til rúms hér á landi og miða í reynd að umbyltingu í stjórnaritari og stjórnskipun Íslands. **Til að átta sig á þessu verðum við að skilja hvað ESB er í raun. Þáttur í því er að kunna skil á sögu ESB.**

2. Forsagan

Uppruna ESB í núverandi mynd má rekja aftur til hugmynda, sem fram komu á 3. áratugnum, um „Bandaríki Evrópu“ að Norður-Amerískri fyrirmynd. Það er saga sem halda ber á lofti, því hugmyndir um stofnun yfirþjóðlegs sambandsríkis, með ólýðræðislega kjörinni stjórn, hafa í árunna rás verið klæddar í ýmsan búning. Þannig hafa slíkar hugmyndir verið kynntar til sögunnar sem friðar-, tolla- og fríverslunarbandalag, efnahagsbandalag og nú ESB (pólítískt og efnahagslegt bandalag). Í þessu samhengi má ekki líta fram hjá því hlutverki sem

dómstóll ESB hefur tekið að sér, en hann hefur í reynd verið pólitískur dómstóll.¹ Í framgöngu sinni og réttarframkvæmd hefur dómstóllinn seilst langt út fyrir öll hefðbundin mörk dómsvaldsins og gerst leiðandi í samrunaferlinu og knúið í gegn bein réttaráhrif Evrópuréttarins og æðstu lögsögu ESB dómstólsins, sem aðildarríkin sáu ekki fyrir árið 1957. Eftir dóma í *Van Gend en Loos* og *Costa g. ENEL* hefur dómstóllinn haldið áfram á sömu braut.² Þannig má segja að við undirritun Lissabon sáttmálans 2009 hafi engin aðildarþjóð ESB mátt ganga þess dulin hvers konar réttarskipan þau væru að festa í sessi. Annað gildir um Íslendinga sem hvorki hafa undirritað Maastricht sáttmálann um stofnun ESB 1993 né Lissabon samninginn. Engu að síður hefur það gerst á síðustu misserum að Þýskaland og Pólland hafa sýnt vaxandi mótstöðu gagnvart því að beygja sig alfarið undir það að ESB fari með æðsta vald og að lög ESB yfirtrompi jafnvel stjórnarskrár ríkjanna.

Í upphafi Rómarsáttmálans segir að aðildarríkin skuldbindi sig til að vinna saman í átt að stöðugt nánara sambandi aðildarþjóða (e. „an ever closer union“). Ekki þar með sagt að öllum hafi verið ljóst hvað átt var við með þessu eða hversu langt þetta gengi.

Þrátt fyrir þá réttarmótun sem við höfum orðið vitni að sl. ár og áratugi er því haldið fram að fullveldi Íslands sé óskert. Hér fara hljóð og mynd ekki saman. Er verið að halla réttu máli? Getur verið að sérfræðingar og stjórnálmenn hafi hér leitast við að slá ryki í augu Íslendinga varðandi innleiðingu erlends réttar og áhrif ESB réttar? Þegar svo er komið að utanríkisráðherra og varaformaður Sjálfstæðisflokksins leggur fram frumvarp sem miðar að því að „skýrt og óskilyrt lagaákvæði sem réttilega innleiðir skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum“ skuli ganga framur almennum íslenskum lögum ef þetta tvennt stangast á, „nema Alþingi hafi mælt fyrir um annað“, þá er rétt og tímabært að fram fari djúp og breið umræða um stöðu okkar innan EES samstarfsins og að hvaða ósi við fljótum hér sem þjóð.³

Öllum má vera orðið ljóst að löngu er tímabært að Íslendingar staldri við og skoði stöðu sína með tilliti til þeirrar viðsjárverðu stjórnskipunarframvindu sem orðið hefur og þeirrar

¹ Sjá til hliðsjónar: <https://www.lrb.co.uk/the-paper/v43/n01/perry-anderson/ever-closer-union>

² Í athyglisverðri grein eftir Morten Rasmussen

https://www.europeanpapers.eu/sites/default/files/pdf_version/EP_eJ_2021_2_12_Articles_SS1_6_Morten_Rasmussen_00505.pdf kemur fram að dómstól ESB hafi í raun verið ætlað pólitískt hlutverk frá upphafi, nánar tiltekið það meginhlutverk að koma stefnumiðum ESB í framkvæmd og ýta undir réttareiningu milli aðildarríkja. Þessi nýja opinberun, eftir að opnað var fyrir aðgang fræðimanna að skjölum um stofnun EB, hefur ekki vakið lukku alls staðar, og sumir fræðimenn gengið svo langt að gagnrýna að um þetta sé fjallað, sjá t.d. https://www.chathamhouse.org/2021/10/law-tool-eu-integration-could-be-ending?utm_source=facebook.com&utm_medium=organic-social&utm_campaign=european-union&utm_content=law-tool-integration&fbclid=IwAR1bw468EYUZYTDF7SmjRXiY3jTKEaRs0rABlwkVIGI4-HILNjKLhnb8290

³ Með þessu orðalagi er óbeint vísað til fleygra orða enska dómarans Lord Denning, sem líkti Evrópuréttinum fyrst við sjávarföll, þar sem yfirborðið hækkar smátt og smátt og rennur inn í ósa innlands réttar. Síðar á ferlinum líkti hann þessu við flóðbylgju sem næði lengst inn í ríkið.

útpenslu evrópsks samstarfs sem m.a. hefur fætt af sér Schengen samkomulagið um sameiginlega landamæragæslu, reglur um loftslagsmál o.fl. sem ekki voru í sjónmáli þegar EES samningnum var veitt lagagildi hérlendis með lögum nr. 2/1993.

3. Upphaf EES samstarfsins

Frammi fyrir þeirri réttarlegu framvindu sem að framan var lýst er full ástæða til að rifja upp **aðdraganda og tilgang EES samningsins.**

EFTA ríkin höfðu haft vaxandi áhyggjur af því að nánari samvinna EB ríkjanna myndi valda ójafnvægi. EES átti að svara þessu á hagnýtan hátt, með því að breikka samvinnuna og dýpka hana milli EB og EFTA. Framkvæmdastjórn EB var jákvæð gagnvart þessu frá upphafi (maí 1985) en tók fram að þetta mætti ekki hamla sjálfstæðri ákvörðunartöku EB, en meiri samvinnu væri vissulega þörf. EFTA ríkin höfðu áhyggjur af að einangrast.

Í marsmánuði 1989, nánar tiltekið dagana 14 og 15. mars það ár, var haldinn fundur EFTA ríkja í Osló. Gefin var út yfirlýsing þar um hvernig meta ætti samstarfið við EB. Sérstök áhersla var lögð á sameiginlega ákvarðanatöku og að samstarfið undirstrikaði að um væri að ræða *samstarf þjóða á jafnréttisgrunni* (e. community of equals).

Ráðherrafundur EFTA 20. mars 1989 undirstrikaði þetta með því að leggja til sameiginlega stýrinesnd háttsettra embættismanna (e. high level steering group). Ráðherrarnir funduðu um þetta fram í október 1989. Í desember 1989 var fundur milli EB og EFTA þar sem ákveðið var að ganga til formlegra viðræðna á fyrri hluta árs 1990.

Í kjölfar þess að Berlínarmúrinn féll höfðu EFTA ríkin háleitar hugmyndir um EES, sem gengu m.a. út á að austur-Evrópuþjóðir gætu fengið þar aðild síðar. Á ráðherrafundi EFTA og EB í Brussel 19. desember 1989 var sameiginleg ákvarðanatöku enn til umræðu. Bjartsýni ríkti um framhaldið. Unnið var út frá því meginsjónarmiði að ESS skyldi grundvallast á sameiginlegum reglum og sameiginlegri ákvarðanatöku. Jón Baldvin Hannibalsson sagði við það tækifæri að í húfi færi raunveruleg þátttaka í sameiginlegu EES ákvörðunarferli.

Síðastnefnt atriði var í raun forsenda þess að samningur um EES væri pólitískt ásættanlegur fyrir EFTA ríkin. Svissneski ráðherrann var alveg skýr um þetta: Það væri algjör grunnforsenda að ekki yrði samið um neins konar nýtt samstarf eða nýja tegund samvinnu milli EFTA og EB, nema tryggt yrði að undirbúningur ákvarðana og ákvörðunartöku yrði sameiginleg.

17. janúar 1990, nákvæmlega ári eftir að Jacques Delors, forseti framkvæmdarstjórnar EB (European Commission), hafði haldið hástemmda ræðu um mikilvægi samstarfs og sameiginlegrar ákvörðunartöku milli EFTA og EB, breytti hann um tón. Í ræðu í þingi ESB þennan dag sagði hann ljóst að taka yrði tillit til hagsmuna EFTA ríkjanna við stærri ákvarðanatöku hjá EB. En um sameiginlega ákvarðanatöku gæti þó ekki verið að ræða. Þarna var því mörkuð stefna í átt til ójafnræðis og þvingunar. EFTA ráðið mótmælti í júní 1990 og endurtók að raunveruleg sameiginleg ákvarðanatöku væri grunnforsenda þess að EES

samningur væri pólitískt ásættanlegur og að slíkur samningur hefði lagaleg áhrif (e. legal effectiveness) fyrir EFTA ríkin.

Í október 1990 voru viðræðurnar farnar að snúast um tvö lykilatriði:

- að hve miklu leyti EFTA ríkin gætu mögulega vikið frá þeim reglum EB sem teldust bindandi (fr. *acquis communautaire*)
- tregðu EB til að gefa kost á viðræðum um sameiginlega ákvarðanatöku

EFTA ríkin lögðu til málamiðlun 23. október 1990:

- lágmarkaður yrði sá fjöldi reglna sem EFTA ríkin gætu vikið frá
- en í staðinn yrði tryggt að samið yrði um reglur sem tryggðu raunverulega sameiginlega ákvarðanatöku.

Þessu var hafnað. Á ráðherrafundi í Brussel 19. desember 1990 var samþykkt niðurstaða um almennt orðalag, sem gekk út á að „virða bæri sjálfstæða ákvörðunartöku samningsaðilanna“. Mælt yrði fyrir um málsmeðferðarreglur sem miðuðu að því að höfð yrði hliðsjón af sjónarmiðum EFTA ríkjanna (e. taken into account). Þetta ristir þó ekki dýpra en svo að sérfræðingum EFTA ríkjanna gefist tækifæri, á jafnræðisgrunni, til samráðs við undirbúning nýrrar löggjafar um mál sem tengdust EES.

Þar með var leiðin greið fyrir undirritun EES samningsins í maí 1992.

Til að bæta upp fyrir skort á sameiginlegri ákvörðunartöku var sett inn ákvæði í 112. gr. um sérstakar öryggisráðstafanir sem ríkin gætu gripið til í neyð,⁴ en niðurstaðan var óviðunandi fyrir EFTA ríkin. Það duldist engum.

Segja má að með lögleiðingu EES samningsins 1993 hafi runnið upp nýr tími, sem í framkvæmd hefur haft í för með sér umbreytandi áhrif á réttarskipan Íslendinga. Samhliða því að Ísland hefur stöðugt sogast nær straumið Evrópuréttarins hafa lýðræðislegar rætur íslensks réttar trosnað með hverju árinu samhliða því að lögin taka á sig svipmót valdboðs að ofan. Af þessu hefur leitt að Alþingi Íslendinga hefur verið gengisfellt sem löggjafarstofnun og grafið hefur verið undan lýðræðislegu aðhaldshlutverki almennra kjósenda. Verði frumvarp utanríkisráðherra um bókun 35 að lögum mun það marka ákveðinn endapunkt þeirrar þróunar sem lýst hefur verið hér að framan. Með vísan til alls framanritaðs tekur undirritaður undir varnaðarorð Arnaldar Hjartarsonar og Stefáns Más Stefánssonar, sbr. umsögn þeirra til Alþingis 5. mars 2023. Nánar tilgreint er undirritaður sammála því mati Arnaldar og Stefáns Más að frumvarp þetta fái vart staðist út frá ákvæðum stjórnarskrár um hlutverk og valdsvið Alþingis, en veki auk þess upp áleitnar spurningar um framtíð lýðræðis á Íslandi. Að þessu verður nú nánar vikið.

⁴ Þessum synjunarrétti hefur Ísland aldrei beitt í sögu EES samstarfsins.

4. Nýtt stjórnkerfi?

Evrópurétturinn (réttur ESB) er hvorki samansafn samninga milli fullvalda ríkja né eitthvað sem stendur fyrir utan réttarkerfi aðildarríkjanna. Aðildarríki ESB hafa afsalað hluta fullveldis síns og skapað nýtt og sjálfstætt réttarkerfi (lat. sui generis) sem bindur bæði ríkin og borgara þeirra.

Þrennt stingur í augun við þetta kerfi:

1. Hvernig lögin eru samin, þ.e. sem fyrirskipanir, stundum án sjáanlegra tengsla við daglegar þarfir fólks / fyrirtækja, án aðkomu kjörinna fulltrúa á löggjafarþinginu, án þess að aflað sé umsagnar íslensks almennings eða félagasamtaka. Í þessu er fólgin ákveðinn háski, sem ég hef fjallað ítarlega um á öðrum vettvangi.⁵
2. Vélrænt og ómanneskjulegt yfirbragð réttarins, þar sem fólki / fyrirtækjum / ríkjum er refsað fyrir að hlýða ekki forskrift embættismanna (kerfisins) í hvívetna. Af þessu leiðir að rétturinn fer að snúast mikið um að uppfylla formkröfur, fylla út eyðublöð, sinna uppfærslum o.s.frv. í stað þess að lögð sé áhersla á að rétturinn þjóni daglegu lífi, takist á við knýjandi vandamál.
3. Embættisveldi / skrifstofuveldi (e. bureaucracy) verður miðlægt í réttarkerfinu. Í stað þess að embættismenn séu í þjónustuhlutverki (þjónar réttarins sem vinna eið að stjórnarskrá síns ríkis) er stöðugt verið að veita embættismönnum meiri völd. Í raun má líkja þessu nánast við menningarbyltingu á sviði laga: Í stað þess að embættismenn séu í aukahlutverki við að framfylgja reglum er risið upp embættismannaveldi sem verður stöðugt ágengara og sogar til sín stöðugt meiri áhrif og völd.

Í raun stöndum við hér frammi fyrir nýrri tegund stjórnkerfis, **þar sem lýðræðisleg umræða er leyst af hólmi með tilbúinni hugmyndafræði (pólitískri rétthugsun)**. Í slíku kerfi er gagnrýnin, skapandi og rökræn hugsun í auknum mæli jaðarsett, ritskoðuð og þöggðu niður.

Þetta nýja stjórnarfar, sem nú teygir anga sína æ lengra inn í stjórnkerfi íslenska lýðveldisins, birtist í fyrrnefndri grundvallarbreytingu á því hvernig lögin verða til. Áður voru lögin sett af þjóðkjörnum fulltrúum almennings, sem svöruðu til ábyrgðar gagnvart borgurunum. Nú verða lög, á sífellt fleiri sviðum, til með allt öðrum aðferðum. Í raun er þetta umbylting á lagasetningu, þar sem lögin verða til hjá embættisveldinu, oft að undangengnum alls kyns „lobbýisma“, þar sem reglurnar eru samdar á bak við luktur dyr, birtar án umræðu og leiddar í lög með stimpli / einföldu samþykki kjörinna þingmanna.

Frammi fyrir þessu blasir við að í reynd liggur valdið hjá ókjörnum og óþekktum embættismönnum sem bera enga lýðræðislega ábyrgð. Í Brussel starfa nú yfir 30.000 embættismenn bara hjá framkvæmdastjórn ESB (e. Commission). ESB er í raun orðin eins konar „lagaverksmiðja“.

⁵ Sjá t.d. Arnar Þór Jónsson, „Yfirvald eða sammæli? Lögin sem afsprengi tveggja aflvaka“ í *Lög og samfélag* (Háskólaútgáfan og Háskólinn í Reykjavík 2016), 125-160.

Umbyltingin sem orðin er á stjórnarfarir ESB ríkjanna (og raunar héraendis einnig) dylst enn mörgum þar sem stofnanir þjóðríkjanna eru allar enn að störfum. Munurinn er bara sá að erlent, yfirþjóðlegt vald starfar í gegnum þær. Út frá sjónarmiðum og beinum grundvallarákvæðum m.a. stjórnarskrár lýðveldisins um að Ísland er sjálfstætt og fullvalda ríki með þingbundinni stjórn og þar til heyrandi valddreifingu og valdtemprun ríkisvaldsþáttanna þriggja hvers gagnvart öðrum, lýðræðislegt aðhald og gagnsæi við opinbers valds er óforsvaranlegt að Íslendingar búi við slíkt ósýnilegt vald sem svarar ekki til neinnar stjórnskipulegrar ábyrgðar gagnvart þegnum íslenska lýðveldisins.

Embættismenn í Brussel hafa aðgang að, njóta liðveislu og styrks frá þúsundum embættismanna í aðildarríkjum ESB – og nú einnig á Íslandi. Allt þetta fólk starfar í þágu þessarar stærstu lagaverksmiðju sem nokkurn tímann hefur sést í mannkynssögunni. Þetta birtist m.a. í sívaxandi þunga og hlutfalli ESB réttar í lagasetningu í aðildarríkjum – og á Íslandi. Á vef Alþingis má sjá - og það hefur skrifstofa þingsins staðfest - að um fimmtungur stjórnarfrumvarpa á 151. löggjafarþingi var upprunninn í ESB, þá er átt við fjölda en hvorki tekið tillit til umfangs eða mikilvægis, sem þess vegna gæti verið miklu stærra hlutfall - þótt erfitt kunni að vera að meta/mæla nákvæmlega.

Ferlið í reglusetningunni er ógagnsætt og fáum skiljanlegt. Coreper, nefnd fastafulltrúa ESB ríkjanna (e. Committee of the Permanent Representatives of the Governments of the Member States to the European Union) fer með mikið vald. Á undirbúningsstigi hjá Coreper hafa embættismenn, sérfræðingar og alls kyns „lobbýistar“ (sem talið er að séu um 25.000 í Brussel) mest um innihaldið að segja. Aðeins á lokastigum koma lýðræðislega kjörnir fulltrúar að málum, þ.e. þegar málin koma tilbúin frá Coreper. Fundir ráðherraráðsins (sem starfar vissulega á ákveðnum lýðræðislegum grunni, þar sem þeir svara til ábyrgðar heima fyrir) eru haldnir á bak við luktur dyr, án þess að haldnar séu opinberar fundargerðir, enginn veit hvað er sagt þar og hvernig atkvæði eru greidd. Flest málin (meira en 80%) fara þó í gegnum ráðið án nokkurrar umræðu. Aðeins þau sem eru merkt með stjörnu fá einhvers konar umræðu. Þau ríki sem viðhafa sambærilegar, leynilegar og ólýðræðislegar, aðferðir við afgreiðslu laga aðhyllast stjórnarfarir sem Íslendingar vilja vart samsama sig með.

Geigvænlegt magn af lögum rennur þannig í gegnum kerfið. Þingmenn í aðildarríkjum ESB hafa engin áhrif á þetta ferli eða efni reglnanna. Ljóst má vera að áhrif kjörinna fulltrúa á Alþingi Íslendinga eru minni en engin. Reynslan hefur sýnt að engar líkur eru á að aðildarríki ESB hafni innleiðingu ESB reglna í landsrétt. Hér á landi hefur reynslan verið sú hin sama, svo sem fyrr greinir, þar sem Ísland hefur aldrei beitt neitunarvaldi. Í þessu birtist mikil valdatilfærsla frá stjórnámálum til embættismanna, sem gengur þvert gegn öllum lýðræðislegum undirstöðum. Auk þess blasir við að þetta fyrirkomulag er skaðlegt fyrir lýðræðið og stjórn málin, bæði í lengd og bráð. Jafnframt má segja að með þessu móti sé daglega grafið undan lögum þeirra reglna sem borgarar aðildarríkja ESB (og EES) búa við. Með því að sogast sífellt nær þessu valdakerfi er tekin stöðugt meiri áhætta af því að stjórn málin slitni af sinni lýðræðislegu rót.

5. Nánar um Evrópurétt og íslensk lög

Framangreindar línur eru ritaðar til að minna á að þegar Íslendingar gerðust aðilar að EES var það sagt vera í þeim tilgangi að fá aðgang að sameiginlegum markaði. Aðild okkar að EES var aldrei kynnt til sögunnar sem fyrsti þáttur í einhvers konar pólitískum samruna með öðrum Evrópuríkjum og síðar sambandsríki með yfirþjóðlegri stjórn.

Nú, 30 árum síðar er brýnt að við horfumst í augu við þá fullveldisskerðingu sem EES hefur í framkvæmd leitt yfir okkur. Ef Íslendingar vilja eiga síðasta orðið um hvaða lög gilda hér í þessu landi má Alþingi ekki samþykkja frumvarpið sem hér um ræðir. Þar segir orðrétt:

Ef skýrt og óskilyrt lagaákvæði sem réttilega innleiðir skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum er ósamrýmanlegt öðru almennu lagaákvæði skal hið fyrrnefnda ganga fram, nema Alþingi hafi mælt fyrir um annað. Sama á við um skuldbindingar sem eru innleiddar með stjórnvaldsfyrirmælum. [Leturbr. APJ]

Seinni setningin í frumvarpstextanum hér að ofan hefur að geyma lögfræðilegan fingurbrjót. Stjórnvaldsfyrirmæli geta aldrei gengið framur settum lögum, þaðan af síður fyrirmælum stjórnarskrár, ef í milli ber. Þetta ákvæði er því ekki með nokkru móti unnt að leiða í lög, enda í andstöðu við fyrrgreind grundvallarákvæði og undirstöðusjónarmið stjórnarskrárinnar sbr. það sem rakið var hér að framan.

Feitletraða setningin í frumvarpstextanum er að mínum dómi villandi yfirbreiðsla og sjónhverfing. Ef Alþingi verður á annað borð búíð að leiða í lög almenna forgangsreglu EES réttar gagnvart ósamrýmanlegum íslenskum rétti, þá sýnir reynslan, bæði ESB ríkjanna og nú reynsla Íslendinga í 30 ár, að 0% líkur eru á því að Alþingi muni setja lög sem fara í bága við EES réttinn, enda myndi slík lagasetning í ríki sem samþykkt hefur forgang EES réttar teljast jafngilda sammingsbroti. Það skal áréttað hér um leið að fyrirhugað forgangsákvæði getur að réttu lagi heldur ekki með nokkru móti staðist grundvallarreglur stjórnarskrár varðandi aðallega stjórnskipulega stöðu og sjálfstæði Alþingis. Slík lagasetning myndi jafnframt vera til þess fallin að opna fyrir óteljandi skaðabótamál á hendur íslenska ríkinu, þar sem byggði yrði á því að hlutaðeigandi hefðu haft réttmætar væntingar um forgang EES réttar samkvæmt skýrri meginreglu frumvarpsins. Alþingi á ekki að taka þátt í að setja hér lagareglur sem ætlað er það hlutverk að blekkja Íslendinga til að halda að fullveldi Íslands sé óskert þegar búíð er að leiða í lög skýrt ákvæði um almennan forgang EES réttar. Alþingi, sem löggjafarþing, getur ekki leikið tveimur skjöldum gagnvart umbjóðendum sínum, þ.e. íslenskum kjósendum, með því að grafa undan löggjafarhlutverki sínu með því að viðurkenna forgang EES reglna en látast á sama tíma geta sett lög sem haggja forgangsreglunum sem stafa frá Brussel. Hér er komið að brennipunkti í íslenskri lagasetningu og íslenskri lögfræði: Meðan Ísland er samkvæmt gildandi stjórnarskrá lýðveldi með þingbundinni stjórn, sbr. 1. gr. stjkskr., leyfist Alþingi ekki að setja á svið einhvers konar blekkingarleik gagnvart íslensku þjóðinni um það að fullveldi landsins verði óskert þegar búíð yrði að samþykkja frumvarp utanríkisráðherra. Viðurkenna þarf heiðarlega og afdráttarlaust hver staðan er. Hún er sú að þegar til kastanna

kemur, þ.e. þegar íslenskur réttur stangast á við ESB rétt, þá er krafa ESB afdráttarlaus: Íslenskur réttur skal víkja. Að þessu skal nú nánar vikið.

6. Krafan um forgang EES réttar

ESB krefst algjörRAR réttareiningar innan EES svæðisins. Krafan nú, sem fyrr, er sú að aðildarríki viðurkenni að ákvörðunarvaldið er í Brussel, sbr. það sem fyrr greinir.

Norðmenn hafa tekið sér visst svigrúm (n. handlingsrom) við framkvæmd EES samningsins á ýmsum sviðum. Afstaða norsku ríkisstjórnarinnar 2019/2020 um að ESB hefði enga heimild til að skipta sér af úthlutun vatnsréttinda í Noregi er hluti af þessu athafnarými (n. handlingsrom) sem þeir telja sig hafa. Svo virðist sem Carl Baudenbacher, fyrrum forseti EFTA dómstólsins, hafi verið mjög gagnrýnn á afstöðu Norðmanna og fundist þeir taka sér of mikið svigrúm / víkja of langt frá EES samningnum.

Til samanburðar má minna á að í ágreiningi sem kraumað hefur milli ESB og Póllands hafa embættismenn ESB verið ómyrkir í máli: Líftaug ESB mun slitna ef Pólland knýr fram viðurkenningu á að stjórnarskrá þeirra standi ofar rétti ESB.⁶ Í yfirlýsingu 8. október 2021 sagði Ursula von der Leyen, forseti framkvæmdarstjórnar ESB, afdráttarlaust að réttur ESB gengi framars landsrétti, þ.m.t. ákvæðum í stjórnarskrám aðildarríkjanna. Þetta væri það sem aðildarríki ESB hefðu undirgengist og „við munum beita öllu því valdi sem við höfum á grundvelli samningana til að tryggja þetta“.⁷

Vert er að muna í þessu samhengi að Pólland er ekki eitt í þessu. Þjóðverjar hafa líka tekið einarða afstöðu og lýst því yfir að lög ESB gangi ekki framars þeirra stjórnarskrá. Ekki er útlilokað og raunar ekki ólíklegt að fleiri ríki muni fyrr en síðar feta sömu braut. Með frumvarpi því sem hér er til umsagnar er verið að beina íslenskum rétti í sömu átt og lögum stórbjóða sem gengist hafa ESB á hönd, sem við höfum þó aldrei gert.

Með frumvarpi utanríkisráðherra er stýrt hættulega nærri ólýðræðislegri straumröst sem allt vill gleypa. Hér er engan milliveg að finna: Annað hvort gangast aðildarríkin undir það að lög ESB yfirtrompi þeirra eigin lög eða að ESB samþykki að lög aðildarríkjanna geti gengið framars ESB rétti. Ef ESB treystir sér til að hóta Pólverjum, sem eru tæplega 38.000.000 talsins, með þvingunarvaldi geta menn rétt ímyndað sér hvað sagt verður við Íslendinga (380.000) ef smáþjóðin hyggst rjúfa réttareininguna.

Réttur ESB (og EES) byggir á þeirri forsendu að fjórfrelsið trompi allt annað á *innri markaðnum*, hvort sem um er að ræða alþjóðarétt (þjóðréttarlega samninga) eða lög aðildarlandanna. Þetta er ástæðan fyrir tilurð og tilvist bókarar 35 þar sem kveðið er á um að aðildarlönd skuli setja lög þess efnis, að þar sem landslög rekist á við EES-samninginn eða reglur, á honum reistar, þar skuli landslög víkja. Norðmenn munu hafa sett slík lög, en Íslendingar ekki. ESA gerði

⁶ <https://www.telegraph.co.uk/world-news/2021/10/19/eu-will-not-survive-poland-wins-rule-of-law-battle-brussels>

⁷ Sjá https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_5163

athugasemd um þetta gagnvart ríkisstjórn Íslands 2017, sagði að þetta vantaði hér.⁸ Íslendingar hafa í árunna rás sett fram röksemdir til stuðnings því að þetta sé óþarft og þau rök hafa haldið í þrjá áratugi. Ekkert er komið fram sem varpar ljósi á hvers vegna nauðsynlegt sé að breyta þessu nú. Við þetta er því að bæta að íslenskir ráðamenn hafa **ekki fengið neitt umboð** til að gefa loforð / skuldbinda Ísland gagnvart erlendum kollegum eða erlendum embættismönnum til slíkra stórræða sem liggja hér á borði Alþingis með hugsanlegum loforðum um að „bæta úr þessu“ með lagasetningu hérlendis. **Íslenskir stjórnámálmenn hafa engar trúnaðar- eða hollustuskyldur við aðra en umbjóðendur sína, þ.e. íslenska kjósendur.**

EES-rétturinn er enn vaxandi að umfangi, teygir sig stöðugt lengra og regluverkið verður sífellt þyngra í vöfum. Þetta umhverfi hentar illa íslenskum fyrirtækjum, sem öll eru lítil/meðalstór á evrópskan mælikvarða. Frumvarpið miðar að því marki að samstillta réttinn (þ. Gleichschaltung) á öllu EES-svæðinu. Ómögulegt er þó að segja hvert þetta kann að leiða því ESB/EES-rétturinn hefur stöðugt verið að þenjast út með næsta ófyrirsjáanlegum hætti. Þrátt fyrir þessi óljósu ytri mörk stöndum við hér frammi fyrir því að réttur ESB/EES skuli hafa stöðu æðstu laga, m.ö.o. reglna sem ekki má breyta og ætlað er að þjóna sem rammi utan um alla aðra lagasetningu með því að afmarka hvað telst leyfilegt og hvað ekki.

Ef Alþingi samþykkir frumvarpið og þar með forgang EES-réttar umfram íslensk lög, má öllum vera ljóst að ESB mun eftir það alls ekki sætta sig við að Alþingi setji sérreglur sem raska þeirri réttareiningu og þeirri réttshæð lagareglna sem forgangsreglan miðar að.

Með frumvarpinu er stefnt að því að Alþingi geri Íslendinga ofurselda forgangsrétti EES-reglna, þrátt fyrir að þær eigi uppruna sinn hjá stofnunum ESB og þrátt fyrir að ESB hafi allt tangarhald á túlkunarvaldi um þessar reglur. Flutningsmenn og stuðningsmenn frumvarpsins sem telja að ESA og EFTA- dómstóllinn muni geta veitt ESB viðnám í því samhengi sem hér um ræðir hljóta að hafa óraunsæja sýn á styrk hinnar veiku EFTA-stoðar í EES-samstarfinu. Annars gætu þau ekki með góðri samvisku stutt frumvarp sem miðar að því að veikja grundvallarstofnanir og burðarstoðir okkar eigin lýðveldis.

7. Varnaðarorð

Verði frumvarpið að lögum væri verið að taka skref sem gæti reynst afdrifaríkt. Íslenskum rétti yrði teflt í óvissu með því að leggja mótun hans í hendur manna sem við þekkjum ekki og svara ekki til neinnar ábyrgðar gagnvart íslenskum kjósendum. Með frumvarpinu er ýtt undir réttaróvissu, vegið að réttaröryggi, grafið undan fyrirsjáanleika laga og réttmætum væntingum Íslendinga gagnvart síðar samþykktum lögum frá Alþingi. Má jafnframt álíta að innleiðing forgangsákvæðisins gangi í berhögg við til að mynda 1. gr. og 2. gr. stjórnarskrár okkar, en eins og kunnugt má vera marka tilvitnaðar greinar grundvallarstoðir og undirstöður stjórnarfars Íslands að verulegu leyti. Þess er þá að geta ákvæðum stjórnarskrár verður ekki

⁸ <https://www.althingi.is/alttext/150/s/2146.html>

breytt nema að undangengnu því lýðræðislega réttarferli sem boðið er í henni sem sjálfri sem grundvallarlögum okkar Íslendinga, sbr. einkum 79. gr. stjkskr.

Sem smáþjóð höfum við Íslendingar alltaf þurft að beita lögum í vörn gegn ágengni annarra þjóða. Títtnefnt frumvarp er til þess fallið að slá þetta eina vopn úr höndum okkar og afhenda ESB vald til að setja lögin, túlka þau og framkvæma. Út frá þessu blasir við að málið er hálögfræðilegt og þarfnast mjög vandlegar lögfræðilegrar ígrundunar áður en það verður sett í pólitíska umræðu og atkvæðagreiðslu. Þetta mál má því ekki keyra blindandi í gegnum Alþingi án þess að þingheimur og almenningur allur hafi gert sér skýra grein fyrir hvað hér er í húfi.

8. Samantekt

Engin formleg og bindandi ákvörðun hefur verið tekin um það í Evrópu að stofna sambandsríki (alríki, samsett af smáríkjum), eins og þó var gert með lýðræðislegum hætti í Norður Ameríku. Engin ákvörðun verið tekin um það á Íslandi að gerast hluti af alríki. **Þetta er grundvallaratriði.** Hugmyndafræðingar evrópusamrunans hafa aldrei sagt beint út að þetta sé markið sem að er stefnt. Þó má öllum nú vera það ljóst. Þetta hefur í reynd verið gert að nokkurs konar trúarlegu atriði.

Með allt framangreint í huga verða alþingismenn **að afstýra því að tengslarof verði milli kjósenda og þeirra sem setja okkur lagareglur.** Er ásættanlegt að á milli valdhafa og borgara sé engin gagnvirkni, engin endurgjöf, engin gagnrýni, engin tengsl hvað ábyrgð varðar? Er ekki með þessu vegið að öllu hefðbundnu, lífrænu stjórn málaferli, þ.m.t. lýðræði og lagasetningu? Ef það stjórnarfyrikomulag sem hér var lýst felur í sér breyttan valdastrúktúr, hvernig eru þá misheppnaðar reglur endurskoðaðar, hvernig eru mistök leiðrétt, hvernig eru vond lög færð til betri vegar? Hver er staða íslensks almennings í slíku valdakerfi? Eiga borgararnir ekki annan valkost en að reiða sig á velvild stjórnvalda í þeirra garð og treysta þeim í blindni er þeir umboðslaust handsala vald og ákvarðanatöku úr landi? Erum við þá dæmd til að hlýða án aðhalds, án andófs og án hugsunar?

Í stuttu máli tel ég ástæðu til að vekja máls á því að við Íslendingar erum samkvæmt framansögðu mögulega komin á allt aðra vegferð en lagt var af stað í á árunum 1992 og 1993. Ísland gekk í EES til að taka þátt í efnahagslegu samstarfi, en ekki á þeim forsendum að við værum að ganga í stjórnmalabandalag. Hér má ekki gleyma því heldur að gagnaðili Íslands og annarra EFTA-ríkja í EES, þ.e. Efnahagsbandalag Evrópu (EB), hefur stökkbreyst í átt til sambandsríkis (ESB), sbr. sérstaklega þau áhrif sem leiddu af Maastricht-sáttmálanum (sem tók gildi 1. nóvember 1993) og Lissabon-sáttmálanum (sem gekk í gildi 1. desember 2009). Þessar umbreytingar fengu aldrei tilhlýðilega umræðu hér á landi og ESB tók í framhaldinu að koma fram við EES ríkin eins og þau væru aðildarríki ESB.

Hvaða hagsmunum og þörfum þjónar það mögulega að íslensk þjóð afsali sér fullveldi og sjálfsákvörðunarrétti og lýðræðislegum stjórnarháttum? Alþingi og ríkisstjórn Íslands sækja umboð sitt til íslenskra kjósenda. Kjörnir fulltrúar okkar á Alþingi hafa ekki þegið neitt

lýðræðislegt umboð til að afhenda stjórnartauma, ríkisvald og löggjafarvald, í hendur erlendra valdastofnana.

9. Lokaorð

Af öllu framangreindu leiðir að frumvarp utanríkisráðherra er ófullburða, vanhugsað og stenst ekki kröfur og mikilvægustu grundvallarreglur stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944. Því ber þingmönnum skylda til að stöðva frumvarpið í nefnd. Takist það ekki ber þingheimi að kjósa gegn því að frumvarpið verði að lögum, því það felur í raun í sér aðför að stjórnskipun íslenska lýðveldisins. Að öðrum kosti bregðast þingmenn því drengskaparheiti sem þeir hafa unnið að stjórnarskránni og væru með því, í reynd, að breyta henni eftir stjórnskipulega ólögumætum og ólýðræðislegum leiðum sem allt eins mætti líta á sem brot gegn öryggi og sjálfstæði lýðveldisins Íslands, sem jafna mætti við ólögmeta ríkisvaldsyfirtöku, er ótvírætt hefði ófyrirsjáanlegar og alvarlegar afleiðingar í för með sér fyrir samfélagið allt.

Virðingarfyllst,



Arnar Þór Jónsson.

Nefndarsvið Alþingis
b.t. utanríkismálanefndar
Austurstræti 8-10
101 Reykjavík

Kópavogur, 3. maí 2023

Þann 24. apríl síðastliðinn barst undirrituðum tölvupóstur frá nefndarsvið Alþingis þar sem fram kom að utanríkismálanefnd Alþingis sendi undirrituðum til umsagnar frumvarp til laga um Evrópska efnahagssvæðið (bókun 35), 890. mál.

Undirritaður mælir með samþykkt frumvarpsins og vill taka undir þau sjónarmið sem koma fram í umsögn dr. Margrétar Einarsdóttur prófessors við lagadeild Háskólans í Reykjavík frá 27. apríl síðastliðinn sem birt er á vefsvæði utanríkismálanefndar. Þar að auki vill undirritaður benda á tvö atriði til viðbótar.

Ein af grundvallarreglum þjóðaréttar felur í sér að ríki geta ekki borið fyrir sig innlenda réttarreglu sem afsökun fyrir því að fylgja ekki eftir þjóðréttarlegri samningsskuldbindingu. Birtist reglan í 1. másl. 27. gr. Vínarsamningsins um milliríkjasamninga frá 1969 sem Ísland er bundið af sem þjóðréttarvenju.¹ EES-samningurinn telst milliríkjasamningur í skilningi a) liðar 1. mgr. 1. gr. Vínarsamningsins. Eins og rakið er í greinargerð með frumvarpinu þá teljast bókanir við EES-samninginn óaðskiljanlegur hluti hans og hafa sömu stöðu og meginmál hans að þjóðarétti. Því tekur umrædd grundvallarregla um milliríkjasamninga til bókunar 35 og ber íslenska ríkinu, samkvæmt þjóðarétti, að sjá til þess að innlendur réttar sé í samræmi við alþjóðlegar skuldbindingar ríkisins.

¹ *Vienna Convention on the Law of Treaties* (23. maí 1969; öðlaðist gildi 27. janúar 1980; Ísland er ekki aðili að samningnum) 1155 UNTS 331. Á ensku hljómar ákvæðið svo: „A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.“

Bókun 35 tekur mið af því að Ísland og Noregur búa við svokallaða tvíeðlisskipan þar sem þjóðréttarlegar skuldbindingar öðlast ekki bein réttaráhrif að landsrétti nema þær séu innleiddar í landslög með stjórnskipulega réttum hætti. Hvorki íslenska stjórnarskráin né almenn löggjöf inniheldur almennar reglur um hvernig tengslum landsréttar skuli vera háttað við alþjóðlegar skuldbindingar íslenska ríkisins.² Einhverjir hafa haldið því fram að tvíeðlisfyrirkomulagið leiði af 2. gr. stjórnarskrárinnar um þrígreiningu ríkisvaldsins – þar sem segir að Alþingi og forseti Íslands fari með löggjafarvaldið – en virðast yfirsjáast að mörg þeirra ríkja sem fylgja öðru fyrirkomlagi um tengsl lands- og þjóðaréttar byggja einnig á þrígreiningu ríkisvaldsins. Alþingi Íslendinga hefur gengið út frá því að tiltekin sjónarmið ríki hérlendis, þ.e. tvíeðliskenningin, í samræmi við fræðiviðhorf sem dómstólar hafa tekið upp og komist að séu viðtekin sannindi og meginregla að íslenskum rétti. Alþingi hefur aldrei tekið það almennt til skoðunar hvort æskilegt sé að líta svo á að landsréttur og alþjóðlegur skuldbindingar séu sitt hvor hluturinn eða hvort líti eigi á landsrétt og alþjóðlegar skuldbindingar sem eina heild líkt og gert er í Lichtenstein. Að líta á landsrétt og alþjóðlegar skuldbindingar sem eina heild getur einfaldað innleiðingarferli alþjóðlegra skuldbindinga. Undirritaður vill hvetja utanríkismálanefnd til að íhuga hvort að þingheimur ætti ekki að hafa eithvað um slíkt grundvallarmál að segja. Skoða mætti þetta betur þegar hugsanlegar breytingar á stjórnarskrá lýðveldisins, að því varðar framsal ríkisvalds til alþjóðastofnana, kemst aftur á dagskrá.

Virðingarfyllst,



Dr. Bjarni Már Magnússon prófessor við lagadeild Bifrastar

² Sjá nánar Bryndís Torfadóttir og Bjarni Már Magnússon, „Eiðli lands- og þjóðaréttar í dómum Hæstaréttar til 1975“ (2022) 72:2 Tímarit lögfræðinga, bls. 179-180.

Umsögn um frumvarp til laga um Evrópska efnahagssvæðið (bókun 35), 890. mál.

Í skýrslu starfshóps sem út kom í september 2019 um EES-samstarfið segjum við sem sátum í hópnum að markmið samstarfsins um einsleitni við framkvæmd fjórfrelsisins náist ekki nema túlkun og beiting reglnanna um frelsið þjóni sama markmiði. Tveggja stoða kerfið eigi að tryggja EES/EFTA-ríkjunum aðild að eftirlitskerfi til að framfylgja þessu. Þá sé almennt talið að íslenskir dómara skuli hafa þetta meginsjónarmið í heiðri.

Frumvarpið sem hér er til umsagnar má rekja til misbrests á þessu hér á landi. Íslenskir dómara telja 3. gr. laga um EES-samninginn setja sér skorður við að framfylgja bókun 35 við samninginn sem mælir fyrir um einsleitni við framkvæmd fjórfrelsisins.

Þegar EES-lögin voru sett fyrir 30 árum sáum við sem þá fjölluðum um málið í utanríkismálanefnd alþingis ekki fyrir að dómara mundu túlka 3. gr. EES-laganna á þennan veg. Afstaða okkar birtist í greinargerð með frumvarpinu en í áranna rás hafa dómara talið texta lagagreinarinnar stangast á við orðalagið í greinargerðinni. Hafa þeir eðlilega sett lagatextann skör ofar en það sem í greinargerðinni segir. Frumvarpinu sem hér er til umsagnar er ætlað að leiðrétta þetta.

Mér sýnist frumvarpstextinn ná þessu markmiði. Er það þó sagt með fyrirvara um að dómara eigi síðasta orðið um túlkunina.

Það er mikilvægt að leiðrétta þessa skerðingu á rétti þeirra sem leita til íslenskra dómstóla í fullvissu þess að þeir eigi að standa jafnfætis öðrum við framkvæmd EES-samningsins.

Með aðild að evrópska efnahagssvæðinu urðu til ný réttindi sem hafa gjörbreytt samfélaginu til hins betra fyrir íslenska ríkisborgara. Það er skylda löggjafarvaldsins að sjá til þess að unnt sé að njóta þessara réttinda til fulls hér á landi. Með samþykkt þessa frumvarps er stuðlað að því og er hvatt til þess að það verði afgreitt áður en þingstörfum lýkur á þessu vori.

Virðingarfyllt
Björn Bjarnason

5. maí 2023.

Til utanríkismálanefndar
alþingis.

Skrifstofa Alþingis

berist til utanríkismálanefndar

Austurstræti 8-10, Reykjavík

Ég hef reynt að gera mér grein fyrir málinu, síðan það kom fram. Lára Magnúsdóttir skýrir það öðrum betur í Morgunblaðinu sunnudaginn 7. maí.

Efni: Umsögn um frumvarp til laga um Evrópska efnahagssvæðið (bókun 35), 890. mál.

Reykjavík, 9. maí 2023.

--
Björn S. Stefánsson

Skrifstofa Alþingis - nefndarsvið

Utanríkismálanefnd

Austurstræti 8-10

150 Reykjavík

Umsögn um frumvarp til laga um breytingu á lögum um Evrópska efnahagssvæðið, nr. 2/1993, lagt fram á 153. löggjafarþingi, þingskjal 1392, 890. mál

1. Inngangur

Utanríkismálanefnd hefur óskað eftir umsögn undirritaðrar um framangreint frumvarp sem ætlað er að tryggja fullnægjandi innleiðingu bókuar 35 við Samninginn um Evrópska efnahagssvæðið (EES Samninginn) í íslenskan rétt, svo sem segir í greinargerð með frumvarpinu. Er undirritaðri bæði ljúft og skylt að verða við þeirri beiðni. Í umsögn þessari verður fjallað stuttlega um aðdraganda þess að samningsaðilar EES samningsins töldu nauðsynlegt að mæla fyrir um þá skýringareglu sem staðfest var í bókun 35 við samninginn og þær samningsskuldbindingar sem af því leiða. Þá verða reifuð sérstaklega sjónarmið um réttindi einstaklinga og lögaðila sem EES samningnum er ætlað að tryggja.

2. Samningsskuldbindingar samkvæmt Samningnum um Evrópska efnahagssvæðið

Eins og þekkt er má rekja upphaf samningsviðræðna um EES samninginn til yfirlýsingar Jacques Delors þáverandi forseta framkvæmdastjórnar Evrópubandalagsins í janúar 1989 þar sem hann bauð EFTA ríkjunum til viðræðna um viðtækt samstarf og þátttöku í innri markaði Evrópubandalagsins (nú Evrópusambandið). Eiginlegar samningsviðræður hófust á árinu 1990 og lauk þeim með undirritun EES Samningsins þann 2. maí 1992.¹

Þegar samningaviðræðurnar hófust voru því grunnreglur bandalagsréttar (nú ESB réttar) um bein réttaráhrif (e. *direct effect*) og forgangsáhrif (e. *supremacy*) fastmótaðar í framkvæmd bæði dómstóla Evrópubandalagsins og innlendra dómstóla aðildarríkjanna. Þegar árið 1963 komst dómstóll Evrópubandalagsins að þeirri niðurstöðu að bandalagsrétturinn fæli ekki eingöngu í sér skyldur einstaklinga heldur honum einnig ætlað að veita þeim réttindi. Yrði því að túlka sáttmála bandalagsins á þá lund að hann fæli í sér bein réttaráhrif sem sköpuðu einstaklingsbundin

¹ Sjá greinargerð með frumvarpi til laga um Evrópska efnahagssvæðið, lagt fram á 116. löggjafarþingi, 1. mál.

réttindi sem dómstólum bæri að tryggja.² Að sama skapi staðfesti dómstóllinn um að það leiddi af skyldum aðildarríkjanna samkvæmt sáttmálanum að bandalagsréttur skyldi njóta forgangs ef lagareglur stönguðust á og að dómstólum bæri skylda til að tryggja þau réttindi sem bandalagsrétturinn kvæði á um.³

Í ljósi þess að markmið EES samningsins voru að koma á fót einsleitu Evrópsku efnahagssvæði þar sem tryggð væru sömu samkeppnisskilyrði og sömu reglur, sbr. 1. gr. EES samningsins, var því eitt af meginverkefnum samningsaðila að leysa úr hvernig samningurinn myndi tryggja réttindi einstaklinga og lögaðila með sama hætti og reglur bandalagsréttarins um bein réttaráhrif og forgangsáhrif.

Þau EFTA ríki sem aðhylltust tvíeðliskenningu þjóðaréttar lögðu áherslu á að samningurinn gæti ekki falið í sér framsal á löggjafarvaldi. Varð því að tryggja yrði aðkomu löggjafans til þess að veita EES samningnum réttaráhrif.⁴

7. gr. EES samningsins mælir þannig fyrir um skyldu samningsaðila til að taka upp í landsrétt þær gerðir sem vísað er til í viðaukum við samninginn eða í ákvörðunum sameiginlegu EES nefndarinnar. Þessi pósitíva skylda samningsaðila til að innleiða gerðir sem teknar hafa verið upp í EES samninginn hefur þannig verið talin ígildi beinna réttaráhrifa, stundum nefnt *ersatz direct effect* af fræðimönnum.

Að sama skapi skuldbundu samningsaðilar sig til að veita innleiddum EES reglum forgang ef kæmi til árekstra milli þeirra og annara laga í bókun 35 við EES samninginn¹ enda segir í bókuninni:

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

Af þessu leiðir að verði forgangur innleiddra EES reglna ekki tryggður með öðrum hætti skulu samningsaðilar tryggja hann með lögum.

Rétt er að hafa í huga í þessu sambandi að það felst í grunnákvæðum EES samningsins að honum var frá upphafi ætlað að vera framsækinn eða dýnamískur. Þannig gerir samningurinn ráð fyrir að taka beri upp í samninginn viðeigandi löggjöf ESB til að tryggja réttaröryggi og einsleitni, sbr. 102. gr. EES samningsins. Ákvarðanir sameiginlegu EES nefndarinnar um upptöku ESB gera í samninginn skulu teknar samkvæmt samkomulagi á milli ESB og EFTA-ríkjanna, sbr. 93. gr. samningsins.

Til þess að forgangsregla bókunar 35 komi til skoðunar þar því að vera um að ræða EES-reglu sem Ísland hefur staðfest að taka beri upp í EES samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES

² Mál 26/62 Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen [1963] ECR 1.

³ Mál 6/64 Costa v ENEL [1964] ECR 585 og mál 106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal [1978] ECR 629.

⁴ Hér ber að hafa í huga að hugtakið „samningur“ merkir meginmál samningsins, bókanir við hann og viðauka við hann auk þeirra gerða sem þar er vísað til, sbr. 2. gr. EES samningsins.

nefndarinnar, að undangengnu því samráðsferli sem mælt er fyrir um í reglum um þinglega meðferð EES-mála, og sem hefur verið innleidd í landsrétt í samræmi við fyrirmæli stjórnarskrár og þingskaparalaga.

Loks er rétt að minna á að 3. gr. EES samningsins mælir fyrir um sérstaka trúnaðarskyldu samningsaðila en þar segir að þeir skuli gera allar viðeigandi almennar eða sérstakar ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem af samninginum þessum leiðir og jafnframt varast ráðstafanir sem teflt geta því í tvísýnu að markmiðum hans verði náð. Þessi trúnaðarskylda kemur til fyllingar hinni almennu reglu þjóðaréttar um að samninga skuli halda (*pacta sunt servanda*).

3. Réttindi einstaklinga og lögaðila samkvæmt EES samningnum

EES samningurinn er ekki hefðbundinn þjóðréttarsamningur í þeim skilningi að það felst í grunnreglum samningsins að honum er ætlað að skapa skyldur og réttindi einstaklinga og lögaðila.

Þannig segir í aðfararorðum samningsins að markmið samningsaðila sé 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 og samningsaðilar séu sannfærðir um að einstaklingar muni gegna mikilvægu hlutverki á Evrópska efnahagssvæðinu vegna beitingar þeirra réttinda sem þeir öðlast með samningnum og þeirrar verndar dómstóla sem þessi réttindi njóta.

Það liggur í hlutarins eðli að markmiðinu um einsleitt Evrópsk efnahagssvæði þar sem gilda sömu reglur og sömu samkeppnisskilyrði verður ekki náð ef einstaklingar og lögaðilar í einstaka samningsríkjum njóta ekki réttinda til jafns við aðra þá er búa og starfa innan svæðisins. Dómstóll ESB hefur kveðið á um að EES samningurinn feli í sér að innri markaðurinn nái einnig til EFTA ríkjanna sem í því skyni standi jafnfætis aðildarríkjum ESB.⁵ Þá njóta ákvæði EES samningsins beinna réttaráhrifa að ESB rétti og dómstóllinn hefur kveðið á um að beita beri samræmdri túlkun til þess að ekki verði misræmi í réttarstöðu einstaklinga og lögaðila innan aðildarríkja.

Á hinn bóginn hafa EFTA ríkin skuldbundið sig til að veita EES reglum réttaráhrif með upptöku þeirra í landsrétt og tryggja að innleiddar EES reglur njóti forgangs gagnvart öðrum settum lögum ef áreksstrar verða, svo sem rakið er hér að framan, til að ná fram sömu markmiðum, þ.e. að tryggja sömu réttindi og skyldur einstaklinga og lögaðila.

Eins og ágætlega er rakið í greinargerð með frumvarpinu hefur hins vegar ekki tekist að tryggja þessi réttindi í framkvæmd. Þannig hafa íslenskir dómstólar ekki talið að unnt sé að beita

⁵ Sjá mál C-452/01 *Margarethe Ospelt og Schlössle Weissenberg Familienstiftung* [2003] ECR I-09743.

skýringarreglu 3. gr. laga um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993 þannig að forgangur innleiddra EES reglna sé tryggður.

Dómstólar hafa almennt talið að orðalag ákvæðisins, um að skýra beri lög og reglur til samræmis við EES samninginn eftir því sem við á, veiti þeim ekki svigrúm til þess að veita innleiddum EES-reglum forgang ef annað leiðir af orðanna hljóðan. Skiptir þá ekki máli hvort ósamræmi laga skýrist af vangá eða óskýru orðalagi. Dómstólar hafa þannig ekki farið þá leið að reyna að staðreyna með því að rýna lögskýringargögn hvort vilji þingsins hafi í reynd staðið til þess að brjóta gegn samningsskuldbindingum Íslands skv. EES samningnum heldur talið nægjanlegt að orðalag ákvæða sé ósamrýmanlegt.

Hefur þetta leitt til réttindamissis aðila t.d. að því er varðar rétt til greiðslna úr ábyrgðarsjóði launa, rétt til fullra fæðingarorlofsgreiðslna eða rétt neytenda til tiltekinna verndar í samningum við fjármálastofnanir.

Af dómaframkvæmd er ljóst að forgangsregla bókunar 35 hefur ekki verið tryggð í íslenskum rétti til þessa. Af því leiðir að samningsskuldbindingar Íslands skv. EES samningnum verða ekki uppfylltar nema með lögfestingu slíkrar reglu líkt og lagt er til í frumvarpi því sem hér er til umsagnar.

Rétt er að vekja athygli utanríkismálanefndar á því að EFTA dómstóllinn hefur kveðið á um að það felist í séreðli EES samningsins að samningsaðilar beri skaðabótaskyldu gagnvart einstaklingi eða lögaðila sem borið hefur tjón af því að réttindi hans samkvæmt EES samningnum hafi ekki verið tryggð, sbr. dóm í máli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur gegn Íslandi.⁶ Skortur á skýrri forgangsreglu innleiddra EES reglna kann því að leiða til bótaábyrgðar íslenska ríkisins geti viðkomandi sýnt fram á að hún hafi borið tjón af því að njóta ekki þeirra réttinda sem viðkomandi reglur fela í sér. Skaðabótaábyrgð hins opinbera er þó því marki brennd að viðkomandi einstaklingur eða lögaðili þarf að hafa til þess afl og burði til að geta rekið slíkt mál fyrir dómstólum og fært sönnur á fjárhagslegu tjóni. Verður því að telja að hér sé um nokkuð íþyngjandi úrræði fyrir borgara þessa lands sem vilja njóta þeirra réttinda sem EES samningurinn færir þeim.

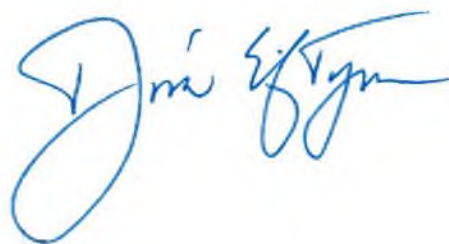
4. Lokaorð

Líkt og rekið er hér að framan felur EES samningurinn í sér reglur sem tryggja eiga réttindi og skyldur einstaklinga og lögaðila, bæði með fortaklausri skyldu til þess að innleiða í íslenskan rétt þær gerðir sem teknar hafa verið upp í samninginn og með skuldbindingu þess efnis að tryggja skuli innleiddum EES reglum forgang ef árekstur verður við önnur sett lög. Dómaframkvæmd hér á landi staðfestir að ekki hefur verið unnt að tryggja forgang innleiddra EES reglna með þeirri skýringarreglu sem lögfest var í lögum nr. 2/1993. Til þess að uppfylla umrædda

⁶ Mál E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir gegn Íslandi [1998] EFTA Ct. Rep. 95.

samningsskuldbindingu Íslands er því nauðsynlegt að lögfesta þá forgangsreglu sem frumvarpið mælir fyrir um. Undirrituð mælir því eindregið með því að frumvarpið verði samþykkt.

Reykjavík, 10. maí 2023

A handwritten signature in blue ink, reading "Dóra Sif Tynes". The signature is written in a cursive style with a large initial 'D'.

Dóra Sif Tynes, lögmaður

Nefnda- og greiningarsvið Alþingis
b.t. utanríkismálanefndar
Austurstræti 8-10
101 Reykjavík

Reykjavík, 27. apríl 2022

Efni: Umsögn um frumvarp til laga um um breytingu á lögum um Evrópska efnahagssvæðið, nr. 2/1993 (bókun 35), 890. mál

Félag atvinnurekenda og Íslensk-evrópska verslunarráðið (hér eftir samtökin) vísa til ofangreinds þingmáls á þingskjali 1392. FA hýsir og rekur ÍEV og er hlutverk ráðsins að efla verslunar- og viðskiptasambönd milli Íslands og Evrópusambandsins. Sérstakt viðfangsefni ráðsins er að beita sér fyrir því að rekstur samningsins um Evrópska efnahagssvæðið gangi sem bezt og að allir aðilar samningsins standi við skuldbindingar sínar samkvæmt honum.

Samtökin lýsa yfir eindregnum stuðningi við frumvarpið. Í breytingunni felst að ef skýrt og óskilyrt lagaákvæði, sem réttilega innleiðir skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum, sé ósamrýmanlegt öðru almennu lagaákvæði skuli það fyrirnefnda ganga fram.

Í þessu felst að bætt er úr galla á innleiðingu EES-samningsins í íslensk lög, þjóðréttarskuldbindingar Íslands eru uppfylltar og réttaröryggi bæði einstaklinga og fyrirtækja er betur tryggt.

Samtökin telja EES-samninginn mikilvægasta milliríkjasamning sem gerður hefur verið í þágu íslensks atvinnulífs og samfélags. Hann hefur falið í sér gífurlegar framfarir og íslensk fyrirtæki reiða sig í sífellt ríkari mæli á þau réttindi sem þau njóta á stærsta innri markaði heims í krafti ákvæða samningsins um einsleitt efnahagssvæði. Sú staða er komin upp í íslenzku réttarkerfi, eins og lýst er í greinargerð frumvarpsins, að vegna ófullnægjandi innleiðingar EES-samningsins er einsleitni reglna á Evrópska efnahagssvæðinu ekki tryggð.

Íslensk fyrirtæki hafa jafnvel mátt una því að ákvæði meginmáls EES-samningsins, sem enginn vafi leikur á að var innleitt í íslensk lög, hafa ekki komið til skoðunar í dómsmálum þar sem önnur lagaákvæði hafa stangast á við þau. Það er því mikilvægt hagsmunamál atvinnulífsins að frumvarpið nái fram að ganga.

Að mati samtakanna er algjörlega fráleitt að halda því fram að með því sé vegið að stjórnarskránni eða gengizt undir erlent vald, eins og haldið hefur verið fram í umræðunni undanfarið. Í fullveldi ríkja felst samningsfrelsi þeirra. Ísland hefur samið um að vera hluti af einsleitu efnahagssvæði og stjórnvöldum ber þá skylda til að standa við þær skuldbindingar sínar. Ísland getur sömuleiðis ef það svo kýs sagt upp EES-samningnum og losnað þá undan regluverki EES.

Það sem verður skýrt ef frumvarpið nær fram að ganga er að ef íslensk lög byggð á EES-samningnum og önnur íslensk lög stangast á, hafa EES-ákvæðin forgang. Það tryggir einsleitt efnahagsvæði, sem er brýnt hagsmunamál íslenskra fyrirtækja.

FA og ÍEV mæla því eindregið með samþykkt frumvarpsins.

Samtökin áskilja sér rétt til að koma á framfæri frekari athugasemdum á síðari stigum. Þá eru þau reiðubúin að funda með þingnefndinni.

Virðingarfyllst,



Ólafur Stephensen
framkvæmdastjóri FA og ÍEV

Reykjavík, 11. maí 2023

Umsögn um frumvarp til laga um breytingu á lögum um Evrópska efnahagssvæðið, nr. 2/1993 (bókun 35), 153. löggjafarþing 2022-2023, 890. mál

Vísað er til umsagnarbeiðni frá 26. apríl sl. vegna framangreinds máls. Með frumvarpinu er lagt til að lögfesta nýja EES-forgangsreglu í lög nr. 2/1993, sem ætlað er að uppfylla þá skuldbindingu sem talin er felast í bókun 35 við EES-samninginn. Ekki þarf að rekja forsögu og meginefni málsins hér, heldur vísast þar um til ítarlegrar greinargerðar með frumvarpinu.

Undirritaður telur fljótt á litið ekki ástæðu til að ætla annað en að forgangsreglan sem lögð er til í frumvarpinu samræmist ákvæðum stjórnarskrárinnar, án þess að hér sé tekin rökstudd afstaða til þess. Reglan lýtur að samspili laga og reglna sem handhafar íslensks ríkisvalds hafa sett. Hún felur sem slík ekki í sér að ríkisvald sé framselt erlendum stofnunum. Ganga má út frá því að þessi álitæfni fái ítarlega skoðun við þinglega meðferð málsins.

Fyrirhuguð forgangsregla er til þess fallin að koma í veg fyrir að einstaklingar og lögaðilar verði fyrir tjóni sökum þess að þeir geta ekki beitt réttindum sem þeir njóta samkvæmt innleiddum EES-reglum, ef þær rekast á önnur lög. Að sama skapi ætti forgangsreglan að fækka tilvikum þar sem ríkið verður bótaskyldt vegna slíks tjóns einstaklinga og lögaðila á grundvelli skaðabótareglu EES-réttar.

Forgangsreglan getur þó, eðli máls samkvæmt, skapað lagalega óvissu, í þeim skilningi að hún opnar á það að íslenskar lagareglur séu óvænt látnar víkja fyrir innleiddum EES-reglum, sem e.t.v. hafa ekki verið taldar ósamrýmanlegar. Á hinn bóginn má segja að forgangsreglan auki á fyrirsjáanleika að því leyti að hún tekur af tvímæli um að innleidd EES-regla skuli njóti forgangs ef hún rekst á önnur lög eða stjórnvaldsfyrirmæli. Samkvæmt gildandi lögum ræðst niðurstaða um það alfarið af beitingu lögskýringarreglu 3. gr. EES-laganna og eftir atvikum *lex specialis* reglunnar, en ekki er alltaf ljóst fyrirfram hvernig þeim verður beitt.¹

Þótt fyrirbyggjandi frumvarp sé ítarlegt og vandað, og greinargerðin taki á flestu því sem máli skiptir, vill undirritaður koma með eftirfarandi ábendingar um atriði sem gæti verið ástæða til að gefa frekari gaum við þinglega meðferð málsins, sjá einnig til hliðsjónar umsögn Hafsteins Dan Kristjánssonar, o.fl.:

1. Í 1. máls. ákvæðisins er notað hugtakið „almennt lagaákvæði“ (... lagaákvæði sem réttilega innleiðir skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum er ósamrýmanlegt öðru almennu lagaákvæði...). Þarna virðist vera átt við ákvæði í almennum lögum sem Alþingi setur að undangengnum þremur umræðum, sbr. 44. gr. stjkskr., og staðfest eru af forseta Íslands eða handhöfum forsetavalds, sbr. 16. gr. stjkskr. Skýringar í greinargerð benda líka til þess að 1. másl. miðist við ákvæði í almennum lögum í fyrrgreindum

¹ Má hér til hliðsjónar benda á dóm Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-582/2021, þar sem reyndi á lögskýringu samkvæmt 3. gr. EES-laganna. Hæstiréttur hefur samþykkt að dóminum verði áfrýjað þangað beint, fram hjá Landsrétti, sbr. ákvörðun HR nr. 2023-52, sbr. mál nr. 24/2023. Það kann að benda til þess að fordæmisgefandi hæstaréttardómur sé í vændum um beitingu 3. gr. EES-laganna.

skilningi. Það mætti engu að síður hnykkja á því hvort forgangsreglunni (1. másl.) sé ætlað takmarkast við almenn lög Alþingis, í merkingu 44. gr. stjkskr., eða hvort hún geti jafnframt náð til annarra flokka settra laga í þrengri merkingu, t.d. bráðabirgðalaga (þó nær hún ekki til ákvæða stjórnarskrárinnar, það er ljóst).

2. Í 2. málslið ákvæðisins er ráðgert að forgangsreglan í 1. másl. eigi líka við um almenn stjórnvaldsfyrirmæli (reglugerðir ráðherra o.s.frv.). Það mætti að ósekju vera skýrara í 2. másl. að sá hluti ákvæðisins eigi einungis við um árekstur milli reglna sem eiga báðar eða allar stoð í stjórnvaldsfyrirmælum. Með öðrum orðum felist það ekki í 2. másl. að stjórnvaldsfyrirmæli, sem innleiða EES-reglu, geti gengið frammar settum lögum, sem eru rétt hærrí stjórnvaldsfyrirmælum. Sá skilningur fær að vísu nokkuð örugga stoð í umfjöllun í greinargerð með frumvarpinu. Hvorki greinargerðin né texti ákvæðisins er þó alveg afdráttarlaus um þetta. Til samanburðar hefur 2. gr. norsku EES-laganna að geyma dæmi um forgangsreglu þess efnis að reglugerð (n. forskrift), sem innleiðir EES-reglur, njóti forgangs bæði fram yfir ósamrýmanlegar reglugerðir sem og yngri lög Stórþingsins. Æskilegt er að forgangsreglan, sem lögð er til með frumvarpinu, sé skýr um stöðu reglna í stjórnvaldsfyrirmælum að þessu leyti, m.a. að ekki sé um að ræða frávik frá reglunni um *lex superior*, sbr. og lögmatísregluna.
3. „Fyrirvarinn“ í lok 1. másl. ákvæðisins er strangt til tekið óþarfur (... nema Alþingi hafi mælt fyrir um annað). Þótt þetta orðalag væri ekki í ákvæðinu myndi það í engu haggva valdi Alþingis samkvæmt 2. gr. stjkskr. til að setja lög sem víkja til hliðar öðrum lögum sem innleiða EES-reglur, með þeim afleiðingum sem það getur haft í för með sér fyrir íslenska ríkið (samningsbrotamál, bótaskylda o.s.frv.). Umrætt orðalag má þó að meinalausu halda sér sem áminning um valdheimildir Alþingis í þessu tilliti.

Það kann að mega skilja fyrrgreint orðalag 1. másl., í samhengi við 2. másl., svo að stjórnvaldsfyrirmæli verði ekki sett sem víki til hliðar öðrum stjórnvaldsfyrirmælum sem innleiða EES-reglur, nema beinlínis sé gert ráð fyrir þeim möguleika í viðkomandi heimildarlögum. Þetta mætti e.t.v. skoða við þinglega meðferð málsins.

4. Fyrirhuguð forgangsregla miðar, sem fyrir segir, að því að uppfylla skuldbindinguna sem talin er felast í bókun 35. Framsetning forgangsreglunnar tekur jafnframt mið af efni og skilyrðum bókunar 35 eins og hún hefur verið skýrð í dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins, eftir því sem undirritaður kemst næst. Það má þó velta fyrir sér hvort hægt sé að laga frumvarpsákvæðið enn betur að inntaki bókunar 35, svo að það gangi hvorki of langt né of skammt í ljósi hennar.

Í ákvæðinu er rætt um „skýrt og óskilyrt lagaákvæði“ sem réttilega innleiðir EES-reglu. Ef talin er þörf á að tilgreina tilvitnað skilyrði í ákvæðinu virðist eðlilegra að tengja það við þá EES-reglu/skuldbindingu sem á í hlut, þ.e. að EES-reglan þurfi að vera nægilega skýr og óskilyrt sem slík, frekar en að skilyrðið lúti að því lagaákvæði sem innleiðir regluna í landsrétt. Sjá m.a. 2. gr. finnsku EES-laganna sem sett voru á sínum tíma.

Þá kemur til álita að hnykkja á því við þinglega meðferð málsins að forgangur laga og reglna, sem tengjast EES-skuldbindingum, skuli ekki vera víðtækari en þörf krefur til að uppfylla viðkomandi skuldbindingar samkvæmt EES-samningnum. Þessa hugsun má skýra með svofelldu dæmi: Ef EES-skuldbinding áskilur A, en íslenskt lagaákvæði, sem innleiðir hana, gengur lengra og felur hvort tveggja í sér A og B (og EES-reglan heimilar að gengið sé lengra en A), þá ætti lagaákvæðið aðeins að njóta forgangsáhrifa

að því er varðar regluna A en ekki B. Með öðrum orðum gengur lagaákvæðið framur öðru ósamrýmanlegu lagaákvæði að svo miklu leyti sem þess er þörf til að uppfylla viðkomandi skuldbindingar samkvæmt EES-samningnum. Líklega yrði forgangsreglan túlkuð með þessum hætti í framkvæmd, yrði hún að lögum, en það er þó ekki úr vegi að hnykkja á þessu atriði við þinglega meðferð málsins.

5. Þá er ástæða til að huga að því við þinglega meðferð málsins hvort og með hvaða hætti forgangsreglan muni gilda um óskráðar meginreglur EES-réttar, sem kunna að teljast vera undirliggjandi í meginmáli EES-samningsins („samtvinnuáttar“ því) og þar með innleiddar með lögum nr. 2/1993. Loks mætti velta upp því álitaefni hvort og þá með hvaða hætti fyrirhuguð forgangsregla geti mögulega verkað aftur fyrir gildistöku sína verði hún að lögum.²

Undirritaður vill að lokum þakka fyrir tækifærið til að veita umsögn um málið og getur mætt fyrir nefndina til að gera nánari grein fyrir einstökum atriðum ef þess er óskað.

Friðrik Árni Friðriksson Hirst

² Sjá einnig skrif okkar Hafsteins Dan Kristjánssonar um málið í vefriti Úlfjólts, sem er tímarit laganema við Háskóla Íslands, þar sem fjallað er um tiltekin lögfræðileg álitaefni varðandi fyrirhugaða forgangsreglu.

Nefndarsvið Alþingis
b/t utanríkismálanefndar
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík

Reykjavík 10. maí 2023

I

Fyrir liggur vandað og ítarlegt frumvarp um breytingu á lögum nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið (bókun 35), 890. mál, en með frumvarpinu er lagt til að færð verði í lög forgangsregla ákveðins efnis.

Byggt verður á þeim forsendum hér að regla sem mælir fyrir um forgang almennra laga og almennra stjórnvaldsfyrirmæla, sem innleiða skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum, gagnvart öðrum almennum lögum og almennum stjórnvaldsfyrirmælum:

- brjóti ekki í bága við stjórnarskrána; sem og
- feli í sér traustari innleiðingu á þeirri skuldbindingu sem felst í bókun 35 en sú leið sem er farin í núverandi lögum.
- Þá búi Ísland við svokallaða tvíeðliskipan.

Enn fremur verður byggt á þeirri forsendu að ekki standi vilji til að raska rétt hæð réttarheimildanna í íslenskum rétti.

Með hliðsjón af þessum forsendum er lögð til önnur framsetning á forgangsreglunni en sú sem er finna í frumvarpinu. Að hafa ólíka valkosti fyrir augum kann að vera ágætt þegar tekin er afstaða til þess hvaða leið skuli farin að settu marki. Fullur skilningur er á því að sitt sýnist hverjum um hvaða útfærsla sé haganlegust.

Tillagan byggir á eftirfarandi sjónarmiðum:

- að draga sem mest úr vafa sem kann að rísa um túlkun forgangsreglunnar;
- að framsetning reglunnar sé sem einföldust og beiting hennar í framkvæmd verði ekki flóknari en nauðsyn krefur;
- að ná markmiðinu um að uppfylla skuldbindingu bókunar 35.

Með vísan til þessara sjónarmiða er lagt til að ákvæðið verði orðað á eftirfarandi hátt með eða án innskots um fyrirvara (sem er afmarkaður með hornklofa hér):

„Sett lög sem uppfylla skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum ganga framar öðrum ósamrýmanlegum settum lögum [að því marki sem nauðsynlegt er]. Sama gildir um almenn stjórnvaldsfyrirmæli gagnvart öðrum ósamrýmanlegum almennum stjórnvaldsfyrirmælum.“

Í því sem á eftir fer verða færð rök fyrir og veittar skýringar á tillögunni.

II

Hugtakið „sett lög“ í stað hugtakanna „lagaákvæði“ og „almenn lagaákvæði“

Í frumvarpsákvæðinu er stuðst við hugtökin „lagaákvæði“ og „almenn lagaákvæði“. Ljóst er að hugtakið nær til *almennra laga*, þ.e. laga sem Alþingi setur samkvæmt 44. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, og forseti Íslands staðfestir, sbr. 26. gr. stjórnarskrárinnar. Verður þetta m.a. ráðið af athugasemdum við ákvæðið. Þá liggur fyrir að frumvarpsákvæðið nær ekki til árekstra milli almennra laga og stjórnarskrárinnar eða óskráðra stjórnskipulegra reglna en sú niðurstaða leiðir einnig af almennum reglum um réttshæð og samspil réttarheimildanna.

Aftur á móti kann að vera ákveðinn vafi fyrir hendi um hvort frumvarpsákvæðið nái til annarra tegunda setts réttar í þrengri merkingu en þær eru:

- bráðabirgðalög, sbr. 28. gr. stjórnarskrárinnar;
- fjárlög og fjárukalög;
- lög eldri en árið 1874.

Telja verður að raunhæf þýðing annarra tegunda setts réttar í þrengri merkingu sé takmörkuð en ekki er útilokað að það geti reynt á tilvik sem varða þau, einkum bráðabirgðalög. Af þeim sökum er æskilegt að forgangsreglan sé eins skýr og kostur er um hvort aðrar tegundir setts réttar í þrengri merkingu falli undir hana.

Við túlkun frumvarpsákvæðisins verður að gefa orðalagi þess gaum. Hugtökin „lagaákvæði“ og „almenn lagaákvæði“ benda til þess að átt sé við almenn lög en ákveðin líkindi eru með hugtökunum. Enn fremur vísar fyrirvari ákvæðisins til Alþingis. Engu að síður verður ekki litið framhjá því að hugtökin sem slík geta rúmað aðrar tegundir setts réttar í þrengri merkingu. Þannig útilokar orðalagið ekki þann skilning að ákvæði í bráðabirgðalögum teljist vera „lagaákvæði“ eða „almennt lagaákvæði“.

Athugasemdir við frumvarpsákvæðið benda eindregið til þess að með hugtökunum sé átt við almenn lög. Á hinn bóginn er í þeim ekki tekið af skarið um aðrar tegundir setts réttar í þrengri merkingu. Þannig verður ekki séð að tekin hafi verið afstaða til þess berum orðum að frumvarpsákvæðið nái ekki til þeirra. Þá vekur það óneitanlega athygli að stuðst er að vissu marki við ólíka hugtakanotkun í orðalagi frumvarpsákvæðisins („lagaákvæði“ og „almenn lagaákvæði“) og í athugasemdunum („almenn lög“). Þótt sú framsetning bendi til þess að leggja beri hugtökin að jöfnu getur ólík hugtakanotkun engu að síður stutt þann möguleika að fyrnefndu hugtökin *geti* verið rýmri en það síðarnefnda.

Markmið frumvarpsins er uppfylla skuldbindingu bókunar 35 en þar er stuðst við enska hugtakið „statutory provision“. Leggja má víðtækari eða þrengri skilning í það hugtak. Annars vegar getur það vísað aðeins til laga þjóðþinga (sem eru almenn lög hér á landi). Hins vegar getur það vísað til (annarra tegunda) setts réttar. Markmið bókunar 35, um einsleitt Evrópskt efnahagssvæði sem byggist á sameiginlegum reglum, bendir fremur til þess að túlka eigi hugtakið „statutory provision“ rýmkaði. Sé það réttur skilningur á bókun 35 þá bendir markmiðsskýring á frumvarpsákvæðinu til þess að leggja eigi víðtækan skilning í orðalagið „lagaákvæði“ og „almenn lagaákvæði“ enda er reglunni ætlað að uppfylla þá skuldbindingu. Er það markmið nokkuð afmarkað og skýrt.

Þar sem athugasemdir við ákvæðið, sem og að vissu marki orðalag þess, benda til þrengri skilnings en markmiðsskýring til rýmri skilnings (innan mögulegrar merkingar orðalagsins) verður ekki betur séð en að lögskýringarsjónarmið vísi í ólíkar áttir. Þegar svo háttar til verður

að leggja mat á heildarsambengi lagaákvæðis með vísan vægis lögskýringarsjónarmiðanna. Ef þær vísbendingar sem verða ráðnar af orðalaginu og athugasemdunum vega þyngra verður lagður þrengri skilningur til grundvöllur (hugtökin ná aðeins til almennra laga) en ef markmiðsskýring vegur þyngra að metum verður lagður rýmri skilningur til grundvallar (hugtökin geta náð til annarra tegunda setts réttar í þrengri merkingu, s.s. bráðabirgðalaga).

Ekki verður tekin afstaða til þess hér hvor lögskýringarsjónarmiðin hafi meira vægi í þessu tilviki. Látið verður við það sitja að benda á að orðalag frumvarpsákvæðisins býður upp á tvo túlkunarkosti og lögskýringarsjónarmiðin kunna að benda í ólíkar áttir. Vegna þess er ákveðinn vafi fyrir hendi um gildissvið frumvarpsákvæðisins að þessu leyti. Þótt unnt sé að leysa úr þeim vafa með túlkun er heppilegra að löggjafinn kveði skýrt á um hvernig beri að fara með þessi tilvik.

Til viðbótar má benda á tvö önnur álitæfni. Sú staða kann að koma upp að skuldbinding samkvæmt EES-samningnum verði uppfyllt með reglu sem byggir á lögjöfnun frá almennum lögum. Ekki er morgunljóst hvernig beri að fara með slík tilfelli.

Þá má færa rök fyrir því að frumvarpsákvæðið nái til óskráðra meginreglna EES-réttar sem eru samtvinnnaðar (e. inherent) meginmáli EES-samningsins og kunna þar með að teljast hafa verið innleiddar með lögum nr. 2/1993 en íslenskir dómstólar hafa þó lokaorðið um það. Aftur á móti nær ákvæðið ekki til annarra óskráðra meginreglna EES-réttar nema þær hafi verið innleiddar með almennum lögum eða almennum stjórnvaldsfyrirmælum.

Þegar framanrakið er haft í huga má færa rök fyrir því að heppilegt sé að styðjast við annað orðalag en hugtökin „lagaákvæði“ og „almenn lagaákvæði“. Í því sambandi er stungið upp á hugtakinu „sett lög“ og lagt til að það verði skilgreint í lögskýringargögnum á þann hátt að það nái til allra tegunda setts réttar í þrengri merkingu nema stjórnskipulegra reglna. Enn fremur nái það til þeirra reglna sem byggja á lögjöfnun frá settum rétti í þrengri merkingu og óskráðra meginreglna EES-réttar sem eru samtvinnnaðar meginmáli EES-samningsins.

Ef ætlunin er aftur á móti að takmarka forgangsregluna við almenn lög, eins og athugasemdirnar benda til, þá þykir heppilegra að styðjast við það hugtak í lagatextanum sjálfum en hugtakið hefur unnið sér ákveðinn sess í fræðiskrifum. Eins mætti taka af allan vafa í lögskýringargögnum. Þá yrði tillagan svohljóðandi:

„Almenn lög sem uppfylla skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum ganga framár öðrum ósamrýmanlegum almennum lögum [að því marki sem nauðsynlegt er]. Sama gildir um almenn stjórnvaldsfyrirmæli gagnvart öðrum ósamrýmanlegum almennum stjórnvaldsfyrirmælum.“

Vakin er þó athygli á því að verði sú leið farin kann að reyna á hvort markmiðum með frumvarpinu er náð að öllu leyti, þ.e. að uppfylla skuldbindingu bókunar 35 sem kann að vera víðtækari en þessi framsetning á forgangsreglunni.

Áreksur milli almennra stjórnvaldsfyrirmæla

Í frumvarpsákvæðinu segir að „sama eigi við um“ stjórnvaldsfyrirmæli. Af m.a. lögskýringargögnum verður ráðið að átt sé við áreksur milli almennra stjórnvaldsfyrirmæla en með því er átt við réttarreglur sem eiga stoð í t.d. reglugerðum, reglum, gjaldskrá,

samþykktum sveitarfélaga og jafnvel forsetaúrskurðum. Er stundum vísað til setts réttar í rýmri merkingu í þessu sambandi.

Á hinn bóginn geta almenn stjórnvaldsfyrirmæli ekki vikið til hliðar almennum lögum á grundvelli forgangsreglunnar, eins og gert er ráð fyrir í 2. gr. norsku EES-laganna varðandi yngri lög. Engu að síður er að finna ummæli í lögskýringargögnum um að löggjafinn geti mælt fyrir um að reglugerð gangi framur almennum lögum. Æskilegt væri að taka af skarið um það í orðalagi ákvæðisins sjálfs að forgangsreglan gildi aðeins um árekstur milli almennra stjórnvaldsfyrirmæla. Þá gæti farið vel á því að styðjast við hugtakið „almenn stjórnvaldsfyrirmæli“ líkt og gert er í stjórnsýslulögum nr. 37/1993.

Réttilega innleiðir skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum

Samkvæmt frumvarpsákvæðinu á forgangsreglan aðeins við um lagaákvæði (og stjórnvaldsfyrirmæli) sem réttilega innleiða skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum. Af því leiðir:

- að óinnleiddar EES-reglur njóta ekki forgangs; og
- að ranglega innleiddar EES-reglur njóta ekki forgangs.

Þá mun forgangsreglan eiga við um almenn lög sem *beinlínis* eru sett til að innleiða skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum. Jafnframt verður að túlka hugtakið „innleiða“ á víðtækan hátt, þ.e. að það nái til allra réttarreglna sem *uppfylla skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum*. Þannig mun forgangsreglan eiga við um lagaákvæði sem hafa ekki verið beinlínis sett til að uppfylla slíkar skuldbindingar. Til að mynda kann sú staða að hafa verið uppi að ekki var þörf á því að setja almenn lög til að uppfylla skuldbindingu vegna þess að sambærilegar reglur voru nú þegar fyrir hendi eða unnt er að túlka almenn lög, sem fyrir eru, til samræmis við EES-rétt á þann hátt að þau teljast þar með uppfylla slíka skuldbindingu. Í þessu sambandi verður að hafa í huga að túlka ber lagaákvæði, þegar það á við, til samræmis við EES-rétt.

Aftur á móti er ekki skýrt hvernig beri að fara með tilvik þar sem regla hefur verið réttilega innleidd *ad hluta* eða þegar löggjafinn gengur lengra en nauðsyn krefur samkvæmt EES-rétti, s.s. þegar löggjafinn setur strangari reglu en gert er ráð fyrir samkvæmt tilskipun sem mælir fyrir um lágmarkssamræmingu. Enn fremur gæti sú staða komið upp að löggjafi Evrópusambandsins hafi sett afleidda gerð sem brýtur í bága við rétt hærrí réttarheimildir Evrópuréttar og sem telst vera ógild af þeim sökum. Unnt er að túlka orðalagið „skuldbinding samkvæmt EES-samningnum“ á þann hátt að forgangsreglan eigi aðeins við að því marki sem um *raunverulega* skuldbindingu er að ræða. Til öryggis er þó unnt að skjóta inn fyrirvara um að reglan eigi við „að því marki sem nauðsynlegt er“ og taka fram í lögskýringargögnum að fyrirvaranum er ætlað að takmarka áhrif forgangsreglunnar við skuldbindingu bókanar 35. Á þann hátt myndast bein tenging milli forgangsreglunnar og bókanar 35, eins og hún er og verður túlkuð í framkvæmd EFTA-dómstólsins.

Þar sem unnt er að túlka orðalagið „skuldbinding samkvæmt EES-samningnum“ á þann hátt að tryggt sé að forgangsreglan eigi aðeins við um raunverulegar skuldbindingar og þar sem hugtakið „innleiða“ verður túlkað á þann hátt að það nái til allra lagaákvæða sem uppfylla skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum þá verður ekki séð að orðalagið „réttilega innleiddar“ bæti neinu við fyrstnefnda orðalagið sem máli skiptir. Getur það raunar skapað vafa um hvernig fari með skuldbindingar sem eru innleiddar réttilega að hluta. Vegna þess væri einfaldara að kveða aðeins á um sett lög „sem uppfylla skuldbindingu samkvæmt EES-

samningnum“. Ekki verður betur séð en að með því náist öll markmið skilyrðisins. Er það einnig nær orðalagi 2. gr. norsku EES-laganna.

Skýrt og óskilyrt lagaákvæði

Í frumvarpsákvæðinu er mælt fyrir um að forgangsreglan nái til lagaákvæðis sem er „skýrt og óskilyrt“ en skilyrðið byggir á dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins um túlkun bókunar 35. Lagt er til að ekki verði kveðið á um skilyrðið berum orðum í ákvæðinu heldur verði farin sú leið að skjóta inn almennum fyrirvara um „að því marki sem nauðsynlegt er“. Fyrir því eru fimm ástæður:

1. Ákveðinn vafi er um það hvort skilyrði bókunar 35 eigi við um EES-regluna sem slíka eða þau landslög sem innleiða hana. Ákveðið orðalag í dómum EFTA-dómstólsins gefur til kynna hið síðarnefnda og byggir orðalag frumvarpsákvæðisins væntanlega á því. Aftur á móti á skilyrðið sér hliðstæðu í dómframkvæmd Evrópudómstólsins um bein réttaráhrif en þau eiga aðeins við um ESB-reglur en ekki landslög. Í því sambandi verður einnig að hafa í huga að ekki er sjálfgefið að EFTA-riki búi við tvíeðlisskipan. Þá eru réttilega innleidd landslög jafnan skýr og óskilyrt þótt sú EES-regla sem verið er að innleiða sé það ekki. Ef svo reynist vera að skilyrði bókunar 35 eigi við um EES-regluna skýtur skökku við að miða við að íslenskt lagaákvæði sé skýrt og óskilyrt. Í þessu sambandi má geta þess að norska forgangsreglan orðar ekki skilyrðið berum orðum en hún er þau túlkuð til samræmis við það.
2. Skilyrðið felur í sér óverulega takmörkun enda teljast mjög margar EES-reglur uppfylla það, þ.á m. matskenndar og dýnamískar reglur á borð við fjórfrelsisreglurnar. Yfirleitt teldist skilyrðið uppfyllt nema þegar um er að ræða stefnuyfirlýsingar eða EES-reglur sem krefjast þess að gripið sé til ákveðinna athafna til að virkja réttindi. Þá eru ákveðnar takmarkanir á beinum réttaráhrifum í ESB-rétti varðandi vissar tegundir réttarheimilda.
3. Telja verður ólíklegt að lagaregla sem telst ekki vera nægilega skýr og óskilyrt rekist á við aðra lagareglu enda er, sem fyrr greinir, þá yfirleitt um ófullkomna reglu eða stefnuyfirlýsingu að ræða. Vegna þess má færa rök fyrir því að sé skilyrðið á annað borð ekki uppfyllt verður (í flestum eða mörgum tilvikum) enginn árekstur milli lagaákvæða og því bæti skilyrðið litlu við.
4. Miðað við framsetningu frumvarpsákvæðisins ber að taka afstöðu til þess í hverju og einu tilviki hvort lagaregla sé skýr og óskilyrt enda er það frumskilyrði þess að forgangsreglan eigi við. Mun það krefjast mats á undirliggjandi EES-reglu en yfirleitt myndi það fela í sér að meta hvernig hliðstæð ESB-regla horfir við skilyrðum um bein réttaráhrif eins og þau hafa verið útfærð í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Kann það að fela í sér ákveðið flækjustig við beitingu reglunnar, a.m.k. í vafatilfellum.
5. Ekki er fullvíst hvort dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins muni þróast á þann veg að tekið verði enn frekara tillit til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins um bein réttaráhrif, t.d. um þann greinarmun sem er gerður á lóðréttum og láréttum beinum réttaráhrifum tilskipana. Á það einkum við ef skilyrði bókunar 35 á við um EES-reglurnar sem slíkar. Verði sú reyndin kann að vera flókið að beita skilyrðinu. Ekki verður betur séð en að ákveðin atriði eru á huldu um inntak skilyrðisins samkvæmt bókun 35 að þessu leyti enn sem komið er en undirritaður þyrfti að rannsaka það nánar.

Af framangreindu leiðir að skilyrðið felur í sér óverulega takmörkun en það gæti verið flókið að beita því í framkvæmd í ákveðnum tilfellum. Væri skilyrðið tekið út myndi það væntanlega breyta (mjög) fáum niðurstöðum, ekki síst ef miðað er við að íslensk lög séu skýr og óskilyrt.

Eins mætti skjóta inn, sem fyrr greinir, fyrirvara um „að því marki sem nauðsynlegt er“. Fyrirvarinn myndi þá vísa til þeirrar skuldbindingar sem felst í bókun 35, eins og hún er og verður túlkuð að þessu leyti. Jafnframt væri þá æskilegt að skýrt kæmi fram í lögskýringargögnum að fyrirvarinn væri settur til öryggis (l. ex tuto), þ.e. að ekki yrði gert ráð fyrir því að tekin yrði afstaða til þess hvernig skilyrðið um nægilega skýra og óskilyrta reglu horfir við í hverju og einu tilviki heldur verði að ganga út frá því að reglan eigi við. Aðeins bæri að beita fyrirvaranum í undantekningartilfellum þegar raunverulegur vafi er fyrir hendi um hvort bókun 35 krefjist þess að regla njóti forgangs. Gæti slík nálgun dregið úr flækjustiginu við beitingu reglunnar.

Verði ekki farin sú leið má í það minnsta bæta við orðinu „nægilega“ við skilyrðið í frumvarpsákvæðinu en bókun 35 hefur verið túlkuð á þann hátt í dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins að regla þurfi að vera nægilega skýr og óskilyrt (e. *sufficiently clear and unconditional*).

Nema Alþingi hafi mælt fyrir um annað

Í frumvarpsákvæðinu er gerður sá fyrirvari að Alþingi hafi ekki mælt fyrir um annað. Í fyrirvaranum felst að löggjafinn, þ.e. Alþingi og forseti Íslands, geti með *lögum* mælt fyrir um að víkja frá forgangsreglunni en utan við fyrirvarann falla:

- þingsályktanir; og
- fjárlög og fjáráukalög.

Ekki er mælt fyrir um sambærilegan fyrirvara í tengslum við stjórnvaldsfyrirmæli en þó segir í frumvarpsákvæðinu að „sama eigi við um“ þau. Ekki liggur því ljóst fyrir hvort ráðherra og önnur stjórnvöld geti mælt fyrir um annað í almennum stjórnvaldsfyrirmælum, þegar EES-regla hefur verið innleidd með t.d. reglugerð, eða hvort sú heimild sé aðeins bundin við löggjafann. Heppilegra væri að taka af allan vafa um það verði haldið fast við fyrirvarann.

Enn fremur verður ekki séð að fyrirvarinn hafi lagalega þýðingu. Það myndi ekki breyta neinu varðandi réttarstöðuna þótt fyrirvaranum væri kippt út enda leiðir þessi niðurstaða af almennum reglum. Til að mynda er ekki mælt fyrir um sambærilegan fyrirvara í 2. gr. norsku EES-laganna. Einfaldara væri að sleppa fyrirvaranum og láta réttarstöðuna ráðast af almennum reglum.

Verði sú leið ekki farin mætti þó skerpa á því í lagatextanum sjálfum að fyrirvarinn gildi um löggjafann, þ.e. Alþingi og forseta Íslands, og/eða að um almenn lög sé að ræða.

III

Verði frumvarpsákvæðið að lögum má gera ráð fyrir því að eftirfarandi muni gilda um ýmsa árekstra milli réttarreglna:

- Almenn lög sem innleiða skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum munu ganga framar öðrum almennum lögum sem gera það ekki. Þau munu þó ekki ganga framar stjórnskipulegum reglum.
- Almenn stjórnvaldsfyrirmæli sem innleiða skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum munu ganga framar öðrum almennum stjórnvaldsfyrirmælum sem gera það ekki. Þau myndu almennt ekki ganga framar almennum lögum en í lögskýringargögnum er þó gert ráð fyrir því að löggjafinn geti mælt fyrir um það í einstökum tilfellum.
- Óskráðar meginreglur EES-réttar sem teljast hafa verið innleiddar með lögum nr. 2/1993 munu ganga framar ósamrýmanlegum almennum lögum sem innleiða ekki skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum.
- Ákveðinn vafi kann að rísa um hvernig beri að fara með árekstra við bráðabirgðalög og aðrar tegundir setts réttar í þrengri merkingu sem og reglur sem byggja á lögjöfnun.
- Almenn lög og almenn stjórnvaldsfyrirmæli sem innleiða skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum munu ganga framar réttarreglum sem byggja á réttlægri réttarheimildum, s.s. réttarvenju, fordæmum, meginreglum laga og eðli máls, sem gera það ekki. Sú niðurstaða mun ekki leiða af forgangsreglunni heldur af almennum reglum.
- Forgangsreglan mun ekki ná til réttarreglna sem byggja á réttlægri réttarheimildum (réttarvenju, fordæmum, meginreglum laga og eðli máls) sem fela í sér innleiðingu á skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum og því mun fara um árekstur þeirra við almenn lög og almenn stjórnvaldsfyrirmæli eftir almennum reglum, þ.e. þau víkja almennt fyrir þeim.
- Forgangsreglan mun ekki gilda um innbyrðis árekstur almennra laga sem er báðum ætlað að innleiða skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum. Sama á við um almenn stjórnvaldsfyrirmæli. Annað hvort verður leyst úr slíkum árekstrum eftir almennum forgangsreglum íslensks réttar eða á grundvelli sérsjónarmiða sem byggja á tengslum réttarheimildanna við EES-rétt.
- Almenn lög sem innleiða skuldbindingu samkvæmt EES-samningnum munu ganga framar öðrum almennum lögum sem innleiða aðrar þjóðréttarlegar skuldbindingar, s.s. Mannréttindasáttmála Evrópu og barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna.

Í tengslum við síðastnefnda tilvikið má geta þess að í norskum rétti er að finna forgangsreglu í norsku MSE-lögunum. Í þeim tilfellum reynir á árekstur tveggja forgangsreglna, þ.e. í norsku EES-lögunum og MSE-lögunum. Að því er varðar árekstrar við MSE sérstaklega þá skal því haldið til haga að margar af reglum sáttmálans eiga sér hliðstæðu í stjórnarskránni. Þá gilda ýmsar óskráðar mannréttindareglur í EES-rétti.

Af greiningunni á úrlausn ýmissa árekstra að ofan má ráða að sú staða getur eftir sem áður komið upp, þótt frumvarpið verði að lögum, að skuldbinding samkvæmt EES-samningnum hafi verið innleidd en sú réttarregla sem innleiðir hana víkur fyrir annarri réttarreglu. Á það einkum við um þegar réttarreglan:

- rekst á við stjórnskipulegar reglur; eða
- er að finna í réttlægri réttarheimild (réttarvenju, fordæmum, meginreglum laga eða eðli máls) og hún rekst á við almenn lög, almenn stjórnvaldsfyrirmæli eða rétthærri réttarheimildar að öðru leyti.

Í þeim tilvikum kann íslenska ríkið að vera skaðabótaskyldt séu uppfyllt viðeigandi skilyrði til þess.

IV

Að framan hefur verið rökstudd tillaga um aðra framsetningu á forgangsreglunni sem miðar að því að draga úr vafa um túlkun ákvæðisins og einfalda framsetningu og beitingu þess.

Undirritaður getur rökstutt nánar einstök atriði í þessari umsögn sé óskað eftir því.¹


Dr. Hafsteinn Dan Kristjánsson

¹ Finna má frekari umfjöllun um ýmis atriði í Friðrik Árni Friðriksson Hirst og Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Inntak fyrirhugaðrar EES-forgangsreglu og áhrif hennar í íslenskum rétti“, sem er að finna hér: <https://ulfljoirur.com/2023/04/22/inntak-fyrirhugadrar-ees-forgangsreglu-og-ahrif-hennar-i-islenskum-retti/#ednref7>

Enn fremur hafa sömu höfundur ritað drög að umfjöllun um gildissvið forgangsreglunnar og er þar að finna nánari umfjöllun um ýmis atriði sem hér hafa verið gerð að umtalsefni.



3. apríl 2023

Efni: Umsögn Hagsmunasamtaka heimilanna um 890. mál á 153. löggjafarþingi

Evrópska efnahagssvæðið (bókun 35)

Með ofangreindu frumvarpi er lagt til að bókun 35 við EES-samninginn verði innleidd að fullu í íslensk lög um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993, þar sem upphafleg innleiðing hennar í 3. gr. laganna þykir ófullnægjandi. Lagt er til að nýtt ákvæði bætist við sem kveði skýrt á um forgang lagaákvæða sem réttilega innleiða EES-reglur gagnvart ósamrýmanlegum íslenskum lagareglum.

Það er dapurleg staðreynd að í tæpa þrjá áratugi hafi bókun 35 ekki verið réttilega innleidd í íslensk lög enda felur hún í sér eina af grundvallarreglum Evrópuréttar, svokallaða forgangsreglu, eins og hún var aðlöguð að EES-samstarfinu á sínum tíma. Þess vegna fagna Hagsmunasamtök heimilanna því mjög að loksins standi til að bæta úr því ástandi og uppfylla þannig þá þjóðréttarlega skuldbindingu Íslands sem felst í ákvæðum EES-samningsins og bókunum við hann.

Samtökin vilja hrósa höfundum frumvarpsins sérstaklega fyrir vandaða og fróðlega greinargerð sem er líklega ein sú ítarlegasta sem sést hefur miðað við að í frumvarpinu er aðeins eitt efnislegt ákvæði. Þar er m.a. vísað til dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 243/2015 sem var höfðað af félagsmönnum samtakanna með stuðningi þeirra til að láta reyna á lögmæti verðtryggðra neytendalána. Niðurstaða málsins réðst af þeirri afstöðu dómara að lögskýring samkvæmt 3. gr. laga nr. 2/1993 geti ekki leitt til þess að orðum íslenskra laga verði gefin önnur merking en leidd verður af hljóðan þeirra, en um var að ræða ákvæði tilskipunar sem hafði ekki verið réttilega innleitt í íslensk lög um neytendalán. Aftur á móti var í sömu lögum annað réttilega innleitt ákvæði sem hefði getað leitt til betri niðurstöðu ef það hefði notið forgangs gagnvart hinu ranglega innleidda. Þess vegna telja samtökin að skýra þurfi nánar hvaða þýðingu lögfesting frumvarpsins myndi hafa fyrir mál sem þegar hafa verið dæmd á röngum grundvelli af slíkum ástæðum. Er því mælt til að við frumvarpið verði bætt ákvæði sem kveði skýrt á um að hægt verði að endurupptaka mál sem þannig hafa farið, líkt og nú tíðkast á grundvelli úrlausna Mannréttindadómstóls Evrópu eftir lagabreytingar vegna stofnunar Endurupptökudóms.

- 0 -

Virðingarfyllst,
f.h. Hagsmunasamtaka heimilanna,

Guðmundur Ásgeirsson, varaformadur@heimilin.is

14.05.2023

Til Alþingis

Umsögn um frumvarp til laga um EES, nr. 890 (bókun 35)

Heiðraða Alþingi

Löggjafarvald á Íslandi er samkvæmt stjórnarskrá lýðveldisins í höndum Alþingis og forseta sem eru kjörnir af fólkinu í landinu. Engu að síður hefur sá háttur verið á um nokkurt skeið að lög sem samin hafa verið af erlendu ríkjasambandi hafa verið gerð að lögum á Íslandi, að heita má umræðulaust. Er þá iðulega horft framhjá því hvort umrædd lög henti á Íslandi eða hvaða kostnað þau hafi í för með sér. Þrátt fyrir að íslenska ríkið hafi samkvæmt samningi fulla heimild til að hafna því að setja lög með þessum hætti virðist svo vera að aðilar innan stjórnkerfis landsins og sumir stjórnámálamenn telji að slík höfnun kalli á svo harðar aðgerðir af hálfu hins erlenda ríkjasambands að heimildin til að hafna löggjöf sé ekki til staðar í raun. Þetta er einkennileg staða og vandséð er að þetta fyrirkomulag standist stjórnarskrá. Vinnubrögðin sem hér er lýst eru hættuleg hagsmunum Íslendinga og ganga gegn hugmyndum þorra fólks um lýðræði.

Frá því fyrrgreint fyrirkomulag tók gildi hefur hið erlenda ríkjasamband teygt arma sína inn á sífellt fleiri svið samfélagsins með ýmsum hætti. Má þar nefna löggjöf um orkumál, dóm um innflutning á ófrosnu kjöti og hægfare eyðing á hinu tveggja stoða kerfi EFTA og Evrópusambandsins. Svo mætti áfram telja. Allt það veldur því að núverandi fyrirkomulag fjarlægist enn meira ramma stjórnarskrárinnar.

Nú liggur fyrir frumvarp sem hnykkir á forgangi laga sem eiga uppruna sinn í lögum frá Evrópusambandinu og gerir stjórnvaldstilskipanir af sama tagi rétthærrí lögum. Hið síðarnefnda er undarlegt og til þess fallið að auka flækjustig stjórnkerfisins. Hér er á ferðinni skref í átt að tilfærslu valds frá lýðræðislega kjörnum stjórnvöldum á Íslandi til Evrópusamandsins sem erfitt er við að una.

Heimssýn telur að best sé að leggja fyrrgreinda bókun 35 til hliðar og hefjast þegar í stað handa við að koma samskiptum Íslands við þær þjóðir sem eftir eru í Evrópusambandinu í þann farveg að hagsmunir Íslendinga séu sem best tryggðir, án þess að fullveldi landsins sé skert eða fargað.

Fyrir hönd Heimssýnar

Haraldur Ólafsson, formaður

14.05.2023

Til Alþingis

Umsögn um frumvarp til laga um EES, nr. 890 (bókun 35)

Heiðraða Alþingi

Löggjafarvald á Íslandi er samkvæmt stjórnarskrá lýðveldisins í höndum Alþingis og forseta sem eru kjörnir af fólkinu í landinu. Engu að síður hefur sá háttur verið á um nokkurt skeið að lög sem samin hafa verið af erlendu ríkjasambandi hafa verið gerð að lögum á Íslandi, að heita má umræðulaust. Er þá iðulega horft framhjá því hvort umrædd lög henti á Íslandi eða hvaða kostnað þau hafi í för með sér. Þrátt fyrir að íslenska ríkið hafi samkvæmt samningi fulla heimild til að hafna því að setja lög með þessum hætti virðist svo vera að aðilar innan stjórnkerfis landsins og sumir stjórnámálamenn telji að slík höfnun kalli á svo harðar aðgerðir af hálfu hins erlenda ríkjasambands að heimildin til að hafna löggjöf sé ekki til staðar í raun. Þetta er einkennileg staða og vandséð er að þetta fyrirkomulag standist stjórnarskrá. Vinnubrögðin sem hér er lýst eru hættuleg hagsmunum Íslendinga og ganga gegn hugmyndum þorra fólks um lýðræði.

Frá því fyrrgreint fyrirkomulag tók gildi hefur hið erlenda ríkjasamband teygt arma sína inn á sífellt fleiri svið samfélagsins með ýmsum hætti. Má þar nefna löggjöf um orkumál, dóm um innflutning á ófrosnu kjöti og hægfare eyðing á hinu tveggja stoða kerfi EFTA og Evrópusambandsins. Svo mætti áfram telja. Allt það veldur því að núverandi fyrirkomulag fjarlægist enn meira ramma stjórnarskrárinnar.

Nú liggur fyrir frumvarp sem hnykkir á forgangi laga sem eiga uppruna sinn í lögum frá Evrópusambandinu og fjallar einnig um stjórnvaldstilskipanir af sama tagi. Hið síðarnefnda er undarlegt og til þess fallið að auka flækjustig stjórnkerfisins. Hér er á ferðinni skref í átt að tilfærslu valds frá lýðræðislega kjörnum stjórnvöldum á Íslandi til Evrópusamandsins sem erfitt er við að una.

Heimssýn telur að best sé að leggja fyrrgreinda bókun 35 til hliðar og hefjast þegar í stað handa við að koma samskiptum Íslands við þær þjóðir sem eftir eru í Evrópusambandinu í þann farveg að hagsmunir Íslendinga séu sem best tryggðir, án þess að fullveldi landsins sé skert eða fargað.

Fyrir hönd Heimssýnar

Haraldur Ólafsson, formaður

Utánríkismálanefnd Alþingis

27. apríl 2023

Fyrir hönd Heimssýnar þakka ég fyrir boð um að senda umsögn um frumvarp til laga um Evrópska efnahagssvæðið (bókun 35), 890. mál. Boðið barst í gær og beðið er um umsagnir fyrir 2. maí nk.

Efnið hefur verið rætt innan samtakanna og ljóst er að hér er um afar viðamikið mál sem á sér marga anga. Afleiðingar þess ef frumvarpið verður að lögum virðast geta orðið töluverðar, en sitthvað virðist þó óljóst í því sambandi. Málið snertir grundvallaratriði í stjórnskipun íslenska ríkisins og því afar mikilvægt að stíga varlega til jarðar, svo ekki verði mikið tjón sem erfitt getur verið að bæta.

Heimssýn mun standa fyrir opinberum fundum um þetta mál á næstu vikum og í ljósi þess og hversu mikilvægt málið er leggjum við eindregið til að frestur til að veita umsögn verði framlengdur um 4-6 vikur.

Virðingarfyllt,

Haraldur Ólafsson

Formaður Heimssýnar

haraldur68@gmail.com

Nefndarsvið Alþingis
bt. utanríkismálanefnd
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík

Kópavogur 11. maí 2023

Umsögn um frumvarp til laga um breytingu á lögum um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993 (bókun 35), 890. mál:

Fyrir liggur að mjög skiptar skoðanir hafa verið á meðal lögspekinga í gegnum tíðina um það hvort innleiðing á bókun 35 við EES-samninginn með þeim hætti sem nú stendur til með frumvarpi utanríkisráðherra um breytingar á lögum um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993 (bókun 35) standist stjórnarskrá lýðveldisins með tilliti til löggjafarvalds og almennt hvaða lagalegu afleiðingar það kunni að hafa verði frumvarpið að lögum. Fyrir vikið er afar mikilvægt að vönduð umræða fari fram um málið og ekki anað að neinu.

Fjallað var til að mynda ágætlega um þessar staðreyndir málsins í miðopnuskýrum Andrésar Magnússonar í Morgunblaðinu 27. og 28. apríl síðastliðinn. Enn fremur er ljóst með hliðsjón af umfjöllunum lögspekinga um frumvarpið frá því að það kom fram að skiptar skoðanir eru um mögulegar lagalegar afleiðingar þess. Þá hafa komið fram efasemdir um það að Alþingi geti í reynd sett lög sem fara gegn löggjöf sem felur í sér innleiðingu á regluverki í gegnum EES-samninginn í ljósi þess að um þjóðréttarlegar skuldbindingar sé að ræða.¹

Mikilvægt er að hafa í huga í þessu sambandi að hér er ekki einungis um að ræða afmarkað regluverk frá Evrópusambandinu í gegnum EES-samninginn, sem engu að síður snýst oft um mikla hagsmuni, heldur lagabreytingu sem varða mun alla þá löggjöf frá sambandinu sem tekin hefur verið upp í samninginn og veitt lagagildi hér á landi til þessa og á eftir að verða veitt lagagildi í framtíðinni sem og samspil hennar við almenna innlenda lagasetningu. Fyrir utan þau varnaðarorð sem uppi hafa verið með tilliti til stjórnarskrárinnar.

Farið hefur verið í stórum dráttum yfir lagalega stöðu málsins hér að framan en eftirleidis verður fjallað um stjórnmalalega hlið þess. Fyrir það fyrsta má ljóst vera miðað við stjórnmaláumræðuna í aðdraganda þess að EES-samningurinn var samþykktur á Alþingi fyrir bráðum þremur áratugum síðan að af því hefði að öllum líkindum ekki orðið ef fyrir hefði legið að hann fæli í sér forgang löggjafar Evrópusambandsins sem tekin væri upp í hann. Það er ekki að ástæðulausu að bókun 35 var innleidd með þeim hætti sem gert var.

Tæpir tveir áratugir liðu frá samþykkt EES-samningsins á Alþingi árið 1993 þar til Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) óskaði eftir upplýsingum um það með hvaða hætti bókun 35 hefði verið innleidd hér á landi. Fram að því höfðu engar athugasemdir verið gerðar við fyrirkomulagið af hálfu hennar. Fimm árum síðan, árið 2017, lýsti stofnunin yfir þeirri afstöðu sinni að ekki hefði verið staðið rétt að þeim málum. Haustið 2020 var síðan greint frá því að ESA hefði veitt íslenskum stjórnvöldum lokaviðvörðun vegna málsins.

Mikil samskipti fóru fram við ESA á þeim rúma áratug sem liðinn er síðan málið kom upp þar sem stjórnvöld vörðu þá leið sem farin var við innleiðingu bókunar 35 og höfnuðu síðan alfarið og ítrekað kröfu ESA þegar hún kom fram með rökum sem meðal annars voru tíunduð

¹ Sbr. til dæmis umsögn Bjarna Mús Magnússonar um 890. mál.

Í minnisblaði utanríkisráðuneytisins til utanríkismálanefndar Alþingis árið 2021. Ljóst er að málflutningur stjórnvalda nú gengur þvert á fyrri framgöngu þeirra. Væri einungis um formsatriði að ræða hefði legið beinast við að fallast strax á kröfu ESA.

Framganga stjórnvalda verður því miður ekki skilgreindur á annan hátt en sem uppgjöf. Falli er í raun fyllilega á kröfu ESA án þess að láta reyna á málið fyrir EFTA-dómstólnum. Á sama tíma hafa stjórnvöld lagt áherzlu á það að ekki sé um framsal löggjafarvalds að ræða enda geti Alþingi ákveðið að setja lög sem fari gegn löggjöf sem feli í sér innleiðingu á löggjöf frá Evrópusambandinu í gegnum EES-samninginn. Ljóst er hins vegar að kæmi til þess myndi það kalla á hliðstæð viðbrögð af hálfu ESA og við umræddu máli.

Hvaða líkur geta talizt á því að Alþingi muni í raun setja lög með vitund og vilja sem fara gegn löggjöf sem felur í sér innleiðingu á regluverki frá Evrópusambandinu í gegnum EES-samninginn þegar fyrir liggur að þau hafa látið undan kröfum ESA í umræddu máli? Nóg virðist vera að stofnunin hóti sammingsbrotamáli til þess að stjórnvöld láti undan. Ágætur varþingmaður Sjálfstæðisflokksins sagði í umræðum á Alþingi eftir að utanríkisráðherra hafði mælt fyrir frumvarpinu að með því væru stjórnvöld að taka frumkvæði í málinu. Það frumkvæði má með réttu líkja við manninn sem sagði: You can't fire me, I quit.

Virðingarfyllst,

Hjörtur J. Guðmundsson
sagnfræðingur o alþjóðastjórn málafræðingur

Frá: Jóni Baldvini Hannibalssyni.

UMSÖGN UM FRV. TIL LAGA UM BREYTINGU Á LÖGUM UM EES, NR. 2/1993 (BÓKUN 35)

Meðal þeirra spurninga sem vakna að loknum lestri þessa frumvarps og greinargerðar, eru þessar: Hvaða bráðavanda er þessum lögum ætlað að afstýra? Hvers vegna er frumvarpið fram komið núna? Hvað er í húfi, ef frumvarpið nær ekki fram að ganga? Gefur þessi málabúnaður tilefni til að endurskoða hlutverk og vinnubrögð Alþingis og ráðuneyta við innleiðingu laga og reglna, sem eiga sér stoð í þjóðréttarskuldbindingum Íslands vegna EES-samningsins – og eftirlit með því starfi?

Fyrir liggur, að lögunum er ætlað að afstýra því, að Ísland sæti dómi fyrir að standa ekki ítrekað við þjóðréttarlegar skuldbindingar sínar samkvæmt EES-samningnum. Slíkur dómur gæti stefnt samningnum sjálfum í hættu með nánast ófyr sjáanlegum afleiðingum.

En hvers vegna er frumvarpið fyrst fram komið núna, fjórum starfshópum og mörgum árum eftir að dómafordæmi leiddu í ljós vanefndir EES-samningsins af Íslands hálfu? Hvers vegna hafa stjórnvöld ekki brugðist við fyrr, vitandi hvað væri í húfi? Er innleiðingarferli laga og reglna, sem eiga sér stoð í þjóðréttarlegum skuldbindingum vegna EES-samningsins, verulega ábótavant? Er staða málsins nú tilefni til að endurskoða þessi ferli í ljósi okkar eigin reynslu og samstarfsaðila okkar?

Dómafordæmi valda óvissu.

Í greinargerð með frumvarpinu segir (bls. 7):

„Meginmál EES-samningsins hefur lagagildi hér á landi, sbr. 2.gr. laga nr. 2/1993.

Í framangreindum dómi (6. apríl, 2006 í máli nr. 220/2005 *Tóbaksvörur*) reyndi því á samspil réttilega innleiddra EES-reglna (þ.e. 11. og 36. gr. EES-samningsins), sem falla undir gildissvið *bókunar 35* (eru nægjanlega skýrar og óskilyrtar) og ósamrýmanlegs yngra ákvæðis landsréttar (þ.e. 6.mgr. 7.gr.laga nr. 6/2002), sem ekki á rætur sínar að rekja til EES-samningsins. Í niðurstöðu héraðsdóms, sem Hæstiréttur staðfestir, segir að EES-samningurinn geti **ekki leitt til þess, að stjórnskipulega settum lögum verði ekki beitt**. Virðist hér því litið svo á, að lagaákvæði sem innleiða reglur samkvæmt EES-samningnum hafi **ekki sérstöðu**, ef þeim lýstur saman við önnur ákvæði íslensks réttar, heldur sömu stöðu og önnur almenn lög“.

Í öðru máli nr. 274/2006 - Ákærvaldið gegn X - þann 24. maí, 2006, er dómur Hæstaréttar af sama toga. Í greinargerðinni segir: „Hæstiréttur taldi þar með rétt að beita ákvæðum íslenskra laga, án tillits til þess, hvort þau samrýmdust ákvæðum íslenskra laga, sem leiddi af réttilega innleiddum reglum, samkvæmt EES-samningnum.“

Þetta var fyrir 17 árum.

Það er varla hægt að hrósa viðbragðsflýtinum. Hvað er að? Í 17 ár hafa allir, sem málið varðar, einstaklingar jafnt sem lögaðilar, mátt búa við réttaróvissu á því víðtæka málsviði, sem varðar EES-samninginn, og þar með réttindi okkar (og skyldur) á innri markaði ESB.

Hvers konar stjórnsýsla er þetta eiginlega? Er vísitandi verið að grafa undan EES-samningnum og þar með að vinna gegn mikilvægum þjóðarhagsmunum? Eða ber að skoða þetta sem bara venjulegan slóðaskap?

Af þessu tilefni er ástæða til að rifja upp forsögu málsins (sjá fylgiskjal).

Samningaferlið um EES-samninginn um aðgang EFTA-ríkja að innri markaði ESB hófst árið 1989, fyrir lok Kalda stríðs. Efnislega var því að mestu lokið á árinu 1991. Samningurinn byggði á hinu svokallaða tveggja stoða- kerfi, þ.e. að því er varðar undirbúning og töku ákvarðana komu báðir aðilar að málum. Og EFTA-ríkin gerðu ráð fyrir sérstökum dómstól.

Af hálfu EFTA-ríkjanna var því hafnað, að um væri að ræða framsal löggjafarvalds og dómsvalds, hvað þá heldur, að þjóðréttarlegar skuldbindingar samningsins væru brot á stjórnarskrá. Hvort tveggja rúmaðist innan marka þeirra þjóðréttarlegu skuldbindinga, sem fullvalda ríki gætu tekið á sig.

Aðild að innri markaðnum fól í sér, að EFTA-ríkin yrðu að skuldbinda sig til að innleiða lög og reglur innri markaðarins í landsrétt sinna ríkja. Þær bæri að skoða sem **sérreglur**. Í því tilviki, að sérreglur með stoð í EES-samningnum rækjust á við, eða væru ósamrýmanlegar almennum lögum, ættu sérreglur EES-samningsins að hafa **forgang**.

Ísland tók á sig þá skuldbindingu eins og hin EFTA-ríkin. Hin EFTA-ríkin hafa staðið við skuldbindingar sínar í reynd. **Ísland ekki**. Ástæðan er túlkun íslenska réttarkerfisins á **bókun 35**, sem kveður á um forgang EES-reglna. Hæstiréttur hefur ítrekað staðfest þessa dómtúlkun. Með því að bregðast ekki við, hátt á annan áratug, til að tryggja, að Ísland standi við skuldbindingar sínar, hafa Alþingi og stjórnvöld stefnt **fram tíð EES-samningsins í hættu**.

Er það með ráðum gert? Eða er það bara venjulegur slóðaskapur?

Hvað er í húfi?

Flestum sem til þekkja ber saman um, að EES-samningurinn sé, ásamt stofnaðild Íslands að NATO, mikilvægasti þjóðréttarsamningur, sem Ísland hefur gert. Með samningnum stækkaði heimamarkaður okkar úr 300 þúsundum í 300 – og síðar 500 - milljónir. Hindrunarlaus aðgangur að innri markaði ESB, án annarra einatt umdeilda skuldbindinga aðildarríkja, verður vart metinn til fjár.

Á 20 ára afmæli samningsins lögðu bæði Noregur og Lichtenstein fram viðamiklar skýrslur, þar sem helstu sérfræðingar freistuðu þess að meta ávinninginn til fjár. Niðurstaðan varð sú, að ef ekki væri fyrir áhrifamátt EES-samningsins, yrðu bæði ríkin að leita inngöngu í Evrópusambandið – með kostum þess og göllum. Sama máli gegnir um Ísland.

Út frá sjónarmiðum þeirra, sem segja að hagsmunum Íslands sé betur borgið utan Evrópusambandsins en innan, ætti það því að vera forgangsatriði að tryggja fram tíð EES-samningsins með því að standa við þjóðréttarlegar skuldbindingar hans.

Allt er þetta rakið í ýtarlegra máli í hjálögðu fylgiskjali: „Íslenska þróunarmódelið og samskiptin við Evrópu“ (kafla bls. 214-227 í bók minni: Tæpitungulaust – lífsskoðun jafnaðarmanns, HB Av 2019). Þar segir m.a. um efnahagsáhrifin (bls. 222):

Efnahagsáhrifin

„Á árunum 1988-1994 gekk Ísland í gegnum djúpa og langvarandi efnahagslæggð. Það var samdráttur í þjóðarframleiðslu frá ári til árs. Ástæðurnar voru m.a. hvort tveggja samdráttur í sjávarafli og lækkandi verð á erlendum mörkuðum – versnandi viðskiptakjör. Atvinnuleysi fór að grafa um sig. Jafnvel landflótti, einkum til Svíþjóðar og Ástralíu. **En EES-samningurinn breytti öllu**, eins og forsvarsmenn atvinnulífsins hafa gjarnan sagt síðan. Þegar áhrifa samningsins fór að gæta, tók við nýtt og langvarandi vaxtarskeið. Verðmæti útflutnings jókst stórlega. Erlendur fjarfestingar urðu meiri en nokkru sinni. Hagvöxtur sló met frá ári til árs. Fjölbreyttari atvinnustarfsemi tók að skjóta rótum. Dæmi um það voru sprotafyrirtæki í upplýsingatækni, í lyfjaframleiðslu o.fl..

Flestir hagfræðingar eru sammála um, að EES-samningurinn hafi skapað **ný og áður óþekkt vaxtartækifæri** í íslensku atvinnulífi. Þeir sem áður fordæmdu samninginn sem háskalegan þjóðlegu sjálfstæði og fyrir að vera brot á fullveldisákvæðum stjórnarskrár, lofsungu hann nú sem lyftistöng nýrra tíma.

Þeir sögðu, að með samningnum væri þýðingarmestu þjóðarhagsmunu vandlega gætt, án þess að þjóðin þyrfti að taka á sig **þyngjandi skuldbindingar**, sem fylgja fullri aðild. Þeir hinir sömu og höfðu barist gegn samningnum með kjafti og klóm, vitnuðu nú til hans sem sönnunar fyrir því, að við þyrftum **ekki að stíga skrefið til fullrar aðildar**. EES-samningurinn væri nógu góður. Hann fullnægði okkar þörfum. Tilvist hans gerði aðild að Evrópusambandinu óþarfa.“

Fúsk

Fúskið, sem að framan er lýst varðandi innleiðingu þjóðréttarskuldbindinga EES-samningsins í íslenskan rétt, afhjúpar það sem kalla mátti „*pólítískt munaðarleysi*“ EES-samningsins. Hvað á ég við? Sjálfstæðisflokkurinn, á mótunartíma EES-samningsins í stjórnarandstöðu (1989-91), var á móti EES-samningnum. Hann boðaði tvíhliðasamning um tollaívilnanir, sem allir vissu, að var ekki í boði á þeim tíma. Framsókn og Alþýðubandalag voru í ríkisstjórn á mótunartíma samningsins og gerðu aldrei ágreining. Fyrir Alþingiskosningarnar 1991 snerust báðir flokkar gegn (Framsókn klofnaði – helmingur sat hjá). Kvinnalistinn var á móti EES sem öðru (en Ingibjörg Sólrún bjargaði ferlinum með því að sitja hjá).

Alþýðuflokkurinn var eini stjórnsmálaflokkurinn, sem frá upphafi til enda beitti sér fyrir og studdi EES-samninginn. Íslenska þjóðin hefur notið ávaxtanna í bráðum þrjá áratugi. En það vildi enginn láta brjóta á sér við að berjast fyrir samningnum á sínum tíma. Það er eins og að það votti fyrir því - enn í dag.

Í upphafi var EES-samningurinn bráðabirgðalausn: Brú í átt til Evrópusambandsins, sem síðar yrði ferðafær. Þessi brúarsmíð hefur senn þjónað okkur Íslendingum betur en nokkur þorði að vona í þrjá áratugi. Nýjustu fréttir herma, að forystumenn helstu stjórnsmálaflokka Norðmanna hafi sammælst um, að kosningar til Stórbingsins árið 2025 hljóti að snúast um aðild Noregs að Evrópusambandinu. Það væri þá í þriðja sinn, sem á það reyndi.

Meginástæðan er hættuástand í öryggismálum Evrópu, handan landamæra Noregs. Það vekur upp spurningar, sem eiga að vekja forystumenn Íslendinga af værum dvala: Getur EES-samningurinn lifað af brotthvarf Noregs? (Norðmenn borga jú reikninginn að mestu leyti). Getur Ísland eitt og sér gætt hagsmuna sinna og tryggt öryggi sitt í því hættulega umhverfi, sem við blasir? Hver yrði samningsstaða okkar, með dóm á bakinu, um að Íslendingar stæðu ekki við þjóðréttarlegar skuldbindingar sínar?

Klárur þetta mál.

Förum svo að tala saman í alvöru um framtíðina.

FYLGISKJAL: „ÍSLENSKA ÞRÓUNARMÓDELID OG SAMSKIPTIN VIÐ EVRÓPU

Þriðji hluti: Ísland og Evrópa, kafli 2: bls.214-227, í ritinu:

TÆPITUNGULAUST – lífsskoðun jafnaðarmanns, HB Av, 2019

ÍSLENSKA ÞRÓUNARMÓDELID OG SAMSKIPTIN VIÐ EVRÓPU

Erindi flutt á ráðstefnu í Skotlandi í október 2016

Þótt meirihluti Breta samþykkti í ljóðaratkvæðagreiðslu að segja sig úr lögum við Evrópusambandið, gilti það ekki um Skotland. Meirihluti Skota vildi varðveita aðild að innri markaði Evrópusambandsins. Grasrótarsamtök í Skotlandi, undir heitinu Nordic Horizon, sem hafa á stefnuskrá sinni, að sjáfstætt Skotland eigi að styrkja tengsl sín við Norðurlönd, eru sögð hafa haft mikil áhrif á þessa niðurstöðu. Haustið 2016 fundu samtökin til ráðstefnu í Edinborg um spurninguna: Hvað getur sjáfstætt Skotland lært af Norðurlöndum um samskiptin við Evrópusambandið? Fulltrúar allra Norðurlanda mættu til leiks. Öll erindin voru síðan gefin út á bók (McSmoergaasbord – What Post-Brexit Scotland can learn from the Nordics, Luath Press, Edinburg, undir ritsjórni Lesley Riddoch). Eftirfarandi er erindi mitt á ráðstefnunni um reynslu Íslendinga af samskiptum við Evrópu.

1. Frá örbirgð til bjargálna

Íslendingar byrjuðu 20stu öldina í hópi hinna snauðustu meðal Evrópuþjóða. Á 20stu öldinni náðum við að rísa upp úr örbirgð til bjargálna. Undir lok aldarinnar töldust Íslendingar vera þriðja ríkasta þjóð Evrópu, mælt í þjóðartekjum á mann. Bara Noregur og Luxemburg stóðu okkur frammar. Þrjár smáþjóðir, takið eftir því. Kannski er það lærdómur út af fyrir sig.

Þessi árangur skýrist af þremur meginþáttum: (1) Heimastjórn, (2) aðgengi að erlendu fjárfestingarfjármagni, (3) tollfjáls og hindrunarlítill aðgangur að erlendum mörkuðum. Við gætum bætt við fjórða þættinum, sem væri þá tiltölulega hátt menntunarstig þjóðarinnar, sem gerði okkur kleift að tileinka okkur innflutta tækni fremur greiðlega. Það var eiginlega aldrei svo illa fyrir Íslendingum komið í fátækt þeirra, að þeir væru ólæsir og óskrifandi.

Sjálfstæðisbaráttan við Dani vannst í þremur áföngum: Heimastjórn árið 1904; fullvalda ríki árið 1918, en áfram í konungssambandi við Danmörku; stofnun lýðveldis árið 1944.

Endurheimt löggjafar- og framkvæmdavalds frá Kaupmannahöfn til Reykjavíkur skipti sköpum. Pólitískt sjálfstæði reyndist vera forsenda fyrir árangri á sviði efnahagsmála. Önnur lexía, sem læra má af þessari sögu.

2. Þróunarmódelið

Þróunarmódelið byggði á þremur meginstoðum: Sú fyrsta snerist um tileinkun nýrrar tækni. Við þurftum að byggja strand- og úthafsveiðiflota og læra alla þá tækni, sem með þurfti til að nytja hin auðugu fiskimið í kringum Ísland. Útlendingar höfðu gert það öldum saman. Við þurftum að tileinka okkur þeirra tækni og beita henni betur en þeir. Það tókst. Annað: Þetta hefði ekki tekist án þess að hafa greiðan aðgang að erlendu fjármagni, einkum frá Danmörku og öðrum Norðurlöndum. Þriðji þátturinn var fjáls aðgangur að erlendum mörkuðum fyrir sjávarafurðir. Fyrst fyrir saltfiskinn – *baccalau islandiae* – á mörkuðum Miðjarðarhafsríkja (á Spáni, í Portúgal, á Ítalíu og Grikklandi), og jafnframt á Bretlandseyjum og meginlandi Evrópu.

Pólitískt sjálfstæði, innflutt tæknikunnátta, erlent fjármagn og aðgengi að erlendum mörkuðum – þetta til samans skýrir nútímavæðingu Íslands. Þetta gekk greiðlega fram að fyrri heimsstyrjöldinni. Heimskreppan mikla, sem hófst í Ameríku 1929 með lokun markaða og háum tollum í nafni verndarstefnu, reyndist Íslendingum erfið. Það sama átti við um öll þróunarríki, sem voru háð utanríkisverslun. Lokun markaða var áfall.

3. Seinni heimsstyrjöldin

Ísland, sem fullvalda ríki í lok fyrra stríðs, lýsti yfir „ævarandi hlutleysi“, enda herlaust land. Seinni heimsstyrjöldin sýndi fram á haldleysi slíkra yfirlýsinga. Þýskaland nazismans hernam bæði Danmörku og Noreg. Vitað er, að Hitler hafði uppi áform um hernám Íslands, en Bretar náðu að verða fyrri til. Þegar forsætisráðherra var vakinn upp um miðja nótt og honum færð tíðindin, spurði hann bara einnar spurningar: „Hvort eru það Þjóðverjar eða Bretar?“ Þegar lögreglumaðurinn svaraði því til, að þetta væru Bretar, sagði hann: „Guði sé lof, þá get ég lagt mig aftur“.

Bretar höfðu brátt öðrum hnöppum að hneppa. Þá samdist um, að Bandaríkjamenn tækju við hvernd Íslands. Þar með gengust Bandaríkjamenn við ábyrgð á nýfengnu sjálfstæði Íslands. Það varnarsamstarf var síðan innsiglað með stofnaðild Íslands að NATO 1949.

Orrustan um Atlantshafið, stríð bandamanna gegn kafbátahernaði Þjóðverja, gerði lýðum ljóst hernaðarlegt mikilvægi Íslands á Norður-Atlantshafi. Joseph Luns, framkvæmdastjóri NATO, komst síðar svo að orði, að Ísland væri eins og ósökkvandi flugvélamóðurskip. Hefði orrustan um Atlantshafið ekki unnist, er borin von að „*vopnabúr lýðræðisins*“ – Bandaríkin – hefðu náð því að koma vopnum og vistum til Rauða hersins vegna stríðsins á austurvígstöðvunum, né heldur komið herafra og vígbúnaði til Bretlands fyrir innrásina í Normandí, í tæka tíð.

Þar með urðum við að gefa upp á bátinn bernska drauma um ævarandi hlutleysi hinnar vopnlausu smáþjóðar. Í framhaldi af stofnaðild að NATO 1949, gerðum við tvíhliða varnarsamning við Bandaríkin árið 1951. Tilfnið var Kóreustríðið hinum megin á hnettinum. Þar með varð Ísland bækistöð fyrir bandaríska flotann, í umboði NATO, til eftirlits með öryggi siglingaleiða og flugumferðar milli N-Ameríku og V-Evrópu. Ísland var brúin milli meginlanda fyrir Atlantshafstengslin.

Í styrjaldarlok var Evrópa í rústum. Bandaríkin stóðu á hátindi auðs og valda. Þau réðu fyrir helmingi af þjóðaframleiðslu heimsins og voru um sinn eina kjarnavopnaveldið. Og stríðið gerði okkur, Íslendinga, ríka. Íslenskir sjómenn sigldu öll stríðsárin til að koma matvælum til sveltandi Breta. Þótt við værum ekki beint stríðsaðili, urðum við fyrir meira mannfalli í kafbátahernaði Þjóðverja en margar styrjaldarþjóðir. En meðan Evrópa var lögð í rúst, var hröð uppbygging á Íslandi og engin eyðilegging af völdum stríðsins.

4. Kalda stríðið

Í Kalda stríðinu gegndi Ísland lykilhlutverki vegna hernaðarlegs mikilvægis á Atlantshafi. Það skýrir, hvers vegna Ísland, sem hafði hagnast á stríðinu, hlaut engu að síður *Marshallaðstoð* við áframhaldandi uppbyggingu að stríði loknu – meira að segja umfram aðrar þjóðir, sem höfðu orðið fyrir eyðileggingu af völdum stríðsins. Þetta á ekki síst við um uppbyggingu orkumannvirkja og uppbyggingu og starfrækslu alþjóðaflugvallar, vegna stóraukinna flugsamgangna.

5. Þorskastríðin

Íslendingar – líkt og frændur okkar Færeyingar og Norðmenn – eru sæfarar, sem byggja tilveru sína á nýtingu auðlinda hafsins. Verndun auðlinda hafsins frá rányrkju og eyðileggingu eru lífshagsmunir þessara þjóða. Eftir stutt hlé, vegna heimsstyrjaldarinnar, jókst sóknin í auðlindir hafsins hröðum skrefum með stækkandi flotum og þróaðri tækni, uns svo var komið, að afrakstursgetu helstu nytjastofna var ofboðið. Þess vegna gengu Íslendingar í lið með öðrum strandríkjum, sem áttu sameiginlegra hagsmuna að gæta um verndun fiskistofna, við að færa út fiskveiðilögsögu strandríkja í áföngum í allt að 200 sjómílur. Þar með lentu Íslendingar í átökum við það sem eftir var af breska heimsveldinu.

Bretar, sem og önnur nýlendu- og flotaveldi, boðuðu *frælsi úthafsanna*. Það þýddi þriggja mílna landhelgi, sem samsvaraði drægni breskra fallbyssubáta (e. „*gun-boat diplomacy*“). Því til viðbótar héldu þeir fram sögulegum rétti úthafsveiðiþjóða til veiða allt upp undir kálgarða annarra þjóða. Á

sínum tíma höfðu Danir samið við Breta um þriggja mílna lögsögu kringum Ísland í staðinn fyrir tollaívilnanir fyrir danskt svínaflesk á Bretlandsmarkaði. Þegar sá samningur rann út, hugsuðu Íslendingar sér til hreyfings. Við færðum efnahagslögsöguna út í 4 mílur árið 1954; í 12 mílur 1958; í 50 mílur 1972 og loks í 200 mílur 1975. Þar með hófust þorskastríðin við Breta (1954-1976).

Strax árið 1954 skelltu Bretar viðskiptabanni á Íslendinga – lokuðu breska markaðnum fyrir íslenskum sjávarafurðum. Þetta átti að duga til að sýna, hver valdið hefði. En Kalda stríðið var í algleymingi. Sovétríkin buðust til að kaupa allar þær sjávarafurðir, sem Íslendingar hefðu á boðstólum. Þannig neyddu Bretar bandalagsþjóð sína í NATO til að leita skjóls hjá óvininum sjálfum í Kalda stríðinu, nefnilega Sovétríkjunum. Við seldum Sovétmönnum fisk í staðinn fyrir olíu, bensín og sterkbyggða moskvitsa, sem hentuðu vel á okkar frumstæðum malarvegum.

Haustið 1958, árið sem ég hóf nám við Edinborgarháskóla á Skotlandi, hafði ég unnið sem háseti á íslenskum togara á miðunum umhverfis Ísland, Grænland og Nýfundnaland. Í september það ár færðu Íslendingar út fiskveiðilögsöguna úr 4 mílum í 12. Ríkisstjórn hennar hátignar sendi breska flotann á vettvang til að vernda veiðiþjófana. Þeir endurtóku þann leik 1972 og 1975, þegar við færðum lögsöguna út í 50 og að lokum 200 sjómílur. Við svöruðum með skæruliðahernaði á hafinu. Byssubátar íslensku landhelgisgæslunnar voru sneggri í snúningum en freigátur hennar hátignar og smugu um allt til að klippa trollinn aftan af bresku togurunum, sem reyndu að halda sig í hnapp undir herskipavernd.

Bretar töpuðu öllum þorskastríðunum þremur. Við unnum. Við unnum að hluta til vegna þess að við höfðum betri málstað (vernd nytjastofna fyrir ofveiði); að hluta til vegna þess að við vorum þýðingarmiklir aðilar að NATO og gátum þrýst á bandaríska risaveldið að halda aftur af hinu veiklaða breska heimsveldi, í nafni meiri hagsmuna fyrir minni; og að hluta til vegna þess, að við egndum höfuðandstæðingana í Kalda stríðinu til að taka afstöðu – fengum Sovétmenn til að leggja okkur lið gegn bandalagsþjóð okkar, Bretum, sem þýddi að Bandaríkin urðu að skerast í leikinn. Þetta var *Davidgegn Goliat* rétt einu sinni enn. Kissinger hefur reyndar smíðað heilt kenningakerfi utan um þetta: Nefnilega meinta fötlun risans í átökum við hinn smáa en knáa. Vietnamar kenndu Bandaríkjamönnum þessa sömu lexíu síðar.

6. Norræn samvinna

Norðurlandaþjóðirnar fimm – Finnar, Svíar, Norðmenn, Danir og Íslendingar (samanlög íbúatala ca. 25 milljónir) – hafa með sér gamalgróna og nána samvinnu. Það er líka eitthvað til, sem heitir vest-norræna samstarfið – milli Grænlandinga, Íslendinga og Færeyinga – þar sem Norður-Noregur kemur líka við sögu. Norræn samvinna fer fram á margvíslegum vettvangi: Á vettvangi ríkisstjórna, þjóðþinga, héraða og sveitarstjórna. Þar að auki er líka náið samstarf á sviði menningar- og vísindarannsókna milli kennara, námsmanna og sérfræðinga á öllum sviðum; milli stjórnmalaflokka, stéttarféлага og hvers kyns grasrótarsamtaka. Fjáls för fólks þvert á landamæri hefur lengi þótt sálfsögð. Það þýddi, að þegar þrjú Norðurlanda höfðu gengið í Evrópusambandið, urðum við hin að ganga í Schengen – landamerasamstarfið til að viðhalda fjálsri för fólks okkar í milli.

Fyrsta reynsla okkar af samrunaferli í Evrópu var á vettvangi norrænnar samvinnu. Þetta var löngu áður en Evrópusambandsaðild komst á dagskrá. Fyrir smáþjóð eins og okkur – með örfámenna stjórnsýslu – er Norðurlandasamstarfið ómetanlegt. Til dæmis sparar það okkur gríðarlega vinnu, vegna þess að við getum sjálfviljug innleitt norræna löggjöf í okkar rétt, án mikillar fyrirhafnar. Við köllum þetta stöðlun – og kennum við hagkvæmni. Að loknu köldu stríði hafa margir þættir Norðurlandasamstarfsins verið færðir út og ná nú líka til grannþjóðanna við Eystrasalt (5 + 3). Eystrasaltsþjóðirnar verða að hafa hraðann á til að bæta upp fyrir glataðan tíma í skugga sovéska heimsveldisins. Samstarf við Norðurlönd hjálpar til í því ferli.

7. Ísland og Evrópusambandið

Á sjöunda áratugnum (Viðreisnarárin 1959-71) þurfti Ísland að innleiða kerfisbreytingar til þess að verða tækt í fríverslunarsamstarf Evrópuþjóða. Eins og fyrr sagði lokuðust margir útflutningsmarkaðir fyrir íslenskum sjávarafurðum vegna verndarstefnu kreppuáranna. Viðbrögð okkar voru að byggja smám saman upp miðstýrt ríkisforsjárkerfi, þar sem innlend framleiðsla þreifst í skjóli tollmúra. Þetta hálfsovésk ríkisforsjárkerfi hélt velli allt fram undir 1960.

Gengi gjaldmiðilsins var ákveðið á Alþingi og haldið uppi í skjóli gjaldeyrishafta. Gengisfellingar eða gengisaðlögun í sveiflukenndu hagkerfi voru fleiri en tölu verður á komið. Bankar og fjárfestingasjóðir atvinnuvega voru ríkisreknir. Leiðandi stjórnáamenn voru skömmunarstjórnar fjármagns. Innflutningur var háður leyfum, og ríkisstjórnin ákvað verð og álagningu á nauðsynjavöru. Útflutningur var líka háður leyfum á vegum samtaka útflutningsfyrirtækja. Síldarútveginum var stýrt af pólitískri nefnd. Sovétviðskiptunum – olía og bensín fyrir fisk – var útdeilt með milliríkjasamningum. Framkvæmdum á vegum Bandaríkjahers (og NATO) var skipt milli einokunarfyrirtækja verktaka, eins og reyndar flest annað samkvæmt helmingaskiptareglu ráðandi stjórnarflokka (Sjálfstæðis- og Framsóknarflokks).

Þetta átti lítið skylt við markaðskerfi. Nær væri að lýsa því sem ríkisforjár- og fyrirgreiðsukerfi af sama toga og löngum hefur tíðkast í Mið- og Suður-Ameríku. Það kallast klíkukapitalismi (e. crony capitalism). Til þess að gerast aðili að fríverslunarsamtökum eins og EFTA (European Free Trade Association) urðum við að stokka upp þetta kerfi. Þess vegna var ráðist í lágmarksumbætur, sem fólu m.a. í sér skráningu á raungengi, niðurfellingu uppbóta- og niðurgreiðslukerfis (nema í landbúnaði), fjálsam innflutningi og afnámi verðlagseftirlits. Alþýðuflokkurinn undir forystu Gylfa Þ. Gíslasonar, hafði frumkvæði að þessum lágmarksumbótum, sem kenndar eru við Viðreisn. Þetta leiddi til nokkurra átaka við sérhagmunaöfl, sem höfðu hag af óbreyttu ástandi.

8. Aðildin af EFTA 1970

Sem ungur hagfræðingur, nýútskrifaður frá Edinborgarháskóla, var ég tilnefndur í þingkjörna nefnd, sem hafði það verkefni að hafa yfirumsjón með samningum um aðild Íslands að EFTA og að kynna málið fyrir almenningi. Þetta var umdeilt mál. Afnáam verndartolla þýddi, að innlend fyrirtæki, sem áður höfðu notið tollverndar, þurftu nú að laga sig að raunverulegri samkeppni. Tveimur árum síðar, árið 1972, náði EFTA fríverslunarsamningum við Evrópubandalagið (EEC, European Economic Community, eins og það hét þá). Þessi samningur náði fyrst og fremst til iðnaðarvæna, en einungis takmarkaðra tollalækkana á sumum sjávarafurðum. Vegna þorskastríðanna við Breta gekk samingurinn, að því er Ísland varðaði, ekki í gildi fyrr en árið 1976, að loknum Þorskastríðum. Þetta var hænufet í rétta átt. En hvergi nærri nóg.

9. Evrópska efnahagssvæðið (EES)

Stóra skrefið í samskiptum við Evrópusambandið var því næst EES-samningurinn (um evrópska efnahagssvæðið). Samningaviðræðurnar fóru fram á árunum 1989- 1993, en sjálfur samningurinn tók gildi í ársbyrjun 1994. Þetta er langsamlega viðamesti og þýðingarmesti fjölþjóðasamningur, sem Ísland hefur gert hingað til. Samningurinn er „áynamiskur“, þ.e. hann endurnýjast stöðugt með endurnýjaðri löggjöf um innri markað Evrópusambandsins.

En hvers vegna EES? Hvers vegna gengu EFTA-ríkin ekki einfaldlega í Evrópusambandið á þessum tíma? Svarið er, að EES-samningurinn er barn síns tíma, umsaminn á lokaskeiði Kalda stríðsins. Það

var fyrir fall Berlínarmúrsins; fyrir endurreist sjálfstæði Austur-Evrópuríkja og fyrir sameiningu Þýskalands. Mörg EFTA-ríkjann voru hlutlaus í Kalda stríðinu (Sviss og Austurríki og Svíþjóð og Finnland). Þessi ríki gátu því ekki, af stjórnmálaástandum, gengið í yfirþjóðleg fjölþjóðasamtök eins og Evrópusambandið.

EES var þess vegna hugsað sem bráðabirgðalausn; lausn, sem var knúin áfram af efnahagslegum hagsmunum en mótuð af stjórnmálaástandi þess tíma. Fáir gera sér grein yfir því, að þessi sjö smáríki – fjögur Norðarlanda og þrjú Alparíki – voru á þessum tíma öflugri viðskiptaaðilar Evrópusambandsins en Bandaríkin og Japan til samans. Þegar smá en öflug ríki eins og þessi taka höndum saman, geta þau látið til sín taka með árangri.

Stundum er EES-samningurinn sagður vera skilgetið afkvæmi Jacques Delors, fyrrverandi fjármálaráðherra Frakka og þáverandi forseta framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins. Delors var hvort tveggja í senn, arkitekt og drifkraftur að baki hugmyndanna um *innri markaðinn* og *peningamálasamstaðfið*. Undir forystu hans var Evrópusambandið á þessum tíma gersamlega upptekið af þessum tveimur risavöxnu verkefnum. Það var hvorki tími né rými fyrir stækkun Evrópusambandsins. Engu að síður var það Evrópusambandinu augljóslega mjög í hag, að helstu viðskiptavinir þess yrðu strax frá upphafi samstarfsaðilar á innri markaðnum. Um það er EES. Þar með urðu EFTA-ríkin (rúmlega 40 milljónir íbúar) samstarfsaðilar á innri markaði Evrópusambandsins (með 300 milljónir íbúa). Stundum lýsi ég þessu þannig, að við séum í reynd aukaðilar Evrópusambandsins að $\frac{3}{4}$ hlutum.

Öll aðildarríki að innri markaði Evrópusambandsins (ESB + EFTA) starfa undir samræmdum lögum og reglum, sem skilgreina fjór-frelsið: Fríverslun með vörur, þjónustu, fjármálaþjónustu og fjálsta för fólks. (Sameiginlegan vinnumarkað). Þar með njóta EFTA-ríkin þeirra forréttinda að tilheyra öflugasta fríverslunarsvæði í heimi (500 milljón manna fríverslunarsvæði, þar til Bretar fara út á næsta ári), án þess að þurfa að taka á sig skuldbindingar og kvaðir, sem aðildarríki ESB eru bundin af, eins og t.d. hinni sameiginlegu fiskveiðistjórnun (CFP), og hinu misheppnaða evrusamstarfi (European Monetary Union – EMU).

10. Fiskur – fjögurra stafa orð

„Enginn markaðsaðgangur fyrir sjávarafurðir, án aðgangs að auðlindum“. Þetta er yfirlýst stefna Evrópusambandsins, að því er varðar viðskipti með sjávarafurðir á innri markaðnum við utan-ESB-ríki. Þetta var algerlega óaðgengilegt fyrir land eins og Ísland. Gagnkvæmur aðgangur að mörkuðum – já. En við höfðum ekki háð þrenn þorskastríð við Stóra Bretland til þess eins að opna aðgengi spænska flotans að fiskimiðum okkar. Þess vegna sögðum við, strax í upphafi, meðan EFTA-ríkin voru að samræma samningsstöðu sína, við samstarfsaðila okkar í EFTA: Þið verðið að samþykkja grundvallarregluna um fríverslun með sjávarafurðir – rétt eins og með iðnaðarvörur – innan EFTA; og því næst að gera það að sameiginlegri samningsstöðu EFTA-ríkjanna - eitt fyrir alla, allir fyrir einn. Annars getum við ekki verið með.

Þetta var ekki auðvelt. Svisslendingar, Svíar og Finnar töldu sig allir þurfa að vernda sinn vatnafisk. Að lokum var það forsætisráðherra Svía, Ingvar Carlsson, sem hjó á hnútinn. Hann sagði einfaldlega: Við verðum að fórna örsmáum hagsmunum fyrir miklu meiri – og gekk á undan með góðu fordæmi. Þetta örlæti bandalagsþjóða okkar í EFTA forðaði okkur Íslendingum frá því að vera skildir eftir einir, í vonlausri samningsstöðu, frammi fyrir samningamaskínu Evrópusambandsins; án stuðnings frá öðrum við að breyta hefðbundinni samningsstöðu ESB í grundvallaratriðum.

En samstaða EFTA-ríkjanna í þessu máli dugði einmitt til þess. Við fengum því sem næst tollfjálsan markaðsaðgang fyrir okkar sjávarafurðir (sem einnig kom Norðmönnum og Færeyingum að notum), án þess að veita í staðinn aðgang að fiskimiðum okkar (nema tímabundið í örsmáu magni). Við fengum einnig undanþágu frá grundvallarreglunni um gagnkvæman rétt til fjárfestinga í íslenskum

sjávarútvegi. Sú undanþága stendur enn þann dag í dag. Af þessu má margt og mikið læra um samstöðu smáþjóða.

11. Hin pólitíska þrætubók

Íslendingar eru að heita má nýfjálás þjóð. Enn í dag mótast stjórn málaumræðan mjög af sjálfstæðisbaráttunni gegn Dönun. Stjórn málaflókkarnir reyna að yfirbjóða hver annan í þjóðernisstefnu, ekki sist þegar kemur að samningum við útlendinga. Þá verður tortrygginn allsráðandi

Þetta skýrir hvers vegna EES-samingurinn reyndist vera ótrúlega umdeildur, þrátt fyrir augljóslega hagstæða samingsniðurstöðu. Samtök útgerðarmanna voru mestan part á móti, af ötta við að glata einokun á veiðiheimildum í íslenski lögsögu. Bændasamtökin voru á móti, eins og þau eru reyndar alltaf, af ötta við að dragi úr ríkisstyrkjum. Þjóðernissinnaðir menningarvitar voru mestan part á móti. Últra vinstrið – sem og það hægra – var á móti. Eiginlega voru bara kratarinn með og verkalýðsförystan að hluta.

Hræðsluáróðurinn var háspenntur. Þýskir auðkýfingar mundu kaupa óðöl feðranna og laxveiðiárnar. Spænski úthafsveiðiflotinn mundi hefja veiðar upp undir kartöflugörðum okkar, rétt eins og Bretar förðum. Portúgalskir verkamenn mundu flykkjast hingað og undirbjóða innfædda í launum og valda fjöldaatvinnuleysi. Fullveldisafsalið stæðist ekki stjórnarskrána. Sjálfstæðið væri í hættu – og meira að segja tungumálið líka. Sjálfstæðisflokkurinn (sem var í stjórnarandstöðu) var á móti. Landsbyggðarflokkurinn (Framsókn) og endurskírði kommaflokkurinn (Alþýðubandalagið), samstarfsaðilar mínir í ríkisstjórn – snerust gegn málinu, þegar um það var kosið 1991. Meira að segja fémínistarnir tóku málinu óblíðlega.

Alþingi – elsta þjóðþing í heimi – varði lengri tíma í að rífast um EES-samninginn en öll þjóðþing hinna EFTA-rikkanna til samans. Sögufróður maður hélt því fram, að umræðan um EES hefði tekið miklu lengri tíma en samþykkt kristindómsins á Alþingi, þúsund árum áður.

Hvernig tókst þá að koma þessu í gegn, þrátt fyrir allt? Þetta var, satt að segja, fremur einmanalegur bardagi fyrir mig og Alþýðuflokkinn í kosningunum 1991. Sumar skoðanakannanir gáfu til kynna, að samningnum yrði hafnað í þjóðaratkvæðagreiðslu. Að loknum kosningum 1991 – sem snerust um fátt annað – bauð ég nýkjörnum leiðtoga Sjálfstæðisflokksins að gera hann að forsætisráðherra, gegn því að flokkur hans breytti um stefnu og tryggði EES-samningnum þingmeirihluta. Hann mat mikils stöðu forsætisráðherrans (en reyndist að vísu þaulsætnari en honum var hollt). Hann stóð við sitt, þótt flokkur hans klofnaði að vísu í málinu. Þann 13. janúar, 1993 – á afmælisdegi föður míns – var EES-samingurinn loksins samþykktur með naumum meirihluta. Hann tók gildi 1. Janúar, 1994.

Þegar EES-samingurinn var loksins undirritaður af fulltrúum allra samningsaðila, gerðist það í Oporto í Portúgal. Ástæðan var sú, að Portúgal fór þá með forsæti í Evrópusambandinu. Ég var þá formaður ráðherraráðs EFTA. Fyrsti maðurinn til að undirrita var forsætisráðherra Portúgala, **(H)Anibal Cavaco da Silva**. Því næst páraði ég nafnið mitt: **Hannibalsson**. Svo stóðum við upp og tókumst í hendur. Með vísan til undirskriftanna stóðst ég ekki mátið og sagði: „Þessar undirskriftir sanna, að áhrifa Hannibals gætir nú langt norður fyrir Alpana“.

12. Efnahagsáhrifin

Á árunum 1988-1994 gekk Ísland í gegnum djúpa og langvarandi efnahagslægd. Það var samdráttur í þjóðarframleiðslu frá ári til árs. Ástæðurnar voru m.a. hvort tveggja samdráttur í sjávarafli og lækkandi verð á erlendum mörkuðum; versnandi viðskiptakjör. Atvinnuleysi, löngum óþekkt á Íslandi, fór að grafa um sig. Jafnvel landflótti, einkum til Svíþjóðar og Ástralíu. En EES-samingurinn breytti öllu, eins og forsvarsmenn atvinnulífsins hafa gjarna sagt síðan. Þegar áhrifa samningsins fór að gæta, tók við nýtt og langvarandi vaxtarskeið. Verðmæti útflutnings jókst stórlega.

Erlendar fjárfestingar urðu meir en nokkru sinni. Hagvöxtur sló met frá ári til árs. Fjölbreyttari atvinnustarfsemi tók að skjóta rótum. Dæmi um það voru sprotafyrirtæki í upplýsingatækni, í lyfjaframleiðslu o.fl..

Flestir hagfræðingar eru sammála um, að EES-samningurinn hafi skapað ný og áður óþekkt vaxtartækifæri í íslensku atvinnulífi. Þeir sem áður fordæmdu samninginn sem háskalegan þjóðlegu sjálfstæði og fyrir að vera brot á fullveldisákvæðum stjórnarskrár, lofsungu hann nú sem lyftistöng nýrra tíma. Þeir sögðu, að með samningnum væri þýðingarmestu þjóðarhagsmuna vandlega gætt, án þess að þjóðin þyrfti að taka á sig íþyngjandi skuldbindingar, sem fylgja fullri aðild. Þeir hinir sömu og höfðu barist gegn samningnum með kjafti og klóm vitnuðu nú til hans sem sönnunar fyrir því, að við þyrftum ekki að stíga skrefið til fullrar aðildar. EES-samningurinn væri nógu góður. Hann fullnægði okkar þörfum. Tilvist hans gerði aðild að Evrópusambandinu óþarfa.

13. En hvað með fullveldið?

Þegar EFTA-ríkin sjö hófu samningaviðræður um EES árið 1989, lögðum við upp með tillögu um stjórnábylgju samningsins, sem gerði ráð fyrir sérstakri EFTA-stoð, sem sinnti „undirbúningi mála og ákvarðanatöku“ („decision shaping and decision making“). Þetta þýddi, að EES átti að byggja á tveimur jafngildum stoðum. Sameiginlega ættu EFTA-ríkin þess vegna að hafa jafnmikil áhrif a.m.k. formlega, og ESB-ríkin í ákvarðanaferlinu. Einnig gerðum við ráð fyrir dómstól til að leysa deilur.

En atburðarásin greip fram fyrir hendurnar á okkur. Berlínarmúrinn hrundi; Austur-Evrópa braust undan okinu; Sovétríkin voru ekki lengur til. Kalda stríðið var búið. Þetta þýddi, að hlutlausu ríkin EFTA megin töldu sig nú frjáls að því að fara yfir brúna og sækja um fulla aðild að ESB, sem þau gerðu árið 1995. Svo gerðist það, að hinir þjóðræknu sérvitringar í Sviss höfnuðu EES-samningnum í þjóðaratkvæðagreiðslu. Þá voru aðeins Noregur, Ísland og Lichtenstein eftir til að halda uppi EFTA-stoðinni. 5 milljónir annars vegar, en næstum 500 milljónir hins vegar. Það hallaði heldur betur á.

Þetta þýddi óhjákvæmilega, að EFTA-stoðin varð miklu veikari en upphaflega var ráð fyrir gert. Af því leiðir, að EFTA-ríkin þrjú verða í reynd að taka við lögum og reglum, sem gilda um innri markaðinn, eins og þau berast frá framkvæmdastjórn ESB, án þess að hafa sömu áhrif á undirbúning og ákvarðanatöku og ESB-ríkin. Formlega séð geta þjóðþing EFTA-ríkjanna hafnað nýjum tillögum framkvæmdastjórnar ESB. Í reynd gerist það ekki, vegna þess að afleiðingin yrði sú, að við yrðum að segja okkur frá því mála- eða verksviði, sem viðkomandi lög eða reglur fjalla um. *De jure* höldum við því fullveldinu; *de facto* fáum við ný lög og reglur send í pósti.

Þetta þýðir í verki framsal á veigamiklum hluta fullveldis okkar á sviði löggjafar-, framkvæmdar- og dómssvalds til Evrópusambandsins, án þess að hafa áhrif á niðurstöðuna í reynd. Er þetta ásættanlegt? Svárið er, að í reynd hafa EFTA-ríkin sætt sig við þessa stöðu mála í meira en aldarfjórðung. Hér að framan lýsti ég því, að íslenskum stjórnvöldum hefur löngum þótt hagræði í því að leita fyrirmynda í norrænni löggjöf. Það heitir stöðlun og þykir fínt. Við virðumst ekki sjá neitt athugasvert við það.

Hvað hafa Skotar lengi þurft að taka við löggjöf frá Westminster, án þess að fá um vélað? Sumum þykir þetta sjálfviljuga framsal fullveldis einfaldlega óásættanlegt. Öðrum – ekki síst svokölluðum smáþjóðum – kann að þykja þetta vera praktísk nauðsyn; enn ein afleiðingin af áhrifum hnattvæðingar, sem ekki verður við ráðið.

14. Hrunið

Eftir samfellt hagvaxtarskeið í meira en áratug, þar sem flestum dómbærum mönnum ber saman um, að EES-samningurinn var í senn drifkraftur og lyftistöng, stóðu Íslendingar allt í einu augliti til auglitis við hugsanlegt þjóðargjaldþrot: *Hrunið í október 2008*. Smitberi hins sjúka fjármálakerfis,

sem hafði vaxið stjórnlaust á tímabili nýfjálsbyggjunnar, barst brátt frá Bandaríkjunum til Evrópu og víðar. Einum áratug eftir að plágan smitaði Evrópu, eru þau Evrópuríki, sem verst urðu úti, ennþá á samdráttarskeiði.

En hvers vegna varð Ísland fyrsta fórnarlambið? Til eru þeir sem segja, að rétt eins og EES-samningurinn var burðarás hagvaxtarskeiðsins, er Hrunið einnig honum að kenna. Sumir segja, meira að segja, að það sé mér að kenna. En þótt bandalagsþjóð okkar í EFTA og EES, Noregur, starfi undir sömu lögum og reglum á innri markaðnum og við Íslendingar, var ekkert Hrun í Noregi. Það þarf því að leita annarra skýringa. Eitt með því besta, sem Íslendingar gerðu eftir Hrun, var að Alþingi skipaði sérstaka rannsóknarnefnd – undir forystu vitringanna þriggja – til þess að rannsaka orsakir og afleiðingar Hrunsins. Það gerðu þeir í níu bindum og á þjú þúsund blaðsíðum. Niðurstöðurnar eru rækilega studdar óyggjandi gögnum og vitnisburði fjölda aðila, sem komu við sögu. Ríkisstjórnir í aðdraganda Hrunsins framfylgdu stefnu um að gera Ísland að alþjóðlegri fjármálamiðstöð. Þetta var allt gert í anda hugmyndafræði nýfjálsbyggjunnar um óskeikulleik markaða og skaðsemi ríkisafskipta. Þetta voru því ekki mistök til að varast, heldur stefna til að fylgja fram.

Þeir byrjuðu á því að einkavæða sjávarauðlindina. Í stað þess að bjóða veiðiheimildirnar upp á markaði, voru þær afhentar ókeypis útgerðum í samræmi við veiðireynslu og gengu eftir það kaupum og sölum, eins og um einkaeign væri að ræða. Þetta var gert í trássi við gildandi lög, sem kveða á um, að nytjastofnar innan íslenskrar lögsögu séu sameign þjóðarinnar. Pólitískar hyglingar af þessu tagi bjuggu til ofurríkar auðklíkur *á la Russe* með samsvarandi pólitískum áhrifum. Því næst einkavæddu þeir bankana, þ.e. afhentu þá fyrir sýndarverð auðklíkum, sem voru skjólstaðingar stjórnarflokkanna. Aftur *á la Russe*. Á skemmri tíma en sex árum var hefðbundnum viðskiptabönkum, sem þjónuðu innanlandsmarkaðnum, breytt í ofurskuldsetta áhættusjóði, sem störfuðu að mestu erlendis, ekki síst í The City of London og Luxemburg.

Viðvörunarmerkin byrjuðu að blikka strax í „mini“krísunni árið 2006. Snemma árs árið 2008 – meira en hálfu ári fyrir Hrun – afhenti Willem Buitter, kunnur sérfræðingur í fjármálakreppum, stjórnvöldum trúnaðarskýrslu um íslenska bankakerfið. Hann skóf ekki utan af því: Viðskiptamódel íslensku bankanna væri gersamlega ósjálfbært. Uppsafnaðar skuldir þeirra í erlendum gjaldmiðlum – meira en tíu sinnum hærri en þjóðarframleiðsla Íslands á ári, væri langt umfram getu íslenskra stjórnvalda, seðlabanka eða jafnvel skattgreiðenda, að rísa undir. Það væri ekki spurning um hvort – aðeins hvenær – bólan spryngi. Því næst lagði hr. Buitter fram vel rökstuddar en róttækar tillögur um aðgerðir til að draga úr fyrirsjáanlegu tjóni. Viðbrögð íslenskra stjórnvalda voru að loka skýrsluna ofan í skúffu og aðhafast ekkert.

Eftir Hrun gekk Ísland á undan öðrum með góðu fordæmi um að setja upp embætti sérstaks saksóknara til að rannsaka starfshætti þessara banka og fjármálastofnana og draga þá, sem sekir kynnu að finnast, fyrir dómstóla. Margir af helstu viðskiptaleiðtogum þess tíma hafa verið sekir fundnir um margvíslega fjármálaglæpi, svo sem markaðsmisnotkun, innherjaviðskipti og margvíslega aðra fjárglæfrastarfsemi. Málskjölin sýnast renna stöðum undir niðurstöður Williams Black: „Besta leiðin til að ræna banka er að eiga banka“.

Flokksleiðtogar, einstakir ráðherrar, stjórnendur Seðlabankans og háttsettir embættismenn voru nafngreindir fyrir vanrækslu í störfum sínum. Rannsóknarnefndin skilaði skýrslu til Alþingis með margvíslegum tillögum um umbætur. Í stað þess að taka á málum og hrinda brýnum umbótum í framkvæmd, brást Alþingi við með baktjaldamakki, sem endaði í því að hengja bakara fyrir smið. Síðan er Alþingi, eins og reyndar flestar helstu stofnanir ríkisvaldsins, rúið trausti.

Síðar meir, þegar tveir flokksleiðtogar, þrír ráðherrar og allt að sex hundruð manns úr viðskiptum og atvinnulífi voru nafngreindir í *Panamaskjölunum* fyrir að eiga fjöldann allan af skúffufyrirtækjum í skattaskjölum til að fela eignatengsl og skjóta tekjum undan skatti, varð Íslendingum loksins ljóst, hvílik spilling hafði grafið um sig í skjóli hins sjúka fjármálakerfis.

15. Innan eða utan Evrópusambands og evrusamstarfs?

Hvaða þjóðir, sem urðu hvað harðast fyrir barðinu á hinni alþjóðlegu fjármálakreppu, hafa náð sér best á strik? Eru það þjóðir, sem eru innan Evrópusambandsins og þátttakendur í evrusamstarfinu? Eða eru það þjóðir, sem standa utan við hvort tveggja? Hvaða þjóðir hafa ná sér fyrir og betur á strik? Ísland eða Írland, eða Eystrasaltslönd eða þjóðirnar við Miðjarðarhafið? Grikkir, Kýpurúar, Ítalir, Spánverjar, Portúgalar?

Í leit að svörum við þessum spurningum er trúlega skynsamlegt að einbeita sér að eftirfarandi: Í hvaða tilvikum voru ósjálfbærar skuldir afskrifaðar (eins og venjulega gerist í gjaldþrotameðferð)? Í hvaða tilvikum voru skattgreiðendur neyddir til að borga skuldir fjármagnseigenda í bönkum og fjármaálstofnunum? Og í hvaða tilvikum gátu þjóðir virkjað nauðsynleg tól og tæki þjóðríkisins, þegar þau verða fyrir ytri áföllum eða innra ójafnvægi, til þess að endurheimta samkeppnishæfni með vaxtarstefnu þar sem stefnt er að fullri atvinnu?

Ég er að tala um hagstjórnartæki þjóðríkja, sem líkja má við höggdeyfa í bílum: Ríkistjármálatæki, sem felast í því að aðlaga skattbyrði eða útgjaldastig ríkisins að breytilegum aðstæðum, t.d. með því að grípa til örvunaraðgerða, þegar hagkerfið er í samdrætti. Eða peningamálatæki, sem snúast um það að aðlaga gengisskráningu gjaldmiðilsins eða vaxtastig peningakerfisins til að mæta breyttum aðstæðum og örva hagvöxt.

Staðreyndirnar tala sínu máli: Þjóðirnar sem urðu harðast fyrir barðinu á fjármálakreppunni og voru innan Evrópusambandsins og evrusamstarfsins eru allar enn í spennitreyju langvarandi samdráttar. Fæstar þeirra – kannski Írland og Portúgal – hafa loksins unnið upp tapaða þjóðarframleiðslu glataða áratugarins, sem mælist í milljörðum evra og milljónum starfa. Ísland náði sér á strik miklu fyrir – upp úr 2011/12 og með miklu meira afgerandi hætti. Þetta á sér sínar skýringar. Hinar helstu eru þessar:

Gengisfelling endurreisti samkeppnishæfni útflutningsatvinnuvega, örvaði útflutning og gjaldeyriskjör og sneri viðskiptajöfnuði í plús. Þar sem gervallt fjármálakerfið hrundi til grunna, var það ekki einu sinni fræðilegur möguleiki að láta skattgreiðendur „þjarga bönkunum“. Erlendir lánardrottinnar urðu að afskrifa ósjálfbærar skuldir í stórum stíl. Glötuð þjóðarframleiðsla á samdráttarskeiði varð skammvinn. Það var enginn Maastricht-sáttmáli, sem bannaði örvunaraðgerðir af hálfu ríkisins með það að markmiði að útrýma atvinnuleysi. Sem hvarf eins og dögg fyrir sólu. Við þetta bættist svo hagstæð ytri skilyrði og hrein heppni (túrismabylgjan). Hagvaxtartölurnar þykja öfundsverðar víðast hvar.

Þrátt fyrir allt þetta fer því víðs fjarri, að Ísland hafi sloppið skaðlaust frá Hruninu. Hrunið hefur skilið eftir sig efnahagslegt harðræði, sem hefur bitnað harkalega á fjölda fólks; ekki síst þeim sem skuldum voru hlaðnir, eins og jafnaðarlega gildir um ungu kynslóðina í flestum þjóðfélögum. Fjölmargar fjölskyldur misstu heimili sín. Fyrirtæki fóru unnvörpum á hausinn. Margir misstu vinnuna og flúðu land. Þeir sem síst máttu við því, hafa borið þyngstan hluta byrðanna. Traust almennings á stofnunum þjóðfélagsins er í algeru lágmarki. Misskipting eigna og tekna fer hraðvaxandi. Fjármálaelítan, sem bar höfuðábyrgð á Hruninu, kom tjármunum sínum í stórum stíl í skattaskjól. Í því skyni að hvetja þá til að snúa heim með falda fjársjóði, hefur Seðlabankinn boðið þeim forréttindakjör í gengisskráningu. Þessir tjármunir eru nú nýttir til að kaupa upp fyrirtæki og fasteignir í stórum stíl. Ísland hefur fjarlægst hið norræna velferðarríki, sem við vildum hafa að fyrirmynd. Þjóðfélalagið líkist nú æ meir skrípamynd af amerískum spilavítiskapitalisma, þar sem auður safnast á fáar hendur. Það þrengir að millistéttinni og fátækt er vaxandi mitt í allsnægtum hinna ofurríku.

26. Má eitthvað af þessu læra?

Ef aðrir geta dregið einhvetja lærdóma af þessari sögu, þá væri það trúlega helst eftirfarandi:

- *Sjáfstæði*. Drifkraftur efnahagsframfara er heimastjórn

- Á öld hnattvæðingar verða þjóðríkin – ekki síst smáþjóðir – að hitta á *rétt jafnvægi* milli fullveldis annars vegar og framsals fullveldis til fjölþjóðlegra samstarfsstofnana. Hver og ein þjóð verður að þekkja sín eigin takmörk í því efni.
- *Framsal fullveldis*, eins og það sem tryggir sameiginlegar leikreglur á innri markaði Evrópusambandsins, hafa ekki valdið EFTA-ríkjunum neinum erfiðleikum. Þetta er dæmi um aðlögun með árangri af alþjóðavæðingu, sem er óumflýjanleg.
- *Evrusamstaífið* er mistök í óbreyttri mynd. Það hefur svipt veikari aðildarríki nauðsynlegum tækjum til að aðlagast ytri áföllum, án þess að nokkuð komi í staðinn. Þar með eru þessi ríki læst inni í spennitreyju niðurskurðarpólitíkur, sem er vitlaust læknisráð á samdráttarskeiði og gerir illt verra. Vöntun á pólitískri forystu innan Evrópusambandsins hefur leitt til efnahagslegrar stöðnunar, pólitískrar uppdráttarsýki og félagslegs öryggisleysis. Þetta ófremdarástand er farið að ógna samheldni Evrópusambandsins sjálfs.
- Ef Skotland, sem sjálfstætt ríki eftir Brexit, vill halda í kosti þess að eiga aðild að innri markaði Evrópusambandsins, án þess að þurfa að taka á sig óhagræði sameiginlegu fiskveiðistefnunnar og evrusamstarfsins – þá er *EES-samningurinn eins og skraddarasaumaður til að þjóna þeim tilgangi*.

Spurningin er: Getur Skotland náð samningum við Evrópusambandið eitt og sér, jafngóðum og Ísland og Noregur náði fyrir aldarfjórðungi með stuðningi samstarfsþjóða sinna í EFTA? Svárið fæst aðeins með því að láta á það reyna við samningaborðið.

Nefndar- og greiningarsvið Alþingis
Bt. Utanríkismálanefndar
Austurstræti 8-10
101 Reykjavík

Reykjavík 10. maí 2023

Efni: Umsögn um frumvarp til laga um breytingar á lögum um Evrópska efnahagssvæðið, nr. 2/1993 (bókun 35)

Undirritaðri hefur borist beiðni frá nefndar- og greiningarsviði Alþingis þann 28. apríl 2023 þar sem óskað er eftir umsögn um frumvarp til laga um breytingar á lögum um Evrópska efnahagssvæðið, nr. 2/1993 (bókun 35) (153. löggjafarþing 2022-2023, þingskjal 1392 - 890. mál).

Með frumvarpinu er lagt til að bæta við forgangsreglu í lögum um Evrópska efnahagssvæðið sem frekari innleiðingu á bókun 35 við EES-samninginn. Er þessi tillaga lögð fram þar sem einstaklingar hafa í nokkrum dómsmálum ekki náð fram efnisrétti sínum samkvæmt EES samningnum þar sem lagaregla sem stangast á við aðra lagareglur sem innleiðir EES reglur hefur fengið forgang fyrir þeirri síðari. Slíkar niðurstöður dómstóla geta leitt til þess að einstaklingar og fyrirtæki njóta ekki sömu réttinda á Evrópska efnahagssvæðinu.

Undirrituð var samningamaður um laga- og stofnanamál fyrir Ísland við gerð EES-samningsins og lögfræðingur í lagadeild EFTA þegar hugmyndir um nánara samstarf EFTA ríkjanna og Efnahagsbandalags Evrópu (EB nú ESB) byrjaði að gerjast. Nokkur orð um sérstöðu EES-samningsins og tilurð bókunar 35 gætu hjálpað til við skilning á efni frumvarpsins. Afstaða undirritaðrar til tillögunnar mun síðan fylgja í kjölfarið.

Sögulegur bakgrunnur

Samstarf EFTA ríkjanna og Efnahagsbandalagsins (EB nú ESB) byggði á tvíhliða fríverslunarsamningum um vörur frá sjötta og sjöunda áratugnum, en árið 1984 var samþykkt að auka samstarf EFTA- og EB-ríkjanna á fleiri sviðum sem tengdust vöruviðskipum. Evrópubandalagsríkin ákváðu á sama tíma að auka sitt innra samstarf og koma á sameiginlegum innri markaði árið 1993, með sameiginlegri löggjöf í viðskiptum með vörur, þjónustu, fjármagn og frjálst flæðis fólks, ásamt fjölda annarra samstarfsverkefna. EFTA-ríkin höfðu mikla hagsmuni af því að fá sömu viðskiptakjör fyrir sínar útflutningsvörur í EB-ríkjunum eins og önnur aðildarríki EB. Þeir hagsmunir voru reyndar gagnkvæmir, því framkvæmdarstjóri EB, Jacques Delors setti árið 1989 fram stórtækar hugmyndir um aukið samstarf EFTA-ríkjanna 6 (síðar 7) og EB ríkjanna 12 á ýmsum sviðum með sameiginlegum stofnunum, sem í hugmyndavinnunni fékk nafnið „European Economic Space“.

Ein af megin forsendum fyrir sameiginlegum markaði á Evrópska efnahagssvæðinu er að sömu viðskipta- og samkeppnisreglur gildi á svæðinu. Staðan var hins vegar sú að hvor aðili um sig vildi halda sjálfræði til ákvarðanatöku. EB-ríkin höfðu fært löggjafarvald til stofnana Bandalagsins þar sem regluverkið var ákvarðað, en hvorugur samningsaðilinn vildi framselja löggjafarvald til EES-stofnanna. Niðurstaðan var því sú að í raun fengu EFTA-ríkin aðgang að innri markaði Efnahagsbandalagsins með yfirtöku á því regluverki sem þegar var til staðar og úr varð Evrópska efnahagssvæðið. Samið var um að samráð og upplýsingaskipti myndu eiga sér stað við EFTA-ríkin áður en ákvarðanir væru teknar um nýja löggjöf EB. Reglurnar yrðu síðar teknar upp í EES-samninginn með ákvörðun EES sameiginlegu

nefndarinnar. Eftirlit og dómsvald yrðu byggð á tveimur stoðum, Eftirlitsstofnun EFTA og EFTA-dómstólum annars vegar og framkvæmdastjórn EB og EB-dómstólum hins vegar.

Fjöldi áskorana var enn til staðar til að grundvallarmarkmið samningsins um að tryggja jafna réttar- og samkeppnisstöðu innan alls svæðisins yrði uppfyllt. Finna þurfti leiðir til að einstaklingar og fyrirtæki gætu byggt rétt sinn á EES-reglum á sama hátt og innan EB og leitað réttar síns fyrir dómstólum ef því væri að skipta. Í 7. gr. samningsins tóku EFTA-ríkin því á sig skyldur til að taka upp í landsrétt þær EES-reglur sem sameiginlega EES-nefndin samþykkti að tekin væru upp í samninginn með eða án frekari aðlögunar þannig að reglugerðir yrðu teknar upp sem slíkar og tilskipanir að efni til. Einnig voru sett inn nokkur ákvæði sem stuðla áttu að samræmdri túlkun dómstóla í 3. kafla samningsins. Til að tryggja að sömu reglur giltu á svæðinu gerði EB jafnframt kröfu um að EES-reglur hefðu forgang í landsrétti á sambærilegan hátt og EB reglur hefðu forgang í landsrétti innan EB.

Forgangsreglu EB-réttar gátu EFTA-ríkin ekki samþykkt, þ.e. að EES-reglur sem þjóðaréttarreglur hefðu forgang í landsrétti, nema þau lönd (Sviss og Austurríki) þar sem réttarkerfið gerði ráð fyrir slíkri skipan. Lengi framan af reyndu EFTA-ríkin að sannfæra EB um að sú grundvallarregla um að samningar skuli standa sem á sér birtingarmynd í 3. gr. samningsins og sú lögskýringarregla að túlka skuli landslög í samræmi við þjóðarréttarsamninga (EES-reglur) og skrifuð er inn í 3. gr. laganna um Evrópska efnahagssvæðið myndi í langflestum tilfellum leiða til þess að ákvæði EES-samningsins væru uppfyllt, nema að það væri augljóst af lögunum sjálfum að þeim væri ætlað að víkja EES-reglum til hliðar. Ákvæði um forgang EES-reglna gagnvart landslögum EFTA-ríkjanna var ekki skrifað inn í samninginn, en samningamenn EB héldu kröfum sínum til streitu fram á síðustu daga samningaviðræðnanna. Niðurstaðan var sú sem birtist í bókun 35, þar sem að EB dregur úr kröfum um að EES-reglur hafi forgang gagnvart landslögum, en að EFTA ríkin setji lagaákvæði þess efnis að EES-reglur sem innleiddar hafa verið í landslög hafi forgang þegar árekstur verður við önnur landslög.

Undirrituð vann ekki að undirbúningi innleiðingarlagna um Evrópska efnahagssvæðið. Augljóst er að þeir sem það gerðu litu svo á að lögskýringaregla 3. gr. laganna og þær óskráðu réttarreglur og dómaframkvæmdin um að það bæri að túlka landsrétt í samræmi við þjóðarétt eftir því sem framast er kostur sem og að almennt yrði litið á EES-reglur sem sérreglur gagnvart almennum lögum væru fullnægjandi enda voru þetta ríkjandi viðhorf í lögfræði þess tíma. Þetta voru þau rök sem samningamenn EFTA-ríkjanna, þar sem þjóðaréttur var ekki sjálfkrafa hluti af landsrétti, færðu fyrir því að hægt væri að ná sömu niðurstöðum að landslögum í þessum ríkjum án þess að taka forgangsreglur ESB upp í samninginn.

Afstaða undirritaðrar til frumvarpsins

Nú um 30 árum síðar er komin góð reynsla á framkvæmd EES-samningsins. Samningurinn hefur vaxið mikið að efni til og þrátt fyrir að ríkjahlutfall á milli EFTA-stoðarinnar sé orðið 3 EFTA-ríki á móti 28 aðildarríkjum ESB hefur tekist að ná þeim markmiðum sem að var stefnt, þ.e. að mynda öflugt og einsleitt Evrópskt efnahagssvæði þar sem fyrirtæki og einstaklingar njóta hinna ýmsu réttinda sem þykja sjálfsgöð í dag, en væru ekki til staðar án þessa samnings og góðum vilja til samstarfs um að hann virki sem best.

Það verður þó að telja sem hnökra á framkvæmd samningsins ef einstaklingar eða fyrirtæki ná ekki fram rétti sínum fyrir íslenskum dómstólum á grundvelli EES reglna sem Alþingi hefur þegar samþykkt að skuli teknar upp í íslensk lög. Undirrituð hefur ekki haft tæk á kynna sér til hlítar íslenska dómaframkvæmd að þessu leyti, en það væri vert að rannsaka hvort það hafi í reynd ekki verið unnt að túlka lög til samræmis við EES-reglur eða líta á lög sem innleiða EES-reglur sem sérlög í þeim dómum sem vísað er til. Einnig er vert að kanna hvort löggjafinn hafi brugðist við og leiðrétt þau lög sem um ræðir.

Hvað sem hverjum finnst um EES-samstarfið og Evrópusamstarfið almennt er það grundvallarregla í íslenskum rétti að íslensk lög séu túlkuð í samræmi við þær þjóðaréttarskuldbindingar sem íslenska ríkið undirgengst, nema þegar vilji löggjafans er skýr um annað. Ísland er fullgildur aðili að EES-samningnum samkvæmt ákvörðun Alþingis og á þessi regla því við um skuldbindingar samkvæmt honum. Það verður líka að vanda til lagasetningar þegar skuldbindingar þjóðaréttar eru innleiddar í íslenskan rétt. Það er mikið hagsmunamál fyrir lítið land að traust ríki um þjóðaréttarskuldbindingar.

Sé það raunin að lögskýringarregla laganna um Evrópska efnahagsvæðið, þar á meðal sú ráðagerð sem er að finna í athugasemdum við 3. gr., hrökkva ekki til, þ.e. að túlka lagaákvæði til samræmis við EES-samninginn og ef það gengur ekki upp að túlka lagaákvæði sem innleiða EES-rétt sem sérlög gagnvart ósamrýmanlegum lagareglum, er augljóst að skerpa verður á reglum um forgang EES-reglna þegar slíkur árekstur verður til að uppfylla skuldbindingu bókonar 35.

Tillaga um slíka forgangsreglu, eins og hún er sett fram í frumvarpinu, gengur út frá því að Alþingi virði þjóðaréttarskuldbindingar. Hægt er að koma í veg fyrir að beita þurfi slíkri reglu með vandaðri lagasetningu og þeim túlkunarreglum sem fyrir eru, en verði misbrestur á því er eðlilegt að hún sé til staðar þó oftast ætti lögskýringarregla 3. gr. laganna að duga.

Forgangsreglan eins og hún er sett fram takmarkar ekki vald löggjafans sem í báðum tilfellum hefur samþykkt þau lög sem um ræðir. Löggjafinn hefur alltaf möguleika á að kveða skýrt á um hvaða lög skuli gilda á hverjum tíma bæði í þeim lögum sem um ræðir og síðar.

Undirrituð telur þó að skoða þurfi betur orðalag ákvæðisins og helst einfalda það þar sem að það er hvort eð er dómarans að túlka í hvaða tilfellum ákvæðinu er beitt. Skoða þarf hvort „skýrt og óskilyrt“ og „réttilega“ séu ekki óþarfa viðbót við textann. Einnig þarf að tryggja að enginn vafi sé á að reglan gildi ekki um árekstra á milli stjórnvaldsfyrirmæla og landslaga sem innleiða EES reglur, heldur einungis á milli tveggja settra laga annars vegar og tveggja stjórnvaldsfyrirmæla hins vegar.

Umsögn þessi sem er gerð samkvæmt beiðni Alþingis hefur einungis að geyma mína persónulega afstöðu sem lögfræðings og samningamanns við gerð EES samningsins og er óviðkomandi þeirri stofnun sem ég starfa fyrir í dag.



Ljía Ólafsdóttir

Nefndasvið Alþingis
b.t. utanríkismálanefndar
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík

Reykjavík, 27. apríl 2023

Með tölvupósti dags., 24. apríl 2023 frá nefndar- og greiningarsviði Alþingis var undirritaðri send til umsagnar frumvarp til laga um Evrópska efnahagssvæðið (bókun 35). Í frumvarpinu er leitast við að tryggja fullnægjandi innleiðingu bókunar 35 við EES-samninginn í íslenskan rétt. Óumdeilt er að í bókun 35 felst að á EES/EFTA-ríkjunum, þ.m.t. Íslandi, hvíli sú skuldbinding að sjá til þess að EES-reglur, sem „komnar eru til framkvæmdar“¹, þ.e. sem hafa verið réttilega innleiddar í landsrétt, og eru óskilyrtar og nægilega nákvæmar², gangi frammar öðrum reglum landsréttar, sem ekki eiga rætur sínar að rekja til EES-réttar.³ Mikilvægt er að taka fram að forgangsreglan tekur hins vegar ekki til EES-reglna sem ekki hafa verið innleiddar í landsrétt eða með ófullnægjandi hætti.⁴

Nauðsyn lagasetningar

Alþingi leitaðist við að fullnægja efni bókunar 35 með 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið (eesl).⁵ Í ljósi dómaframkvæmdar íslenskra dómstóla má öllum vera ljóst að ákvæðið uppfyllir ekki þá skuldbindingu sem felst í bókun 35.⁶ Hefur þannig ítrekað komið fram í dómsúrlausnum íslenskra dómstóla að ef ekki er unnt að skýra ákvæði landsréttar til samræmis við réttilega innleiddar EES-reglur verði að byggja á ákvæðum landsréttar, þar sem beiting 3. gr. laga nr. 2/1993 leiði ekki til þess að réttilega innleiddar EES-reglur gangi frammar öðrum reglum um sama efni. Með öðrum orðum réttilega innleiddar EES-reglur hafa ekki forgangsáhrif í íslenskum rétti.

Afleiðingar þessa eru þær að ef ákvæði íslenskra laga sem ekki á rætur sínar að rekja til EES-réttarins, samræmast til dæmis ekki ákvæðum í meginmáli EES-samningsins, (sem einnig hafa lagagildi hér á landi, sbr. 2. gr. eesl.), og ekki er unnt að túlka hið íslenska lagaákvæði til samræmis við ákvæði EES-samningsins, gildir hið íslenska lagaákvæði, nema hefðbundnar lögskýringarreglur leiði til annars.

Íslenskir dómstólar hafa á undanförunum árum ítrekað hafnað því að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins í tilvikum þar sem vafi er uppi um hvort íslensk löggjöf samræmist grunnákvæðum í meginmáli EES-samningsins, þar sem ákvæði landsréttar sem ekki á rætur

¹ E. „implemented EEA rules“.

² Sjá um hugtökin *óskilyrt* og *nægilega nákvæm* t.d. dóma EFTA-dómstólsins í málum nr. *E-1/94 Restamark*, mgr. 77. -81. og *E-1/01 Hörður Einarsson gegn íslenska ríkinu*, 53. og 54. mgr.

³ Þetta hefur verið margstaðfest í dómum EFTA-dómstólsins, sjá t.d. *E-1/94 Restamark*, 77. mgr., *E-1/01 Hörður Einarsson*, 55. mgr., *E-2/12 HOB-vín*, 122. mgr og *E-15/12 Jan Anfinn Wahl*, 54. mgr.

⁴ Sjá t.d. *E-1/07 Ákærvaldið gegn A*, 43. mgr. og *E-4/01 Karl K. Karlsson hf.*, 28. mgr.

⁵ Ákvæðið er svohljóðandi: „Skýra skal lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja.“

⁶ Sjá t.d. H 220/2005, H 274/2006, H 10/2013, H 291/2015, H 429/2014 og L 883/2018.

sínar að rekja til EES-réttarins, sé það skýrt og afdráttarlaust að ekki sé unnt að túlka það til samræmis við grunnákvæði EES-samningsins.⁷ Hafa dómstólar þannig talið að ekki skipti máli hvort ákvæði landsréttar, sem ekki á rætur sínar að rekja til EES-réttar, sé í andstöðu við, til dæmis grunnákvæði EES-samningsins um frjálsa för vara eða frjálst flæði fjármagns; ef hið „heimasmíðaða“ ákvæði er skýrt og afdráttarlaust verður dómur í málinu kveðinn upp á grundvelli þess ákvæðis og því ekki „nauðsynlegt“ að afla ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins.

Samkvæmt framansögðu má öllum vera ljóst að grunnákvæði EES-samningsins „halda ekki“ hér á landi; ef Alþingi óviljandi setur lög sem ekki samræmast grunnákvæðum samningsins ber dómstólum að dæma eftir þeim lögum, þrátt fyrir að það feli í sér samningsbrot á grundvelli EES-samningsins. Þá hefur þetta í för með sér að einstaklingar og lögaðilar geta ekki treyst því að þau réttindi sem þeir eiga á grundvelli EES-samningsins séu tryggð hér á landi. Hér má sem dæmi nefna nýlegt dómsmál þar sem ekki var tekið tillit til þess að A, sem var móðir nýfædds barns, hafði starfað sem læknir í Danmörku á viðmiðunartímabili fæðingarorlofsgreiðslna. Hún fékk því einungis greiddar lágmarksgreiðslur í fæðingarorlofi. Með ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í máli E-5/21 var staðfest að í þessu fælist brot gegn reglugerð 883/2004 um samræmingu almannatryggingakerfa. Reglugerðin var innleidd í íslenskan rétt með reglugerð nr. 442/2012 um gildistöku reglugerða Evrópusambandsins um almannatryggingar. Þrátt fyrir þetta var íslenska ríkið sýknað af kröfu A með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í máli E-582/2021 þar sem ekki var unnt að túlka ákvæði 1. mgr. 13. gr. laga um foreldra- og fæðingarorlof nr. 95/2000 til samræmis við reglugerð 883/2004. Með dóminum er þannig farið gegn ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, auk þess sem brotið er gegn þeim réttindum sem A á með réttu, á grundvelli EES-samningsins. Ekki verður séð að óbreyttu lagaumhverfi, að dómáranum hafi verið aðrar leiðir færar í málinu.

Samningsbrotamál ESA gegn íslenska ríkinu

Í þessu ljósi þarf ekki að koma á óvart að Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) sendi íslenska ríkinu *rökstutt álit* þann 30. september 2020 vegna brota þess á skuldbindingum samkvæmt bókun 35. Rökstutt álit ESA er undanfari samningsbrotamáls fyrir EFTA-dómstólnum, sbr. 31. gr. samnings um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls. Þá réttarvernd sem EES-samningnum er ætlað að tryggja ríkisborgurum og aðilum í atvinnurekstri á hinu Evrópska efnahagssvæði, þarf í ljósi framangreinds að tryggja betur í íslenskum rétti. Afar ólíklegt verður að telja að íslenskir dómstólar muni að óbreyttum lögum túlka 3. gr. eesl. með öðrum hætti en að framan er rakið. Til að uppfylla skuldbindingu sína samkvæmt EES-samninginn verður löggjafinn því að innleiða bókun 35 í íslenskan rétt með tryggari hætti en nú er gert, sem er einmitt markmið þess frumvarps sem hér er til meðferðar. Að mati undirritaðrar felur fyrirbyggjandi frumvarp í sér nægjanlega innleiðingu á þeirri skuldbindingu sem felst í bókun 35 og um leið mikilvæga

⁷ Hér má sem dæmi nefna dóm Landsréttar í máli L 830/2018. Héraðsdómur Reykjavíkur kvað hinn 25. október 2018 upp úrskurð um að afla skyldi ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um hvort það samrýmdist ákvæðum 2. mgr. og 4. mgr. 43. gr. EES-samningsins, að íslenska ríkið hindri að aðili ráðstafi aflandskrónueign sinni í ríkisskuldabréfum í íslenskum krónum, til kaupa á hlutum í íslenskum hlutafélögum. Landsréttur felldi hinn kærða úrskurð úr gildi og hafnaði því að leitað yrði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins. Í dóminum segir „ákvæði laga nr. 37/2016 eru afdráttarlaus um þær takmarkanir á frjálsum flutningum fjármagns sem í þeim felast og verður þeim ekki hliðrað til með skýringu samkvæmt 3. gr. laga nr. 2/1993.“ Taldi Landsréttur því enga ástæðu til að fá úr því skorið með ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins hvort ákvæði laga nr. 37/2016 fæli í sér brot á 40. gr. og 43. gr. EES-samningsins, um frjálsa fjármagnsflutninga. Sjá einnig H 291/2015 og H 429/2014.

réttarbót fyrir einstaklinga og lögaðila. Óhætt er að fullyrða að verði umrætt frumvarp samþykkt muni ESA fella niður sammingsbrotamál sitt gegn íslenska ríkinu.

Stenst frumvarpið ákvæði íslensku stjórnarskrárinnar?

Athuga ber að við mat á efnislegu inntaki 1. gr. frumvarpsins að Alþingi getur hvenær sem er vikið frá reglunni í einstaka tilviki eða fellt ákvæðið einfaldlega úr gildi. Þá geta innlend lög gengið framur innleiddum EES-reglum, ef vilji löggjafans stendur skýrlega til slíks. Dómstólar verða þá að dæma eftir slíkum lögum og gildir einu þótt þau kunni að fela í sér sammingsbrot gegn EES-samningnum. Þá felur reglan ekki í sér að stjórnvaldsfyrirmæli sem innleiða EES-reglu geti gengið framur almennum lögum sama efnis. Reglan mun því ekki tryggja fortakslausan forgang innleiddra EES-reglna að íslenskum rétti.

Felur umrætt ákvæði samkvæmt framansögðu ekki í sér neina takmörkun á löggjafarvaldi Alþingis. Lög og stjórnvaldsfyrirmæli sem innleiða EES-reglur fengju þannig enga sérstaka stjórnskipulega stöðu heldur aðeins stöðu sem almenn lög. Lögfesting 1. gr. frumvarpsins myndi hins vegar að öllum líkindum tryggja að réttilega innleiddar EES-reglur nytu raunverulegs forgangs gagnvart reglum landsréttar, ef þessum réttarheimildum lýsti saman. Í þessu sambandi ber að líta til þess að í öllum þeim tilvikum þar sem komið hefur til álitu að ákvæði íslenskra laga brjóti í bága við réttilega innleiddar EES-reglur virðist slíkt ekki hafa verið markmið löggjafans.



Dr. Margrét Einarsdóttir, prófessor

Frumvarp til laga um Evrópska efnahagssvæðið (bókun 35), 890. mál.
Um breytingu á lögum um Evrópska efnahagssvæðið, nr. 2/1993 (bókun 35)

Comments on a proposal for a legislative reform by Professor M. Elvira Mendez Pinedo
(Law Faculty, University of Iceland). 9 May 2023

I send the Parliament a copy of the academic article I published on the subject in 2020 in the Juridical Tribune Journal. It is entitled “Constitutional/judicial resistance to European Law in Iceland. Sovereignty and constitutional identity vs. access to justice under the EEA Agreement” There you will find all relevant doctrinal and legal sources and arguments that support this opinion. Here below are my positive comments on the proposal for legislative reform.

The precedence in application of duly EEA implemented law vis-à-vis other conflicting purely domestic law (Article 3 EEA Act 2/1993 and Protocol 35 EEA Agreement)

Iceland celebrated 25 years of the EEA Agreement in 2019. However, since the Agreement is not above criticism, the decision was taken to assess its pros and cons objectively and a Committee was appointed, led by Björn Bjarnason. This Committee issued a report in September 2019, assessing the benefits and detriments of EEA membership in light of the “consequences and functioning of the EEA Agreement in Iceland.”¹ The report also discussed the constitutional status of EEA law in Iceland, outlining that the degree to which the Icelandic constitution accommodates EEA membership requires clarification, specifically in the form of either the formal insertion of an article/clause on membership into the constitution, or an official declaration of constitutional acceptance through 25 years of continued use.

I agree with the latest Report of the Committee from 2019. I find it is essential to clarify the constitutional status of EEA law in Iceland and introduce a proper rule of conflict that was promised in the explanatory memorandum of the Act 2/1993 but never delivered.

In this regard, it is important to clarify that the application of this rule of conflict does not equal or mean the absolute supremacy of European law over national law. It only refers to what is called precedence of application in case of conflict with other laws (primacy). The national law is set aside for the occasion (when the conflict arises with EEA implemented law) but lives on unaltered in the legal system and can be applied for the rest of purely domestic cases.

The current Article 3 of the Icelandic Act 2/1993 (rule of European friendly interpretation) does not fully secure the application and enforcement of EEA in Iceland in all cases and circumstances as the Article 3 and Protocol 35 of the EEA Agreement require. Furthermore, as many experts have argued, constitutional identity and independence cannot justify a derogation from the international public law rule “Pacta Sunt Servanda” (international obligations).

¹ The full report (2019) in Icelandic is available online at:

<https://www.government.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=918d3e73-e465-11e9-944d-005056bc4d74>

From a European perspective, it is also essential to secure access to European law and access to justice for all citizens. The rule of law is at stake and must not be compromised because one of the main objectives of EU-EEA law is to provide European rights for EEA nationals and economic operators, rights that the Icelandic State has promised to honor (with the assistance of judicial, executive and legislative powers). All the fundamental principles of constitutional law, legal certainty and legitimate expectations that some raise in a critical way against the proposed change must work in fact both ways. From a European perspective, those are principles that prove the quality of our democracy.

Constitutional/judicial resistance to European Law in Iceland. Sovereignty and constitutional identity vs. access to justice under the EEA Agreement

Professor M. Elvira MENDEZ-PINEDO¹

Abstract

In the context of occasional constitutional resistance to international and European Union (EU) law in other countries, we find a similar tension in Iceland vis-à-vis the European Economic Area (EEA) Agreement and the Icelandic constitutional/statutory domestic system (EEA Act 2/1993). The authority and effectiveness of EEA law seem disregarded with negative consequences for the judicial protection of individual rights. The EFTA Surveillance Authority (ESA) sent official letters to Iceland in 2015, 2016 and 2017. In its view, in too many recent cases, the Supreme Court has discarded and set aside validly implemented EEA law in order to give precedence to conflicting Icelandic law. In some cases, individuals have no proper remedy to exercise their European rights (State liability for judicial breaches of EEA law not admissible). It is uncertain at this time whether actions for infringement of EEA law will be brought by ESA to the EFTA Court. This study reviews this sort of judicial, legislative and/or constitutional resistance to EEA law in Iceland and argues that the use of concepts such as sovereignty (public international law) and constitutional identity (EU law) can never justify the denial of access to justice and effective judicial protection under the EEA Agreement.

Keywords: Iceland, European Economic Area law, constitutional resistance, access to justice.

JEL Classification: K10, K33, K40

1. Introduction

The European Economic Area (EEA) Agreement² extends the internal market and other EU policies to three non-EU neighbouring countries. It aims to guarantee the free movement of persons, goods, services and capital; to provide equal conditions of competition and to abolish discrimination on grounds of nationality in all 30 EEA States – the 27 EU States and three of the four European Free Trade Association (EFTA) States (Iceland, Norway and Liechtenstein). EEA

¹ M. Elvira Mendez-Pinedo - University of Iceland, Reykjavik, Iceland, mep@hi.is.

² Agreement on the European Economic Area. *OJL 1, 3.1.1994*. Consolidated text with all amendments up to 7 February 2019 available online at [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:01994A0103\(01\)-20190207](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:01994A0103(01)-20190207). For a recent commentary see Arnesen, F., Fredriksen, H. H., Graver, H. P., Mestad, O. and Vedder, C., *Agreement on the European Economic Area: A commentary*, C. H. Beck, München, 2018; Frommelt, C., *In search of differentiated integration: Lessons from the European Economic Area (EEA)* (doctoral thesis, 2017, ETH Zürich); Baudenbacher, C. (ed), *The Handbook of EEA Law*, Springer, New York, 2016 and Baudenbacher, C. (ed), *The Fundamental Principles of EEA Law: EEA-ties*, Springer, New York, 2017.

law originates from EU law but has a unique *sui generis* nature³. While it is a distinct legal order of its own, there is a similar requirement of effectiveness (*effet utile*). Two fundamental principles of EEA law are homogeneity and reciprocity⁴. The approach to some of the fundamental principles is a variation of EU law due to the fact that legislative power was not to be transferred by the EEA Agreement from the States that adhered to the dualistic principles to deal with international law. Instead of primacy and direct effect in the EU, there is quasi-primacy and quasi-direct effect⁵.

Iceland celebrated 25 years of the EEA Agreement in 2019.⁶ However, since the Agreement is not above criticism,⁷ the decision was taken to assess its pros and cons objectively and a Committee was appointed, led by Björn Bjarnason.

This Committee issued a report in September 2019, assessing the benefits and detriments of EEA membership in light of the “consequences and functioning of the EEA Agreement in Iceland.”⁸ The report also discussed the constitutional status of EEA law in Iceland, outlining that the degree to which the Icelandic constitution accommodates EEA membership requires clarification, specifically in the form of either the formal insertion of an article/clause on membership into the constitution, or an official declaration of constitutional acceptance through 25 years of continued use.⁹

³ EFTA Court, Case E-9/97 *Sveintjórnisdóttir* [1998] EFTA Ct. Rep. 95, para. 59.

⁴ Case E-12/13 *EFTA Surveillance Authority v Iceland* [2014] EFTA Ct. Rep. 58, paragraph 68.

⁵ Páll Hreinsson, General Principles, in: *The Handbook of EEA Law* (Baudenbacher Ed.), Springer (2016), p. 388.

⁶ In a seminar, held February 6th, 2019, on the impact of the EEA Agreement on Icelandic society: Guðlaugur Þór Þórðarson, Minister of Foreign Affairs (Independence Party) emphasized the importance of this agreement in his opening speech. “*It is our great fortune that we, as a sovereign state, chose to enter into an international agreement, which was tailored to our interests and on our own terms*”, the Minister stated. In his speech the Minister also pointed out that the EEA Agreement entailed virtually unrestricted access to one of the largest markets in the world and that the Agreement provided Iceland with residential and as well as employment opportunities everywhere in the EEA-area. At the same time, Iceland could and can choose not to be participant in matters where Iceland's interests do not coincide with the interests of the EU (ie. fisheries policy). The seminar was held by the International and European Law Institute of the University of Reykjavik, in collaboration with the Ministry of Foreign Affairs and the EU Delegation in Iceland. The speech is available online at: <https://www.stjornarradid.is/raduneyti/utanrikisraduneytid/utanrikisradherra/stok-raeda-utanrikisradherra/2019/02/06/Avarp-a-malstofu-um-ahrif-EES-samningsins-a-islenskt-samfelag/> (last accessed on 15 February 2020).

⁷ In the Parliament (*Aþingi*), later that same day, the Minister was heavily criticized for his speech which was said to demonstrate that his policy is not in line with Iceland's best interests. See *Alþingi*. 149. löggjafarþing — 63. fundur, 6. February 2019 available online at: <https://www.althingi.is/altext/raeda/149/rad20190206T152025.html> (last accessed on 15 February 2020).

⁸ An English translation of the Foreword, Commemorative Statement, Executive Summary and Fifteen Points on Improvements of the ‘Report of the Working Group on the EEA co-operation’ (September 2019) is available online at: <https://www.government.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=918d3e73-e465-11e9-944d-005056bc4d74> (last accessed on 15 February 2020). The full report (2019) in Icelandic is available online at: <https://www.government.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=918d3e72-e465-11e9-944d-005056bc4d74> (last accessed on 15 February 2020).

⁹ *Ibid.*, see page 13 point 2.

Such a clarification is needed because the current constitutional/statutory framework is not functioning effectively in Iceland. Three elements construct what we can call its core constitutional identity based on independence and sovereignty vis-à-vis international law, a specific constellation that affects the operation of EEA law in the country:

1) a national constitution limiting the transfer/share of any legislative power to international organizations and the adoption of a doctrine of strict dualism to incorporate public international law¹⁰;

2) a legislative decision, proposed by the Government at the time, that opted for the incomplete/incorrect incorporation of the obligation's incumbent under Protocol 35 of the EEA Agreement¹¹ (Article 3 of EEA Act no. 2/1993); and

3) a judicial trend of interpreting and constructing the relationship between national law and EEA law within the limits of a rule of interpretation as in public international law (but ignoring the twin rule of conflict prescribed by Protocol 35 to secure the precedence of application/quasi primacy in case of conflict as in EU law).

These factors have led to a situation where, in too many recent cases, European rights are disregarded due to the application of conflicting national law, rather than law implemented under the EEA Agreement. Having adjudged this situation to be unacceptable, the EFTA Surveillance Authority (ESA or Authority) a monitoring body disposing of similar supervision powers to the European Commission under the EEA Agreement, has sent a number of important letters to Iceland in this regard:

1) a letter of formal notice¹² requiring proper implementation of the EEA Agreement and further compliance with Protocol 35 and Article 3 of the EEA Agreement.¹³

¹⁰ Doctrinal studies abound on the EEA Agreement and the concept of sovereignty (*fullveldi*) in Iceland. Law Professor Davíð Þór Björgvinsson in 2014 prefers to use the term *authority to transfer state power to international organizations*. In his view, as the Constitution does not entail any provision that deals specifically with this, it has become a question shaped by the rule of interpretation and customary tradition. Björgvinsson, D. Þ., “*Enn um fullveldi og EES*”, 2014 available online at: <https://uni.hi.is/davidth/2014/05/21/enn-um-fullveldi-og-ees/> (last accessed on 15 February 2020). See also Baldur Þórhallsson, ‘Iceland: A reluctant European’, in Erik Eriksen and John Erik Fossum (eds), *The European Union's Non-Members: Independence under Hegemony?* Routledge, 2015, on pp. 120 and 123.

¹¹ Article 119 of the EEA Agreement reads as follows: “The Annexes and the acts referred to therein as adapted for the purposes of this Agreement as well as the Protocols shall form an integral part of this Agreement.” Since Protocol 35 is an integral part of the Agreement, this is a potential breach of Treaty obligations.

¹² ESA. Letter to the Icelandic Ministry of Foreign Affairs of 13th December 2017. Decision No: 212/17/COL. Letter of formal notice to Iceland concerning Iceland's implementation of Protocol 35 to the EEA Agreement’, available online at <<http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=4071>> (last accessed on 15 February 2020).

¹³ Article 3 of the EEA Agreement provides: “The Contracting Parties shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of this Agreement. They shall abstain from any measure which could jeopardize the attainment of the objectives of this Agreement. Moreover, they shall facilitate cooperation within the framework of this Agreement.”

2) a letter of formal notice¹⁴ and a subsequent reasoned opinion¹⁵ concerning Iceland's failure to fulfil its obligations arising from the general principle of State liability for breaches of EEA law under the EEA Agreement applicable to judicial breaches (case *Kolbeinsson*¹⁶).

For the author, these issues are strongly interrelated and constitute essential questions in EEA law. This study contextualizes the main content of the letters in a broader trend of constitutional resistance to international/European law, and searches for potential solutions to provide for effective implementation and execution of the EEA Agreement in Iceland. It does so by combining a perspective based upon public (international) law (respect for sovereignty and constitutional independence and identity) with the obligation to provide effective protection of individual rights arising from Iceland's obligations under the EEA Agreement (including the authority and effectiveness of EEA law and an access to justice perspective).

2. A context of constitutional and judicial resistance to international and EU/EEA law

Much has been written about global constitutional convergence in the field of EU law and in comparative constitutional law and on the role of national courts in these processes of integration/convergence.¹⁷ However, at the same time, a *nouvelle vague* of constitutional resistance seems to be gaining ground to the edicts of international institutions, not only in Europe but also worldwide.¹⁸ Hirschl has pointed to a paradox embedded in this global constitutionalism: the more expansive such trends of constitutional convergence become, the greater the likelihood of

¹⁴ ESA. Letter to the Icelandic Ministry of Foreign Affairs of 17 June 2015. Letter of formal notice to Iceland concerning State liability for breach of EEA law by a court adjudicating at last instance available online at: <http://www.eftasurv.int/media/decisions/752617.pdf> (last accessed on 15 February 2020).

¹⁵ ESA. Reasoned opinion delivered on 20th January 2016 in accordance with Article 31 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice available online at: <http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/775380.pdf> (last accessed on 15 February 2020).

¹⁶ EFTA Court, Case E-2/10 *Kolbeinsson* [2009-2010] EFTA Ct. Rep. 234, paragraph 77.

¹⁷ To name just a few of see Alter, K., Helfer, L and Madsen, MR (eds), *International Court Authority*, Oxford University Press, Oxford, 2018; and De Witte, B., Mayoral, J. A., Jaremba, U., Wind, M., and Podstawa, K. (eds), *National Courts and EU Law*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2016.

¹⁸ Davies, G, & Avbelj, M (eds), *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Gloucestershire, 2018; Derlén, M, and Lindholm, J (eds), *The Court of Justice of the European Union: Multidisciplinary Perspectives*, Bloomsbury Publishing Plc, London, 2018; Mayoral, J. A., and Wind, M., "Introduction. National courts vis-à-vis EU law: new issues, theories and methods". In *National Courts and EU Law*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2016; Perisin, T, and Rodin, S (eds), *The Transformation or Reconstitution of Europe: The Critical Legal Studies Perspective on the Role of the Courts in the European Union*, Bloomsbury Publishing Plc, London, 2018; and Wind, M (ed.), *International Courts and Domestic Politics*. Studies on International Courts and Tribunals, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

dissent and resistance.¹⁹ Other recent contributions refer to a concerted backlash against international courts and have empirically mapped a variety of patterns of such resistance.²⁰

In particular, the CJEU is struggling for legitimacy, due to periodical challenges emanating from domestic constitutional and supreme courts in a number of EU Member States.²¹ As Sarmiento notes, commenting on three important cases: “The German Constitutional Court is unimpressed with the quality of the reasoning of the Court of Justice (European Central Bank and *OMT* ruling). The Danish Supreme Court is upset with the activism of the Court of Justice (*Ajos/Dansk Industri* case). The Italian Constitutional Court is horrified with the approach towards fundamental rights of the Court of Justice in *Taricco I*.”²² Due to its historic legal influence on Iceland, the *Ajos*²³ case in Denmark deserves particular attention. Here, the Danish Supreme Court rejected the principle of the primacy of non-written general principles of EU law over national law.²⁴

¹⁹ Hirschl, R., “Opting Out of “Global Constitutionalism”, *Law & Ethics of Human Rights*, 2018, vol. 12 (1), pp. 1-36.

²⁰ Hofmann, A., “Resistance against the Court of Justice of the European Union”, *International Journal of Law in Context*, 2018, vol. 14 (2), pp. 258-274; and Madsen, M., Cebulak, P. and Wiebusch, M., “Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts”. *International Journal of Law in Context*, 2018, vol. 14(2), pp.197-220.

²¹ Komárek, J., “The Struggle for Legitimacy through Law in the EU”, in D Innerarity, J White, CA and A Errasti (eds), *A New Narrative for a New Europe*. Rowman & Littlefield Publishers, 2018, pp. 143-159. See also ruling from German Constitutional Court of 5 May 2020 at https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2_bvr085915_en.html (last accessed on 15 February 2020) and Press release 32/2020 “ECB decisions on the Public Sector Purchase Programme exceed EU competences” available at <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-032.html> (last accessed on 15 February 2020).

²² On 21 June 2016 the German Constitutional Court finally accepted the European Central Bank’s OMT programme, after having made a reference of validity to the Court of Justice. On 6 December 2016 the Danish Supreme Court ruled that non-written general principles of EU Law are not binding in the Danish legal order. The Italian Constitutional Court, on 26 January 2017; made a reference openly inviting the Court of Justice to overrule its past decision (*Taricco I*). See Sarmiento, D., “An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (“before it is too late, of course”)”, *Verfassungsblog*, 2 February 2017, available online at <https://verfassungsblog.de/an-instruction-manual-to-stop-a-judicial-rebellion-before-it-is-too-late-of-course/> (accessed on 15 July 2019).

²³ On 6 December 2016, the Supreme Court of Denmark delivered its judgment in the *Ajos* case (Case no. 15/2014, *DI acting for Ajos A/S v. The estate left by A.*). The Danish Court surprisingly disregarded the guidelines provided by the Court of Justice of the European Union in its preliminary ruling of April 19, 2016. Case C-441/14 *Dansk Industri (DI), acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen*. ECLI:EU:C:2016:278.

²⁴ In spite of being recent, there is extensive bibliography on the *Ajos* case and judicial resistance in Denmark. See Haket, S.W., “The Danish Supreme Court’s *Ajos* judgment (*Dansk Industri*): Rejecting a Consistent Interpretation and Challenging the Effect of a General Principle of EU Law in the Danish Legal Order”, *Review of European Administrative Law*, 2017, vol. 10(1), pp.135–7981; Oldgaard, R.K., Elkan, D. and Schaldemose, G.K., “From cooperation to collision: The ECJ’s *Ajos* ruling and the Danish Supreme Court’s refusal to comply”. *Common Market Law Review*, 2018, vol. 55(1), pp.17–53; Krunke, H. and Klinge, S., “Dinamarca y el caso *Ajos*. Lo que se perdió en Maastricht y Lisboa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, , 2018, no. 41, pp. 381-406; Madsen, M.R., Olsen, H.P. and Šadl, U., “Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: the Danish Supreme Court’s Decision in the *Ajos* Case and the National Limits of

In the context of the EEA Agreement, a question to explore is whether resistance to the incoming tide of EEA law is happening in Iceland and whether it pays off for domestic courts to disregard this law.

Baudenbacher notes that only on two occasions has the ESA taken an infringement action before the EFTA Court against Iceland and Norway on the basis that either of the respective Supreme Courts has failed to have due regard to EEA law.²⁵ These actions have led to both countries amending its legislation.²⁶

However, these are not the only cases where judicial breaches of EEA law have occurred in Iceland. Most important cases covered in this study resulting from a Supreme Court judgment are listed in the the Letter of Formal Notice on Protocol 35 (mentioning 13 judgments that in ESA's opinion violate implemented EEA law)²⁷ (see section 3.1.); and the ESA decision from 2016 on case *Pór Kolbeinsson*²⁸ (see section 3.2.). There are other cases where ESA has formally

Judicial Cooperation". *European Law Journal*, 2017, vol. 23(1-2), pp.140–150; Neergaard, U., and Engsig Sørensen, K., "Activist Infighting among Courts and Breakdown of Mutual Trust? The Danish Supreme Court, the CJEU, and the *Ajos Case*", *Yearbook of European Law*, 2017, vol. 36, pp. 275–313; Sadl, U. and Mair, S., "Mutual Disempowerment: Case C-441/14 Dansk Industri, acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen and Case no. 15/2014 Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S v The estate left by A." *European Constitutional Law Review*, 2017, vol. 13(2), pp.347–368; Terkelsen, O., "The Ajos case and the Danish approach to international law". *European Public Law*, 2018, vol. 24(2), pp.183–193; Nielsen, R and Tvarnø, C.D., 'Danish Supreme Court Infringes the EU Treaties by its Ruling in the Ajos Case', *Europaraettslig Tidsskrift*, 2017, vol (2), pp. 303-326.

²⁵ Baudenbacher, C., *Judicial Independence: Memoirs of a European Judge*, Springer, New York, 2019, p. 84. In an earlier book, Baudenbacher notes, under section 4.6 "No Room for Manoeuvre" Claims in Iceland and Liechtenstein, that "Icelandic courts have usually followed EFTA Court's rulings but there seem to be some tricky questions in the aftermath of Kolbeinsson and Sævar Jón Gunnarsson cases", see, "Reciprocity", in Baudenbacher, C. (ed), *Fundamental Principles of EEA law*, Springer, New York, 2017, p. 55.

²⁶ In 2009, the ESA took action against Iceland on the basis of an incompatible interpretation of Icelandic rules under the Directive on transfer of undertakings (87/187/EEC). The Supreme Court of Iceland had ruled on 25 February 2005, case 375/ 2004 *Blaðamannfélag Íslands gegn Frétt ehf.*, that a claim for unpaid wages which fell due before the transfer could not be based on the national rules implementing the directive so that the new employer was not liable to pay the wages owed to worker. The Parliament reformed the legislation in 2010 (Act 72/2002) and the case was closed on 15 June 2010, decision available online at: <http://www.eftasurv.int/press-publications/press-releases/internal-market/nr/1273>. (last accessed on 15 February 2020). The other case concerns Norway (case *SIX*) and the case is resolved since Norway has changed its legislation. ESA. Letter of formal notice to Norway concerning posting of workers on 25 October 2016 (disregard of EEA law by the Norwegian Supreme Court), available online at: <http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/Letter-of-formal-notice---Complaint-against-Norway-concerning-posting-of-workers---1.pdf>. (last accessed on 15 February 2020).

²⁷ EFTA Surveillance Authority. ESA. Letter to the Icelandic Ministry of Foreign Affairs of 13th December 2017. Decision No: 212/17/COL. Letter of formal notice to Iceland concerning Iceland's implementation of Protocol 35 to the EEA Agreement', available online at <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=4071_ (last accessed on 15 February 2020).

²⁸ EFTA Surveillance Authority. ESA. Reasoned opinion delivered on 20th January 2016 in accordance with Article 31 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice available online at: <http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/775380.pdf> (last accessed on 15 February 2020).

started actions against Iceland following Supreme Court decisions.²⁹ And, last but not least, there seem to be problems in the aftermath of the *Sævar Jón Gunnarsson* case³⁰. Here a serious judicial breach of EEA law in the area of consumer credit/mortgage law was dismissed by the ESA on the grounds that the relevant domestic legislation was later changed by Iceland³¹. The legislation involved the indexation of credit to inflation *ex post* with no information provided to consumers *ex ante* on total cost of credit.³² A national case claiming State liability for a judicial breach of EEA law was started later on by the consumer association *Hagsmunasamtök heimilanna* (Homes Association) with a probable ending of a procedural similar to above case *Pór Kolbeinsson*, no domestic remedy available for a judicial breach of EEA law. An appeal before Landsréttur is currently under way.³³

Following from all the above, it can be further argued that national resistance could represent a serious problem in Iceland and the ambivalent

²⁹ See for instance the following procedures: 1) Letter of Formal Notice of 19 April 2012 after the Supreme Court's exchange rate indexation cases at: <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=3225> (last accessed on 15 February 2020); 2) Reasoned opinion subsequent to the Reykjavík District Court's *Hrc.fnhildur Njalsdóttir* case and Supreme Court case No. 187/2007 on conditions requiring reinvestment and residence in Iceland incompatible with EEA law: <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=3441> (last accessed on 15 February 2020); 3) Reasoned opinion following case 166/2013 *Commerzbank AG v Kaupthing Íf* and the *De Nederlandse* bank case: <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=4155> (last accessed on 15 February 2020); 4) Reasoned opinion following Case No. 7912010 on 9 December 2010 before the Icelandic Supreme Court, the ESA sent a reasoned opinion: <http://www.eftasurv.int/media/public-documents/630035.pdf> (last accessed on 15 February 2020); and 5) Reasoned opinion on Iceland's breach of its notification obligations under Directive 98/34 as concerning technical regulations adopted in 2012: <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=2299> (last accessed on 15 February 2020).

³⁰ EFTA Court, Case E-27/13, *Sævar Jón Gunnarsson v. Landsbankinn* [2014] EFTA Ct. Rep. 1093.

³¹ In accordance with the second paragraph of Article 31 SCA, if an EFTA State has put a stop to the infringement before the end of the time-limit fixed by the reasoned opinion, ESA may no longer bring an action before the EFTA Court. A prior shortcoming would thus not be admissible as an action for failure to fulfil obligations. In general ESA never considers complaints concerning legislation which is no longer in force. The primary purpose of the infringement procedure is to ensure that the EFTA States fulfil their obligations under the Agreement in the general interest, not to provide individual redress. It is for the national courts to uphold actions by individuals seeking the annulment of national measures or financial compensation for the damage caused by such measures.

³² The complaint refers specifically to the disregard of the Supreme Court of the EFTA Court's ruling in case E-27/13 (*Sævar Jón Gunnarsson*) and the wrong implementation and interpretation of national law in the light of Directive 87/102/ECC which obliges financial institutions to disclose ex-ante the total cost of credit to consumers. See case 243/2017, ruling of Supreme Court of 26 November 2015) and EFTA Court case E-27/13, *Sævar Jón Gunnarsson v Landsbankinn Íf.*, [2014] EFTA Ct. Rep. 1090. The decision from ESA to close the case on 27 March 2018 is available online at: <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=4192> (last accessed on 15 February 2020) More information on the matter by the Homes Association of Iceland at <http://www.heimilin.is/varnarthing/english/resources.html> (last accessed on 15 February 2020).

³³ There is currently an appeal before Landsréttur. The ruling from the District Court (in Icelandic) is available at: <https://www.herads-domstolar.is/default.aspx?pageid=347c3bb1-8926-11e5-80c6-005056bc6a40&id=f8978ffb-b912-455b-bd91-4673b4ec817e> (last accessed on 15 February 2020).

response (at best) to constitutional convergence in the country also represents evidence that global constitutionalism is not the only game in town.³⁴ Although not as extreme as in other cases of European/Scandinavian judicial resistance, some of the trends detected fit Hirsch's theory. Constitutional dissent, deference to local authority, improper use of the doctrine of "acte clair", and "opting out" from the EEA legal framework can also be viewed as forms of reaction against the centralization of authority and the decline of the local in an increasingly — constitutionally and otherwise — universalized reality.³⁵

Despite these impediments, it is also important to remember that the authority and effect of EEA law remains unchanged in Iceland, at least in theory.³⁶ No case exists that may be painted as a direct declaration of war by the Supreme Court of Iceland *vis-à-vis* judicial made general principles of EEA law (parallel to *Ajos*³⁷ in Denmark), for example. No citizens are being criminally prosecuted and incarcerated on the basis of a wrong application/interpretation of EEA law as in the current NAV case in Norway.³⁸ What we see, nevertheless, is a series of rulings by the Icelandic Supreme Court, which has no strict obligation to refer cases under the EEA Agreement, in which the authority of EEA law is ignored under the empire of domestic law, a trend that deprives citizens and economic operators of their European rights.³⁹ The problem has been particularly acute in the area of consumer/mortgage law where EEA implemented law seems to be systematically set aside and disregarded.⁴⁰

³⁴ On this topic see most recent contribution by Franklin, C.N.K., Hannesson, O.I., Rúnarsson, O.B., Baur, G. and Steiner, E., "National Report for Norway – with perspectives from Iceland and Liechtenstein", in "National Courts and the Enforcement of EU law", FIDE XXIX Congress, The Hague, 2020, forthcoming.

³⁵ In section 4 see Icelandic scholars that detect these trends (Margrét Einarisdóttir, Gunnar Þór Pétursson and Ólafur Ísberg Hannesson) and compare with Hirschl, R., "Opting Out of "Global Constitutionalism." [2018] *Law & Ethics of Human Rights*, 12 (1), 1–36.

³⁶ On the authority of EEA law in Iceland see Méndez-Pinedo, M.E. and Hannesson, O.Í., *The authority of European law. Exploring primacy of EU law and effect of EEA law from European and Icelandic perspectives*, Lagastofnun/Law Institute –University of Iceland, Reykjavík, 2012.

³⁷ Supreme Court of Denmark, Case C-441/14 *Dansk Industri*, 6 December 2016.

³⁸ ESA's letter of 11 March of 2020 to Ministry of Labour and Social Affairs of Norway available at: http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=5286&fbclid=IwAR3nhfEwrIXMLP9Bo3eoHaaP4sM5sFj6OhXpS_OH4YXvIKIMVNeOFNYQbBs (last accessed on 15 February 2020).

³⁹ For a recent review of the interaction between the two courts see Hannesson, O.Í., "Advisory Opinions in the EEA: The Icelandic Supreme Court and the EFTA Court", *European Law Review*, 2018, vol. 6, pp. 858-879.

⁴⁰ The litigation supported by the Homes Association of Iceland in the last decade shows that, no matter more extensive rights secured by implemented EEA rules in Iceland, other incompatible national law will be applied *de facto*, depriving consumers of higher level of protection. Incompatible national law is either pre-existent to EEA implemented rules or adopted *ex-post*. More information on the matter by the Homes Association of Iceland at <http://www.heimilin.is/varnarthing/english/resources.html> (last accessed on 15 February 2020).

3. Authority and effectiveness of EEA law under review. Two important unresolved problems in Iceland of constitutional relevance

The success of the EEA Agreement depends upon uniform implementation and application of the common rules in all EEA States (namely, the 27 EU MS and Iceland, Liechtenstein and Norway). To secure this goal, another treaty (the SCA) was signed and a two-pillar system of supervision and judicial control was created.⁴¹ The EU Member States are monitored by the EU Commission, and the three EFTA States, by the ESA. The latter is accorded powers approximating those of the Commission in the exercise of its surveillance role. A two-pillar structure has also been established in respect of judicial review: the EFTA Court (which is also based in Luxembourg) operates in parallel to the Court of Justice of the European Union and exercises its jurisdiction with regard to the above-mentioned EFTA States which are parties to the EEA Agreement. The Court is mainly competent to deal with infringement actions brought by the ESA against an EFTA/EEA State with regard to the implementation, application or interpretation of EEA law rules, and dispenses advisory opinions to courts in EFTA/EEA States on the interpretation of EEA rules and for appeals concerning decisions taken by the ESA. The jurisdiction of the EFTA Court over the EFTA/EEA States is therefore similar (but not identical) to the jurisdiction of the Court of Justice of the European Union over EU Member States.⁴²

As noted above, the ESA has decided to address two important unresolved problems in Iceland that undermine the authority and effectiveness of EEA law to the detriment of individual citizens and economic operators who cannot enforce their own rights. One problem concerns perceived deficiencies with respect to domestic EEA Act 2/1993, which fails to adequately transpose the obligation that unconditional and sufficiently precise implemented EEA law should prevail over conflicting national provisions in case of conflict (Article 3 vis-à-vis obligations under the Protocol 35 EEA Agreement). The other refers to State liability for judicial breaches (by the Supreme Court) of EEA law, an issue now well

⁴¹ See Agreement between the EFTA States on the establishment of a surveillance authority and a Court of Justice with protocols. OJ L 344, 31.12.1994.

⁴² Under the EEA Agreement (Article 108(1)), and the parallel Surveillance and Court Agreement (SCA) (Article 5(1)), the ESA functions to monitor compliance with EEA law obligations in a somewhat comparable manner to that of the Commission in the EU legal order, a sort of 'guardian' of the Treaties. Furthermore, in accordance with Article 31 SCA, if the ESA deems a Contracting Party has infringed EEA law through the failure to fulfil an obligation imposed by the EEA Agreement or SCA; the ESA may "deliver a reasoned opinion on the matter after giving the State concerned the opportunity to submit its observations". Non-compliance by the State in question within the allocated time period may result in the ESA bringing the issue before the EFTA Court in an action for infringement of EEA law. If the EFTA Court confirms a breach of EEA law, the EEA State in question has to take action to remedy the breach. The ESA, however, is not vested with powers analogous to Article 260 TFEU; since there is no imposition of financial penalties for non-compliance with EEA law.

established under the *Köbler*⁴³ jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU), a judgment that the ESA has considered to be applicable to the EEA Agreement, and upheld by the EFTA Court in the *Kolbeinsson*⁴⁴ case. Both letters are addressed to the executive (specifically to the Ministry of Foreign Affairs), but they refer to cases of legislative and judicial resistance to EEA law.

3.1 Legislative resistance. The precedence in application of domestic law in case of conflict with EEA law (Article 3 EEA Act 2/1993 and Protocol 35 EEA Agreement)

The authority of EEA law is strongly linked to its correct implementation, its effectiveness in practice and the judicial protection of individual rights deriving from its provisions. In accordance with the view of the ESA on Protocol 35 to the EEA Agreement, EEA implemented law must prevail in circumstances in which it conflicts with domestic law (both adopted *ex-ante* and *ex-post*). This is necessary, as otherwise, it would be difficult to give practical effect to the application and enforcement of EEA law in the domestic legal order (lack of primacy and direct effect).⁴⁵

The core question is the following. The ESA is of the opinion that Article 3 of Iceland's EEA Act 2/1993 (EEA Act or *Lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið*) inadequately implements obligations under Protocol 35 of the EEA Agreement into domestic law,⁴⁶ following a series of rulings from the Supreme Court which disregard EEA-based law.⁴⁷

The Authority states in its letter that the "Supreme Court maintains that an interpretation on the basis of Article 3 EEA Act nr. 2/1993 cannot lead to the wording of Icelandic legislation being disregarded".⁴⁸ However, Protocol 35 also requires precedence in application where interpretation cannot result in

⁴³ CJEU. Case C-224101 *Köbler*. EU:C:2003:513.

⁴⁴ EFTA Court. Case E-2/10 *Kolbeinsson* [2009-2010] EFTA Ct. Rep. 234.

⁴⁵ Protocol 35 of the EEA Agreement on the implementation of EEA rules reads: "Whereas this Agreement aims at achieving a homogeneous European Economic Area, based on common rules, without requiring any Contracting Party to transfer legislative powers to any institution of the European Economic Area; and
Whereas this consequently will have to be achieved through national procedures;
Sole Article

For cases of possible conflicts between implemented EEA rules and other statutory provisions, the EFTA States undertake to introduce, if necessary, a statutory provision to the effect that EEA rules prevail in these cases."

⁴⁶ Article 3 EEA Act 2/ 1993 states that "[s]tatutes and regulations shall be interpreted, in so far as appropriate, in conformity with the EEA Agreement and the rules laid down therein". In Icelandic: "Skýra skal lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja."

⁴⁷ See case-law mentioned in the letter and also Hannesson, O.Í, "Advisory Opinions in the EEA: The Icelandic Supreme Court and the EFTA Court", *European Law Review*, 2018, vol. 6, pp. 858-879.

⁴⁸ ESA. Letter of 13 December 2017, para. 36, 38 and 49. Letter available online at <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=4071> (last accessed on 15 February 2020).

compatibility, and thus demands a significant degree of judicial cooperation from national courts.⁴⁹ The ESA notes that there has been only but a single case in which the Supreme Court concluded that implemented EEA provisions prevail over domestic law, contrary to the obligations assumed in Protocol 35.⁵⁰

The ESA's decision to send such a letter should not come as a surprise for those following EEA law, since the problem is rather well-known.⁵¹ The core of the issue arises from the fact that Protocol 35 EEA Agreement tries to combine classic international law (entailing a lack of transfer of supranational powers and respect for dualism and national domestic law) with the constraints of supranational EU law, requiring primacy over domestic law (and sometimes direct effect). The provision contains a commitment requiring State parties to adopt, if necessary, a statutory provision to solve cases of possible conflicts between implemented EEA rules and other statutory provisions, to the effect that EEA rules prevail in these cases. In a nutshell, it requires what is usually a rule of conflict (to give precedence of application to a rule of national law implementing EEA law and not supremacy of EEA law itself) in case other tools fail to do so (such as consistent interpretation of national law in light of EEA law). In spite of its clear wording, the Icelandic legislator adopted Article 3 EEA Act 2/1993 (implementing Protocol 35) and omitted or "forgot" about that obligation of result (a rule of conflict giving precedence/quasi primacy to EEA law) mentioning only a (pre-existing) single rule of friendly interpretation.⁵²

The ESA is not alone in this view of Article 3 of the EEA Act 2/1993. The view that the Icelandic legislative provisions seem to run contrary to the obligations assumed via the EEA Agreement may be derived from the statements of the EFTA Court in its seminal cases *Restamark*,⁵³ E-1/01 *Hörður Einarsson*⁵⁴ and E-1/07 *Criminal proceeding against A*.⁵⁵ A related case is *Karl K. Karlsson*⁵⁶

⁴⁹ See, further, on the meaning of Protocol 35, Thomas Burri and Benedikt Pirker, 'Constitutionalisation by Association? The Doubtful Case of the European Economic Area', *Yearbook of European Law*, 2013, vol. 32 (1), pp. 207, 222-224.

⁵⁰ Supreme Court. Case No. 477/2002 *Hörður Einarsson v The Icelandic State* of 15 May 2003. See also para. 29 of Letter ESA from 13 December 2017, available online at <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=4071> (last accessed on 15 February 2020).

⁵¹ This is the second time a letter is sent. A similar letter was sent on 11 April 2012 referring to three judgments from the Supreme Court of Iceland where precedence in application was given to purely domestic law over EEA- based implemented law. The Government of Iceland did not reply publicly to the letter. See Report from 2019 on the EEA Agreement, pp 101-102, available online at: <https://www.stjornarradid.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=013b2f1a-e447-11e9-944d-005056bc4d74> (last accessed on 15 February 2020).

⁵² Although in the explanatory memorandum preceding the Act 2/1993 another possible rule for interpretation was laid out, implemented EEA –domestic law as *lex specialis vis-a-vis* general Icelandic law. This other rule of interpretation was applied in case *Einarsson* by the Supreme Court of Iceland, case nr. 477/2002 *Hörður Einarsson gegn íslenska ríkinu*.

⁵³ EFTA Court, Case E-1/94 *Restamark*, [1994–1995] EFTA Court Report 15.

⁵⁴ EFTA Court, Case E-1/01 *Einarsson* [2002] EFTA Court Report 1.

⁵⁵ EFTA Court, Case E-1/07 *Criminal Proceedings Against A* [2007] EFTA Court Report 246.

⁵⁶ EFTA Court, Case E-4101 *Karlsson* [2002] EFTA Ct. Rep. 240.

though it does not deal with the so-called “quasi-primacy” of EEA law, but with its quasi-direct effect and State liability.⁵⁷ For Þórisson, the conclusion is clear: the dualistic nature of the Icelandic legal order is at the root of constitutional concerns over the implementation of EEA law⁵⁸

In order to conclude this section, it is important to note that the problem stated originates more than 25 years ago in Iceland’s initial legislative implementation of the EEA Agreement, but it is only now that the ESA has taken action, probably due to the series of rulings on the part of the Supreme Court in the last decade.

3.2 Judicial resistance and national restrictions on State liability for judicial breaches of EEA law. The *Kolbeinsson* saga

Another important legal issue still unsettled in EEA law is whether there is a clear State liability for (manifest) judicial breaches of EEA law (in rulings by Supreme Courts) parallel to the EU legal order in spite of the fact that, 1) under the EEA and SCA Agreements, courts of final instance do not have an obligation (in principle) to request advisory opinions from the EFTA Court to receive an interpretation of EEA law (similar to preliminary rulings on questions of interpretation from the CJEU by courts of the EU MS); and 2) that advisory opinions are (also in principle) not legally binding upon national courts.

In the EU legal order, Member States are liable for damages caused to individuals for breaches of EU law for which the State is responsible (*Francovich*⁵⁹). In *Köbler*⁶⁰ the CJEU clearly confirmed that this principle also applies to infringements of EU law stemming from a decision of a judicial body adjudicating at last instance. According to the Court of Justice, in the light of the essential role played by the judiciary in the protection of the rights derived by individuals from EU rules, the full effectiveness of those rules would be called in question and the protection of those rights would be weakened if individuals were precluded from being able, under certain conditions, to obtain reparation when their rights are affected by an infringement of EU law attributable to a decision of a court of a Member State adjudicating at final instance. According to the CJEU, this

⁵⁷ A commentary of the cases in relation to this problema can be found in Einarsdóttir, M., “Forgangsaðhrif EES-réttar í íslenskum rétti”, *Tímarit Lögréttu* 2014, pp. 75-86.

⁵⁸ Stefán Geir Þórisson, ‘Icelandic Bar’ in Baudenbacher, C. (eds). *The Handbook of EEA law*, Springer, New York, 2016, p. 319.

⁵⁹ Judgment in *Francovich*, Joined Cases C-6/90 and C-9/90, EU:C: 1991:428.

⁶⁰ Judgment in *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513, paragraphs 39 and 40. For a comment of case *Köbler* see Varga, S. “The application of the Köbler doctrine by Member State Courts”, *ELTE Law Journal*, 2016 (2) available online at <https://eltelawjournal.hu/the-application-of-the-kobler-doctrine-by-member-state-courts/> (last accessed on 15 February 2020) and “Why is the Köbler principle not applied in practice”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, vol. 23 (6), pp. 984-1008, available online at: <https://doi.org/10.1177/1023263X1602300605>.

principle of state liability under EU law requires a manifest infringement of EU law on behalf of a court of last instance, usually a Supreme Court⁶¹.

Furthermore, in the EU pillar, the State liability for breaches of EU law (including judicial breaches) has been developed in other case-law (as per the case of *Ajos*⁶²); and connected to the rights and obligations of highest national courts under Article 267 TFEU (cases *Melki and Abdeli*⁶³ and *case A v. B. and others*⁶⁴). Infringement actions have been taken by the Commission in the last decade on the basis of judicial violations of EU law in cases *Commission v. Italy*⁶⁵ and *Commission v. Spain*.⁶⁶ In both cases the infringement action is exercised against Member State and not the judiciary itself, and as such the independence of national courts is guaranteed. Both cases seem to indicate, however, that the Commission and the CJEU will no longer refrain from holding the State responsible for judicial infringements and are taking a stricter approach. In this regard, the breach of obligation to refer to the ECJ preliminary questions on interpretation of EU law also qualifies as violation of EU law and may lead to an infringement case initiated by the Commission (case *Commission. vs. France*⁶⁷ in relation with the CILFIT doctrine on *acte clair*⁶⁸).

Under the EEA Agreement, the principle of State liability for breaches of EEA law has been clearly established by the EFTA Court in the cases *Erla Maria Sveintjörnsdóttir*⁶⁹, *Karlsson*⁷⁰, *Nguyen*⁷¹ and *HOB -vin ehf.*⁷², though it should be

⁶¹ A court of final instance in the case in question, rather than necessarily the highest instance in the judicial pyramid. Taking into account the specific nature of the judicial function, the CJEU has also held that state liability for infringement of EU law by a national supreme court can be incurred only in the exceptional case where the court has 'manifestly infringed the applicable law'. CJEU, Case C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo*, C-173103, EU:C:2006:391 at para. 32, 42 (and later case C-168/15 *Tomášová*, ECLI:EU:C:2016:602 at para. 24) . For a comment on *Traghetti* see Toledano Cantero, "Passivity of authorities and/or courts and remedies against it. Liability of judges". Presentation held at European Judicial Training Network, Brussels, 10 April 2019 - AD/2019/02 available online at: <http://www.ejtn.eu/PageFiles/17840/Rafael%20Toledano%20Cantero%20EJTN%20AD-2019-02%20Brussels%2010-04-19.pdf> (last accessed on 15 February 2020).

⁶² *Ibid*, para 43 (obligation for judges not to substitute State liability for other principles of EU law).

⁶³ *Melki and Abdeli* (n 53) paras 44 and 45.

⁶⁴ *A v B and Others* (n 55) para 38.

⁶⁵ This case refers to the failure of a Member State to fulfil obligations with a construction contrary to Community law of national legislation by case-law and administrative practice. CJEU, Case C-129/00 *Commission v. Italy* EU:C:2003:656.

⁶⁶ Here a single wrong ruling/interpretation on VAT from the Supreme Court of Spain was considered sufficient to give rise to an action of non-compliance under TFEU Article 258. See CJEU, Case C-154/08 *Commission v. Spain* EU:C:2009:695. See also comment on this case by López Escudero, M. 'Case C-154/08, Commission v. Spain, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 12 November 2009, not yet reported'. *Common Market Law Review*, vol. 48, issue 1(2011), pp. 227-242.

⁶⁷ Case C-416/17 *European Commission v. French Republic* EU:C:2018:811.

⁶⁸ Case C-283/81 *Srl CILFIT and Lan.ficio di Gavardo SpA v. Ministry of Health* EU:C:1982:335.

⁶⁹ EFTA Court, Case E-9/97 *Sveintjörnsdóttir* [1998] EFTA Ct. Rep. 95.

⁷⁰ EFTA Court, Case E-4101 *Karlsson* [2002] EFTA Ct. Rep. 240

⁷¹ EFTA Court, Case E-8107 *Nguyen* [2008] EFTA Ct.Rep.224.

⁷² EFTA Court, Case E-2112 *HOB-vin ehf.* [2012] EFTA Ct. Rep. 1092.

noted that the basis for the establishment of the doctrine was not grounded in the *Francovich* jurisprudence but directly on the EEA Agreement. What is uncertain is whether the *Köbler*⁷³ doctrine, involving breaches by the judicial branch, has been clearly established by the EFTA Court.

The Supreme Court of Iceland has on two occasions applied Icelandic law in conflict with EEA law in such a serious way (in its *Kolbeinsson I* and *II* rulings)⁷⁴ that the question about State liability for judicial breaches has been advanced by the ESA.⁷⁵ The outcome of the cases was that no EEA law rights and no national remedies for exercise of those more extensive rights were available for Mr. Kolbeinsson.

At European level, in the case *Kolbeinsson*,⁷⁶ the ESA submitted that many of the principles established in *Köbler*⁷⁷ concerning judicial breaches of EU law (including misinterpretation) also apply to the EEA legal order provided there was a “manifest infringement”⁷⁸. As a conclusion, the EFTA Court noted (albeit *obiter dictum*), that the referring Icelandic court had not posed such a question but, if an EEA/EFTA State were to incur liability for judicial breaches of EEA law, that breach would have to be manifest in character (para 77).⁷⁹ The nature of this *obiter dictum* complicates the matter somewhat and leads to opposing interpretations.⁸⁰

⁷³ EFTA Court, Case E-210 *Kolbeinsson* [2009-2010] EFTA Ct. Rep. 234 and CJEU, Judgment in *Köbler*, C-224101, EU:C:2003:513. In particular, the *Kolbeinsson* case is available online at <https://eftacourt.int/download/2-10-judgment/?wpdmdl=1362> (last accessed on 15 February 2020).

⁷⁴ Supreme Court of Iceland, Case nr. 246/2005, *Þór Kolbeinsson I* and case nr. 405/2011 *Þór Kolbeinsson II*. In the first case, applying national tort rules (self-responsibility for an accident at work as an employee/carpenter) the Supreme Court denied an individual of more extensive rights deriving from EEA law (employer’s responsibility and the extra right to financial compensation). Later, in a second case, when Mr. Kolbeinsson sought damages for a judicial breach of EEA law, the Supreme Court ruled that Icelandic procedural law precludes individuals from seeking damages when the Supreme Court does not apply EEA law (principle of *res iudicata*). It was held that the requested remedy simply did not exist under national law.

⁷⁵ The ESA letter of formal notice on Protocol 35 to Iceland from December 2017 detected many other cases where Icelandic law was applied in conflict with EEA law but without relating them to the *Köbler* doctrine. ESA. Letter to the Icelandic Ministry of Foreign Affairs of 13th December 2017. Decision No: 212/17/COL. Letter of formal notice to Iceland concerning Iceland’s implementation of Protocol 35 to the EEA Agreement’, available online at <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=4071> (last accessed on 15 February 2020).

⁷⁶ EFTA Court, Case E-2/10 *Kolbeinsson* [2009-2010] EFTA Ct. Rep. 234, in particular paragraph 77.

⁷⁷ EFTA Court, Case E-210 *Kolbeinsson* [2009-2010] EFTA Ct. Rep. 234 and CJEU, Judgment in *Köbler*, C-224101, EU:C:2003:513. *Kolbeinsson* case is available online at <https://eftacourt.int/download/2-10-judgment/?wpdmdl=1362> (last accessed on 15 February 2020).

⁷⁸ The Norwegian Government disagreed arguing that there was not a legal basis in the EEA Agreement to sanction the incorrect application/interpretation of EEA law by national courts. Since there is no obligation to refer to request an interpretation, there can be no sanction for incorrect application (para. 70). The Icelandic Government (defendant) did not elaborate on this point but simply stated in the written pleadings that State liability under EEA law is an exception and not a general rule.

⁷⁹ In its letter of 17 June 2015, para. 39, the ESA also refers to the Judgment of the CJEU in case *Traghetti del Mediterraneo*, C-173103, EU:C:2006:391, paragraph 35.

⁸⁰ Gísladóttir, S. I., *The Saga of Þór Kolbeinsson. Challenges of Imagining State Liability for Judicial Infringements of EEA Law in Iceland*. Master’s thesis supervised by M. Elvira Méndez Pinedo,

As it is the case in EU law, liability of the state is to be enforced before national courts, and, in principle, according to national rules. The problem is that, based on national rules restricting this possibility and in purely domestic cases, liability for judicial acts cannot be incurred or could only be incurred under strict conditions. In EU law (on the basis of the principle of primacy), national courts adjudicating on *Köbler*-type claims are required to set aside domestic rules hindering the effective application of the right in question.⁸¹ For that reason, the CJEU has also declared that the principle of State liability under EU law also precludes provisions of national law which in practice make the application of *Köbler*-type liability impossible.⁸²

The *Kolbeinsson* saga in Iceland represents a textbook example of judicial liability and resistance to EEA law, combined with a national restriction on State liability for judicial breaches of EEA law. Since the case-law in the EU pillar is so clear on these issues (at least in theory⁸³), it leads to the ESA starting the first step of infringement procedures and declaring officially both in 2015 (via a letter of formal notice)⁸⁴ and 2016 (via a reasoned opinion)⁸⁵ that Iceland was in violation of the EEA Agreement. In view of the ESA, it seems that by excluding, under national provisions, any State liability for damages caused to individuals by breaches of EEA law by a court adjudicating at final instance (on the basis of an incorrect interpretation of EEA law), Iceland has failed to fulfil its obligations arising from the general principle of State liability for breaches of EEA law under the EEA Agreement which extends to liability for breaches by the judicial branch. The Icelandic Government, on the contrary, has always objected to the Authority's conclusions regarding the scope of the general principle of State liability for breaches of EEA law under the EEA Agreement. It has never agreed that *Kolbeinsson* confirmed that the general principle of State liability under the EEA Agreement extended to liability for judicial breaches.⁸⁶

University of Iceland, 2012, available online at <https://skemman.is/handle/1946/13082?locale=en> (last accessed on 15 February 2020).

⁸¹ CJEU, Case 106/77 *Simmmenthal*, EU:C:1978:49.

⁸² CJEU, Case C-160/14 *Ferreira da Silva e Brito*. ECLI:EU:C:2015:565 para. 60.

⁸³ State liability for Judicial breaches in EU law is settled in theory but, in practice, research has proven that the situation might be far from perfect in all 27 EU Member States. See Varga, S. "The application of the *Köbler* doctrine by Member State Courts", *ELTE Law Journal*, 2016 (2) and from same author, "Why is the *Köbler* principle not applied in practice", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, vol. 23 (6), pp. 984-1008.

⁸⁴ Letter of 15 June 2015 Letter of formal notice to Iceland of 15 June 2015 concerning State liability for breach of EEA law by a court adjudicating at last instance available online at <http://www.eftasurv.int/media/decisions/752617.pdf> (last accessed on 15 February 2020).

⁸⁵ Reasoned Opinion to Iceland of 20 January 2016 concerning Iceland's failure to fulfil its obligations arising from the general principle of State liability for breaches of EEA law under the EEA Agreement available online at <http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/775380.pdf> (last accessed on 15 February 2020).

⁸⁶ According to the Icelandic Government, the EFTA Court's reference to judgment in *Köbler* is unclear and the subject matter falls outside the scope of the questions referred to the Court. In spite of the arguments put forward by Iceland, the ESA defend its interpretation and concludes that the possibility that a State may be rendered liable for judicial decisions contrary to EEA law does not

As was the case with the previous letter from the ESA, this issue is still unresolved. As Fredrikssen has pointed out, the rulings from the Supreme Court of Iceland in the *Kolbeinsson*⁸⁷ cases hardly contribute anything to the discussion from the perspective of EEA law; they only make it clear that the application of an EEA law principle of State liability for judicial wrongdoing will necessitate changes in the rules on *res iudicata* in the Icelandic Code of Civil Procedure. In his view, it also "remains to be seen whether the EFTA Surveillance Authority will pursue the apparent conflict between an EEA law principle of State liability for judicial wrongdoing (which ESA argued in favour of before the EFTA Court in *Kolbeinsson*) and the Icelandic rules on *res iudicata*".⁸⁸ Last but not least, it looks like the *Sævar Jón Gunnarsson* aftermath case in the area of consumer/mortgage credit law (see section 2) is heading on the same direction, as an appeal is currently pending before Landsréttur.⁸⁹ Unfortunately, this case as well as the letter from the ESA prove that the role of Supreme Court affording consumer protection under EEA law is far from standards set by EU law and the CJEU's case-law, something that some Icelandic scholarship seems to ignore.⁹⁰

4. Judicial, legislative, executive or constitutional resistance?

Ever since the EEA Agreement was being negotiated, debates have ensued in Iceland concerning whether acceptance of the Agreement contravened the Icelandic Constitution.⁹¹ The legal conclusion of the specialists commissioned to study the problem at the time and again today (25 years and 18 reports later) is that, in spite of constitutional constraints, the ordinary legislator can, without

pose any risk to the independence of the courts. Nor is the finality of the decisions of the courts called into question: The principle of State liability requires compensation for loss, but not a revision of the final judgment. For a comparison between State liability in EU and EEA law see Magnusson, S. and Hannesson, O.Í., "State liability in EEA Law: towards parallelism or homogeneity?", *European Law Review*, 2013 (2), pp. 167-186.

⁸⁷ Supreme Court of Iceland, Case nr. 246/2005, *Þór Kolbeinsson I* and case nr. 405/2011 *Þór Kolbeinsson II*.

⁸⁸ Fredrikssen, H.H., "The EFTA Court and the Principle of State Liability: Protecting the Jewel in the Crown", in Baudenbacher, Carl; Speitler, Phillip; Pálmarsdóttir, Bryndís; EFTA Court, EFTA Court (eds), *The EEA and the EFTA Court: Decentred Integration*, 2014, pp. 317-334, and especially on p. 325 and 331, available at <http://bora.uib.no/bitstream/handle/1956/10120/Fredriksen+ch+26.pdf;sequence=3> (last accessed on 15 February 2020).

⁸⁹ EFTA Court, Case E-27/13, *Sævar Jón Gunnarsson v. Landsbankinn* [2014] EFTA Ct. Rep. 1093. Baudenbacher has noted that there are no "room for manoeuvre" claims in Iceland. "Icelandic courts have usually followed EFTA Court rulings but there seem to be some tricky questions in the aftermath of *Kolbeinsson* and *Sævar Jón Gunnarsson* cases". See Baudenbacher, C. *Fundamental Principles of EEA law. EEA-ities*, Springer, New York, 2017, on p. 55.

⁹⁰ See Jónsson, E., "Þattur Hæstiréttar in þrún neytendarverndar", *Hæstiréttur í hundrad ár*, Hið íslenska bókmenntafélagið, 2020, pp. 133-161. Concerning problems of Icelandic application of EEA consumer/mortgage credit law this article does not examine any literature other than Icelandic legal journals, in spite of relevant doctrine published internationally on the issue; and focuses only on domestic cases adopting court's perspective and argumentation. It concludes that the Supreme Court has done a good work improving consumer protection in Iceland after EEA Agreement.

⁹¹ Méndez-Pinedo, M. E., *EC and EEA Law. A Comparative Study of the Effectiveness of European Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2009, p. 115.

amendments of the current constitution in force, transfer powers of the state to international organizations to a certain extent in certain circumstances.⁹²

The core problem of this study therefore comprises a dual political and legal nature. The constitutional identity of Iceland (and in particular, Article 2 of the Constitution, which implicitly forbids any general transfer, share or pooling of competences to a supranational/international organisation⁹³) relies on a specific understanding of sovereignty, legally imprecise but politically emotional, which is only partially explained by Iceland's history and relatively recent independence⁹⁴. In fact, the Icelandic Constitution and abovementioned domestic act implementing the EEA Agreement (EEA Act no. 2/1993) is closed towards EEA law and relies on a strict dualism to deal with it.⁹⁵ This has led to a political situation where the Parliament (both in ordinary and in a constitutional role) has avoided for more than 25 years taking any formal step to clarify the relationship between EEA law and national law with the consequence that the decision is left (in practice) to the judicial branch. The implementation and execution of the EEA Agreement works mostly in practice (some would say more or less "smoothly") but at a price of leaving certain issues unresolved.⁹⁶

The political context has led to a legal grey area, with consequences for private individuals and economic operators. While the procedural autonomy of domestic supreme courts is greater in the context of the EEA legal framework (SCA Agreement) when compared to the EU model, such autonomy is only sustainable as long as there are neither open conflicts between national law and EEA implemented law nor judicial breaches of EEA law (and State liability doctrine). As long as the judiciary complies with the *obligation de résultat* (concerning the protection of individual rights and access to justice) and loyalty duties that are prescribed by the EEA treaty, the status quo will work in practice.

⁹² See Report of the Working Group on the EEA Cooperation (2019) pp. 259-282 available online at <https://www.stjornarradid.is/lisa-lib/getfile.aspx?itemid=013b2f1a-e447-11e9-944d-005056bc4d74> (last accessed on 15 February 2020).

⁹³ Constitution of the Republic of Iceland (Act. no. 33/1944). Article 2 provides: "Alþingi (Parliament) and the President of Iceland jointly exercise legislative power. The President and other governmental authorities referred to in this Constitution and elsewhere in the law exercise executive power. Judges exercise judicial power."

⁹⁴ Bergmann, E., "Sense of Sovereignty. How national sentiments have influenced Iceland's European policy", *Sjórnmal og sjórnsýsla vefitimarit*, 2009, issue no. 2, pp. 203-223. As an example, society is divided and polarised around issues such as eventual accession to the EU in the period 2009-2015 on grounds of sovereignty.

⁹⁵ There used to be a similar problem regarding the European Convention of Human Rights until a constitutional reform took place in the 90s. In practice, the Supreme Court's interpretive approach towards the ECHR meant that it was, to a large extent, possible for Icelandic citizens to demand their rights under non-incorporated human rights treaties - even in the presence of national legislation barring such a result. That extended version of the rule of interpretation could even be seen as a direct application of the Convention. On this issue, see Hannesson, O. Í, "The Status of Non-Implemented EEA Law in Iceland: Lessons from the Judicial Reactions of the Supreme Court to International Law", *Nordic Journal of International Law*, 2011 (80), pp. 425-458.

⁹⁶ See on this problem Einarsdóttir, M., "Incorporation and Implementation – The Execution of the EEA Agreement by the Icelandic State", *Nordic Journal of European Law*, 2019, vol. 2 (1), pp. 1-23.

However, as recent research has shown (see below Einarsson, Pétursson and Hannesson), the Icelandic Supreme Court has, on several occasions, decided to give precedence to conflicting national law over duly implemented EEA law, leading to private individuals suffering a denial of their European rights without the State liability principle coming to the rescue due to the strict conditions for its exercise and the lack of national remedies for judicial breaches of EEA law (see section 3 on *Kolbeinsson*). It is precisely for these reasons that the ESA has determined that there is a structural problem in Iceland concerning Protocol 35 and Article 3 of Act 2/1993, which deprives EEA law of its authority and effectiveness, to the detriment of private individuals.

Iceland is therefore trapped in a dilemma that has become very public: how to defend its understanding of sovereignty and constitutional identity against the need to secure the application and enforcement of EEA law and provide judicial protection of individual rights.

This dilemma is not new.⁹⁷ Some judicial resistance towards EEA law was previously detected although there were too few cases to determine the existence of a general trend.⁹⁸ However, as Einarsdóttir concluded as early as 2014, if a consistent EEA friendly interpretation of domestic law is not possible, the Supreme Court will allow Icelandic general law to prevail, with the result that EEA implemented rules do not have any precedence in application.⁹⁹ In her view, Article 3 of Act 2/1993, as interpreted by the Supreme Court¹⁰⁰, fails to respect the obligations assumed by Iceland under Protocol 35 of the EEA Agreement.¹⁰¹

⁹⁷ On 16 February 2020, the Supreme Court of Iceland celebrated its 100 anniversary, see the collection of articles by several authors in the recent book, *Hæstiréttur 100 ár*, Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík, 2020, 556.

⁹⁸ A letter was sent by ESA to Iceland on 11 April 2012 referring to three judgments from the Supreme Court of Iceland where precedence in application was given to purely domestic law over EEA-based implemented law. The Government of Iceland did not reply publicly to the letter. See Report from 2019 on the EEA Agreement, pp 101-102, available online at: <https://www.stjornaradid.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=013b2f1a-e447-11e9-944d-005056bc4d74> (last accessed on 15 February 2020).

⁹⁹ Einarsdóttir, M., “Forgangssáhrif EES-réttar í íslenskum rétti”. *Tímarit Lögréttu*, 2014, pp. 75-86. From the same author see also previous publication “Forgangssáhrif réttilegra innleiddra EES-reglna”, *Tímarit Lögréttu*, 2010, pp. 25-36.

¹⁰⁰ Einarsdóttir finds that the Supreme Court of Iceland departed from considering EEA-implemented rules as *lex specialis* taking precedence over other (conflicting) domestic law in case *Einarsson* and followed a different path, in cases nr. 220/2005 (Tobacco case) and nr. 274/2006 (Prosecution against X). In these other later cases Icelandic law is applied without any consideration or reference to the EEA Agreement or to the EEA Icelandic Act 2/1993. In a more recent case nr. 10/2013 (*Landsbankinn lf. against Flugstraumi ehf.*) the Supreme Court finds that Article 3 of the Act 2/ 1993 contains only a rule of friendly interpretation that can never lead to the non-application of conflicting domestic law nor the interpretation *contra-legem* of Icelandic law.

¹⁰¹ Einarsdóttir, M., “Forgangssáhrif EES-réttar í íslenskum rétti”. *Tímarit Lögréttu*, 2014, p. 85. “Telur rétturinn þannig að í 3. gr. eesl. felist einungis lögskýringarregla sem taki „eðli máls samkvæmt til þess að orðum í íslenskum lögum verði svo sem framast er unnt gefin merking sem rúmast innan þeirra og næst kemst því að svara til sameiginlegra reglna sem gilda eigi á Evrópska efnahagssvæðinu. Slík lögskýring [geti] á hinn bóginn ekki leitt til þess að litið verði fram hjá orðum íslenskra laga [...]”. See also on State liability for judicial breaches of EEA law

Pétursson has also analysed the most recent jurisprudence of the Icelandic Supreme Court up to 2017 and agrees with Einarisdóttir that it had steered away from the possible *lex specialis* solution adopted in the seminal *Einarsson*¹⁰² case (interpreting Art. 3 of Icelandic Act no 2/1993), demonstrating judicial reluctance to comply with duties under the EEA Agreement.¹⁰³ His conclusions are also clear: at least in some important and relevant instances, the Icelandic Supreme Court has gone against EU directives and relevant ECJ decisions on the basis of Icelandic laws.¹⁰⁴

In his doctoral dissertation defended in 2013 on the topic, Hannesson concluded that there were too few cases to affirm a general disregard of EEA law by the Supreme Court of Iceland¹⁰⁵. However, by 2018, his conclusions had changed due to new empirical data (more recent rulings). In his latest publication, undertaken after a thorough analysis of the Icelandic reception of the EFTA Court's advisory opinions, he now agrees with ESA's view that the Icelandic courts fail in practice to grant correctly implemented EEA provisions precedence over purely Icelandic law, contrary to the obligations outlined in Protocol 35.¹⁰⁶

Einarisdóttir, M., "Bótaábyrgð vegna brota á EES-rétti sem rekja má til æðstu dómstóla", *Tímarit lögræðinga*, 2011, vol. 61(1), pp. 5-33 and Einarisdóttir, M., "Incorporation and Implementation – The Execution of the EEA Agreement by the Icelandic State", *Nordic Journal of European Law*, 2019, vol. 2 (1), pp. 1-23.

¹⁰² Supreme Court of Iceland, case nr 477/2002.

¹⁰³ Pétursson studies particularly three cases. In Icelandic Supreme Court case no. 79/2010, Council Directive 85/374/EEC concerning liability for defective products had been incorporated into Icelandic law with act no. 25/1991. The directive called for liability for producers and importers of products. However, Act no. 25/1991 went further, wrongly adding suppliers to the list of those liable. The court stated that this clear rule of the Icelandic act could not be interpreted in line with the directive according to art. 3 of act no. 2/1993 so that suppliers would not be liable. This run contrary to the ECJ preliminary decision no. C-402/03 where the ECJ stated that liability for defective products according to *Council Directive no. 85/374EEC* could not be extended to include suppliers as well as producers and importers. A rule including supplier liability was to be found in Danish law as was the case in Iceland in case no. 79/2010. Despite the ruling of the ECJ in this case the Supreme Court reached a verdict in accordance with the wrongly implemented Icelandic law. Secondly, in case no. 10/2013 the court cited case no. 79/2010 when denying a petition for an advisory opinion of the EFTA Court. Finally, in case no. 92/2013 the court cited both cases mentioned above as reasoning for applying the Icelandic rule not in accordance with an EU directive. In this case the court even went against an advisory opinion of the EFTA court. See Pétursson, G. Þ., "Forgangur EES-reglna. Hvað er að fréttu af bókun 35?" in Ólafsdóttir, S. Í. (ed.), *Fullveldi í 99 ár. Söfn rúngerða til heiðurs dr. Davíð Þór Ejörgvinssyni sextugum*, Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík 2017, pp. 201-223, specially pp. 214-219.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 214-215.

¹⁰⁵ See Part II (Hannesson) in Mendez-Pinedo, M.E. and Hannesson, O. Í., *The authority of European Law. Exploring primacy of EU law and effect of EEA law from European and Icelandic perspective*. Lagastofnun/Law Institute, Reykjavík, 2012 and doctoral dissertation "Giving effect to EEA law: examining and rethinking the role and relationship between the EFTA Court and the Icelandic National Courts in the EEA legal order" defended at the European University Institute, 2013. More information available online at: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/28418> (last accessed on 15 February 2020).

¹⁰⁶ Hannesson, O. Í., 'Advisory Opinions in the EEA: The Icelandic Supreme Court and the EFTA Court', *European Law Review*, 2018, vol. 43 (6), pp. 858-879, specially on p. 866. Hannesson

In an earlier article, Hannesson had argued for a potential means for Icelandic courts to give non-implemented EEA law effect, an issue that is usually problematic in a pure dualistic system, and one that is not always explored by doctrine, since it is difficult to solve. Hannesson maintained that since essential similarities exist between the legal systems of the EEA and the ECHR concerning this problem, a similar method might be conceivable in relation to the effect of non-implemented EEA law in Iceland as that employed in relation to the ECHR.¹⁰⁷ Last but not least, Hannesson has studied in depth when and how the Icelandic Supreme Court has decided to refer a question to the EFTA Court for an advisory opinion.¹⁰⁸ Some of his findings are extremely interesting since they point to misuse of the *acte éclairé* doctrine elaborated by the CJEU.¹⁰⁹

The above observations lead the present author to conclude this section with the affirmation that, in spite of the unresolved problems of EEA in Iceland originating in the Constitution and EEA Act 2/1993 (a legislative act proposed by the executive), at present, the tension is due mostly to the role of the Supreme Court disregarding and/or undermining the authority and effect of the EEA

refers to the reluctance to refer cases to the EFTA Court for advisory opinions under Article 34 SCA specifically when Icelandic law is unambiguous, pointing to the tensions between homogeneity required under EEA law and autonomy and sovereignty as a dualist State (p. 858). He also notes the Icelandic Supreme Court's inclination to apply the *acte éclairé* doctrine, whereby the domestic law is interpreted in a manner as to preclude any ambiguity or room for interpretation requiring a referral. While, in his view, this test is only justifiably applicable in conflict regarding non-implemented EEA law; the Court appears to apply it indiscriminately (p. 866). Additionally in regard to criminal cases and other cases amongst private parties, Hannesson finds that the Supreme Court has omitted to interpret (implemented) EEA law on the grounds that such activities fall under the empire and are governed by Icelandic law (p. 867).

¹⁰⁷ Hannesson analysed how the Icelandic Supreme Court applied the ECHR after it was ratified but before it was incorporated into domestic law. E.g. in case *no. 1992:174* the court construed the Icelandic criminal code in concurrence with art. 6 ECHR, deciding that the Icelandic state should pay for interpretive services for a foreign man even though this was clearly opposite to the statutory rule. See Hannesson, O. Í, "The Status of Non-Implemented EEA Law in Iceland: Lessons from the Judicial Reactions of the Supreme Court to International Law", *Nordic Journal of International Law*, 2011 (80), pp. 425-458, specially on pp. 439 and 455.

¹⁰⁸ Generally, the Supreme Court is compliant with the findings of the EFTA Court, employing them almost as if they have binding effect. Supreme Court Cases *no. 169/2011*, *191/2012* and *506/2016* are all examples of the court using an advisory opinion as the framework for its reasoning and conclusion. However, if an Icelandic statutory rule is very clear and the court does not see how it can be interpreted in another manner (in the light of EEA law) it is very reluctant to request an advisory opinion. Similarly, the Supreme Court is less likely to refer a case to the EFTA Court if there is a strong and firm interpretative precedent on the matter in question. See Hannesson, O.Í, "Advisory Opinions in the EEA: The Icelandic Supreme Court and the EFTA Court", *European Law Review*, 2018, vol. 6, pp. 858-879, specially on pp. 858 and 866-867.

¹⁰⁹ The methodology for how the Icelandic courts decide to refer cases to the EFTA Court is well demonstrated in the Icelandic Supreme Court case *no. 212/2005 HOB-vin I*. According to Hannesson, a worry some trend is taking place. The Icelandic Supreme Court has recently shifted towards citing EU law jurisprudence, claiming that the CJEU has already resolved a particular matter, as a basis for denying requests for advisory opinions to be sent to the EFTA Court. See Hannesson, O.Í, "Advisory Opinions in the EEA: The Icelandic Supreme Court and the EFTA Court", *European Law Review*, 2018, vol. 6, pp. 858-879, specially on pp. 863 and 868.

Agreement in some important cases. Since the independence of the courts is protected by the division of powers and the rule of law, this problem demands examination from a combined constitutional/international law/EU-EEA law perspective. This methodology implies an integration of all perspectives into a single one, keeping the essence and nature of every legal order and making them compatible with a common approach.

5. A false dilemma: sovereignty and constitutional identity vs. access to justice under the EEA Agreement

In order to resolve the impasse described above, we need to proceed in two steps. Firstly, we must refocus on the key issues involved. Secondly, we must apply the proper legal framework and method. EEA law is a *sui generis* legal order of hybrid nature, a mix between public international law and EU law. This means that we have to look at the problem from at least both perspectives and integrate them into a unique EEA perspective.

From a public international law perspective, we may refocus on the authority of an international treaty for a contracting party, that is to say, the binding force of the EEA Agreement for Iceland. In this sense, we may refer to the relatively novel idea (Haas) of a twin reciprocal bond between sovereign rights and sovereign obligations vis-a-vis the international/European community.¹¹⁰ The principles of loyalty (Art. 3 EEA Agreement) and the customary rule of *pacta sunt servanda* constitute a solid justification, if such a case arises, for prospective ESA infringement actions against Iceland for breaches of Treaty obligations.

On the other hand, from an EU supranational law perspective, we should place the principal focus on the protection of individual rights, due to the fact that EU law is a novel legal order that produces legal effects for individuals, since the European legal integration process brings together citizens, nations and institutions (*Van Gend en Loos*¹¹¹). Here the most important principles to consider are the doctrine of effectiveness as well as the other seminal principles of EU law (primacy, direct effect, indirect effect and State liability).

A similar *raison d'être* lies behind the EEA Agreement, which is also an international treaty *sui generis* with a similar *obligation de résultat* regarding the protection of individual rights (as interpreted by the EFTA Court on the basis of homogeneity and the *Restamark, Einarsson and Sveinstjórnardóttir* cases¹¹²). In EEA law, we refer to other seminal principles. While the authority and effect of EEA law lacks primacy and direct effect, consistent interpretation and State liability

¹¹⁰ Although his contribution has made press headlines in very important media, it is perhaps not correct to describe it as a novel idea since it is one of the foundational notions of international legal theory. Haas, R. N., "World Order 2.0. The Case for Sovereign Obligation", *Foreign Affairs*, January/February 2017, available online at: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2016-12-12/world-order-20> (last accessed on 15 February 2020).

¹¹¹ CJEU, Case 26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963], ECR 1.

¹¹² Baudenbacher, C., Tresselt, P. and Orlygsson, T. (eds). *The EFTA Court: Ten Years on*. Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 28-29.

serve as core principles in ensuring that the EEA legal order remains effective and homogenous. As in the EU legal order, the judicial protection of individual rights works, on a daily basis at national level, in a decentralized system in which national courts effectively act as courts of European law. A European level exists as a complementary avenue for citizens (for the final interpretation and application/enforcement of EU/EEA law). As Andenas has very well argued, there is no role for sovereignty in the interpretation of EEA law, no wider margin of appreciation or room for action for Member States compared to EU law. In his words: “preserving national sovereignty in the fields covered by the EEA Agreement is not the object and purpose of the EEA Agreement”.¹¹³

Two solutions seem possible in order to build the bridge between Icelandic constitutional law and EEA law that Protocol 35 requires and include European fundamental rights. Both are constructed from a citizen’s perspective of access to justice (ie. effective judicial protection of individual rights, access to an independent court and a fair trial) and respecting both law derived from the EEA Agreement and Icelandic constitutional law in force¹¹⁴.

The first solution involves securing the outcomes that EEA law requires and the associated rights for individuals and economic operators on the basis of national law by judicial interpretation, while respecting the margin of appreciation of which States dispose under international law.¹¹⁵ This entails employing the concept of *lex specialis* for EEA implemented law (vis-à-vis domestic conflicting law) and considering Protocol 35 as both a rule of interpretation and a rule of conflict. This is a pragmatic solution, which respects both the EEA Agreement and the Icelandic Constitution as long as rights are guaranteed. The hypothesis behind this option is that, on account of the current design of the EEA Agreement and EEA procedural law (SCA Agreement), the duty of consistent interpretation can be applied coherently at the same time as respecting pluralism and dualistic legal

¹¹³ Andenas, M., “Sovereignty“, in Baudenbacher, C., *Fundamental principles of EEA law, EEA-ities*, Springer, New York, 2017, pp. 91-108, and specially on p. 91.

¹¹⁴ The new Icelandic Constitution voted on 20 October 2012 would not solve the issue either since it does not contain a clause giving primacy or precedence in application to the EEA Agreement. It only refers to international human rights treaties. Björgvinsson has concluded that fundamental rights are unwritten principles of EEA law. Although the EFTA Court has no clear mandate to protect fundamental rights, it has often referred to the European convention of Human Rights (ECHR) and the European Court of Human Rights in Strasbourg/ECtHR). The fact remains that the EU Charter of Fundamental rights, which was given the same legal binding force within the EU system as the EU treaties by the Treaty of Lisbon, is not part of the EEA legal system. The EEA Agreement is silent on the matter of fundamental rights (but referred in its preamble). The ECtHR has never cited the EEA Agreement nor the EFTA Court. But all the EEA EFTA states are members to the ECHR. See on this issue Björgvinsson, D. Þ., “Fundamental Rights in EEA Law”. *The EEA and the EFTA Court. Decentred Integration*. 20th Anniversary of the EFTA Court, EFTA Court (ed), Oxford 2014, pp. 263-280, specially on pp. 264, 266, 273-276 and 279-280.

¹¹⁵ Mendez-Pinedo, M.E., “Primacy/Supremacy”. *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL]*, Oxford Constitutional Law, 2017, available online at: <https://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e488?prd=MPECCOL> (last accessed on 15 February 2020).

orders in the EEA Agreement, provided that the Supreme Court fulfils its duties.¹¹⁶ However, on the other hand, as Franklin and others point out: “avoiding EEA law neutralises the effectiveness of EEA law beyond the case at hand. Thereby, even though the Supreme Court may reach the materially correct decision this will not necessarily provide the appropriate precedent for future litigants.”¹¹⁷

The second solution involves acknowledging that the former approach is not working in the practice of judicial interpretation and cannot work in some cases (as reality seems to confirm); and engaging in constitutional and/or statutory reform securing and anchoring the authority (primacy as precedence of application in case of conflict) and effectiveness of EEA implemented law over national law. A recent survey of Icelandic literature and qualified scholars seems to favour this choice on the basis of clarity and legal security¹¹⁸.

Thorarensen is of the opinion that a constitutional reform is needed. In her view, a provision allowing for an exception (ie. by acknowledging the pooling/sharing of legislative power in favor of international organizations under certain circumstances, might be necessary to clarify the scope and limitation to sovereignty in current constitutional law.¹¹⁹ Going even further, Magnússon has argued that, given the increased importance and still relatively unclear position of international law in the Icelandic legal system; the Icelandic constitution should be reformed in order to include a rule giving primacy and direct effect to binding international law.¹²⁰ Petursson and Runarsson advocate instead a minor constitutional or legislative reform to give full effect to Protocol 35. In their view, Article 3 of the EEA Act ought to be more than a simple principle of consistent interpretation. A statutory change, following upon the Norwegian model, would give priority to the implemented EEA principles when in conflict with domestic law without requiring “priority over constitutional principles.”¹²¹ In the most recent

¹¹⁶ On this solution see Méndez-Pinedo, M. E. and Hannesson, O.Í., *The authority of European law. Exploring primacy of EU law and effect of EEA law from European and Icelandic perspectives*. Reykjavík, Law Institute, 2012.

¹¹⁷ Franklin, C.N.K., Hannesson, O.I., Rúnarsson, O.B., Baur, G. and Steiner, E., “National Report for Norway – with perspectives from Iceland and Liechtenstein”, in “National Courts and the Enforcement of EU law”, FIDE XXIX Congress, The Hague, 2020, forthcoming, in section 3.2.

¹¹⁸ Furthermore, it is necessary to remember that the Supreme Court generally follows its precedents so without a change in the law; how could it make a U-turn after having deviated from the lex specialist approach? This might be a practical problem to the first solution. There is a structural deficit and legislative reform is needed.

¹¹⁹ Thorarensen, B., “Stjórnarskrárákvæði um framsal ríkisvalds. Þarfar eða óþarfar breytingar á stjórnarskrá?”, in Ólafsdóttir, S. Í. (ed.), *Fullveldi í 99 ár. Scfn ritgerða til heiðurs dr. Davíð Þór Ejörgvinssyni sextugum*, Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík 2017, pp. 113-141, specially on pages 140-141.

¹²⁰ Magnússon, S., “Er þörf á stjórnarskrárákvæði um stöðu þjóðaréttar?”, in Ólafsdóttir, S. Í. (ed.), *Fullveldi í 99 ár. Scfn ritgerða til heiðurs dr. Davíð Þór Ejörgvinssyni sextugum*, Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík 2017, pp. 143-165, specially on p. 165.

¹²¹ Petursson, G. Þ and Runarsson, O. B., ‘Consistent interpretation in the case-law of the Icelandic Supreme Court 1994-2016’ in Franklin, C.N.K. (ed.), *The Effectiveness and Application of EU and EEA Law in National Courts. Principles of Consistent Interpretation*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 363-410, on particular p. 409.

publication on the issue, Einarsson and Stefánsson also conclude on the need to carry out statutory reform.¹²² Last but not least, Sigurdsson foresees that the Icelandic legislator will choose to amend Act 2/1993 so as to properly implement Protocol 35, rather than to defend publicly that the status quo is working well (a claim that has been falsified by empirical data (case-law) and doctrinal work).¹²³ In view of the above, Franklin and others have concluded that “it seems that the Icelandic legislation and practice poses great risks to the effectiveness of EEA law in Iceland”.¹²⁴

In connection with the Icelandic Supreme Court, Baudenbacher has proposed that Iceland ought to reform its restrictive procedural law (the appeals system that allows the Supreme Court to reframe or stop what he calls “political” cases from being referred to the EFTA Court. Most importantly, he refers to the need for the Supreme Court to better respect Article 6(1) ECHR, which guarantees the right to a fair trial. However, on the other hand, he also acknowledges that if the current system functions and the Supreme Court co-operates with the EFTA Court in practice, then reform is unnecessary and could represent an unduly politicised legislative burden.¹²⁵

So, while Icelandic doctrine agrees on the need for some reform of Article 3 of EEA Act (solution 2), there is no consensus on its substance since a statutory reform, similar to the Norwegian approach, might probably be sufficient (though this is not certain, in which case a constitutional amendment would be required, opening the Pandora’s box of pending constitutional reform¹²⁶). To the best of our

¹²² Einarisdóttir, M. and Stefán Már Stefánsson, S. M., “Beiting innleiddra EES-reglna í íslenskum rétti í ljósi bókunar 35”, in Örlygsson (et al), *Hæstiréttur í Hundrað ár*, Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík, 2020, pp. 341-357.

¹²³ Sigurdsson, J. “Iceland’s Problematic Implementation of Protocol 35 to the EEA Agreement” (provisional title), Master thesis, University of Iceland, June 2020. This thesis includes a comprehensive assessment of the current status of Protocol 35 in the EEA and legal issues in a European and Icelandic context. The focus is on the current infringement procedure pertaining to Iceland’s implementation of Protocol 35, headed by the ESA according to Article 31 SCA. The thesis sets out to assess the efficiency of the infringement procedure generally, with the objective of predicting the likely outcome of this particular case. According to Sigurdsson, this procedure is bound to push Iceland for the first time publicly to either properly comply with Protocol 35 or put forth the seemingly hopeless argument why the current status quo sufficiently fulfils the obligation undertaken by Iceland according to the EEA Agreement. The conclusion is that most likely, before this case ever reaches the EFTA Court, the Icelandic legislator will amend Act 2/1993 so as to properly implement Protocol 35. The most feasible way to achieve this via statutory law would be to enact a provision to the effect that implemented EEA law prevail over purely domestic law unless other later legislation expressly states otherwise. Such legislation could serve to fulfil Protocol 35 and still not undermine the value of a *lex posterior* interpretation.

¹²⁴ Franklin, C.N.K., Hannesson, O.I., Rúnarsson, O.B., Baur, G. and Steiner, E., “National Report for Norway – with perspectives from Iceland and Liechtenstein”, in “National Courts and the Enforcement of EU law”, FIDE XXIX Congress, The Hague, 2020, forthcoming, section 2.2. on Protocol 35 EEA Agreement.

¹²⁵ Baudenbacher, C., *Judicial Independence: Memoirs of a European Judge*, Springer, New York, 2019, p. 97.

¹²⁶ Any constitutional reform would probably raise the issue that a new constitutional draft was put into national referendum on 20 October 2012 but current majority in the Parliament does not

knowledge, taking into account the primary public legal sources (the legislation and case-law from the Courts), this issue is still unresolved and no official executive/legislative action whatsoever has yet been taken.¹²⁷ While frequently debated at political level and in doctrinal writings, no specific case on Article 3 EEA Act 2/1993 and Protocol 35 EEA Agreement has ever made it to the courts due, probably, to the theoretical nature of the discussions involved.¹²⁸ It does not help, either, that there seems to be a general scepticism in Nordic legal tradition towards unwritten principles as bases for legal rights and obligations, as Fredriksen has noted recently in a general report on EEA law.¹²⁹

Together with the need to clarify the constitutional status of EEA law in Iceland and its preference for reform, the most important conclusion finding of the 2019 Report on the EEA Agreement is the importance of access to justice and judicial protection of socio-economic fundamental rights. As it notes: “the EEA is a unique international partnership because of the extensive consideration it gives to individuals and the unequivocal rights it confers. The EEA Agreement places great emphasis on the important role of individuals in the exercise of the rights that they acquire with the Agreement and the judicial protection afforded to these rights. This is clear, for instance, from the provisions on freedom of movement. The idea of depriving citizens of these rights in the name of national sovereignty amounts to a contradiction in terms.”¹³⁰

This view is mirrored by eminent scholars. David Þor Björgvinsson, in the first place, has explained how sovereignty and constitutional identity cannot be used to justify denial of access to justice, to weaken effective judicial protection

pursue this constitutional reform process. A primacy clause in the constitution would also be qualified as by political EU-EEA opponents as an attack on sovereignty, creating pushback/backlash against EEA Agreement.

¹²⁷ In this sense, reference must be made to the conclusions of the Experts Committee nominated by the Ministry of Foreign Affairs to study the effect of Protocol 35 EEA Agreement within the constitutional legal order. In August 2018, this working group concluded that article 3 of Act n2 2/1993 on the EEA Agreement, as it has been interpreted by the courts, does not fulfil the international obligations required by Protocol 35. In their view, one realistic way to get out of the impasse is to suggest a statutory reform of Article 3 Act 2/ 1993. That would constitute a response to the ESA letter from 13 December 2017 and that would also probably mean the end of any potential action for breach of Treaty obligations. According to this working group, this is the only possible way out in this situation and no other proposals were advanced. See Iceland. Ministry of Foreign Affairs, *Stafshépur vegna innleiðingar Íslands á bókun 35 við EES-samninginn*. (3 August 2018). *Skýrsla stafshéps vegna innleiðingar Íslands á bókun 35 við EES-samninginn* [unpublished and non-disclosed, only conclusions available].

¹²⁸ Art. 25 of the Procedural Act No 91/1991 says that legal questions cannot be brought to the court, only a dispute between parties.

¹²⁹ Fredriksen, H.H., “Part I: General Report: EEA law in and beyond the text of the Main Part of the EEA Agreement”, p. 129 in Arnesen et al, *Agreement on the European Economic Area. A commentary*, Beck-Hart-Nomos and University of Oslo, Baden-Baden, 2018, pp. 124-143 and especially on unwritten principles of EEA law pp. 129-136 and, particularly, in pp. 130-131.

¹³⁰ Report of the Working Group on the EEA co-operation’ (September 2019, on p. 9 available online at: <https://www.government.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=918d3e73-e465-11e9-944d-005056bc4d74> (last accessed on 15 February 2020). The Report does not mention, however, the issue of State liability for judicial breaches of EEA law (case *Kolbeinsson* from EFTA Court in relation with case *Köbler* in EU law).

and to remove EEA rights for citizens and companies in Iceland.¹³¹ Similar views have been expressed by Baudenbacher, referring to the reciprocity principle as a matter of EEA law which gives rights to citizens and economic operators which can be enforced in courts¹³²; Arnesen, for whom individual rights are also grounded by recital 8 to the EEA Agreement¹³³; and Hreinsson, who, grounding the question on the need to secure access to justice and effective judicial protection of individual rights in EEA law, also refers to Article 6 of the European Convention of Human Rights.¹³⁴

This conclusion is similar in the EU pillar, where it must be noted that the CJEU seems not to accept that constitutional identity justifies exceptions to primacy, the possible reason being that the identity clause inserted in the EU Treaties (Lisbon) is addressed to EU institutions (including the CJEU), and not to EU Member States.¹³⁵

6. Conclusions

There is currently a problem of constitutional (legislative and judicial) resistance to European Law in Iceland and two important and strongly interrelated issues of EEA law remain unresolved:

1) the precedence in application of domestic law, in certain cases of conflict with EEA implemented rules (on the basis of Article 3 EEA Act 2/1993 and in breach of Protocol 35 EEA Agreement); and

2) the national restriction on State liability for judicial breaches of EEA law (as a principle and the consequent lack of necessary remedies at national level for private parties (*Kolbeinsson*)).

The letters from the EFTA Surveillance Authority (ESA) to the Icelandic Government in 2015, 2016 and 2017 regarding these essential issues of EEA Law have not been officially replied to. The letters (starting point of infringement actions) concern both legislative and judicial violations of State obligations vis-à-vis the EEA Agreement by Iceland and are of constitutional importance. Both legal

¹³¹ On the concept of sovereignty (“fullveldi”) and European and international law see respectively Björgvinsson, D. Þ., “EES og framsal ríkisvalds”, in Davíð Þór Björgvinsson D. Þ., (eds), *Afmælisrit: Þór Vilhjálmsson sjötugur*, 2000 pp. 77-109, Orator, Reykjavík, pp. 77-109 and Björgvinsson, D. Þ., “Fullveldi og þjóðréttarsamstarf”, *Lögmannablaðið*, 2018, vol. 24 (4), pp. 10-14. See also the special book dedicated to this judge/professor on the occasion of 99 years of Icelandic sovereignty: Ólafsdóttir, S. Í. (ed.), *Fullveldi í 99 ár. Scfn ritgerða til heiðurs dr. Davíð Þór Björgvinssyni sextugum*, Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík, 2017.

¹³² Baudenbacher, C., Reciprocity, in *Fundamental principles of EEA law, EEA-ties*, Springer, New York, 2017, p. 35.

¹³³ Arnesen et al, *Agreement on the European Economic Area. A commentary*, Beck-Hart-Nomos and University of Oslo, Baden-Baden, 2018, pp. 162-164.

¹³⁴ Hreinsson, P., “General principles of EEA law”, in Baudenbacher, C., *The Handbook of EEA law*, Springer, New York, 2016, pp. 349-389, especially referring to effectiveness of EEA law in pp. 376-378, and provisional conclusion on p. 378.

¹³⁵ Rauegger, C., “National constitutional rights and the primacy of EU law: M.A.S.”, *Common Market Law Review*, 2018, vol. 55(5), pp.1521–1547, on p. 1542. This constitutional identity construction has received pushback in several Member States.

problems of constitutional and European relevance are still unresolved and haven't been taken further by the ESA before the EFTA Court.

It is evident that the Icelandic authorities and the Icelandic courts are having difficulties in trying to resolve the tension between sovereign rights and sovereign obligations that are embedded in EEA law: between judicial independence and procedural autonomy, on one side; and homogeneity and loyalty, on the other side. Constitutional identity and independence, however, cannot justify a derogation from one of the main objectives of EU-EEA law, namely to provide European rights for EEA nationals and economic operators.

How can sovereignty and constitutional identity be balanced with access to justice under the EEA Agreement? This is a very difficult question with no easy answer if the legislative and judicial branches do not stand by their obligations, that is to say, if Iceland's Parliament does not enact amending legislation (regarding Article 3 EEA Act 2/1993) and if the Supreme Court disregards EEA law in its judicial interpretation. The conclusion of the study is therefore conditional. It is arguable that in practice, Iceland ensures the effectiveness of European rights on a flexible, case-by-case basis in its present state without the requirement of unwanted constitutional reform, essentially granting EEA law an outcome quasi-primacy basis of sorts (*de facto* but not *de iure*) in most cases that are of lesser national interest. Thus, if and when this outcome is correct, sovereignty and access to justice live together and reform is not necessarily essential beyond the 2019 Government report's request for clarification (under the threat of potential State liability). However, if and when EEA nationals' rights (implemented at domestic level) are not adequately protected by any power of the State, as implied by the ESA on the basis of selected domestic case-law of the Supreme Court, then legislative/constitutional reform may be required or may at least be advisable in order to honour obligations under Protocol 35 of the EEA Agreement.

Here it is argued that no matter what choice is taken, in order to escape the impasse (judicial interpretation versus constitutional/statutory reform) the main objective and outcome must always be kept in mind: to secure access to justice in both a formal and substantive manner, that is to say, access to both national/European courts, system of effective remedies and best judicial protection of European rights.

Bibliography

1. Andenas, M., "Sovereignty", in Baudenbacher, C., *Fundamental principles of EEA law, EEA-ities*, Springer, New York, 2017, pp. 91-108.
2. Arnesen, F., Fredriksen, H. H., Graver, H. P., Mestad, O. and Vedder, C., (referred as Arnesen et. al.) (eds), *Agreement on the European Economic Area: A commentary*, C. H. Beck -Hart-Nomos and University of Oslo, Baden-Baden, München, 2018.
3. Baudenbacher, C., *Judicial Independence: Memoirs of a European Judge*, Springer, New York, 2019.
4. Baudenbacher, C. (ed), *The Fundamental Principles of EEA Law: EEA-ities*, Springer, New York, 2017.

5. Baudenbacher, C. (ed), *The Handbook of EEA Law*, Springer, New York, 2016.
6. Baudenbacher, C., Tresselt, P. and Orlygsson, T. (eds), *The EFTA Court: Ten Years on*, Hart Publishing, Oxford, 2005.
7. Björgvinsson, D. Þ., “Enn um fullveldi og EES”, 2014 short essay/blog entry available online at: <https://uni.hi.is/davidth/2014/05/21/enn-um-fullveldi-og-ees/>.
8. Björgvinsson, D. Þ., “Fullveldi og þjóðréttarsamstarf”, *Lögmannablaðið*, 2018, vol.24(4), pp 10-14.
9. EFTA Surveillance Authority. ESA. Letter to the Icelandic Ministry of Foreign Affairs of 17 June 2015. Letter of formal notice to Iceland concerning State liability for breach of EEA law by a court adjudicating at last instance available online at: <http://www.eftasurv.int/media/decisions/752617.pdf>.
10. EFTA Surveillance Authority. ESA. Reasoned opinion delivered on 20th January 2016 in accordance with Article 31 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice available online at: <http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/775380.pdf>.
11. EFTA Surveillance Authority. ESA. Letter to the Icelandic Ministry of Foreign Affairs of 13th December 2017. Decision No: 212/17/COL. Letter of formal notice to Iceland concerning Iceland’s implementation of Protocol 35 to the EEA Agreement’, available online at <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=4071>.
12. Einarsdóttir, M., “Bótaábyrgð vegna brota á EES-rétti sem rekja má til æðstu dómstóla”, *Tímarit lögfræðinga*, 2011, vol. 61(1), pp. 5-33.
13. Einarsdóttir, M., “Forgangsráhrif EES-réttar í íslenskum rétti”, *Tímarit Lögréttu* 2014, pp. 75-86.
14. Einarsdóttir, M., “Incorporation and Implementation – The Execution of the EEA Agreement by the Icelandic State”, *Nordic Journal of European Law*, 2019, vol. 2 (1), pp. 1-23.
15. Einarsdóttir, M. and Stefán Már Stefánsson, S. M., “Beiting innleiddra EES-reglna í íslenskum rétti í ljósi bókunar 35”, in Örlygsson (et al), *Hæstiréttur í Hundrað ár*, Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík, 2020, pp. 341-357.
16. Franklin, C.N.K., Hannesson, O.I., Rúnarsson, O.B., Baur, G. and Steiner, E., “National Report for Norway – with perspectives from Iceland and Liechtenstein”, in “National Courts and the Enforcement of EU law”, FIDE XXIX Congress, The Hague, 2020, forthcoming.
17. Fredrikssen, H.H., “The EFTA Court and the Principle of State Liability: Protecting the Jewel in the Crown”, in Baudenbacher, C., Speitler, P. and Pálmarsdóttir, B. (EFTA Court) (eds), *The EEA and the EFTA Court: Decentred Integration*, EFTA Court publication, Luxembourg, 2014.
18. Gísladóttir, S. I., *The Saga of Þór Kolbeinsson. Challenges of Imagining State Liability for Judicial Infringements of EEA Law in Iceland*, Master’s thesis supervised by Dr. Prof. M. Elvira Méndez Pinedo, University of Iceland, 2012, available online at <https://skemman.is/handle/1946/13082?locale=en>.
19. Haass, R. N., “World Order 2.0. The Case for Sovereign Obligation”, *Foreign Affairs*, January/February 2017, available online at: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2016-12-12/world-order-20>.
20. Hannesson, O.Í., “Advisory Opinions in the EEA: The Icelandic Supreme Court and the EFTA Court”, *European Law Review*, 2018, vol. 6, pp. 858-879.

21. Hannesson, O. Í, “The Status of Non-Implemented EEA Law in Iceland: Lessons from the Judicial Reactions of the Supreme Court to International Law”, *Nordic Journal of International Law*, 2011 (80), pp. 425-458.
22. Hirschl, R., “Opting Out of “Global Constitutionalism”, *Law & Ethics of Human Rights*, 2018, vol. 12 (1), pp. 1-36.
23. Hofmann, A., "Resistance against the Court of Justice of the European Union", *International Journal of Law in Context*, 2018, vol. 14 (2), pp. 258-274.
24. Hreinsson, P., “General principles of Law”, in Baudenbacher, C. (ed.), *The Handbook of EEA law*, Springer, New York, 2016, pp. 349-389.
25. Iceland. *Report of the Working Group on the EEA co-operation*, Ministry of Foreign Affairs, Reykjavík, September 2019 Executive summary in English available online at: <https://www.government.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=918d3e73-e465-11e9-944d-005056bc4d74>.
26. Madsen, M., Cebulak, P. and Wiebusch, M., “Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts”, *International Journal of Law in Context*, 2018, vol. 14(2), pp. 197-220.
27. Magnusson, S. and Hannesson, O.Í, “State liability in EEA Law: towards parallelism or homogeneity?”, *European Law Review*, 2013 (2), pp. 167-186.
28. Méndez-Pinedo, M. E., *EC and EEA Law. A Comparative Study of the Effectiveness of European Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2009.
29. Mendez-Pinedo, M.E., “Primacy/Supremacy”, *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL]*, Oxford Constitutional Law, Heidelberg/Oxford, 2017, available online at: <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e488?prd=MPECCOL>.
30. Méndez-Pinedo, M.E. and Hannesson, O.Í., *The authority of European law. Exploring primacy of EU law and effect of EEA law from European and Icelandic perspectives*, Lagastofnun/Law Institute –University of Iceland, Reykjavík, 2012.
31. Pétursson, G. Þ, “Forgangur EES-reglna. Hvað er að frétta af bókun 35?” in Ólafsdóttir, S. Í. (ed.), *Fullveldi í 99 ár. Söfn ritgerða til heiðurs dr. Davíð Þór Eðjörgvinssyni sextugum*, Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík, 2017, pp. 201-223.
32. Pétursson, G. Þ and Runarsson, O. B., ‘Consistent interpretation in the case-law of the Icelandic Supreme Court 1994-2016’ in Franklin, C.N.K. (ed.), *The Effectiveness and Application of EU and EEA Law in National Courts. Principles of Consistent Interpretation*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 363-410.
33. Sadl, U. and Mair, S., “Mutual Disempowerment: Case C-441/14 *Dansk Industri*, acting on behalf of *Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen* and Case no. 15/2014 *Dansk Industri (DI)* acting for *Ajos A/S v The estate left by A.*”, *European Constitutional Law Review*, 2017, vol. 13(2), pp. 347-368.
34. Toledano Cantero, “Passivity of authorities and/or courts and remedies against it. Liability of judges”. Presentation held at European Judicial Training Network, Brussels, 10 April 2019 - AD/2019/02 available online at: <http://www.ejtn.eu/PageFiles/17840/Rafael%20Toledano%20Cantero%20EJTN%20AD-2019-02%20Brussels%2010-04-19.pdf>.
35. Varga, S. “The application of the Köbler doctrine by Member State Courts”, *ELTE Law Journal*, 2016 (2) available online at <https://eltelawjournal.hu/the-application-of-the-kobler-doctrine-by-member-state-courts/>.
36. Varga, S., “Why is the Köbler principle not applied in practice”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, vol. 23 (6), pp. 984-1008, available online at: <https://doi.org/10.1177/1023263X1602300605>.

Utánríkismálanefnd Alþingis
Nefndasvið Alþingis
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík

Reykjavík, 9. maí 2023

Efni: Umsögn um frumvarp til laga um Evrópska efnahagssvæðið (bókun 35), 890. mál.

Hið framkomna frumvarp, er umsögn þessi lýtur að, er slíkum annmörkum háð að ekki er unnt að leiða það í lög án þess að brotið verði gegn megingrundvelli íslensks réttar um tvíeðli lands- og þjóðaréttar. Þar að auki gengur fyrirhuguð lagasetning gegn stjórnarskrá lýðveldisins Íslands og heggur að rötum lýðveldisins sjálfs. Samkvæmt íslenskum rétti er lands- og þjóðaréttur ekki hluti af sama réttarkerfi heldur er um sitt hvort réttarkerfið að ræða. Fyrirhuguð lagabreyting mun í raun veita þjóðréttarlegum reglum bein réttaráhrif á Íslandi, sem auk þess er ætlað að ganga framar öðrum íslenskum réttarreglum.

Sérstakt áhyggjuefni er þó 2. ml. 1. gr. frumvarpsins sem hljóðar svo: „*Sama á við um skuldbindingar sem eru innleiddar með stjórnvaldsfyrirmælum.*“ Með þessu nýja ákvæði er verið að innleiða þá réttarreglu að stjórnvaldsfyrirmæli skuli ganga framar íslenskum réttarreglum og þá jafnframt stjórnarskrá, sem er grundvallarbrott á stöðu stjórnvaldsfyrirmæla gagnvart settum lögum. Bent skal á að í Evrópurétti gildir sú regla að Evrópurétturinn gengur framar landsrétti og þá jafnframt framar stjórnarskrá viðkomandi ríkja.

Lýðveldið Ísland er sjálfstætt lýðræðisríki með eigin stjórnarskrá, eigið lagasetningavald og jafnframt eigin æðsta dómstól, Hæstarétt Íslands. Í lýðræðinu felst að fólkið í landinu hefur valdið og felur það vald kjörnum fulltrúum sínum til framkvæmdar. Þau lög og reglur sem settar eru af kjörnum fulltrúum fólksins eiga því jafnframt að endurspeglar vilja fólksins og vera þeim til hagsbóta en að öðrum kosti eru stjórnvöld ekki lengur þjónar fólksins. Í dag er þó málum svo farið, vegna aðildar Íslands að Evrópska efnahagssvæðinu í gegnum EES-samninginn, að meginhluti laga og reglna kemur frá Evrópusambandinu og er lagasetningarframkvæmdin með þeim hætti í raun að kjörnum fulltrúum þjóðarinnar er ætlað að samþykkja þau lög og reglur, sem frá Evrópusambandinu koma, nánast til málamyndar. Og þá jafnframt að ef slík lög og reglur eru ekki samþykktar þá sæti landið refsingum, s.s. samningsbrottamálum. Lög og reglur sem Alþingi Íslands eru send til samþykktar frá Evrópusambandinu koma hvorki frá fólkinu né kjörnum fulltrúum fólksins, heldur í raun frá embættismönnum framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins, og er því ekki hægt að segja að þessi lög og reglur séu fólkinu að jafnaði til hagsbóta, þó því sé haldið á lofti. Þó að þau lög og

reglur sem frá Evrópusambandinu koma séu formlega samþykkt af Alþingi og þannig veitt staða landsréttar þá eru þetta reglur sem Evrópusambandið á alfarið frumkvæði að og stjórnar alfarið efni og inntaki þeirra. Reglurnar eru því í raun þjóðréttarlegs eðlis þó að þær hafi verið klæddar í búning landsréttar.

Evrópusambandið er í eðli sínu ólýðræðislegt fyrirbæri, sem er bein afleiðing af upphaflegum tilgangi og markmiðum stofnunar þess. Regluverk og valdsvið sambandsins hefur jafnframt þanist út á liðnum árum og áratugum, og sú þróun heldur ótrauð áfram. Þó að Evrópusambandið eigi að nafninu til að vera lýðræðislegt þá er því einfaldlega ekki svo farið í raun. Evrópusambandið er mjög miðstýrt og skrifræðislegt, þar sem raunveruleg völd og áhrif liggja hjá framkvæmdastjórninni. Það er framkvæmdastjórnin sem hefur frumkvæði að lagasetningu¹, semur lagafrumvörp og leggur þau fyrir Evrópuþingið og Ráðherraráð Evrópusambandsins til samþykktar. Við undirbúning og ritun lagafrumvarpa nýtur framkvæmdastjórnin dyggs stuðnings hagsmunaaðila² en þeir hagsmunaaðilar halda nú úti gríðarlega umfangsmikilli starfsemi í tengslum við framkvæmdastjórnina. Miðstýrt eðli framkvæmdastjórnarinnar og hversu umsetin hún er hagsmunaaðilum gerir það að verkum að framkvæmdastjórnin er útsett fyrir spillingu og öðru hagsmunapotí.

Bent skal á að hvorki Evrópuþingið né þeir þingmenn sem þar sitja hafa heimild eða rétt til að leggja fram lagafrumvörp, það er alfarið á hendi framkvæmdastjórnarinnar. Evrópuþingið er því ekki raunverulegt þing í þeim skilningi sem við leggjum í það hugtak, þar sem það hefur engar heimildir til að leggja til ný lagafrumvörp eða í raun að gera breytingar. Þingmönnum er þó góðfúslega heimilt að leggja til breytingar á lagafrumvörpum en þær breytingar geta aðeins verið samþykktar ef framkvæmdastjórnin samþykkir þær breytingar líka. Raunverulegt hlutverk Evrópuþingsins er því ekki annað en að láta Evrópusambandið líta út fyrir að vera lýðræðislegt. Ráðherraráðið starfar svo alfarið fyrir luktum dyrum og engin veit hvað liggur ákvörðunum ráðsins til grundvallar í raun, sem er í eðli sínu ólýðræðislegt.

Hið raunverulega lagasetningarvald hefur því fallið í hendur ókjörinna aðila sem þurfa ekki að standa og falla með verkum sínum gagnvart fólkinu enda er starfsemi framkvæmdastjórnarinnar hulin leyndarhjúp og er að meginstefnu til andlitslaus. Lagafrumvörpin sem frá framkvæmdastjórninni koma eru svo þess eðlis að þau eru gríðarlega flókin og svo mjög að það er ekki nema á færi helstu sérfræðinga að skilja þau að fullu. Lagamál Evrópusambandsins er jafnframt orðin að einhverskonar latínu nútímas sem almenningur á erfitt með að skilja. Jafnframt eru lögin þeim annmörkum háð að þau eru mjög matskennd þar sem hugtök eins og „viðeigandi“ eru notuð, sem aftur leiðir til þess að eftirlitsstofnunum er falið að útfæra hvaða skilning á að leggja í reglurnar. Lögin uppfylla því ekki það

¹ https://commission.europa.eu/about-european-commission/what-european-commission-does/law_en

² <https://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/ceolobbylow.pdf>

grunnskilyrði að vera aðgengileg né auðskiljanleg fyrir borgarana, heldur eru þau matskennd og háð frekari túlkun og útfærslu embættismanna.

Gerð og eðli lagafrumvarpa sem frá framkvæmdastjórninni koma eru einnig lituð af umfangi hagsmunagæslu stórfyrirtækja og hafa leitt til þess að staða stórfyrirtækja styrkist á kostnað lítilla og meðalstórra fyrirtækja. Stórfyrirtæki ná með þessu móti fram niðurstöðu og umhverfi sem er þeim hagfelld á kostnað minni aðila. Umfangsmikið og mjög íþyngjandi regluverk Evrópusambandsins er jafnframt sérstaklega óhagstætt fyrir Ísland þar sem við erum lítið hagkerfi, sem samanstendur af litlum og meðalstórum fyrirtækjum. Reglubyrði bitnar hlutfallslega þyngra á minni fyrirtækjum en er stórfyrirtækjum hagfelld. Reglubyrðin dregur einnig úr hagvexti, einstaklingsframtaki, framþróun og nýsköpun, sem miðlægt styrktarkerfi geta aldrei bætt upp. Í raun hefur verið skapað reglukerfi og lagaumhverfi sem aðeins stórfyrirtækjum er fært að stafa í til lengdar. Með þessu móti er einnig í raun unnið gegn samkeppni, sem leiðir til fákeppni og þvingar neytendur til að borga hærri verð fyrir lakari vörur og þjónustu þegar upp er staðið, þá þvert á yfirlýst markmið.

Framkvæmdastjórn Evrópubandalagsins hefur um langt árabil legið undir ásökunum um spillingu og hagsmunagæslu fyrir stórfyrirtæki³, það er jú eðli svo samþjappaðs valds að vera útsett fyrir spillingu. Nefna má fjölmörg dæmi um þær ásanir sem hafa komið fram um spillingu á hendur framkvæmdastjórninni en tekið skal fram að þetta tiltekna dæmi tengist umsögn þessari ekki að öðru leyti. Í apríl mánuði 2021 náðu Ursula von der Leyen, forseti framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins, annars vegar og hins vegar Albert Bourla, forstjóri lyfjafyrirtækisins Pfizer, samningum um kaup Evrópusambandsins á alls 1,8 milljörðum skammta af bóluefni, sem þá hafði nýlega verið þróað. Samningaviðræður þeirra áttu sér stað m.a. með sendingum persónulegra textaskilaboða, sem ekki hafa fengist afhent þrátt fyrir kröfur um það. Þessir samningar hafa m.a. sætt gagnrýni sökum þess að þessum bóluefnum hefur þegar að nokkru leyti verið hent á ruslahaugana og útlit er fyrir að aðeins lítill hluti af þessum kaupum komi að endingu til notkunar. Auk þess hefur hlutlægni Ursula von der Leyen verið dregin í efna þar sem eiginmaður hennar Heiko von der Leyen starfar fyrir fyrirtækið sem tengist þróun að þessum tilteknu bóluefnum.⁴

Ýmsar stofnanir Evrópusambandsins hafa gert alvarlegar athugasemdir við þessi viðskipti og hvernig þau komu til. Þar má helst nefna umboðsmann Evrópusambandsins (European Ombudsman), sem sakaði Ursulu von der Leyen um spillta stjórnarsýsluhætti (Maladministration) þann 12. júlí 2022⁵, endurskoðanda Evrópusambandsins (European Court of Auditors), sem kallað hefur eftir breyttum starfsháttum⁶ og svo hefur efnahagsbrotadeild

³ <https://www.transparency.org/en/gcb/eu/european-union-2021>

⁴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-003749_EN.html

⁵ <https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/en/158295>

⁶ <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2022/09/12/SR-19-2022-COVID-19-vaccine-procurement.pdf>

Evrópusambandsins (The European Public Prosecutor's Office) þessi kaup til rannsóknar en sú rannsókn beinist að framkvæmdastjórn Evrópusambandsins⁷.

Þrátt fyrir þessar tilteknu ásakanir auk annarra þá hefur framkvæmdastjórinn, Ursula von der Leyen, ekki séð ástæðu til að víkja sæti né hefur henni verið vikið úr sæti af þeim sem hafa vald til þess. Nokkurri furðu sætir að henni sé sætt í embætti m.v. þær ákúrir og rannsóknir sem hún og embætti hennar sæta. Setja má þetta í íslensk samhengi og ef t.d. forsætisráðherra Íslands hefði átt í leynilegum samningaviðræðum og keypt vörur af stórfyrirtæki fyrir hönd íslenska ríkisins. Það hefði svo leitt til þess að forsætisráðherrann hefði verið sakaður um spillta stjórnýsluhætti af Umboðsmanni alþingis, Ríkisendurskoðandi hafi kallað eftir breyttum starfsáttum og efnahagsbrotadeild Ríkislögreglustjóra hefði forsætisráðherrann til rannsóknar þá leyfi ég mér að fullyrða að viðkomandi yrði ekki sætt í embætti hér á landi. Hins vegar situr Ursula von der Leyen áfram í embætti eins og ekkert hafi í skorist og það getur ekki bent til annars en að spilling í Evrópusambandinu sé í raun kerfislæg. Undir þessum kringumstæðum er ekki annað hægt en að gæta varhugar við allri viðleitni Evrópusambandsins til að þvinga lögum og reglum sínum upp á Íslendinga eða veita þeim forgang. Við verðum einfaldlega að hafa endanlegt vald um hvaða lög og reglur gilda hér á landi.

Við ættum ekki að láta söguna endurtaka sig og við höfum áður samþykkt að veita erlendum lagareglum bein réttaráhrif á Íslandi, eins og stendur til í raun að gera með tilvísaðri bókun 35. Það gerðist með Kópavogssamningnum, þann 28. júlí 1662, þar sem Íslendingar samþykktu einnig erfðaeinveldi Danakonungs. Fram að þeim tíma þurfti samþykki Íslendinga fyrir nýjum konungi. Afleiðingar Kópavogssamningsins voru jafnframt þau að lög sem konungur setti hlutu sjálfkrafa lagagildi á Íslandi, þá án samþykkis Alþingis ólíkt því sem áður hafði verið. Erfðaeinveldið var svo í gildi allt til ársins 1874 þegar Íslendingar fengu sína eigin stjórnarskrá. Stjórnarskráin frá 1874 er eitt merkasta skjal Íslandssögunnar og í henni er að finna grundvallar mannréttindaákvæði, t.d. um friðhelgi heimilis og eignarréttar, atvinnufrelsi auk prent- og félagafrelsi.

Nú stendur fyrir dyrum að samþykkja „Nýja Kópavogssamninginn“, þ.e.a.s. bókun 35 við EES-samninginn, sem á að veita á ný erlendum lagareglum í raun forgang fram yfir þær íslensku og færa okkur nær erfðaeinveldinu enn á ný. Áður en bókun 35 verður lögfest þá þurfum við einfaldlega að spyrja okkur hvort við viljum vera sjálfstæð og fullvalda þjóð eða ekki. Að veita lögum Evrópusambandsins forgangsáhrif yfir íslensk lög er í raun lína sem má ekki fara yfir og er einfaldlega ekki ásættanlegt. Ísland og Alþingi hefur enn í dag formlega rétt til að hafna erlendum réttareglum og þær taka ekki gildi hér á landi nema með okkar samþykki. Þessu á í raun að breyta með bókun 35. Fyrirhuguð forgangsáhrif laga Evrópusambandsins samrýmast

⁷ <https://www.eppo.europa.eu/en/news/ongoing-eppo-investigation-acquisition-covid-19-vaccines-eu>



jafnframt ekki stjórnarskrá Íslands, sem við fengum að grunni til árið 1874 þegar erfðaeinveldið var afnumið.

Virðingarfyllst,

Skúli Sveinsson

Skúli Sveinsson, lögmaður

10. 05. 2023

Umsögn um Breytingu á lögum um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993

Ég þakka fyrir tækifærið sem gefst til að leggja fram umsögn um frumvarp til laga um breytingu á lögum um Evrópska efnahagssvæðið, nr. 2/1993, þannig orðað:

“Ef skýrt og óskilyrt lagaákvæði sem réttilega innleiðir skuldbindingu samkvæmt EES samningnum er ósamrýmanlegt öðru almennu lagaákvæði skal hið fyrrnefnda ganga framar, nema Alþingi hafi mælt fyrir um annað. Sama á við um skuldbindingar sem eru innleiddar með stjórnvaldsfyrirmælum.”

Með þessari lagagrein er leitast við að innleiða í íslenska löggjöf skuldbindingar Íslands sem tengjast EES (bókun 35) á afdráttarlausari hátt en gert var árið 1993. Þá var, sem eðlilegt hlaut að teljast, höfð í lagatextanum tilvísun, of opin til túlkunar að því er nú þykir, á því hvað undir ESB/EES-rétt heyrði, það er að skýra skuli “lög og reglur, **að svo miklu leyti sem við á**, til samræmis við EES samninginn og þær reglur sem á honum byggja.” Í íslensku þýðingunni á bókun 35 segir að “**ef þörf krefur**” skuldbindi EFTA-ríkin sig til að tryggja með lögum að EES reglur hafi forgang ef árekstur verði á milli þeirra og almennra íslenskra laga.

Orðalagsmunurinn kann að skipta máli og gefa vísbendingu um skilning íslensku samningamannanna á bókun 35. En með lagagreininni sem nú skal bætt inn í lögin telur ESB/EES dómsvaldið hins vegar að allur vafi sé tekinn af um að túlkunarvaldið heyrir því til. Íslensku samningamennirnir vildu greinilega áskilja innlendum dómstólum aðkomu að því að skera úr um það hvað nákvæmlega heyrði undir “fjórfrælsið” þegar álitamál á gráu svæði kæmu upp. Með þessum lögum er girt fyrir slíka aðkomu.

Með frumvarpinu fylgir ítarleg greinargerð þar sem ýmsu er vel gerð grein fyrir en sumt orkar aftur tvímælis í röksemdafærslu sem ætluð er til að sannfæra okkur um nauðsyn þessarar lagabreytingar svo hnökRAR séu ekki á því að EES samningnum sé framfylgt til hin ítrasta: “Sem lítið og opið samfélag hefur Ísland ríka hagsmuni af því að staðið sé við þjóðréttarlegar skuldbindingar.”

Þetta er nokkuð sérkennileg athugasemd eða hvað skyldi vera frábrugðið fyrir smáa þjóð sem ekki eigi við um fjölmennari þjóðir þegar um það er að ræða að þjóðréttarlegar skuldbindingar séu virtar? Ætla hefði mátt að málið snerist um lög, reglur og prinsipp en varla um það hvort borgi sig að standa við skuldbindingar sínar. Hitt er svo annað mál að spyrja má hvort hin smáa þjóð þurfi á vernd að halda gagnvart fjölþjóðarisum sem gína yfir innviðum samfélaganna og kemur þá upp í hugann nýfallin dómur EFTA dómstólsins sem ógilti úrskurð Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) um að ríkisaðstoð vegna sæstrengs hefði verið í samræmi við EES samninginn. Að meina samfélagi um að vilja sjálft halda utan um grundvallar innviði sína eins og sjálfan naflastrenginn til landsins vekur spurningar um það vald og eftir atvikum valdaafsal sem það samfélag hefur undirgengist.

Ég fæ ekki annað séð en að í þessari lagagrein og skýringum með henni séu ýmsar mótsagnir í framsetningunni, í besta falli hálfkveðnar vísur. Staldrá ég þá fyrst við lykilatríði þessa frumvarps, nefnilega að “réttilega” innleiddur Evrópuréttur skuli hafa forgang gagnvart íslenskum lögum “nema Alþingi hafi mælt fyrir um annað.”

Hér hygg ég að flestum lesendum þyki að samkvæmt orðanna hljóðan geti íslenskur löggjafi samþykkt skuldbindingar EES en engu að síður jafnframt takmarkað réttaráhrif þessara skuldbindinga með því að kveða á um tilteknar takmarkanir í íslenskum lögum.

Mótsögnin væri þá fólgin í því að gefa í skyn að íslenskur réttur skuli vera ráðandi ef ákveðið hafi verið með lögum að svo eigi að vera þegar í reynd er síðan sýnt fram á það í greinargerð að þegar á slíkt reyndi væri um tvennt að ræða, að ríkið yrði skaðabótaskyldt vegna

samningsbrota eða að EFTA dómstóllinn höfðaði mál á hendur Íslandi fyrir samningsbrot!

Gagnlegt væri að fá yfirlit yfir þau lög íslensk sem hafi beinlínis mælt fyrir um takmarkanir á skuldbindingum samkvæmt EES samningnum. Dæmin þekkjast vissulega eins og vikið verður að, en ekki hafa þau skilað tilætluðum árangri.

Þá hafa verið gefnar pólitískar yfirlýsingar um skilyrta upptöku skuldbindinga gagnvart EES samningnum, og má þar nefna innleiðingu þjónustutillskipunarinnar 2009, en þar var sérstaklega settur fyrirvari við einkavæðingu innan heilbrigðiskerfisins, og svo vegna innleiðingar orkustefnu ESB svo nýlegra dæmi sé tekið. Reyndin er hins vegar sú að fyrirvarar af þessu tagi eru haldlausir og jafnvel þegar íslensk lög hafa í undantekningartilvikum verið sett þvert á ESB skuldbindingar, beinlínis til að takmarka þær, hefur þeim lögum verið hnekkt fyrir EFTA dómstólnum, sbr. innflutning á hráu kjöti. Þar var ríkið dæmt í sekt. Æskilegt væri að þingmenn kölluðu eftir nánari skýringum á frumvarpinu hvað þetta varðar og tækju um það málefnalega umræðu sem þeir skiluðu síðan frá sér út í þjóðfélagið svo ekkert orkaði tvímælis gagnvart þingi og þjóð.

Þetta er nokkuð sem flutningsmenn frumvarpsins verða með öðrum orðum að svara, hvað átt sé við í stjórnarfrumvarpinu með því að fullyrða að Alþingi geti mælt fyrir um aðrar lagareglur en þær sem felast í “réttilega innleiddri skuldbindingu samkvæmt EES samningnum”. Það væri orðhengilsháttur að segja okkur hið augljósa, nefnilega hvað hægt er að leggja til að forminu til, ef ekki væri raunveruleg innistæða þar á bak við, með öðrum orðum að fyrirvarinn hafi efnislegt inntak en sé ekki aðeins hafður til sýnis svo menn megi sannfærast um að ekki sé um afsal á lagalegu forræði að ræða.

Önnur leið sem farin er í greinargerðinni til að sannfæra okkur um að ekki sé um neins konar afsal að ræða, er að benda á að þótt lagagreinin sem hér er til umræðu yrði samþykkt þá megi afnema hana með lögum. Íslenskt löggjafarvald sé þannig á sínum stað! Mikið rétt, við getum líka sagt okkur frá EES.

Annað sem ég tel vera misvísandi og afvegaleiðandi er þegar sýnt er fram á að til séu ýmis fordæmi þess að íslensk lög séu látin víkja fyrir fjölbjóðlegum skuldbindingum okkar, talað er um fjölbjóðlega samninga um loftferðir, reikningsskilareglur, dýralyf og fleira. Þetta er þá væntanlega til samanburðar á skuldbindingum sem Ísland gaf við samningaborð árið 1993 án þess að menn sæju þá fyrir að þrjátíu árum síðar ættum við fullt í fangi með að verja yfirráð yfir orkuauðlindum Íslands og nánast öllum innviðum landsins. Staðreyndin er sú að þegar EES samningurinn var gerður var þetta engan veginn fyrirséð og leyfi ég mér að efast um að gengið hefði verið að samningum ef þetta hefði verið vitað. Þannig að mjög misvísandi er að bera samninga um mjög afmörkuð efni við samning eins og EES samningurinn hefur þróast þar sem nánast öll samfélagsgerðin er undir. Með öðrum orðum, breytingar á EES samningnum hafi orðið það miklar og snúi að slíkum grundvallaratriðum að leitt hafi af sér eðlisbreytingu á þessum samingi. Grundvallarbreytingar á EES samningnum og því sem hann leiðir af sér kalla tvímælalaust á umræðu um sjálfan grundvöll aðildar Íslands að EES.

Athygli vekur að höfundar og forsvarsmenn frumvarpsins taka skýra afstöðu hvað varðar þann ágreining sem staðið hefur um EES samninginn frá upphafi en ágerst hefur hin síðari ár. Skal nú vikið að þeim ágreiningi.

Annars vegar hefur verið það sjónarmið uppi að EES samningurinn hafi verið til góðs vegna þess að hann hafi leitt til ýmissa umbóta í réttarkefinu sem gagnast hafi einstaklingum og fyrirtækjum svo og afnáms tolla en ekki síður vegna þess að samningurinn hafi stuðlað að markaðsvæðingu samfélagsins. Um þann þátt hefur helst verið deilt.

Margir líta svo á að þróun í átt til markaðsvæðingar vegna ákvæða samningsins hafi grafið undan möguleikum til þess að fara aðrar leiðir en markaðslögmálin bjóða og er þá ekki meginmálið hvor leiðin sé betri, hin markaðsvædda eða hin samfélagslega, heldur hitt hver

skuli ráða. Eftir miðjan tíunda áratuginn varð smám saman sú stefnubreyting hjá Evrópusambandinu að færa sífellt fleiri og stærri geira samfélagsins undir hinn samræmda markað og þar með þá Evrópulöggjöf sem gildir um hann. Í greinargerð frumvarpsins er réttilega vikið að þessu og sagt að EES hafi þróast og hafi upphaflegi EES samningurinn þar með tekið breytingum.

Einnig er gerð grein fyrir því að samningamenn Íslands hafi streist gegn því að EES réttur yrði sjálfkrafa innleiddur hér á landi heldur þyrfti að samþykkja hverja þá breytingu sem ESB gerði á sínu laga- og regluverki sem snýr að “fjórfrölsinu”. Í þessu kristallaðist umræðan um fullveldi og fullveldisafsal. Annað sem samningamenn Íslands vildu tryggja er að í þeim tilvikum þar sem tekist væri á um lagatúlkun á sviði sem vafi léki á um hvort heyrði undir EES, þá yrði íslensku dómsvaldi ekki vikið til hliðar. Greinargerðarhöfundar segja hins vegar að ESB rétturinn hafi verið að styrkjast með dómum í tímans rás en nota bene, þar er um dómsvald ESB að ræða. Það hefur verið að styrkja eigið vald. Þarna er enn ein hálfkveðna vísan.

Hér á landi sem annars staðar varð áherslan í EES á friðsamtíð einsleitan og hindrunarlausan markað til þess að fjárfestar í atvinnulífi gátu nýtt sér samninginn og þær breytingar sem á honum voru gerðar, til þess að brjóta niður samfélagsþjónustu á þeim sviðum sem nú skyldu heyra undir markaðslögmálin. Minnst ég þess þegar ég reyndi sem þáverandi innanríkisráðherra að styrkja almenningssamgöngur á Suðurnesjum með því að auðvelda sveitarstjórnnum að samþætta samgöngur til og frá Leifsstöð rekstri þeirra á samgöngukerfi Suðurnesja en það hefði stórlega eflt almennasamgöngur á því svæði. Hlaut þetta mjög eindreginn stuðning Markaðsstofu Suðurnesja og annarra sem báru almannahag fyrir brjósti. Þessar tillögur voru hins vegar kærðar til Brussel sem komst að þeirri niðurstöðu að áformin myndu grafa undan samkeppni og mismuna sameppnisaðilum. Allir vita hvert framhaldið varð með nánast einokandi aðstöðu sterkasta aðilans. Strætisvagnaferðir eru vissulega leyfðar en þá sem hornreka því einokun eða í besta falli fákeppni er þarna við lýði. Áform min höfðu verið að tryggja að sú fyrirsjáanlega einokun þjónaði samfélaginu sem best.

Sömu sögu er að segja um aðdraganda þess að komið var á strandsiglingum að nýju að frumkvæði innanríkisráðuneytisins svo ég nefni annað dæmi sem ég þekki vel af eigin raun. Þetta tókst þrátt fyrir tafir af völdum umsagnaraðila í Brussel og hótunum um kærur þangað af hálfu þeirra aðila sem óttuðust að þeir kynnu að missa spón úr eigin aski ef ríkissjóður kæmi að málum. Þetta eru dæmi um átök á milli hagsmuna samfélags og fjármagns. Einhverjir kunna að segja að þegar upp sé staðið tryggi markaðurinn hagsmunum samfélagsins þannig að þetta tvennt sé ekki aðskilið heldur samofið. Væri sú raunin þá breytir það ekki því að samfélagið ætti að ráða með lýðræðislegum hætti hvernig það kys að skipuleggja sig. Frumvarpshöfundar leyna því ekki hvoru megin þeirra hjarta slær. Sú réttarbót sem þeir segja EES samninginn hafa veitt er, frá þeirra sjónarhóli horft, fyrst og fremst í þágu þeirra sem sækja á ríkið en sem kunnugt er hafa það að uppistöðu til verið fjárfestar og atvinnurekendur. Þannig segir um það lagaákvæði sem nú stendur til að lögfesta að í því sé fólgin mikil réttarbót fyrir einstaklinga og lögaðila á sviðum þar sem ESB-reglur hafa verið teknar upp í EES-samninginn: “Þau réttindi geta einstaklingar sótt sjálfir gegn ríkinu með skýrari hætti en mögulegt er á grundvelli annarra alþjóðasamninga.”

En allt þurfi að vera sem klappað í stein. Svo sé hins vegar ekki: “Þetta veldur því enn fremur að einstaklingar og lögaðilar hafa ekki í öllum tilvikum getað byggt á og náð fram þeim réttindum sem samningurinn áskilur þeim.”

Íslenskir hagsmunaaðilar sem hvað ákafast hafa hamast gegn almannahag, augljóslega oftar en ekki til þess að geta sjálfir komist nær kjötkötlunum – og þá iðulega með því að komast

yfir starfsemi og rekstur sem samfélagið hefur byggt upp - hafa hvatt til þess að íslensk stjórnvöld verði með góðu eða illu látin samþykkja þá lagabreytingu sem nú liggur fyrir. Því kalli hefur verið svarað í Brussel eins og fram kemur í greinargerð frumvarpsins. Þar segir: “ESA hefur kynnt að fyrir liggi að verði ekki bætt úr innleiðingu á bókun 35 muni stofnunin taka næsta skref og höfða mál fyrir EFTA-dómstólnum með kröfu um staðfestingu dómstólsins á því að Ísland hafi brotið gegn skuldbindingum sínum samkvæmt EES-samningnum.”

Og hvernig skal brugðist við þessari hótun? Það skal gert með því að horfa framhjá hótuninni en verða þó við henni: “Með frumvarpinu er frumkvæði og forræði stjórnvalda á málinu tryggt.”

Með öðrum orðum, íslensk stjórnvöld þurfa að bjarga andlitinu í Brussel og láta líta svo út að þetta hafi alltaf verið ætlunin. Til að sanngirni sé gætt skal þess þó getið að vinnuhópar á vegum ríkisstjórnarinnar höfðu áður komist að svipaðri niðurstöðu.

Nú er það skýrt tekið fram í greinargerð að Evrópuréttur sem aðildarríki Evrópusambandsins eða EES innleiða er yfirþjóðlegur réttur. Þess vegna skiptir öllu máli að hafa svigrúm til að undanskilja íslenskt samfélag því laga- og regluverki sem ætla má að skaði íslenskt samfélag. Sagan skiptir máli og til þess að menn njóti sammælis í sögunni ber að halda því til haga að samningamenn Íslands árin 1992 og 1993 sem sömdu um EES lögðu áherslu á tvennt, annars vegar að sérstaka innleiðingu þyrfti svo ESB réttur yrði virkur hér á landi en að það gerðist ekki sjálfkrafa eins og í aðildarríkjum ESB, að þessu er áður vikið. Hitt atriðið var að sjálfsögðu grundvallaratriði sem ekki má gleymast: Samningamenn Íslands vildu að samningurinn fengi risið undir nafni sem slíkur, sem samningur! Það hefur hins vegar aldrei gengið eftir. Vissulega var samningurinn um EES samningur þegar hann var gerður en þrátt fyrir ýmsar grundvallarbreytingar á honum hefur aldrei verið um neitt að semja. Það reyndist allt óskhyggja og tálsýn.

Í ljósi þessa tel ég að Íslendingar þurfi að skoða framtíðina varðandi EES og þá hvort þeir vilji áfram berast stjórnlaust með straumnum. Og vel að merkja, sá straumur gerist stöðugt stríðari. Sú skoðun að Íslendingar geti haft meiri áhrif innan ESB en utan er enn ein blekkingin og þarf ekki annað en að skoða ferli ákvarðana í ESB til dæmis varðandi aðkomu ríkja að félagslega skuldbindandi alþjóðlegum viðskiptasamningum; samningum sem hafa stöðugt meira vægi í skipulagi samfélaganna. Slíkir samningar reynast í sífellt ríkari mæli hvíla á forsendum alþjóðlegs auðvalds.

Þrátt fyrir þrönga stöðu Íslands innan EES rammans hefur hann að geyma ákvæði sem gera kleift að undanþiggja Ísland tilteknum lögum og reglugerðum. Þar kemur til góða sú áhersla af hálfu samningamanna Íslands að samþykkja ekki sjálfkrafa upptöku. Þetta hefðum við getað og eigum enn að láta reyna á varðandi orkumálin, innflutning á matvælum og fleira. Eftir að við höfum hins vegar undirgengist hið yfirþjóðlega vald duga íslensk lög skammt þrátt fyrir yfirlýsingar þar að lútandi og kemur þá enn upp hvað átt sé við með orðalaginu í fyrirliggjandi lagafrumvarpi að setja megi lög sem aftengi innleiðingu á ESB rétti.

Eðlilegt er að spurt sé hvaða máli yfirleitt skipti hvort þetta ákvæði - endurskoðað orðalag á lögfestingu bókunar 35 - sé samþykkt. Ég er þeirrar skoðunar að samþykkt laganna væri pólitísk yfirlýsing; stuðningur við þróun EES samningsins inn í samfélagslegar lendur. Ekki verður um það deilt að frá því EES samningurinn var gerður hefur áherslan verið á aukið vægi markaðslausna og að félagslegur rekstur á vegum samfélagsins hefur verið víkjandi. Það er sú þróun sem við höfum haft fyrir augunum og er enn fyrirsjáanleg.

Síðan kunna að vera íslensk lög með afleidda, stundum óljósa, tengingu við Evrópurétt sem íslenskir dómstólar telja, og hafa talið, að skapi þeim ákveðið svigrúm eins og áður er vikið

að. Um þetta eru dæmi í dómum. Þetta svigrúm tel ég rétt og mikilvægt að varðveita en framselja ekki úr landi. Það myndi hins vegar gerast með samþykkt frumvarpsins. Til þess að öðlast sögulegan skilning á framvindunni þarf að halda því til haga að í samningsgerðinni frá því í byrjun tíunda áratugarins er hamrað á því að yfirþjóðlegt vald Evrópuréttar nái ekki til stjórnarskrárinnar. Svo er einnig gert í greinargerð með þessari lagasmíð.

Stjórnarskrárákvæðin sem um er að ræða skipta máli að tvennu leyti að minnsta kosti. Í fyrsta lagi á þetta við um innleiðingu Evrópuréttar. Í umræðu um stjórnarskrármálið á kjörtímabilinu 2009-13 var augljóst að ESB sinnar á þingi vildu breytingar á stjórnarskrá til að taka af öll tvímæli um að heimilt og helst hnökralaust yrði að framselja löggafarvald. Var horft öfundaraugum til norsku stjórnarskráinnar að þessu leyti.

Hitt atriðið er svo spurningin um hvað gerist ef lýstur saman innleiddum ESB rétti og íslensku stjórnarskránni. Í því sambandi vil ég nefna aftur dæmi þar sem ég þekki vel til og nú í sambandi við tilraunir mínar sem ráðherra að takmarka möguleika EES þegna til að kaupa land á Íslandi. Hafði ég fengið valinkunna fræðimenn, innlenda og erlenda, til að rannsaka hvort það stæðist EES samninginn að gera slíkar takmarkanir. Niðurstaða þeirra var sú að sterkar líkur væru á því að það stæðist ESB rétt og færðu þeir fyrir því sannfærandi rök. Eftirmaður minn í embætti afnam hins vegar reglugerð sem ég hafði sett um þetta efni, byggt á ábendingum fræðimannanna, og stakk lagafrumvarpi sama efnis undir stól því nýttilkallaðir ráðgjafar hefðu sagt ráðherranum að málið myndi eflaust tapast í Brussel. Á þetta hafði ég hins vegar viljað láta reyna.

Ég vek athgli á því að þessar deilur snerust því ekki um ásetning að hlaupast undan EES skuldbindingum heldur hvort látið skyldi reyna á þann skilning fræðimanna að EES samningurinn setti ekki þær skorður sem margir ætluðu varðandi eignarhald á landi. Mín afstaða var sú að við ættum að finna lagalega færar leiðir til að láta reyna á okkar ítrasta rétt. Tapaðist málið þá hefði verið eðllegt að látið yrði reyna á staðhæfingar fyrr, og svo aftur núna, af hálfu stjórnvalda, að íslenska stjórnarskráin stæði öllum “réttilega” innleiddum skuldbindingum ofar.

Í 72. grein stjórnarskrárinnar segir: “Með lögum má takmarka rétt erlendra aðila til að eiga fasteignaréttindi eða hlut í atvinnufyrirtæki hér á landi”.

Fróðlegt hefði verið að sjá hvert hald hefði verið í íslensku stjórnarskránni gagnvart hinu yfirþjóðlega dómvaldi.

Ekki treysti ég mér þó til að fullyrða hver útkoman hefði orðið. ESB dómapraksís hefur verið að færa sig upp á skaftið líka gagnvart stjórnarskrárvörðum réttindum. Um það höfum við dæmi frá Frakklandi enda kemur fram í greinargerðinni að slíkt skuli gilda almennt innan ESB að evrópsk lög gangi framár stjórnarskrám aðildarríkja sambandsins.

En eitt treysti ég mér til að fullyrða, að ekki styrkjum við stöðu íslenskra almannahagsmuna með því að samþykkja lagafrumvarpið sem hér er til umfjöllunar. Þvert á móti þá kæmi þetta til með að veikja lýðræðislegt vald á Íslandi.

Að öllu þessu sögðu mæli ég eindregið gegn því að frumvarpið verði samþykkt.
Ögmundur Jónasson

(tölvupóstur 10.5.2023)